

Thèse réalisée en cotutelle entre l'École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
et la Faculté de droit de l'Université de Montréal  
présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit public

## **La coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation politique en droit constitutionnel canadien et français**

Présentée par

Fannie DUVERGER

Dirigée par

M. le Professeur Jean-François GAUDREAU-DESBIENS

Et M. le Professeur Xavier PHILIPPE

Soutenue publiquement le

2 juin 2023

Devant le jury composé de :

**Albane GESLIN**

Professeure à l'Institut d'études politiques de Lyon

**Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN**

Professeur à l'Université de Bordeaux - Rapporteur

**Karine MILLAIRE**

Professeure à l'Université de Montréal

**Ghislain OTIS**

Professeur à l'Université d'Ottawa - Rapporteur

**Dominique ROUSSEAU**

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Jean-François GAUDREAU-DESBIENS**

Professeur à l'Université de Montréal - Directeur de la recherche

**Xavier PHILIPPE**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Directeur de la recherche



**La coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation politique  
en droit constitutionnel canadien et français**





## **Avertissement**

Les facultés n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*Au petit peul du désert*



## REMERCIEMENTS

---

Si l'usage incite aux remerciements de ses directeurs de thèse, ceux-ci n'en sont pas moins sincères. Lorsque le professeur Xavier Philippe a accepté de diriger cette recherche, j'y ai vu le début d'une aventure scientifique et un motif de grande fierté. Je le remercie pour sa disponibilité, sa bienveillance et ses conseils. De même, je n'oublierai pas la première fois où je suis entrée dans le bureau du professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens : il y avait déjà la coexistence de deux mondes différents entre la neige reposant au-dehors, que l'on voyait par la fenêtre, et les masques africains par vingtaine qui ornaient les murs de la pièce. Il a su me guider dans l'équilibre entre les canons universitaires canadiens et français. Je le remercie pour son soutien d'autant plus précieux lorsque l'on vit et étudie dans un pays qui n'est pas le sien. Mes remerciements s'adressent aussi aux professeurs Albane Geslin, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Karine Millaire, Ghislain Otis et Dominique Rousseau de me faire l'honneur d'accepter de lire et d'évaluer ce travail. Qu'ils trouvent dans l'écriture de cette thèse l'ampleur de mon intérêt scientifique à leur égard. *Nanos gigantum umeris insidentes*, ainsi pouvons-nous porter notre regard plus loin, parce que nous nous trouvons assis sur les épaules de géants.

L'expérience d'une thèse en cotutelle me conduit ensuite à exprimer ma gratitude aux personnes qui m'ont accompagnée jusqu'à ces noces de cire avec le doctorat. J'ai posé mes pieds sur le sol du « nouveau monde » en janvier 2020, par -10 degrés. La période difficile du covid est restée belle grâce à la vie en collocation avec d'autres doctorantes en droit, Maëlen Corfmat, Gaëlle Foucault et Catherine Samaha. Dans une solidarité adaptée au contexte et avec un certain déni pour ce qui se passait au-dehors, nous avons attendu que la pandémie passe. Je veux les remercier, je n'oublierai pas ces moments.

En 2021, j'ai eu la chance d'effectuer un séjour de recherche à l'institut Max Planck, en Allemagne, sous la direction de la professeure Marie-Claire Foblets. Je la remercie pour cette opportunité et pour tous les conseils qu'elle m'a donnés. Ma reconnaissance va également aux professeurs qui m'ont accueilli dans leur équipe de travaux dirigés. J'adresse, bien sûr, une pensée à mes étudiants, fidèles à eux-mêmes, inquiets de leurs notes et de leur avenir, mais toujours enthousiastes et intéressés.

À Paris, j'ai rencontré ceux qui partagent encore mon quotidien aujourd'hui. Depuis lors, les murs centenaires du Panthéon sont peints de nos souvenirs colorés. Nous rions toujours des mêmes choses comme si le pot de la bonne humeur était inépuisable. Chaque jour, j'ai eu envie d'écrire ma thèse en leur compagnie. Chaque jour, il y a à mes côtés Alexandre Alves, Manon Corset, Philippe Coleman, Théo Ducharme, Louise Fort, Jean-Baptiste Guyonnet, Vivian Laugier, Ioannis Michalis, Benjamin Pouchoux et Romain Vincent. Je les remercie pour leur présence et leur relecture bienveillante. Je remercie mes amis de toujours, ceux qui étaient là avant la thèse et qui seront là après : les amis du master – Lucie Havard, Alessandro Lauro, Marc Piton et Cassandra Goni - les amis de Suède et de Suisse – Sarah Wandelt, Eric Mermod, Yannick Poffet, Fabio Della Vechia - les amis du lycée – Louise Calas, Nicolas Milan, Matthieu Manero, Thibault Boisselet – les amis du collège – Fabien Jammes, Juliette Masdoumier, Maxime Thierry. La compagnie de ces personnes et de tant d'autres est inestimable.

Enfin, j'exprime toute ma gratitude envers ma famille, qui m'a soutenue dans ce marathon universitaire.

À Romain, qui a relu chaque mot de ce travail, même ceux qui n'y figurent plus. Ensemble, au Canada, nous avons visité le Sénat, la Chambre des communes, l'Assemblée nationale du Québec et une Maison longue iroquoise. Nous avons la passion commune de ces assemblées où les décisions se prennent. Après la thèse, nous irons visiter de nouveaux parlements et nous mesurons la chance qu'il y en ait encore tant à voir, à travers le monde. Ça nous prendra longtemps, la vie peut-être.

À ma grand-mère, qui, par un regard, un bon plat, une histoire de quartier, adoucit les moments amers de l'existence. À ma mère. Dans les remous du quotidien, si je n'ai pas chaviré, c'est grâce à la façon dont elle m'a appris à mener ma barque. Merci pour les cartes postales chaque semaine. Merci pour toutes les attentions qui veulent dire bien plus. À mon père. Depuis le nuage où il se repose, j'espère qu'il est fier de mon travail et que je porte dignement son nom, que nous partageons avec tant d'autres illustres personnages. Étrangement, il demeure à mes yeux le plus illustre d'entre eux. Enfin, à mon beau père, celui qui m'a élevé, qui m'a appris à jouer au scrabble, parmi tant d'autres choses. Indirectement, cette thèse est de son fait. Quand j'avais 13 ans, il nous a emmenés, avec ma mère, au Burkina Faso. On a traversé le désert à cheval. Le soir, on discutait au coin du feu avec les jeunes du coin et je leur ai demandé leur âge. L'un d'eux ne m'a pas répondu, car « il n'a pas d'âge. Il ne sait pas quand il est né. Il n'y a pas chez lui le calendrier avec les saints. Et puis, c'est très impoli de demander son âge à un peul. Les peuls n'ont pas d'âge ».

*Le petit peul n'a pas d'âge.* « Quand le mystère est trop grand, on n'ose trop rien dire », admet Saint-Exupéry lorsqu'il rencontre le petit prince, également dans le désert. C'est peut-être grâce à cette rencontre que, des années plus tard, j'ai souhaité travailler sur les systèmes juridiques autochtones.

Par conséquent, si cette thèse existe grâce au petit peul du désert, il semble juste qu'elle lui soit aussi dédiée.



## SOMMAIRE

---

<b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE - LES TENSIONS AU SEIN DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ENTRE L'UNIFORMISATION ET LA SURVIVANCE DES COUTUMES.....</b>	<b>57</b>
<b>TITRE 1 - L'UNIFORMISATION PROGRESSIVE DES CONCEPTIONS DE LA REPRESENTATION PAR L'ÉTAT</b>	<b>58</b>
<i>Chapitre 1 – La reconnaissance ambivalente des systèmes représentatifs coutumiers</i>	<i>59</i>
<i>Chapitre 2 - L'assimilation des systèmes représentatifs coutumiers par le droit étatique</i>	<i>121</i>
<b>TITRE 2 - LES LIMITES A L'UNIFORMISATION DES CONCEPTIONS DE LA REPRESENTATION</b>	<b>193</b>
<i>Chapitre 3 - La survivance d'une représentation coutumière</i>	<i>195</i>
<i>Chapitre 4 - Le pluralisme conflictuel de la représentation politique</i>	<i>267</i>
<b>SECONDE PARTIE - L'HARMONISATION DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ENTRE L'INTERDEPENDANCE ET L'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLES .....</b>	<b>347</b>
<b>TITRE 3 - LA MISE EN COHERENCE DES SYSTEMES REPRESENTATIFS ETATIQUES ET COUTUMIERS</b>	<b>349</b>
<i>Chapitre 5 - La conciliation horizontale des systèmes étatiques et coutumiers de la représentation</i>	<i>351</i>
<i>Chapitre 6 - La compatibilité verticale des systèmes représentatifs coutumiers avec l'ordre juridique</i>	<i>421</i>
<b>TITRE 4 - LES EVOLUTIONS DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ETATIQUES ET COUTUMIERS</b>	<b>487</b>
<i>Chapitre 7 - Les évolutions juridiques des systèmes représentatifs coutumiers</i>	<i>489</i>
<i>Chapitre 8 - La réconciliation durable entre les systèmes de représentation étatiques et coutumiers</i>	<i>551</i>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>599</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>605</b>
<b>TABLES DES MATIERES.....</b>	<b>689</b>





## LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

---

AAGF	Association des Amérindiens de Guyane
al.	Alinéa(s)
<i>al.</i>	Et autres
A.C.	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
AJDA	L'actualité juridique droit administratif
APN	Assemblée des Premières Nations
APNQL	Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador
Art.	Article(s)
<i>art. cit.</i>	Article(s) cité(s)
Ass.	Assemblée du contentieux
B.O.N.C.	Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie
B.O.G.F.	Bulletin officiel de la Guyane française
BCSC	Cour suprême de la Colombie-Britannique
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCI	Cour canadienne de l'impôt
CE	Conseil d'État
CF, FC ou R.C.F.	Recueils des arrêts de la Cour fédérale du Canada
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Ch., Chap.	Chapitre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
C.N.L.C.	<i>Canadian Native Law Cases</i>
C.N.L.R.	<i>Canadian Native Law Reporter</i>
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
coll.	Collection
concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Dans un sens opposé, contraire à
cons.	Considérant(s)

Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CSC	Cour suprême du Canada
DC	Décision de conformité
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
(dir.)	Sous la direction de
DNUDPA	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
DOM	Département d'outre-mer
Éd., Rééd.	Édition ou réédition
(eds.)	Sous la direction éditoriale de
ex.	Exemple(s)
fasc.	Fascicule
FLNKS	Front de libération nationale kanak et socialiste
FOAG	Fédération des Organisations autochtones de Guyane
FULK	Front uni de libération kanak
<i>Ibid</i>	Dans l'ouvrage/article cité précédemment
<i>infra</i>	Plus bas, ci-dessous
J.O.N.C.	Journal officiel de Nouvelle-Calédonie
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.W.F.	Journal officiel du Territoire des îles de Wallis et Futuna
L.C.	Lois du Canada
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
n°	Numéro(s)
OEA	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du travail
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , ouvrage cité
p.	Page(s)
para.	Paragraphe
préc.	Précité(es)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QCCA	Cour d'appel du Québec

QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJPENC	Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie
RPCR	Rassemblement pour la Calédonie dans la République
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivant(es)
S.B.C.	<i>Statutes of British Columbia</i>
S.C.	Statuts du Canada
S.C.R.	<i>Supreme Court Reports</i>
S.P.E.I.	<i>Statutes of Prince Edward Island</i>
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)
S.R.C. ou R.S.C.	Statuts révisés du Canada
Sect.	Section du Contentieux du Conseil d'État
spé.	Spécialement, spécifiquement
<i>supra</i>	Plus haut, ci-dessus
t.	Tome(s)
TA	Tribunal administratif
TOM	Territoire d'outre-mer
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPI	Tribunal de première instance
U.C.Q.B.	<i>Upper Canada Queen's Bench Reports</i>
UE	Union européenne
UKPC	Conseil privé du Royaume-Uni
UPM	Union progressiste en Mélanésie
U.S.	Cour suprême des États-Unis
v.	<i>versus</i>
6 & 7 Vict.	Références de la législature et de la monarchie
vol.	Volume(s)



## INTRODUCTION GENERALE

---

«Si le Parlement, formé de l'ensemble des députés, représente “toutes les circonscriptions, tout le territoire, tous les partis, tous les intérêts, tous les citoyens, tous les habitants” [...], le droit de vote garanti par l'art. 3 repose sur le principe voulant que les électeurs votent pour un représentant de leur collectivité»<sup>1</sup>.

«Si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière»<sup>2</sup>.

«Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles»<sup>3</sup>.

1. Le 18 novembre 1984, un référendum est organisé pour valider le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie. L'indépendantiste kanak Eloi Machoro se rend à la mairie de Canala, en Province Nord. Il brandit sa hache au-dessus de l'urne et, dans un bruit éclatant, fracasse cette dernière en plusieurs morceaux. Par ce geste symbolique, Eloi Machoro refuse ce scrutin, «symbole de la tutelle française»<sup>4</sup>, dans lequel les Kanak sont minoritaires au sein du corps électoral. Plusieurs élections sont ensuite collectivement rejetées avec l'idée selon laquelle les intérêts autochtones ne peuvent s'exprimer dans le cadre du système électoral majoritaire.

2. Trente-six ans plus tard, les membres de la Nation autochtone Wet'suwet'en bloquent la circulation pour protester contre la construction d'un gazoduc. Celui-ci doit passer sur leurs terres. Si le projet est approuvé par les membres élus du conseil de bande, institution créée durant la colonisation et compétente pour représenter la réserve, il est refusé par les chefs héréditaires, issus d'un système de représentation coutumier et désignés pour s'exprimer sur un territoire ancestral plus vaste qui n'a pas été cédé par un traité<sup>5</sup>. Exprimant leur désaccord, les autochtones de plusieurs communautés manifestent, s'assoient sur les voies ferrées et immobilisent les ports et les autoroutes. Entre 2018 et 2020, plus d'une centaine de barrages sont recensés à travers le Canada.

---

<sup>1</sup> *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] 1 R.C.S. 3, para. 155.

<sup>2</sup> CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 21 mars 1999, p. 4234, cons. 9.

<sup>3</sup> Article 18 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* adoptée en 2007 et ratifiée par le Canada et par la France.

<sup>4</sup> Joseph CONFAYREUX, *Une Décolonisation au présent - Kanaky Nouvelle-Calédonie : notre passé, notre avenir*, Paris, La Découverte, 2020, p. 97.

<sup>5</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

3. Dans le cadre d'une étude comparée portant sur les ordres juridiques canadien et français, ces exemples rendent compte d'une situation complexe : les populations, dont la cohabitation résulte d'une histoire coloniale, s'accommodent parfois difficilement de modèles juridiques communs. Chacun de ces conflits illustre des conceptions de la représentation politique qui s'opposent, principalement entre la volonté des parlements nationaux, les voies de l'élection et les décisions adoptées par les institutions coutumières. Les deux premiers éléments relèvent de conceptions étatiques et sont inscrits aux articles 3 des textes constitutionnels canadien et français, qui garantissent la tenue d'élections régulières pour désigner les représentants au Parlement<sup>6</sup>, tandis que la troisième référence désigne les institutions aux fondements coutumiers, lesquelles sont notamment mentionnées à l'article 18 de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

4. Dès lors, pour éviter les situations conflictuelles, la représentation politique de chacune des populations apparaît comme un procédé essentiel au dialogue, élément préalable à l'établissement de régimes juridiques adaptés. Pour atteindre ces objectifs avec le concours des populations autochtones, les termes employés sont notamment ceux de « réconciliation »<sup>7</sup>, pour les autorités canadiennes et de « destin commun »<sup>8</sup>, pour les autorités françaises. Cependant, si la représentation politique de chacune des parties est nécessaire au dialogue, leurs conceptions ne sont pas toujours similaires. Autrement dit, l'équivalence des normes relatives à la représentation politique avec les populations autochtones n'est pas acquise, ce qui rend parfois les échanges difficiles.

5. L'équivocité des normes applicables est renforcée par l'équivocité des définitions données à la représentation. Le professeur Jean-Marie Denquin distingue trois significations à cette dernière : « le fait ou l'action de *tenir lieu*, le fait ou l'action de *porter la parole* d'autrui, enfin le fait de *ressembler* (dans l'instant et dans la durée) à autrui »<sup>9</sup>. Si ces trois significations semblent embrasser

---

<sup>6</sup> Selon la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 3 et la Constitution française du 4 octobre 1958, art. 3. Toute l'ambivalence de ces conceptions, entre volonté du Parlement et élection, sont réaffirmées dans les décisions de la Cour suprême du Canada, *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] 1 R.C.S. 3, para. 155, et de la décision du Conseil constitutionnel français, CC, n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, préc.

<sup>7</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2018, p. 3. Les autorités canadiennes écrivent : « Le gouvernement du Canada s'est engagé à mener à bien la réconciliation avec les peuples autochtones au moyen d'une relation renouvelée de nation à nation, de gouvernement à gouvernement et entre la Couronne et les Inuits, axée sur la reconnaissance des droits, le respect, la coopération et le partenariat en tant que fondement d'un changement transformateur ».

<sup>8</sup> Accord *sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, J.O.R.F., n° 121, 27 mai 1998, p. 8039, préambule.

<sup>9</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum*, n° 4, 2011, p. 1-38, spé. p. 5. Cette triade, citée de nombreuses fois, est notamment utilisée en 2017, par Jean-Marc Sauvé, lorsqu'il était vice-président du Conseil d'État. Voir, Jean-Marc SAUVÉ, « Peut-on parler d'une crise de la citoyenneté ? », *Conseil d'État*, 2017, en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/peut-on-parler-d-une-crise-de-la-citoyennete> (consulté le 19.08.2021). Dans le même sens, les significations attribuées à la représentation par la professeure Hanna F. Pitkin, rejoignent celles du professeur Jean-Marie Denquin. Elle en donne quatre : le

le caractère polysémique de la représentation, il reste que certaines conceptions s'avèrent prépondérantes, en fonction des contextes historiques et géographiques où elles s'appliquent<sup>10</sup>. En effet, celles-ci restent étroitement liées aux choix de certains processus juridiques - les assemblées délibérantes, le mandat impératif ou représentatif - et aux choix de certains mécanismes de désignation - l'élection, le tirage au sort, la cooptation ou l'hérédité. La principale conception retenue sert alors autant de principe organisateur que de discours justificatif<sup>11</sup>. Ces différents choix politiques conduisent à une pluralité de modèles représentatifs étatiques, lesquels coexistent avec des institutions représentatives coutumières.

6. Par exemple, au Canada, la *Loi sur les Indiens* permet aux représentants des conseils de bande autochtones d'être désignés selon la coutume<sup>12</sup>. Les membres des conseils coutumiers de Nouvelle-Calédonie peuvent aussi être désignés selon les usages et processus coutumiers<sup>13</sup>. De même, le droit positif consacre l'existence institutionnelle du Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, du Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges de Guyane, et de l'Assemblée des Premières Nations du Canada. La représentation politique qui

---

représentant « tient lieu » du représenté, soit, parce qu'il lui ressemble, parce qu'il en est le reflet, *he looks like* (le premier sens est donc la représentation descriptive), ou parce qu'il le symbolise, *he stands for*, comme le Président de la République représente l'unité de la France (le deuxième sens est la représentation symbolique). Également, le représentant agit pour le représenté, *he acts for* : le représentant se substitue au représenté et possède le pouvoir de lier celui qu'il représente parce qu'il en est l'autorité. Il découle de cette conception la représentation formelle (troisième sens), qui se penche sur les processus d'autorisation et de responsabilité (*authorization and accountability*). Cette vision formaliste met l'accent sur les procédures institutionnelles par lesquelles un agent acquiert le pouvoir d'agir. Le quatrième sens, la représentation substantielle se réfère aux activités des représentants prises pour le compte ou l'intérêt des représentés. Dans ce dernier sens, « représenter veut dire ici agir dans l'intérêt des représentés, d'une manière réactive (*responsive*) ». Voir, Hanna F. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972, p. 8.

<sup>10</sup> Le professeur Jean-Marie Denquin précise que les concepts, ou conceptions juridiques, sont des relations, « décrites par une proposition normative susceptible de mise en œuvre » Ainsi, le processus d'actualisation du concept juridique suit quatre étapes : « L'expression, la conceptualisation — élucidation et ou catégorisation —, l'individualisation — individuation et déduction — et l'effectuation ». Par exemple, si tel acteur est reconnu comme un représentant, alors telle conséquence s'ensuit. Subséquemment, « Le concept juridique n'est ni une notion, terme général désignant une essence, ni l'expression d'un devoir-être ». Voir, Jean-Marie DENQUIN, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021, spé. p. 209 et p. 435. Le professeur Denis Baranger rejoint cette explication, car pour lui, les concepts du droit constitutionnel « ne sont pas uniquement explicatifs. Plutôt, une telle force explicative est à l'origine de leur effet opératoire. [...] Cet effet opératoire de la représentation convaincante, de celle qui a un effet de persuasion, est bien sûr en un certain sens normatif ». Voir, Denis BARANGER, « “Le piège du droit constitutionnel” I. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 3, 2009, p. 1-20, spé. p. 10. Pour la professeure Véronique Champeil-Desplats, le concept juridique se définit comme un « instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses ou des idées ». Voir, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 321-322. Dans cette recherche, les termes « concept » et « conception » sont employés indistinctement.

<sup>11</sup> Le professeur Pierre Brunet précise que les théories dépendent des règles adoptées : pour des raisons pratiques ou historiques, un processus juridique est adopté, comme le mandat délibératif ou encore le veto du roi, et les justifications sont ensuite recherchées dans les théories qui soutiennent ces mécanismes. Dans sa thèse, il interroge la représentation en tant que discours justificatif : « en quoi le concept de représentation est-il nécessaire au fonctionnement du droit ? ». Voir, Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004, p. 8.

<sup>12</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 (1), d.

<sup>13</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, J.O.R.F. n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197, art. 149.

s'exerce dans ces assemblées est-elle pourtant comparable à celle des parlements nationaux ? Au-delà des modèles étatiques, se pourrait-il qu'il existe également une représentation coutumière fondée sur des mécanismes coutumiers particuliers et liée à la production des coutumes autochtones ? Entre le droit positif et le droit coutumier, il s'agit de s'intéresser à la pluralité de ces règles, à la coexistence possible des représentations étatiques et coutumières au sein d'un même ordre juridique et à leurs évolutions potentielles.

7. Pour cela, la définition préalable des conceptions étatiques de la représentation s'avère nécessaire à la compréhension du rejet de celles-ci par les autochtones (**SECTION 1**). En effet, ces discordances entre les conceptions étatiques et coutumières de la représentation mettent parfois à mal l'application effective du droit commun, tant par les statuts particuliers de droit coutumier que par les pratiques coutumières de résistance à l'ordre juridique souverain (**SECTION 2**). Une fois ces éléments précisés, s'impose la détermination d'un cadre théorique pertinent pour l'analyse de la coexistence des différentes conceptions de la représentation politique (**SECTION 3**) et l'élaboration d'un cadre méthodologique adapté (**SECTION 4**). L'ensemble de ces éléments concourent, finalement, à la formulation d'une problématique et à la présentation d'un plan permettant d'y répondre (**SECTION 5**).

## **SECTION 1 – Les conceptions étatiques de la représentation politique**

8. Représenter signifie « rendre présent quelque chose qui est néanmoins absent »<sup>14</sup>, selon la définition de la professeure Hanna Pitkin. Elle insiste d'ailleurs sur la contextualisation, processus déterminant pour en comprendre la signification. Dès lors, retracer les fondements anglais et français du concept étatique de représentation politique reste essentiel pour en comprendre le sens et les pierres d'achoppement avec les conceptions autochtones (**PARAGRAPHE 1**). La conception étatique s'est ensuite concrétisée par le biais des normes et des interprétations constitutionnelles canadiennes et françaises (**PARAGRAPHE 2**). Ces dernières traduisent aujourd'hui une certaine ambivalence quant à l'évolution de la représentation politique vers une dimension électorale (**PARAGRAPHE 3**).

---

<sup>14</sup> Hanna F. PITKIN, *The Concept of Representation, op. cit.*, p. 8.



## PARAGRAPHE 1 - Les fondements historiques et théoriques de la représentation politique

9. La notion de représentation politique apparaît au Moyen-Âge, en France et en Angleterre<sup>15</sup>, laquelle est ensuite reprise au Canada<sup>16</sup>. En effet, explique Jean-Jacques Rousseau, cette notion « vient du gouvernement féodal. Dans les anciennes républiques et même dans les monarchies, jamais le peuple n'eut de représentants »<sup>17</sup>. Durant la période médiévale française, il existe une représentation des groupes sociaux auprès des seigneurs et du roi où, « conformément à la technique du droit privé, les représentants avaient mandat de défendre les intérêts des communautés locales dont ils étaient les porte-paroles »<sup>18</sup>. Selon ces modalités, la conception civiliste perdure, « le mandataire ayant reçu mission de représenter une “collectivité”, une “classe” ou un “ordre” ne pouvait agir selon sa volonté propre ; il était lié par la promesse, expresse ou tacite, d’agir en lieu et place de ceux qui l’avaient mandaté »<sup>19</sup>. Dans le prolongement de la vie domestique, la représentation se conçoit comme une délégation de pouvoir pour un groupe social, dans la défense d’intérêts particuliers.

10. Durant la féodalité britannique, la représentation reste « un privilège de classe fondé sur un mandat de type impératif et en vertu duquel le représentant a pour mission de surveiller les intérêts privés de ses commettants »<sup>20</sup>. Les privilégiés siègent dans des assemblées dont l’objet principal est de consentir à l’octroi de subsides à la Couronne<sup>21</sup>. Les premières assemblées ayant

---

<sup>15</sup> Parler de représentation politique pour la période antique relève de l’anachronisme. Bien que le terme vienne du latin, il ne s’emploie pas pour une collectivité d’individus, mais uniquement pour des objets inanimés ou dans le cadre d’un contrat. Voir, Dmitri-Georges LAVROFF, « À propos de la représentation politique dans la France contemporaine », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 451-467, spé. p. 452. En effet, la représentation conventionnelle, elle, remonte au droit romain : elle est « la conséquence d’un contrat, appelé mandat, par lequel une personne ayant capacité confie à un représentant ou mandataire le soin de faire des actes juridiques qui l’engagent ». La représentation est donc d’abord liée au droit privé et le mandataire ne peut aller au-delà des termes de son mandat.

<sup>16</sup> Pour la suite de l’analyse comparée entre le Canada et la France, les théories de la représentation française et britannique sont les plus pertinentes. Toutefois, ces territoires n’étaient pas les seuls à connaître la représentation. Samuel Hayat, Corinne Péneau et Yves Sintomer présentent les différentes manières de représenter le peuple qui existaient avant le gouvernement représentatif moderne, au sein d’espaces variées : celles des expériences médiévales de la représentation parlementaire, des pratiques représentatives extraparlémentaires du Moyen Âge à l’époque moderne, et des institutions représentatives chinoises. Voir, Samuel HAYAT, Corinne PENEAU et Yves SINTOMER (dir.), *La représentation avant le gouvernement représentatif*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020.

<sup>17</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, livre III*, chap. XV, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1959, p. 430.

<sup>18</sup> Simone GOYARD-FABRE, « L’idée de représentation à l’époque de la Révolution française », *Études françaises*, vol. 25, n° 2-3, 1989, p. 71–85, spé. p. 72.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Romain VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, Thèse de doctorat en droit, 2021, version en ligne, p. 441.

<sup>21</sup> Ces assemblées sont citées dès le début du VIII<sup>e</sup> siècle dans les *Lois du roi Wihtræd*. Voir, *The laws of King Wihtræd*, dans Benjamin THORPE (éd.), *Ancient Laws and Institutes of England: Comprising Laws Enacted under the Anglo-Saxon Kings from Aethelbirht to Cnut*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 36-43. Le préambule dispose que « fut réunie une convention délibérative des grands hommes, où se trouvaient Birhtwald, archevêque de Bretagne, et le roi susnommé ; l’évêque de Rochester, appelé Gybmund, était également présent ; et tous les degrés de l’église de cette

compétence sur l'ensemble du territoire anglais apparaissent entre 924 et 939<sup>22</sup>. Au XII<sup>e</sup> siècle, les conseils se réunissent en deux assemblées : « le Conseil privé, formé des conseillers particuliers du roi, chargés de l'administration quotidienne des affaires du royaume ; et le Grand Conseil, où siégeaient à titre personnel ou comme représentants des comtés ou des villes, des nobles à qui le roi demandait de voter les impôts »<sup>23</sup>.

11. Par la généralisation des assemblées, la conception civiliste de la représentation, liée au mandat, est progressivement remplacée. En 1170, pour la première fois, le Grand Conseil du roi est désigné sous le terme de « Parlement »<sup>24</sup> dont William Blackstone relève l'anachronisme tant « l'institution originale ou première du parlement est une de ces questions tellement enveloppées de l'obscurité des temps anciens »<sup>25</sup>. Il reste que le terme est régulièrement usité pour désigner une « assemblée d'hommes réunis pour conférer ensemble »<sup>26</sup>, notamment après l'adoption de la *Magna Carta*<sup>27</sup>. À la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, le parlement d'Angleterre se veut une institution davantage représentative avec la convocation du « Parlement Modèle »<sup>28</sup>. La noblesse et les représentants des Communes délibèrent séparément, puis se réunissent en séance plénière « où chaque groupe fait connaître son avis par l'intermédiaire de son porte-parole »<sup>29</sup>. Cette pratique conduit à la formation bicamérale du parlement anglais, laquelle perdure aujourd'hui. À la même période, en France, apparaissent les parlements d'Ancien régime. S'ils n'ont ni la légitimité du parlement anglais ni la même fonction, ils représentent le roi à l'égard des peuples, et la Nation vis-à-vis du roi : « si le souverain propose, la nation doit acquiescer [...] par ses représentants qui sont les parlements.

---

province parlaient à l'unisson avec le peuple obéissant. Là, les grands hommes ont décrété, avec le suffrage de tous, ces condamnations, et les ont ajoutées aux coutumes légales des Kentishmen ». À la fin du IX<sup>e</sup> siècle, les lois font référence au *witan*, le terme en ancien anglais pour désigner l'assemblée au conseil du roi. Voir, *The Laws of King Alfred 871-901 A.D.* et *The Laws of King Edward the Elder, 901-924 A.D.*, dans Oliver J. THATCHER (Ed.), *The Library of Original Sources*, Milwaukee, University Research Extension Co., vol. IV, 1901, p. 211-239.

<sup>22</sup> Aurélien ANTOINE, « Chronologie raisonnée de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, puis du Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-41. L'assemblée au conseil du roi se maintient encore avec la *Whitsun assembly* de 1081, composée de quarante personnes parmi les représentants de l'Église, des élites du royaume et des membres de la famille du roi.

<sup>23</sup> Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Ellipses, 2005, p. 15. Le premier conseil allait devenir l'exécutif quand le second deviendrait le parlement.

<sup>24</sup> Aurélien ANTOINE, « Chronologie raisonnée de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, puis du Royaume-Uni », *art. cit.*, p. 3.

<sup>25</sup> William BLACKSTONE, *Commentaire sur les lois anglaises*, 15<sup>e</sup> éd., t. I, vol. 1, Trad. de la 15<sup>e</sup> Éd par N. M. CHOMPRES, Paris, F. Didot imprimeur, 1822, p. 253.

<sup>26</sup> *Ibid.* Cette exacte définition est d'ailleurs reprise en 1851, par Antoine Gérin-Lajoie au Canada, voir Antoine GERIN-LAJOIE, *Catéchisme politique ou Elémens du droit public et constitutionnel du Canada, mis à la portée du peuple*, Montréal, Imp. Louis Perrault, 1851, p. 32 : « Le mot "parlement" signifie une assemblée d'hommes réunis pour conférer ensemble, et c'est le terme général dont on se sert dans ce pays pour désigner la réunion du gouverneur, du conseil législatif et de l'assemblée législative pour l'exercice de leurs pouvoirs conjoints. Le mot "législature" s'applique au parlement considéré plus particulièrement comme corps chargé de faire les lois ».

<sup>27</sup> En 1215, les « grands hommes », soit les nobles et le clergé, rédigent la *Magna carta*, premier texte d'importance à soumettre le roi au droit et qui impose la consultation du conseil pour toute nouvelle création d'impôt.

<sup>28</sup> Danièle FRISON, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, *op. cit.* p. 16. Il s'agit de l'appel par le roi Édouard I<sup>er</sup> de quatre cents représentants de tous les ordres, dont, pour la première fois, des membres du bas clergé.

<sup>29</sup> *Ibid.*

Jusqu'à l'enregistrement, un édit est l'expression de la volonté du Roi. Mais cette volonté n'acquiert le caractère de la loi que par la vérification dans les parlements »<sup>30</sup>.

12. Parallèlement à l'établissement des parlements, en France et en Angleterre, la monarchie affirme progressivement son autorité. Selon l'image des deux corps du roi<sup>31</sup>, ce dernier possède deux corps, « l'un naturel, mortel, soumis aux infirmités, aux tares de l'enfance et de la vieillesse ; l'autre surnaturel, immortel, entièrement dépourvu de faiblesses, ne se trompant jamais et incarnant le royaume tout entier »<sup>32</sup>. Cette fiction est utilisée dès le XIV<sup>e</sup> siècle par les juristes afin de penser la permanence et l'unité de l'État, indépendamment du changement des titulaires du pouvoir. Cependant, le roi reste une intercession, une médiation entre le peuple et Dieu : cette incarnation n'est pas synonyme de représentation politique<sup>33</sup>.

13. La naissance de la représentation politique date donc du bas Moyen-Âge et se fonde sur une conception « organiciste » telle qu'elle est ensuite reprise par les révolutionnaires français et anglais. À ce titre, les contributions de Hobbes et de Locke permettent de concevoir la représentation en lien avec l'exercice de la souveraineté<sup>34</sup> confiée à une entité politique unitaire, que ce soit le Léviathan pour le premier<sup>35</sup> ou le Gouvernement pour le second<sup>36</sup>. Elles sont suivies

---

<sup>30</sup> Pierre Étienne BOURGEOIS DE BOYNES, cité par Francesco DI DONATO, « Le concept de “représentation” dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 53-73, spé. p. 55. Citation adaptée de l'Ancien français. Les parlements d'Ancien Régime ne sont pas élus. Les magistrats ne bénéficiaient pas de mandat populaire. Ils étaient légitimés par leur compétence technique et par la propriété de l'office. Leur légitimité technique et juridique à enregistrer la loi était parfois opposée à la légitimité des États généraux, considérés comme plus représentatifs du corps social.

<sup>31</sup> Selon l'expression d'Ernst KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi*, Paris, Gallimard, 1989.

<sup>32</sup> Loïc BLONDIAUX, « Kantorowicz E., *Les deux corps du Roi*, 1989 », *Politix*, vol. 2, n° 6, 1989, p. 84-87, spé. p. 84.

<sup>33</sup> Marie-Bernadette BRUGUIERE, « La représentation royale et les muses du soleil », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 111- 132, spé. p.113.

<sup>34</sup> Jean BODIN, *Les six livres de la république*, Livre I, Chap. VIII, Paris, Jacques du Puy, 1576, p. 125. Il écrit que la souveraineté est « la puissance absolue et perpétuelle d'une République [...], c'est-à-dire la plus grande puissance de commander ». Selon le professeur Georg Jellinek, la souveraineté est « la compétence de la compétence ». Voir, Georg JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, Paris, Éd. Panthéon-Assas LGDJ, 2005, p. 147 et s. Aujourd'hui encore, la souveraineté désigne toujours « le titulaire légitime de la puissance susceptible, dans un cadre étatique qu'elle présuppose, d'être imposée unilatéralement soit par le souverain lui-même, soit par les autorités constituées agissant en son nom. [...] la souveraineté sert à qualifier la volonté supposée du titulaire légitime de la puissance en signifiant, premièrement, que cette volonté n'en connaît pas de plus haute et, deuxièmement, quelle s'impose avec une force supérieure à toutes les autres volontés. En ce sens, le souverain est la source de la force obligatoire de tout le droit positif, même s'il n'en détermine pas nécessairement le contenu - qui peut être, par exemple, coutumier ». Voir, Éric MAULIN, « Souveraineté », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1434-1439.

<sup>35</sup> La conception hobbesienne de la représentation est contractualiste : la société politique unifiée naît d'un accord - un contrat social - par lequel les individus se dessaisissent de leur puissance d'agir individuelle au profit du souverain, le Léviathan. Ce dernier présente les qualités d'un représentant : il décrète la guerre et décide de la volonté générale. Voir, Thomas HOBBS, *Léviathan*, Paris, Folio, 2007, p. 177.

<sup>36</sup> La conception lockéenne de la représentation se fonde sur une délégation temporaire et sur la poursuite de l'intérêt commun, selon une relation de confiance. Si cette dernière est rompue, le pouvoir revient au peuple : il ne cesse donc pas d'exister en tant qu'entité politique, titulaire de la souveraineté, dès que le représentant est désigné. Il lui revient de surveiller le représentant. Voir, John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992 [1690].

par les contributions de Montesquieu<sup>37</sup> et de Rousseau<sup>38</sup>, mais surtout par celle de Sieyès. Ce dernier définit la conception classique de la représentation au moyen du concept de souveraineté nationale, proposition qui domine ensuite les travaux constituants de 1789-1791. Il considère la nation comme « un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentée par la même législature »<sup>39</sup>, qui est à l'origine de tout : « sa volonté est toujours légale, elle est la loi même »<sup>40</sup>. Lors de son discours devant l'Assemblée nationale, il affirme :

Les citoyens qui se nomment des représentants renoncent à faire eux-mêmes la loi. Ils n'ont pas de volonté particulière à imposer. S'ils dictaient des volontés, la France ne serait plus cet État représentatif ; ce serait un État démocratique. [...] Dans un pays qui n'est pas une démocratie - et la France ne saurait l'être - le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants.<sup>41</sup>

À cette période, la représentation n'est donc pas associée à l'idée démocratique. Le gouvernement représentatif s'avère indispensable, car la Nation ne peut se gouverner elle-même : elle n'existe que par ses représentants chargés d'exprimer la volonté générale à travers le vote majoritaire de la loi. Selon ce mécanisme, une décision « adoptée par une partie d'un corps ou organe collectif [...] vaut pour le tout »<sup>42</sup>. Cette conception traduit une impossible coexistence avec toute forme d'expression directe du peuple, notamment dans l'élection. Ces contributions demeurent capitales pour la théorie classique de la représentation, conceptualisée à la période révolutionnaire.

14. À la même période, la théorie britannique se précise en faveur d'une conception organiciste similaire, fondée sur la représentation du peuple<sup>43</sup> et le refus de tout mandat impératif. Elle est décrite par Edmund Burke dans le *Discours aux électeurs de Bristol* :

---

<sup>37</sup> Montesquieu écrit : « Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité [...] il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants ». Selon lui, le peuple doit donc déléguer la gestion des affaires publiques par l'élection qui permet de choisir les meilleurs représentants, même s'il considère que la démocratie est synonyme de tirage au sort. Voir, Charles Louis DE SECONDAT, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995 [1748], p. 99.

<sup>38</sup> Rousseau affirme, lui, l'incompatibilité entre la représentation et la souveraineté du peuple, signifiant que la compétence de l'exercice du pouvoir appartient au peuple, soit l'ensemble des citoyens dotés de leurs droits civiques. Pour Rousseau, les caractéristiques de la volonté générale - elle est inaliénable, directe, infaillible, indivisible et ne peut se déléguer - fondent théoriquement le refus d'une représentation. Voir, Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, Paris, Flammarion, 1966, p. 214

<sup>39</sup> Emmanuel-Joseph SIEYÈS, « Qu'est-ce que le Tiers-État ? », dans Roberto ZAPPERI (dir), *Écrits politiques*, Paris, Éditions des archives contemporaines, 1985, p. 121.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Emmanuel-Joseph SIEYÈS, « Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal », Séance du 7 septembre 1789 au matin, *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 594.

<sup>42</sup> Il est admis, explique le professeur Olivier Beaud, « par une fiction juridique, que la volonté de la majorité est reconnue comme la volonté de tous [...] L'opposition qui devient fondamentale se situe alors entre la décision prise à la majorité à celle prise à l'unanimité. Ce clivage entre majorité et unanimité est très important pour rendre compte de la pratique des décisions collectives, que ce soient les élections ou les délibérations des assemblées politiques ». Voir, Olivier BEAUD, « Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques », *Jus Politicum*, n°15, 2016, p. 1-23, spé. p. 2-5.

<sup>43</sup> Edmund BURKE, *Selected Works of Edmund Burke : a new imprint of the Payne edition foreword and biographical note by Francis Canavan*, vol. 3, Carmel, Liberty fund, 1999 [1796], p. 105. Voir aussi, Michel GANZIN, « La théorie de la représentation de la nation anglaise : E. Burke », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 193-204, spé. p. 193-194.

Le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs, tous porteurs d'intérêts différents et ennemis, que chacun doit défendre à tout prix [...] ; le Parlement est l'assemblée délibérante d'une nation, qui n'a en vue qu'un intérêt, celui de tous, et qui doit être guidée [...] par le bien général qui est le fruit de la raison commune de tous ces membres. Bien sûr, vous choisissez l'un d'entre eux, mais lorsque vous l'avez choisi, il n'est plus un membre de Bristol, il est un membre du Parlement<sup>44</sup>.

Son propos illustre encore que l'élection reste une modalité de désignation ayant peu d'effets dans la théorie classique de la représentation. Cela est d'ailleurs confirmé par l'absence d'élection des membres de la Chambre des Lords, bien qu'ils soient considérés comme des représentants.

15. En outre, en France comme en Angleterre et ensuite, au Canada, une première définition de la représentation dans l'État apparaît. Elle est « la réduction d'une pluralité de volontés à une unité susceptible de donner une volonté à un souverain, être juridique ultime et fictif, que ce dernier s'appelle peuple ou nation »<sup>45</sup>. La représentation politique constitue « la création d'une unité politique où sont hiérarchisées les différentes fonctions »<sup>46</sup>. En effet, durant les révolutions, s'organisent le partage du pouvoir et la hiérarchisation des autorités étatiques<sup>47</sup>. En confiant la souveraineté au peuple ou à la nation, et surtout à sa représentation, il y a la volonté politique de dominer le pouvoir du roi. Autrement dit, le concept de représentation permet « de constituer une unité politique, d'une part ; de justifier une hiérarchie entre différentes fonctions juridiques, de l'autre »<sup>48</sup>. De la sorte, c'est dans la rédaction des normes constitutionnelles que s'observent le mieux la représentation politique et les justifications qu'elle permet, au sein des ordres juridiques canadien et français.

---

<sup>44</sup> Edmund BURKE, *Selected Works of Edmund Burke : a new imprint of the Payne edition foreword and biographical note by Francis Canavan*, *op. cit.*, p. 11-12.

<sup>45</sup> Bruno DAUGERON, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 215-236, spé. p. 218.

<sup>46</sup> Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », vol. 103, 2011, p. 57.

<sup>47</sup> Le terme « autorités étatiques » désigne les institutions étatiques auxquelles a été délégué une partie du pouvoir d'État. Leurs actes ont un caractère exécutoire et elles disposent du pouvoir de coercition afin d'assurer le respect des décisions prises. Voir, Jean-Paul JACQUE, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2020, p. 9. Voir aussi, Armel LE DIVELLEC et Michel DE VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2020, p. 19.

<sup>48</sup> Pierre BRUNET, « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 27-45, spé. p. 29.

## PARAGRAPHE 2 – La consécration constitutionnelle de la représentation au Canada et en France

16. En France, le 17 juin 1789, la souveraineté royale est remplacée par la souveraineté de la nation avec l'adoption de la motion, rédigée par Sieyès, des députés du Tiers-État<sup>49</sup>. Lorsque les États généraux se transforment en Assemblée nationale, ils s'affirment comme organe représentatif de la nation souveraine<sup>50</sup>, en rupture avec la conception féodale. Dès lors, à partir de 1789, « par représentation politique, il ne faut pas entendre mandat au sens d'un contrat de droit privé, pas davantage que représentation au sens de la délégation de pouvoir, mais construction d'une volonté étatique dans le cadre d'un processus d'expression de la souveraineté de l'État »<sup>51</sup>. En ce sens, l'absence de mandat impératif laisse aux députés une entière liberté dans la production de la volonté générale, volonté qu'il crée, « non point qu'il la représente »<sup>52</sup>.

17. Le constituant inscrit donc dans le texte constitutionnel de 1791 : « les représentants sont le Corps législatif et le roi »<sup>53</sup>. Le député Roederer s'oppose à la qualification du roi comme représentant, car il n'est pas élu<sup>54</sup>, mais c'est la conception de Barnave qui est retenue : « ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé

---

<sup>49</sup> ÉTATS GÉNÉRAUX, Séance du mercredi 17 juin 1789, *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 127. La motion précise : « L'Assemblée, délibérant après la vérification des pouvoirs, reconnaît que cette assemblée est déjà composée des représentants envoyés directement par les quatre-vingt-seize centièmes au moins de la Nation. Une telle masse de députation ne saurait rester inactive par l'absence des députés de quelques bailliages ou de quelques classes de citoyens ; car les absents qui ont été appelés ne peuvent point empêcher les présents d'exercer la plénitude de leurs droits, surtout lorsque l'exercice de ces droits est un devoir impérieux et pressant. De plus, puisqu'il n'appartient qu'aux représentants vérifiés de concourir à former le vœu national et que tous les représentants vérifiés doivent être dans cette assemblée, il est encore indispensable de conclure qu'il lui appartient et qu'il n'appartient qu'à elle d'interpréter et de présenter la volonté générale de la Nation ».

<sup>50</sup> De même, lors de la séance du 23 juin, Louis XVI déclare que les députés de l'Assemblée nationale forment « le corps des représentants de la Nation ». Voir, ÉTATS GÉNÉRAUX, séance royale du 23 juin 1789, *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 143.

<sup>51</sup> Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, op. cit., p. 57.

<sup>52</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, rééd. CNRS, 1962 [1920-1922], p. 282-284. Il précise que « le corps des députés ne représente pas une volonté nationale préexistante à la formation de l'assemblée législative, volonté qu'il ne ferait que traduire ou reproduire ; mais il est l'organe chargé de formuler une volonté nationale qui ne commence d'exister que par lui, qui prend naissance en lui, qui, d'après la Constitution, ne se conçoit pas en dehors de lui ». Il écrit aussi : « Le corps législatif n'est plus, en effet, une réunion de mandataires se faisant les interprètes des volontés explicites ou implicites de leurs collègues d'élection : mais l'essence même de la prétendue représentation moderne, c'est que le député est indépendant de ses électeurs, ceux-ci étant systématiquement exclus de toute participation effective à la puissance législative. C'est bien en ce sens que les constituants de 1791 ont opposé le régime qu'ils appelaient représentatif, au gouvernement direct ».

<sup>53</sup> Constitution française de 1791, titre III, art. 2.

<sup>54</sup> Selon Roederer, « l'essence de la représentation est que chaque individu représenté vive, délibère dans son Représentant ; qu'il ait confondu, par une confiance libre, sa volonté individuelle dans la volonté de celui-ci, Ainsi, sans élection, point de représentation ; ainsi les idées d'hérédité et de représentation se repoussent l'une l'autre ; ainsi un roi héréditaire n'est point représentant [...] tout citoyen élu est représentant de celui qui l'a élu, pour le temps et pour la chose qui est l'objet de l'élection ». Voir, ÉTATS GÉNÉRAUX, séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 323.

dans certains cas de *vouloir pour* la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir que pour elle»<sup>55</sup>. Il affirme ainsi que le roi, autant que le Corps législatif, sont représentants<sup>56</sup>. Comme l'analyse le professeur Pierre Brunet, « c'est parce que le roi veut pour la nation en exerçant son veto et en négociant avec les puissances étrangères qu'il est qualifié de représentant »<sup>57</sup>. Par conséquent, à la période révolutionnaire, les corps des législateurs et des administrateurs demeurent tous deux élus, sans que les seconds ne bénéficient de la qualité de représentant, consacrant subséquemment l'élection comme une simple modalité de désignation et non comme la manifestation d'une volonté politique. La fonction des législateurs est d'énoncer la volonté nationale, quand la fonction des administrateurs est d'exécuter cette même volonté<sup>58</sup>.

**18.** La première conception constitutionnelle de la représentation politique peut donc se résumer à la formule désormais classique de *vouloir pour* la nation, autrement dit à une conception volitive. Cette première conception répond à une volonté politique de privilégier la compétence du Parlement, au détriment des anciennes compétences du Roi. Elle est toujours en vigueur et se lit d'ailleurs à l'article 3 de la Constitution française de 1958 selon lequel « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Cet article désigne explicitement les représentants : les Parlementaires, qui s'expriment par la procédure législative ou constituante et le corps électoral. En effet, lors des référendums, c'est le corps électoral qui s'exprime, soit une seconde représentation de la nation qui « veut pour elle » et à qui l'on impute la volonté du peuple<sup>59</sup>. En outre, cette conception volitive, loin d'être spécifique à la France, se retrouve au Canada.

**19.** Dès le début du XVII<sup>e</sup> siècle, les Français s'installent en Nouvelle-France, divisée en seigneuries et dirigée par le Gouvernement royal<sup>60</sup>. Après le régime militaire de 1759 à 1764, la Nouvelle-France devient un territoire britannique. Promulguée par le Roi de Grande-Bretagne et

---

<sup>55</sup> ÉTATS GÉNÉRAUX, séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, 1<sup>re</sup> série, t. VIII, p. 331.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>58</sup> Une distinction qui se lit dans le décret du 22 décembre 1789. Voir, Décret du 22 décembre 1789 *relatif à la loi du 22 décembre 1789 relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*, dans Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, 1887, p. 86.

<sup>59</sup> Bruno DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 1-27, spé. p. 14. Il écrit : « le corps électoral assure, lui aussi, la représentation de la volonté du peuple dans l'hypothèse référendaire, la différence étant que le corps électoral le fait directement sans avoir recours à des représentants, élus ou non, en imputant sa volonté au peuple comme si elle était la sienne ». Dans le même sens, Éric Buge relève qu'il coexiste « deux canaux d'expression de la volonté générale : un canal parlementaire et un canal référendaire ». Voir, Éric BUGE, « Les citoyens peuvent-ils participer à l'expression de la volonté générale en régime représentatif ? », dans Mathilde HEITZMANN-PATIN et Julien PADOVANI (dir.), *La participation du citoyen à la confection de la loi*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 69-86, spé. p. 83.

<sup>60</sup> De 1663 à 1760. Le gouverneur est la principale figure de l'autorité de cette institution. Ensuite, amorcée par le Conseil de Québec en 1764, la genèse du parlementarisme québécois se poursuit avec le Conseil législatif en 1775 et sert de prélude au fonctionnement des institutions parlementaires après 1791. Voir, Siegfried PETERS (dir.), *La procédure parlementaire du Québec*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 4<sup>e</sup> Éd., 2021, p. 13.

considérée comme la première Constitution canadienne<sup>61</sup>, la Proclamation royale de 1763 règle l'administration gouvernementale de quatre colonies : la Floride orientale, la Floride occidentale, la Grenade et le Québec. Pour cette dernière province, l'Acte de Québec<sup>62</sup> crée le Conseil législatif, organe représentatif non élu. Ainsi, jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, comme en France à la même période, « le parlementarisme n'est pas indissociable de la démocratie électorale »<sup>63</sup>.

**20.** Il faut attendre l'Acte constitutionnel de 1791 pour que se mette en place un régime parlementaire au sein des provinces, sur le modèle du Parlement de Westminster, composé du roi, d'un gouvernement, d'une chambre haute nommée et d'une chambre basse élue. Dès 1792, les assemblées législatives provinciales du Haut et du Bas-Canada adoptent ou rejettent, selon le principe de la décision majoritaire, les projets de loi qui leur sont soumis. Ils expriment une volonté unitaire imputée au peuple de la colonie, laquelle correspond donc à une conception volitive de la représentation. La particularité réside toutefois dans le titulaire de la souveraineté. Le Canada dispose d'une représentation politique qui acquiert progressivement son autonomie, mais le titulaire de la souveraineté reste l'exécutif britannique. Dans ce cadre, les gouvernements du Canada ne sont pas encore responsables devant les Législatures. Cette irresponsabilité est qualifiée par les historiens de « vieux système représentatif »<sup>64</sup>. La responsabilité ministérielle débute après la signature de l'Acte d'Union de 1840<sup>65</sup>, puis s'affirme dans les usages parlementaires à partir de la Loi constitutionnelle de 1867, laquelle réunit les deux provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick sous un gouvernement fédéral commun<sup>66</sup>.

**21.** Finalement, les assemblées canadiennes acquièrent leur entière souveraineté<sup>67</sup>, d'abord avec le Statut de Westminster de 1931 qui reconnaît la souveraineté du Canada au sein de l'Empire

---

<sup>61</sup> Ghislain OTIS, « L'évolution constitutionnelle de la relation entre le Québec et les peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », *Cités*, vol. 3, n° 23, 2005, p. 71-87, spé. p. 72.

<sup>62</sup> *Acte de Québec*, (1774) 14 Georges III, c. 83 (R.-U.).

<sup>63</sup> Siegfried PETERS (dir.), *La procédure parlementaire du Québec*, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>64</sup> Christian BLAIS, « Brève histoire du gouvernement responsable », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 22, n° 2, 2014, p. 111-138, spé. p. 114. L'auteur emploie les termes anglais de « *old representative system* ».

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>66</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), aussi nommée *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 (R.-U.), c. 3. La responsabilité du gouvernement est aujourd'hui une convention constitutionnelle. Voir, *Remoi : Résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753-929, spé. p. 878. D'autres provinces et territoires se joignent ensuite à la Confédération : le Manitoba et les Territoires du Nord-Ouest en 1870, la Colombie-Britannique en 1871, l'Île-du-Prince-Édouard en 1873, le Yukon en 1898, l'Alberta et la Saskatchewan en 1905, Terre-Neuve en 1949 et le Nunavut en 1999.

<sup>67</sup> Il reste à nuancer cette idée puisque « la souveraineté parlementaire est entamée par le partage constitutionnel des compétences législatives. Les parlements ne sont pas autorisés à légiférer dans des domaines de compétence qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement. C'est la raison pour laquelle nous devons préciser, en parlant du principe de la souveraineté parlementaire au Canada, que les parlements fédéral et provinciaux sont souverains dans leurs champs de compétence respectifs ». Voir, Hubert CAUCHON, « Les institutions parlementaires », dans Alain-G. GAGNON et David SANSCHAGRIN (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 153-177, spé. p. 157.



britannique<sup>68</sup>, puis avec la Loi constitutionnelle de 1982, par laquelle le Parlement de Westminster s'engage à ne plus légiférer pour le Canada et organise le « rapatriement » de la Constitution<sup>69</sup>. Durant toute cette période, il appert que le Parlement et les Législatures du Canada exprimaient bien la volonté générale par l'adoption de la loi, mais ne pouvaient exercer le pouvoir constituant. Autrement dit, ces organes constituaient des « représentants ordinaires » et non des « représentants extraordinaires »<sup>70</sup>.

**22.** Dans ce cadre, l'identification de ceux qui *veulent pour la nation* se pose en des termes différents. En effet, le roi est une composante des pouvoirs législatif et exécutif fédéraux et provinciaux<sup>71</sup>. De même, les membres des exécutifs fédéral et provinciaux appartiennent aussi au pouvoir législatif et votent les lois. À ce titre, le roi, le gouvernement et les parlementaires peuvent être considérés comme des représentants. Pourtant, en vertu d'une convention constitutionnelle, le roi règne, mais ne gouverne pas : les prérogatives royales qui étaient autrefois les siennes relèvent désormais de la décision du Premier ministre, telle que la sanction du projet de loi<sup>72</sup>. Dès lors, selon cette règle constitutionnelle non écrite, le roi n'est pas un représentant, car il ne « veut plus » pour le peuple aujourd'hui.

**23.** En outre, si la conception volitive de la représentation s'inscrit dans les normes constitutionnelles du Canada et de la France, cette conception s'avère désormais concurrencée par l'électoratisation de la représentation politique.

### PARAGRAPHE 3 – L'électoratisation de la représentation politique au Canada et en France

**24.** Au Canada et en France, la représentation volitive est aujourd'hui concurrencée par l'apparition d'une représentation politique autrement définie, non pas sur le fondement de la volonté générale qu'elle exprime, mais plutôt sur son mécanisme de désignation : l'élection.

---

<sup>68</sup> *Statut de Westminster, 1931*, 1931 (R.-U.), c. 4. Par ailleurs, la Cour suprême écrit : « Le Statut de Westminster, 1931 a été adopté pour donner effet en droit britannique au statut souverain désormais reconnu des collectivités au sein de l'Empire britannique. [...] Au sein de l'Empire britannique, les pouvoirs du gouvernement étaient conférés à différents organes qui ont fourni un terrain fertile à la croissance de nouvelles conventions constitutionnelles, inconnues de Dicey, par lesquelles des colonies autonomes ont acquis un statut égal et indépendant au sein du Commonwealth. Plusieurs d'entre elles ont été consacrées par le *Statut de Westminster* ». Voir, *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 831 et p. 879.

<sup>69</sup> *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 2. Avant le rapatriement, seul le Parlement britannique avait le pouvoir de modifier la Loi constitutionnelle de 1867.

<sup>70</sup> Selon la distinction faite par Sieyès et Carl Schmitt selon lesquels « les représentants extraordinaires, c'est-à-dire ceux qui exercent immédiatement le pouvoir constituant, peuvent avoir n'importe quel mandat, à la différence des représentants ordinaires ». Voir, Carl SCHMITT, *La dictature*, Paris, Éd du Seuil, 2000, p. 216.

<sup>71</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 9 et 17.

<sup>72</sup> Hubert CAUCHON, « Les institutions parlementaires », *op. cit.*, p. 176.

25. En France, la Seconde République se présente comme « un point d’inflexion majeur dans l’histoire du gouvernement représentatif »<sup>73</sup>. Avec l’adoption du suffrage universel masculin en 1848, la représentation semble, pour la première fois, corrélée à son mécanisme de désignation. Le gouvernement en charge des élections de l’Assemblée constituante entend « organiser les conditions pour que naisse une représentation véritable du pays, par opposition à la représentation faussée du suffrage censitaire »<sup>74</sup>. La proclamation des élections par le gouvernement provisoire est révélatrice de ce changement : « Vous allez accomplir le plus grand acte de la vie d’un peuple : élire les représentants du pays. [...] Vous allez organiser la République »<sup>75</sup>. Ces discours participent à la définition d’une société fondée sur l’individu, où chaque citoyen participe également<sup>76</sup>. Albert Hirschman explique ainsi :

En garantissant le droit de vote au peuple [...] qui venait de mener sa troisième révolution en l’espace de deux générations, on intronisait aussi ce droit comme unique mode légal d’expression des opinions politiques. Autrement dit, le vote représentait un nouveau droit pour le peuple, mais limitait également sa participation à la politique à cette forme précise et relativement inoffensive<sup>77</sup>.

En effet, dans un contexte d’instabilité et d’insurrection, valoriser le mécanisme électoral permet de confiner l’exercice de la souveraineté à un seul acte, à la fois contrôlable et organisateur de l’ordre public : l’élection plutôt que les insurrections. À l’instar de la représentation volitive qui s’est construite afin d’encadrer les pouvoirs du roi, de nouveau, la conception électorale de la représentation cherche à contenir les vellétés du peuple.

26. Parallèlement, la Constitution de 1848 consacre l’élection directe du Président de la République, grâce à laquelle Louis-Napoléon Bonaparte est désigné. Dans ce cas, « l’incarnation ne s’oppose pas à l’élection, mais s’appuie sur elle pour justifier une autorité illimitée du représentant »<sup>78</sup>. Ainsi, le glissement conceptuel entre représentation et élection sert l’établissement d’« un rapport d’identité personnel entre Bonaparte et la France, dont l’aboutissement logique est de justifier tout acte, fût-il illégal, comme l’action du peuple

---

<sup>73</sup> Samuel HAYAT, « *Au nom du peuple français* ». *La représentation politique en question autour de la révolution de 1848 en France*, thèse de doctorat en science politique, Université de Paris VIII, 2011, p. 12

<sup>74</sup> Samuel HAYAT, « *Au nom du peuple français* ». *La représentation politique en question autour de la révolution de 1848 en France*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>75</sup> GOUVERNEMENT PROVISOIRE, « Élections législatives, Proclamations », 16 mars 1848, Bulletin officiel 15, n° 123, dans Lemoine DEVILLENEUVE (dir.), *Recueil général des lois et des arrêts, III<sup>e</sup> partie. Lois annotées*, 1848, p. 30.

<sup>76</sup> L’acte du gouvernement provisoire continue par les termes suivants : « La loi électorale provisoire que nous avons faite est la plus large qui, chez aucun peuple de la terre, ait jamais convoqué le peuple à l’exercice du suprême droit de l’homme, sa propre souveraineté. L’élection appartient à tous sans exception. [...] Tout citoyen est électeur. Tout électeur est souverain. Le droit est égal et absolu pour tous ». Voir, GOUVERNEMENT PROVISOIRE, « Élections législatives, Proclamations », 16 mars 1848, Bulletin officiel 15, n° 123, dans Lemoine DEVILLENEUVE (dir.), *Recueil général des lois et des arrêts, III<sup>e</sup> partie. Lois annotées, op. cit.*, p. 30.

<sup>77</sup> Albert HIRSCHMAN, *Bonheur privé, action publique*, Paris, Fayard, 1983, p. 192.

<sup>78</sup> Samuel HAYAT, « Incarner le peuple souverain : les usages de la représentation-incarnation sous la Seconde République », *Raisons politiques*, 2018, n° 72, p. 137-164, spé. p. 152.

français»<sup>79</sup>. C'est d'ailleurs en s'appuyant sur l'expression électorale du peuple que Louis-Napoléon Bonaparte légitime sa prise de pouvoir à l'aube du Second Empire<sup>80</sup>.

27. Sous la III<sup>e</sup> République, les républicains tentent de lutter contre une représentation-incarnation liée à la seule figure du président de la République : le déséquilibre institutionnel se fait donc en faveur de la Chambre des Députés, seule institution représentante, mais aussi seule institution élue<sup>81</sup>. Si la plupart des députés redoutent les conséquences du suffrage universel<sup>82</sup>, l'élection permet de garantir la stabilité sociale<sup>83</sup>, sans pour autant que celle-ci ne signifie encore l'expression d'une volonté politique particulière<sup>84</sup>. Afin d'assurer l'équilibre du régime représentatif, un parlement bicaméral est institué avec le Sénat, dont les membres sont autrement désignés, ce qui leur permet d'être « le contrepoids de la loi du nombre »<sup>85</sup>.

28. Sous la IV<sup>e</sup> République, l'article 3 de la Constitution de 1946 participe à la confusion selon laquelle le peuple exerce la souveraineté nationale « par le vote de ses représentants et par le référendum ». Cette formulation, partiellement reprise dans la Constitution de 1958, présente une certaine contradiction avec la conception volitive de la représentation où la nation ne s'exprime que par l'intermédiaire de ses représentants. La confusion perdure avec la loi du 3 juin 1958 encadrant la rédaction de la future Constitution qui dispose que « le suffrage universel est la seule source du pouvoir » et avec les interprétations données par le Conseil constitutionnel quant à l'article 24 de la Constitution de 1958 :

Le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que,

---

<sup>79</sup> Samuel HAYAT, « Incarner le peuple souverain : les usages de la représentation-incarnation sous la Seconde République », *art. cit.*, p. 154.

<sup>80</sup> Le 20 décembre 1851, 92 % des électeurs répondent par l'affirmative au plébiscite suivant : « Le Peuple français veut le maintien de l'autorité de Louis-Napoléon Bonaparte, et lui délègue les pouvoirs nécessaires pour établir une constitution sur les bases proposées dans sa proclamation du 2 décembre 1851 ». Cette utilisation plébiscitaire du référendum est une des utilisations qui participe de la méfiance doctrinale face à l'outil référendaire.

<sup>81</sup> La professeure Marie-Anne Cohendet précise que l'élection au suffrage universel direct des députés, couplée à l'élection du président de la République par les parlementaires et à l'absence d'un droit de dissolution confié au chef de gouvernement, permettaient à l'assemblée de disposer d'un « pouvoir législatif illimité et presque incontrôlé ». Voir, Marie-Anne COHENDET, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, vol. 18, n° 2, 2004, p. 41-61, spé. p. 44.

<sup>82</sup> Voir, Georges FERRIERE, « La loi électorale du 30 novembre 1875 : La difficile confirmation du suffrage universel », *op. cit.*, p. 422. Renan, par exemple, disait qu'il s'agissait de livrer la chose publique aux caprices de la foule.

<sup>83</sup> En 1877, Gambetta va jusqu'à dire que si le suffrage universel fonctionne dans la plénitude de sa souveraineté, il n'y a plus de révolution possible. Voir, Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 172.

<sup>84</sup> Pierre Rosanvallon précise que « L'assimilation du suffrage universel à la république renvoie à la considération du suffrage comme principe ultime de légitimation, et pas au suffrage comme procédure électorale, et moins encore comme mode de gouvernement. Le suffrage universel s'identifie à la république dans la mesure où il définit un mode de légitimation radicalement antagonique à celui de la monarchie : c'est la volonté générale contre le recours à l'histoire, à la tradition, ou *a fortiori* au droit divin ». Voir, Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>85</sup> ASSEMBLEE NATIONALE, séance du 22 février 1875, *Annales de l'Assemblée nationale*, p. 559.

par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales<sup>86</sup>.

Par cette formulation, le Conseil constitutionnel rejoint l'idée selon laquelle la représentation des collectivités territoriales par le Sénat et l'élection des sénateurs sont étroitement indissociables. Autrement dit, l'élection du Sénat semble « étudiée comme une modalité de représentation »<sup>87</sup>.

**29.** La concurrence d'une conception électorale de la représentation se retrouve aussi au Canada. Malgré la nomination particulière des chambres hautes, la représentation politique est rapidement associée à l'élection puisque, dès 1792, les membres des chambres basses du Bas et du Haut-Canada sont élus<sup>88</sup>. Dès cette époque, l'objectif est « de désigner une ou deux personnes, même parfois plus, chargées de représenter leur communauté », à main levée ou à voix haute<sup>89</sup>. Sur le modèle britannique, le scrutin est majoritaire uninominal à un tour. Dès lors, le lien entre élection et représentation semble d'autant plus fort que, dans le cadre de la construction du Canada au XIX<sup>e</sup> siècle impliquant la découverte de nouveaux territoires et l'augmentation rapide de la population, des changements de la carte électorale modifient sans cesse la composition des assemblées législatives<sup>90</sup>. De surcroît, les populations diffèrent tant par leurs langues, anglais ou français, leurs religions, catholique ou protestante, et leur origine, britannique ou française : élire un député pour représenter ces caractéristiques et ces intérêts particuliers s'instille donc fortement dans la conception de la représentation politique. Dans ce cadre, de façon similaire aux évolutions françaises, l'élection prend toute son importance et le scrutin s'élargit peu à peu, intégrant par exemple les femmes en 1920, au niveau fédéral.

**30.** Avec la Loi constitutionnelle de 1982, le droit de vote est finalement consacré selon le principe de la « représentation effective ». Dans la décision de 1991, *circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, la Cour suprême définit le principe en ces termes :

La parité relative du pouvoir des électeurs est une condition primordiale de la représentation effective. Les dérogations à la parité électorale absolue peuvent toutefois se justifier pour des raisons d'impossibilité matérielle ou d'amélioration de la représentation réelle. Des facteurs comme la géographie, l'histoire et les intérêts de la collectivité et la représentation des groupes minoritaires

---

<sup>86</sup> CC, Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, J.O.R.F. du 11 juillet 2000, p. 10486.

<sup>87</sup> Bruno DAUGERON « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus Politicum*, art. cit., p. 232-236.

<sup>88</sup> Le suffrage est limité par un cens peu élevé et par l'âge. Étrangement, « par omission, contrairement à ce qui se produit en Grande-Bretagne à la même époque, les femmes, les Autochtones et les Juifs ont le droit de vote au Bas-Canada s'ils satisfont aux autres critères ». Voir, Siegfried PETERS (dir.), *La procédure parlementaire du Québec*, op. cit., p. 24.

<sup>89</sup> Hubert CAUCHON, « Les institutions parlementaires », op. cit., p. 158. En 1792, l'élection du député du Québec se fait à voix haute, entre 8 heures et 18 heures. S'il s'écoule plus d'une heure sans qu'un électeur se présente, trois électeurs peuvent demander la clôture du scrutin. Celui-ci a ainsi duré plus d'une semaine. En effet, avant 1875, le vote n'est pas secret, le scrutin peut durer plusieurs jours et se tenir à divers moments dans les circonscriptions.

<sup>90</sup> Siegfried PETERS (dir.), *La procédure parlementaire du Québec*, op. cit., p. 23.

peuvent devoir être pris en considération afin de garantir que nos assemblées législatives représentent réellement la diversité de notre mosaïque sociale<sup>91</sup>.

Ainsi, l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit l'égalité relative des électeurs<sup>92</sup>. Le caractère « effectif » de la représentation rend encore compte du besoin d'adapter les conceptions juridiques au contexte et aux exigences politiques. Le modèle représentatif reste toutefois lié à l'élection. En ce sens, dans une décision de 2003, la Cour suprême explicite les liens qui relient démocratie, représentation et élection :

La démocratie est une forme de gouvernement où le pouvoir souverain appartient à la population dans son ensemble. Dans notre système démocratique, cela veut dire que tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants<sup>93</sup>.

Il apparaît donc que la représentation politique et l'élection sont associées, l'un étant la cause de l'autre dans un ordre parfois confus<sup>94</sup>. Comme le résume le professeur Ghislain Otis, « [d]émocratie, représentation politique et élection constituent, dans le discours de la modernité constitutionnelle, une indissoluble trinité, la condition universelle du juste gouvernement de la personne humaine »<sup>95</sup>.

**31.** Par conséquent, au Canada comme en France, l'élection n'est pas un processus de désignation parmi d'autres ni la délégation d'un pouvoir de décision, mais devient la manifestation de la volonté politique des représentés. Or, la conception volitive de la représentation, en tant que production d'une volonté collective initiale, une et indivisible est en contradiction avec le principe représentatif électoral, celui de *porter la parole* d'individus réels dotés d'une opinion individuelle<sup>96</sup>. Cette incohérence entre les conceptions volitive et électorale n'a jamais été résolue, si bien qu'elles coexistent au sein du droit positif. Dès lors, il importe de ne pas les confondre dans les développements de cette recherche.

---

<sup>91</sup> *Cir. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 169.

<sup>92</sup> *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] 1 R.C.S. 3, para. 155.

<sup>93</sup> *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] C.S.C. 37, para. 30.

<sup>94</sup> Dans les discours politiques, il semble que les représentants sont qualifiés comme tels parce qu'ils sont élus. Toutefois, par son analyse du système français, le professeur Pierre Brunet précise que c'est plutôt l'inverse qui s'observe en droit : de la qualité de représentant, dépend le mode de désignation. Il écrit : « le mode de désignation est la conséquence du pouvoir à exercer ». Voir, Pierre BRUNET, Ken HASEGAWA et Hajime YAMAMOTO (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 143-165, spé. p. 156.

<sup>95</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *McGill Law Journal*, vol. 49, 2004, p. 393-417, spé. p. 404.

<sup>96</sup> *Tenir lieu de, être le porte-parole de et ressembler à*, selon la trilogie dégagée par le professeur Jean-Marie Denquin, dans, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum, art. cit.*, p. 5. Voir aussi, Bruno DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum, art. cit.*, p. 9 : « Si l'on s'accorde sur le fait que l'avènement et l'enracinement du suffrage universel masculin est un élément majeur de [l'apparition de la volonté électorale], elle ne s'est guère traduite en droit dans les structures constitutionnelles de la plupart des constitutions qui se sont succédées : représentatives elles étaient, représentatives elles sont demeurées. La portée symbolique du suffrage universel n'a jamais été une donnée juridique : ce dernier ne s'est pas en lui-même substitué au support législatif pour porter la volonté commune. Il n'est qu'un moyen et non une fin ».

32. Devant l'équivocité des conceptions, le professeur Jean-Marie Denquin parle d'une dissonance introduite dans la théorie constitutionnelle entre les objectifs constitutionnels démocratiques de participation du peuple et les règles elles-mêmes, vectrices de la théorie classique de la représentation pour la plupart<sup>97</sup>. Il décrit ainsi la dissonance de ces conceptions :

À l'idée de représentants qui veulent pour la Nation s'est substituée la thèse d'une *représentation des représentés*, c'est-à-dire, selon les points de vue, les électeurs, les citoyens ou les habitants quelconques, mineurs, abstentionnistes, étrangers compris. D'où la situation contemporaine où le terme signifie simultanément des réalités différentes : les représentants tiennent lieu des représentés quand ils votent la loi, ils sont considérés comme les porte-paroles de leurs électeurs, ils sont censés être représentatifs de ceux-ci, c'est-à-dire leur ressembler – impératifs qui, sans être directement contradictoires, ne sont pas nécessairement convergents<sup>98</sup>.

33. Afin de ne pas confondre les différents sens imputables à la représentation politique, l'auteur utilise plutôt les termes de « système représentatif » pour désigner la représentation volitive. Ce sont aussi les termes employés par Benjamin Constant, qui ne présume en rien du mécanisme électoral et pour qui « le système représentatif n'est autre chose qu'une organisation à l'aide de laquelle une nation se décharge sur quelques individus de ce qu'elle ne peut ou ne veut pas faire elle-même. [...] Le système représentatif est une procuration donnée à un certain nombre d'hommes par la masse du peuple »<sup>99</sup>. De la sorte, dans le système représentatif, « les détenteurs du pouvoir y représentent la nation. Mais ils ne la représentent pas parce qu'ils ont été choisis par elle - ils ne sont pas nécessairement élus -, mais seulement parce qu'ils expriment une volonté, qui est présumée être la sienne »<sup>100</sup>. Ainsi, sans reléguer l'analyse du mécanisme électoral de cette recherche, la principale conception retenue pour l'analyse de la coexistence entre les conceptions étatiques et coutumières repose sur la volonté générale produite par les représentants, et non sur leur investiture électorale. Dissocier la représentation volitive de l'élection s'avère d'autant plus nécessaire que les autochtones n'utilisent pas l'élection avant la période coloniale. Ces divergences expliquent *a fortiori* certaines des résistances actuelles aux conceptions étatiques de la représentation politique.

---

<sup>97</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *Commentaires*, n° 166, 2019, p. 323-327, spé. p. 326.

<sup>98</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Démocratie, représentation et relativité de l'ontologie », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, p. 9-19, spé. p. 14-15, Il ajoute « On se trouve en présence d'une pluralité de significations, entre lesquelles il est à la fois nécessaire d'arbitrer, car dans le cas contraire on ignorera de quoi l'on parle ».

<sup>99</sup> Benjamin CONSTANT, *Œuvres politiques*, Paris, Éd. Charpentiers et Cie, Libraires-éditeurs, 1874, p. 282.

<sup>100</sup> Pierre BIRNBAUM, Francis HAMON et Michel TROPER, *Réinventer le Parlement*, Paris, Flammarion, coll. « La rose au poing », 1977, p. 14. Par opposition aux termes de *démocratie représentative*, selon lesquels « les députés y représentent le peuple, parce qu'ils ont été désignés par lui et qu'ils expriment sa volonté réelle ». Afin de ne pas introduire de confusion, les termes de *démocratie représentative*, sauf citation, ne sont pas utilisés dans cette recherche.

## SECTION 2 – La contestation autochtone des conceptions étatiques de la représentation politique

34. Le rapporteur spécial des Nations Unies pour la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités, José Martinez Cobo, donne une définition des « communautés, populations ou nations autochtones »<sup>101</sup>, largement reprise par les organisations internationales et les juristes :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, s'estiment distinctes des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Elles constituent maintenant des segments non dominants de la société et elles sont déterminées à préserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Dans cette recherche, les mots « communauté », « population » et « nation » autochtone sont utilisés pour éviter l'écueil d'une terminologie inappropriée. En effet, la « tribu », bien que reconnue en droit français, ne correspond à aucune réalité anthropologique pour les autochtones, dont la plupart sont organisés en clan. De même, le terme de « peuple » en France n'est pas utilisé, car, comme le précise le Conseil constitutionnel en 1991, le préambule de la Constitution de 1958 postule l'unicité du peuple français. Voir, CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale Corse*, J.O.R.F., n° 0111, 14 mai 1991, p. 6350. De plus, la qualification de peuple entraîne des conséquences juridiques, comme la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination externe, c'est-à-dire le droit à l'indépendance. De façon ambivalente, le préambule de l'Accord de Nouméa reconnaît le « peuple kanak » tout en reconnaissant un droit à l'autodétermination externe à un ensemble plus large, le « peuple calédonien » si ce dernier existe en droit. Paradoxalement, le Canada utilise le syntagme de « peuples autochtones », mais ne reconnaît à ces derniers qu'un droit à l'autodétermination interne, c'est-à-dire à une certaine autonomie en tant que groupe, au sein du Canada. Malgré cette limite, il importe de noter que tant dans le discours juridique que dans le discours social, la qualification de « peuples autochtones » est d'usage général, notamment depuis la consécration de droits constitutionnels échéant aux « peuples autochtones du Canada » dans la Loi constitutionnelle de 1982. L'intégration en droit canadien de la *Déclaration des Nations-Unies sur les droits des Peuples autochtones* par la *Loi sur la Déclaration des Nations-Unies sur les Peuples autochtones* (L.C. 2021, ch. 14) vient renforcer l'usage de cette terminologie. Enfin, l'auto-perception des personnes autochtones du Canada en tant que membres de « peuples » est incontestable. Cela précisé, pour éviter les ambiguïtés du terme de « peuple » dans le cadre d'une étude comparative où les règles juridiques rattachées à ce terme varient et pour ne pas ajouter à un débat qui occulte parfois les réels enjeux, les termes de « communauté », « population » et « nation » autochtones sont principalement utilisés, même s'ils représentent le plus petit dénominateur commun dans le vocabulaire employé entre le Canada et la France. En effet, les termes de « communautés autochtones » sont employés par le Canada et par la France. Par exemple, Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d'orientation pour l'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0289 du 14 décembre 2000, p. 19760, art. 33 : « L'État et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondées sur leurs modes de vie traditionnels et qui contribuent à la conservation du milieu naturel et l'usage durable de la diversité biologique ». Il reste à rappeler que les « communautés » autochtones diffèrent des minorités dans leurs revendications et demandent, pour la plupart, non seulement une reconnaissance culturelle, mais aussi une plus grande autonomie politique.

<sup>102</sup> José Martinez COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, vol. 5 : conclusions, propositions et recommandations, New York, Nations Unies, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, p. 31, para. 379. Cette définition est partiellement reprise par l'art. 1 de la *Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'OIT en 1989 : « sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles. 2. Le sentiment d'appartenance indigène ou tribale doit être considéré comme un critère fondamental pour déterminer les groupes auxquels s'appliquent les dispositions de la présente convention ». Ainsi, quatre critères ressortent de ces définitions : la continuité historique entre les autochtones et les premiers habitants d'une région avant sa colonisation ; la différence culturelle avec la société dominante ; le principe de non-dominance ; l'auto-identification à la communauté autochtone. Voir, CONSEIL

Partant de cette définition, les communautés autochtones contestent les conceptions étatiques de la représentation politique et leurs institutions. Les régimes juridiques de la période coloniale peuvent expliquer les pierres d'achoppement entre les différentes conceptions de la représentation. À cette période, par volonté d'assimilation, certaines populations autochtones se voient imposer une législation uniforme et le choix de leurs représentants, en contradiction avec leurs coutumes précoloniales. Dans un même objectif de civilisation, le processus inverse est parfois mis en place : par la différenciation législative, la constitution de régimes spéciaux conduit à l'exclusion des populations autochtones du bénéfice de certains droits politiques, tel que le droit de vote.

**35.** Le Sénat canadien admet que durant la période coloniale britannique, la législation impose à ces communautés « l'idéal politique de gouvernement local élu »<sup>103</sup>, dans un objectif explicite d'acculturation juridique, voire d'assimilation. L'acculturation juridique se définit comme « l'ensemble des processus suivant lesquels les systèmes de normes juridiques, les comportements des acteurs et leurs représentations sont construits et modifiés par les contacts et interpénétrations entre cultures et sociétés »<sup>104</sup>. Dans ce cadre, l'assimilation se conçoit alors comme le degré le plus élevé d'acculturation, où le système juridique assimilé abandonne ses particularismes pour se conformer au système juridique majoritaire ou dominant. Celle-ci peut être consentie, mais elle est souvent le résultat d'une politique visant à « l'homogénéisation de la société politique nationale par l'intégration des différences minoritaires »<sup>105</sup>. Ainsi, les conceptions étatiques de la représentation se sont progressivement imposées aux populations. En effet, avant la colonisation, rares sont les communautés autochtones qui désignent leurs représentants par l'élection<sup>106</sup>. Pourtant, au Canada, à partir de 1869, la *Loi pourvoyant à l'émancipation graduelle des sauvages* permet au gouvernement d'exiger que les chefs de toute nation, tribu ou « peuplade de sauvages » soient élus par les hommes de leur communauté, « de la manière que le surintendant-général des affaires des

---

ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Preliminary Report of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. Nations Unies, 1982, E/CN.4/ Sub.2/L.566, Chap. 11.

<sup>103</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, Ottawa, Sénat, 2010, p. 10.

<sup>104</sup> Norbert ROULAND, « Acculturation juridique », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 4-6, spé. p. 4.

<sup>105</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS, et Jacques POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 374.

<sup>106</sup> L'élection reste ici bien différente du vote. L'élection désigne un type de vote particulier pour désigner une personne tandis que le vote est un processus plus général. Ce dernier était utilisé avant la colonisation par certaines nations autochtones, par exemple les nations de la confédération iroquoise. Cependant, l'élection n'était pas utilisée. Le professeur Guy Agniel en témoigne pour les régions du Pacifique : « le "bon sauvage" du Pacifique ignorait de toute évidence les délices de la démocratie avant qu'elle n'investisse la région dans le sillage de la colonisation ». Voir, Guy AGNIEL, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 135-149, spé. p. 141.



Sauvages pourra prescrire»<sup>107</sup>. La *Loi sur les Indiens* de 1876 confirme la possibilité d'imposer l'élection comme mode de désignation des représentants<sup>108</sup>.

**36.** Un même phénomène d'acculturation s'observe dans les territoires colonisés où la France tente de modifier les institutions traditionnelles autochtones. En Nouvelle-Calédonie, par exemple, les chefferies et conseils kanak<sup>109</sup> perdent peu à peu leur habilité à représenter et à décider pour leur communauté à la suite de la colonisation qui débute en 1853. Les autorités françaises modèlent l'ordre public colonial en reconnaissant les chefs coutumiers dans le droit positif, lesquels sont sommés de s'inscrire «dans la hiérarchie coloniale sous l'autorité du gendarme, du chef du Service des Affaires indigènes et de l'immigration, et *in fine* du gouverneur de la colonie»<sup>110</sup>.

**37.** À côté du chef exécutif de la colonie, le décret du 2 avril 1885 institue également un Conseil général de quinze membres élus par les citoyens de la colonie, qui délibèrent de sujets relevant du territoire<sup>111</sup>. Toutefois, comme le rappelle le gouverneur en 1913, cette assemblée représente «la Société des colons», tandis que «la Société indigène, elle, n'est pas représentée au sens politique du mot ; elle est représentée par l'Administration dans les conditions où le mineur est représenté par le tuteur avec en plus l'idée de domination et de devoirs moraux qui en découle»<sup>112</sup>. En effet, les femmes, les Kanak et les autochtones originaires d'autres territoires

---

<sup>107</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria*, S.C., 22 juin 1869, ch. 42, art. 10.

<sup>108</sup> *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, ch. 18, art. 62. Cet article est confirmé en 1985 par la *Loi sur les Indiens*. Voir, *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74.

<sup>109</sup> L'orthographe du nom et de l'adjectif «kanak», d'origine britannique, se soustrait à la règle de l'accord en genre et en nombre. Cet invariant, reconnu par les dictionnaires et officialisé par l'Accord de Nouméa, ne doit pas être perçu comme dénotant un quelconque engagement politique. Cependant, caractéristiques des évolutions de représentations des Kanak, les graphies utilisées par les auteurs cités seront originellement retranscrites. Ainsi, dans certaines sources, la terminologie se retrouve parfois accordée selon les principes grammaticaux, ou écrit sous son orthographe coloniale «canaque». En effet, «Après la prise de possession française de la Nouvelle-Calédonie en 1853, le terme “kanak” (d'origine polynésienne), utilisé par Cook en 1774 pour désigner ses habitants, a acquis une connotation péjorative sous la graphie francisée “canaque”. Lui étaient publiquement préférées les appellations “indigène”, puis “autochtone” ou “Mélansien” à partir des années 1950. Dans les années 1970, les indépendantistes ont renversé le stigmate en faisant du mot “Kanak”, restauré dans sa graphie anglicisée initiale, un symbole de fierté culturelle et politique». Voir, Stéphanie GUYON et Benoit TREPIED, «Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français», dans Irène BELLIER (dir.), *Peuples autochtones dans le monde, les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, 2013, p. 93-112, spé. p. 100.

<sup>110</sup> Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie*, Paris, CNRS Éditions, 2019, p. 192. Voir, Arrêté n° 806 du 27 octobre 1897 au sujet de l'organisation des tribus indigènes, B.O.N.C., 1897, p. 515-517. L'arrêté organise les tribus indigènes conformément à leur organisation ancienne et place plusieurs tribus sous l'autorité d'un Grand chef désigné par l'administration. Voir aussi, Arrêté n° 840 du 9 août 1898 relatif à l'Organisation du Service des Affaires Indigènes, B.O.N.C., 1898, p. 366-367. L'arrêté crée le district soumis à l'autorité d'un «grand chef» administratif alors que chaque tribu présente à sa tête un «petit chef».

<sup>111</sup> Décret portant institution d'un conseil général à la Nouvelle-Calédonie. XII, B. CMXXVI, 2 avril 1885, n° 15, p. 448, disponible au recueil Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, 1885, p. 196-203.

<sup>112</sup> Auguste BRUNET, Conseil Général de Nouvelle-Calédonie, 4 décembre 1913, cité par Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie, op. cit.*, p. 318.

restent exclus du corps des citoyens<sup>113</sup>. Les Kanak n'accèdent à la citoyenneté française et au droit de vote qu'en 1946<sup>114</sup>. Ils adoptent principalement ce processus démocratique importé par mimétisme, soucieux d'être reconnus sur les plans national et international dans le contexte d'après-guerre<sup>115</sup>.

**38.** Ces survols historique et comparatif suffisent à démontrer que l'élection n'a rien d'un mécanisme universel<sup>116</sup>. Pourtant, bien que les systèmes autochtones soient coutumiers, il est admis aujourd'hui que les autochtones n'étaient pas dépourvus d'un concept précolonial de représentation politique, leur permettant de penser qu'un représentant puisse *tenir lieu* ou *vouloir pour* l'ensemble de la communauté<sup>117</sup>. Par exemple, le Sénat canadien reconnaît qu'« avant l'arrivée des Européens, les peuples et les communautés autochtones au Canada avaient leurs propres institutions politiques et méthodes de représentation politique »<sup>118</sup>. De même, en Nouvelle-Calédonie, de nombreuses conventions sont signées avec les autorités coutumières alors souveraines, sur le fondement que celles-ci représentent leur communauté<sup>119</sup>.

**39.** Dès lors, le Chef régional de l'Ontario explique que, pour la plupart des autochtones, « les élections et le choix d'un chef constituent une question cruciale pour nos gouvernements et constituent peut-être l'exemple le plus éloquent du fait que nous subissons toujours une oppression culturelle et un déni de nos droits fondamentaux »<sup>120</sup>. Dans la même idée, un membre du conseil des Anciens exprime à la Commission royale sur les peuples autochtones du Canada la

---

<sup>113</sup> Sarah MOHAMED-GAILLARD, « De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, vol. 2, n° 117, 2003, p. 171-186, spé. p. 172.

<sup>114</sup> Cette affirmation est à nuancer par le fait que le droit de vote des Kanak, théoriquement octroyé en 1946, ne sera que progressivement accordé jusqu'en 1957. Voir, HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, en ligne : <https://www.elections-nc.fr/histoire/l-histoire-de-la-nouvelle-caledonie> (consulté le 24.10.2020)

<sup>115</sup> Guy AGNIEL, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, *art. cit.*, p. 141. Le professeur Guy Agniel explique que lorsque la colonisation a pris fin, « le phénomène de mimétisme a voulu que les nouvelles souverainetés insulaires, soucieuses d'être reconnues sur le plan international, adoptent le modèle communément accepté comme étant le critère de l'État moderne », comprenant le mécanisme électoral.

<sup>116</sup> Pierre Rosanvallon écrit : « [L]es occidentaux se pensent comme les propriétaires d'un modèle démocratique universel. Cette assurance faiblit pourtant dès qu'ils tentent de l'exporter. » Il ajoute : « surtout, elle les empêche de considérer aussi bien les épreuves de leur propre histoire que les questions soulevées par les expériences démocratiques non-occidentales ». Voir, Pierre ROSANVALLON, « L'universalisme démocratique : histoire et problèmes », (2007) *La vie des idées*, en ligne : <https://laviedesidees.fr/L-universalisme-democratique-histoire-et-problemes.html> (consulté le 25.05.2020).

<sup>117</sup> Le rapprochement entre les sens de *tenir lieu* et de *vouloir pour* est faite par le professeur Jean-Marie Denquin, Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 9.

<sup>118</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.* p. 10.

<sup>119</sup> Voir, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, para. 184-206.

<sup>120</sup> Angus TOULOUSE, cité par Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 17.

crainte que « les autochtones assimilent de plus en plus la “démocratie” à l’acte de voter »<sup>121</sup>. Leurs réticences manifestes à assimiler la représentation et l’élection témoignent d’un refus d’une conception dogmatique de la représentation politique.

40. De même, certains autochtones contestent la conception volitive de la représentation, et plus particulièrement le principe selon lequel la délibération se fonde sur un vote majoritaire. Jean-Marie Tjibaou explique que les institutions coutumières kanak fonctionnent « plus par consensus que par élection. Ce qui veut dire que nous essayons de vivre ensemble les questions et de voir quel minimum peut être partagé avant de décider. [...] Cela n’exclut pas les positions individuelles, mais les gens sont particulièrement respectueux de l’engagement commun<sup>122</sup>. De façon similaire, les autochtones du Canada soutiennent fermement : « Nous sommes convaincus que la prise de décisions par consensus est essentielle à la culture de nos peuples »<sup>123</sup>.

41. Tenant compte de ces contestations et de ces divergences conceptuelles, après 1945, la représentation politique des autochtones est progressivement reconnue, notamment sous l’influence du droit international. En 2007, l’Assemblée générale des Nations Unies adopte la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>124</sup>, dont l’article 18 dispose :

Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l’intermédiaire de représentants qu’ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles.

Au gré de ces évolutions, au Canada, la *Loi sur les Indiens* est modifiée de nombreuses fois, voire abrogée pour certains territoires<sup>125</sup>. Dans de nombreuses communautés, le gouvernement supprime le décret imposant l’élection, afin de permettre à une Première Nation de choisir les membres du conseil de bande conformément à sa coutume, à condition que les règles pertinentes soient partagées et mises par écrit<sup>126</sup>. De façon similaire, les autorités françaises octroient une place à de nouvelles institutions représentatives de droit coutumier, comme avec le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie. En véritable interlocuteur institutionnel kanak, il est chargé de

---

<sup>121</sup> COUNCIL OF ELDERS, « A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario », mémoire présenté à la CRPA, 1993, reproduit dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir : première partie*, Ottawa, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, Groupe communications Canada, 1996, version en ligne, p. 201.

<sup>122</sup> Jean-Marie TJIBAOU, « Notre identité est devant nous », dans Alban BENSA et Éric WITTERSHEIM (dir.), *La Présence kanak*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 195-211, spé. p. 204.

<sup>123</sup> COUNCIL OF ELDERS, « A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario », mémoire présenté à la CRPA, 1993, reproduit dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir : première partie, op. cit.*, p. 201.

<sup>124</sup> Si le Canada et la France ont soutenu cette déclaration, ni le Canada ni la France n’ont ratifié la Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux de l’Organisation internationale du Travail, instrument international contraignant.

<sup>125</sup> Par exemple les Premières Nations Nisga’a et du Yukon ne sont plus régies par cette législation mais bénéficient d’un accord d’autonomie gouvernementale.

<sup>126</sup> Pour le retour à la coutume à la suite de l’abrogation par arrêté ministériel, Voir, *Sparvier v. Cowesses Indian Band* n° 73, [1993] 3 F.C. 142, p. 149. Voir aussi, Chapitre 6, Section 1, Paragraphe 1.

représenter et de défendre les coutumes autochtones. Composé de deux sénateurs pour chacune des huit aires coutumières existantes, la loi organique proposait qu'à partir de 2005, ces derniers soient élus<sup>127</sup>. Cette proposition est formellement rejetée par le Sénat en 2015. Les sénateurs sont alors désignés, selon les *us* et coutumes, à savoir « selon des formes répondant à la pratique kanak du débat politique, dite de recherche du consensus »<sup>128</sup>.

42. À ce titre, de nombreux aménagements constitutionnels et institutionnels sont contenus dans le droit positif et interrogent irrémédiablement les conceptions autochtones de la représentation politique et leur cohérence avec les règles juridiques positives, au Canada et en France. Le Chef autochtone de l'Ontario affirme ainsi que, au-delà de l'élection, « il y a certainement de meilleures façons de procéder et les Premières Nations doivent les trouver »<sup>129</sup>. Grâce à différents outils d'analyse, la présente recherche se donne donc pour but d'examiner la coexistence des règles et des conceptions hétéroclites de la représentation politique et les dérogations admises au droit commun en faveur du droit coutumier des autochtones. Pour ce faire, avant de formuler une problématique précise, les présupposés théoriques et méthodologiques dirigeant la démonstration doivent être explicités.

### SECTION 3 – L'élaboration du cadre théorique de l'analyse

43. La recherche doctorale se fonde sur certains postulats théoriques permettant aussi bien l'encadrement que le déploiement du raisonnement. S'interroger sur la coexistence de normes coutumières et étatiques implique de s'entendre sur l'ontologie du droit retenue pour expliciter les sources juridiques propres à la recherche (**PARAGRAPHE 1**). Au regard de ces sources, les situations et les relations de coexistence normative peuvent être appréhendées dans le cadre du plurijuridisme (**PARAGRAPHE 2**). Ce cadre théorique permet ainsi de préciser la terminologie juridique utilisée dans cette recherche, appliquée au concept de représentation politique (**PARAGRAPHE 3**).

---

<sup>127</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 137, al. 3 : « pour les renouvellements du sénat coutumier intervenant à compter de 2005, ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays ».

<sup>128</sup> Christine DEMMER, *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport de recherche final, Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p. 14.

<sup>129</sup> Angus TOULOUSE, cité par Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, op. cit.*, p. 23.

## PARAGRAPHE 1 – L'ontologie du droit retenue

44. L'ontologie du droit cherche à répondre à l'interrogation fondamentale : « qu'est-ce que le droit ? ». En effet, chacune des théories du droit présuppose « une certaine ontologie des normes conçues soit comme des entités idéales, auxquelles on prête une existence objective, soit comme l'expression de volontés humaines »<sup>130</sup>. Le positivisme juridique est composé de divers courants et correspond principalement à cinq significations identifiées par Herbert Hart : les règles de droit émanent d'êtres humains, le droit tel qu'il est n'est pas nécessairement lié à la morale ou au droit tel qu'il devrait être, le discours juridique est autonome, le système juridique est fermé et, enfin, les jugements moraux ne peuvent pas être établis ou défendus, comme peuvent l'être les énoncés de faits, par des arguments rationnels, des preuves ou des témoignages (le non-cognitivism éthique)<sup>131</sup>.

45. Émanant du positivisme susmentionné, la théorie normativiste, rattachée aux travaux de Kelsen, considère le droit comme une création de la volonté humaine, organisée en un ordre juridique complet, centralisé et hiérarchisé. Produit par les institutions habilitées par la norme suprême, le droit correspond à un seul espace géographique, rattaché à un ordre juridique de structure hiérarchique, lequel n'est pas nécessairement étatique. En effet, Hans Kelsen précise :

Tout ordre juridique n'est pas un État : ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou inter-étatique, ne représente un État. [Dans] ces deux groupes d'ordres juridiques, leurs normes générales ne sont pas posées par un organe législatif

---

<sup>130</sup> Michel TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 185-194, spé. p. 190.

<sup>131</sup> Herbert L. A. HART, « Positivism and the Separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593-629, spé. p. 601-602. Source non traduite : « It may help to identify five (there may be more) meanings of "positivism" bandied about in contemporary jurisprudence : (1) the contention that laws are commands of human beings [...] (2) the contention that there is no necessary connection between law and morals or law as it is and ought to be [...] (3) the contention that the analysis (or study of the meaning) of legal concepts is (a) worth pursuing and (b) to be distinguished from historical inquiries into the causes or origins of laws, from sociological inquiries into the relation of law and other social phenomena, and from the criticism or appraisal of law whether in terms of morals, social aims, "functions", or otherwise [...] (4) the contention that a legal system is a "closed logical system" in which correct legal decisions can be deduced by logical means from predetermined legal rules without reference to social aims, policies, moral standards [...] and (5) the contention that moral judgments cannot be established or defended, as statements of facts can, by rational argument, evidence, or proof ("noncognitivism" in ethics) ». Comme le précise le professeur Michel Troper, « le positiviste est celui qui adhère à l'une quelconque d'entre elles ou même, qui est accusé d'y adhérer ». Voir, Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 28. Cela ne signifie pas que Hart adhère lui-même à toutes ces significations, puisque sa propre position est celle d'un positivisme modéré selon laquelle « la règle de reconnaissance peut inclure parmi ses critères le respect de certains principes ou valeurs de nature morale ». Il ajoute même *in fine* que « rares sont les théoriciens du droit, qualifiés de positivistes, qui se seraient attachés à contester les formes de lien entre droit et morale que nous avons discutées sous les cinq titres qui précèdent. Que visaient alors les cris de guerre du positivisme juridique : "L'existence du droit est une chose ; son mérite ou son démerite en est une autre" ». Voir, Herbert L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications universitaires de Saint-Louis de Bruxelles, 1976, p. 203 et s. Voir aussi, Gérard PHILIPPE et Michel van de KERCHOVE, « La réception de l'œuvre de H.L.A. Hart dans la pensée juridique francophone », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 59, n° 2, 2007, p. 131-171, spé. p. 169.

central ; elles le sont par voie de coutume : la procédure de la création des éléments généraux de l'ordre juridique y est décentralisée<sup>132</sup>.

Pour le droit pré-étatique, il ajoute que « les individus qui créent le droit par voie de coutume, ceux qui appliquent le droit, ceux qui exécutent les sanctions instituées par lui, sont des organes du droit, et comme tels des organes de la collectivité juridique »<sup>133</sup>. Bien que constatant la pluralité des sources et des ordres juridiques, Kelsen défend un certain monisme puisqu'il écrit également : « une seule et même communauté sociale ne saurait être régie par deux ordres différents »<sup>134</sup>.

46. Le monisme de l'auteur autrichien admet pourtant un rôle créateur de droit à la coutume, dont les normes s'observent dans les comportements répétés et constants des sujets de l'ordre juridique<sup>135</sup>. À ce titre, le fait coutumier ne constitue « une norme juridique objectivement valable que si le fait caractérisé de la sorte est institué dans la Constitution comme fait créateur de normes juridiques »<sup>136</sup>. Or, Kelsen ajoute ensuite :

Le droit coutumier a une force dérogatoire également à l'égard des lois constitutionnelles formelles, même à l'égard des lois constitutionnelles qui excluraient expressément l'application de règles de droit coutumier<sup>137</sup>.

Si ces deux extraits peuvent sembler en contradiction, il n'en est rien. Dans la première citation, la constitution est entendue comme la norme hypothétique fondamentale (*Grundnorm*) qui « institue comme faits créateurs de droit tout à la fois l'acte du législateur constituant, et la coutume résultant de la conduite des sujets soumis à l'ordre juridique créé conformément à la Constitution »<sup>138</sup>. Dans la seconde, le syntagme de « lois constitutionnelles formelles » désigne la norme suprême résultant de la norme hypothétique fondamentale. De même, si Kelsen reconnaît la force dérogatoire d'un droit coutumier, cette existence doit être distincte de sa validité, au regard des critères établis par la constitution formelle. C'est donc grâce à ces manœuvres « tautologiques »<sup>139</sup> que Kelsen échappe à la contradiction de ses propos et défend un monisme,

---

<sup>132</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 378-379. Cette explication est reprise par Kelsen des années plus tard : « L'État est ainsi un ordre juridique. Mais tout ordre juridique n'est pas par là même un État ». Voir, Hans KELSEN, « Droit et État du point de vue d'une théorie pure », *Annales de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, vol. 2, 1936, p. 17-60, spé. p. 47.

<sup>133</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 379.

<sup>134</sup> Hans KELSEN, « Droit et État du point de vue d'une théorie pure », *art. cit.*, p. 47-58.

<sup>135</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 308. Kelsen écrit : « Il se peut que la Constitution institue également comme fait créateur de droit la coutume ». De même, « il ne fait aucun doute que la coutume ait un rôle créateur de droit — tout comme la législation ».

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 306.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 301 et 305.

<sup>139</sup> Le terme est employé par le professeur Michel Troper. Voir, Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 127-140, spé. p. 136. En outre, selon le professeur Hugues Dumont, à cette occasion, l'auteur autrichien admettrait donc l'existence de normes coutumières, « y compris dans l'hypothèse où la coutume n'est pas instituée par la Constitution comme source du droit ». Voir, Hugues DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », dans Isabelle HACHEZ, Yves CARTUYVELS, Hugues DUMONT, Philippe GERARD, François

dont les sources, si elles sont reconnues par la constitution formelle, ne sont pas nécessairement le produit d'institutions étatiques.

47. Il reste que d'autres ontologies positivistes du droit pourraient mieux correspondre à l'analyse de la coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation, puisqu'elle suppose l'existence de deux ordres ou systèmes juridiques différents pour un même territoire. Les théories réalistes, par exemple, admettent que le droit dans ses énoncés normatifs n'est pas toujours conforme à la manière dont il s'applique effectivement. S'opposant à la vision monolithique d'un système hiérarchisé de normes, la distinction entre *law in books* et *law in action*<sup>140</sup>, ou encore entre les « règles de papiers » et les « règles effectives »<sup>141</sup> s'avère au cœur des analyses réalistes. En effet, le scepticisme à l'égard de la règle se conjugue à « une reformulation du rapport entre l'élément normatif (la validité) et l'élément d'effectivité (la réalité) »<sup>142</sup>. Du reste, l'écart entre la règle posée et la pratique peut être expliqué par l'activité interprétative<sup>143</sup>.

48. Ayant pour dénominateur commun l'importance de l'interprétation, le réalisme juridique se distingue en différentes écoles, notamment celles des réalistes américain, scandinave ou nanterrois, dont les contextes politiques d'apparition et les valeurs épistémologiques influent sur la façon d'analyser la jurisprudence<sup>144</sup>. Les tenants du réalisme scandinave, par exemple, se sont peu intéressés au processus de décision judiciaire<sup>145</sup>. *A contrario*, selon le juge et professeur américain

---

OST et Michel VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées — vol. 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2012, p. 581-634, spé. p. 596.

<sup>140</sup> Roscoe POUND, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 12-36, spé. p. 12. Sur l'opposition avec le normativisme, Voir notamment, Michel TROPER, « Normativisme », dans André-Jacques ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 396 et s.

<sup>141</sup> Selon la distinction de Karl L. Llewellyn entre les « Paper rules » et les « Real rules ». Voir, Karl L. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, p. 431-465, spé. p. 448

<sup>142</sup> Éric MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 24, 2014, p. 81-97, spé. p. 92.

<sup>143</sup> Serge SUR, *L'interprétation en droit international public*, vol. LXXV, Paris, LGDJ, 1974, spé. p. 46, p. 65 et p. 97 : « Pour le positiviste réaliste, la correction de l'étude des textes par la considération de leur application pratique intervient immédiatement » ; « Envisager l'interprétation dans l'ordre juridique revêt plusieurs sens. On peut l'étudier comme activité, on admettra aisément qu'elle constitue un préalable au fonctionnement de l'ordre juridique. Tout celui qui invoque une règle de droit doit d'abord déterminer son sens et sa portée ». Voir aussi la thèse de Jean Rossetto, Jean ROSSETTO, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Paris, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020, p. 108 : « Le droit écrit et sa pratique ultérieure ne constituent pas deux sphères étanches et séparées. Il existe, en revanche, une unité fonctionnelle entre la règle posée et sa pratique du fait de la médiation qu'instaure obligatoirement entre elles l'activité interprétative ».

<sup>144</sup> Gregory S. ALEXANDER, « Comparing the Two Legal Realisms - American and Scandinavian », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, p. 131-174, spé. p. 132 : « En “démystifiant” le droit, les réalistes scandinaves ont cherché à le purger de toutes les traces restantes de l'ordre ancien, en particulier des deux piliers de cet ordre, l'aristocratie et la religion. Pour ce faire, ils ont dû critiquer de manière [...] virulente le caractère “métaphysique” de ce que les apologistes conservateurs de l'ancien ordre appelaient de manière perverse la “science juridique”. Les réalistes américains, quant à eux, ont cherché à démontrer le caractère inévitablement politique du droit ».

<sup>145</sup> Pour une description de ce courant, Voir, Enrico PATTARO, « Réalisme juridique », dans André-Jacques ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 510-513.

Oliver Wendell Holmes, « le droit est la prédiction de ce que feront les juges »<sup>146</sup>. De même, selon la théorie réaliste de l'interprétation, le juge effectue un acte de décision, car il choisit une signification attribuée à l'énoncé normatif parmi plusieurs significations possibles<sup>147</sup>. Cette interprétation, conçue comme un acte de volonté, est alors authentique et productrice de droit, en ce qu'il donne la qualité de norme à un texte ou une pratique répétée, qui jusque-là, restait un énoncé ou un fait<sup>148</sup>.

49. Dans ce sens, si le réaliste « doit seulement décrire le droit tel qu'il est et si, [...] il existe des règles créées par voie de coutume, le juriste « doit » considérer la coutume comme créatrice de droit, quels que soient les avantages ou les inconvénients de ce procédé »<sup>149</sup>. L'existence de coutumes se repère par l'addition de deux contraintes : « celle qui pèse sur les auteurs de cette pratique, celle qui agit sur ceux qui lui accordent la signification de norme et la font exister comme règle »<sup>150</sup>. Ainsi, pour les réalistes, la coutume est source de droit lorsque « dans le discours des pouvoirs publics, elle reçoit la signification d'une norme pour pouvoir servir de fondement à d'autres normes »<sup>151</sup>.

50. Pour autant, comme le souligne le professeur Michel Troper, le choix d'une théorie du droit et des énoncés qui en découlent, « ne correspond pas nécessairement à une adhésion véritable, mais répond seulement aux besoins d'une argumentation spécifique »<sup>152</sup>. Pour l'analyse dont il est ici question, il est certain que l'interprétation tout comme l'application effective du droit ont autant d'importance que son énoncé, et qu'il s'agit de décrire le droit « tel qu'il est ». Toutefois, l'argumentation ne peut être entièrement saisie ni par le normativisme juridique ni par le réalisme juridique. En effet, la normativité de la coutume est admise par Kelsen, mais sans qu'il ne reconnaisse l'existence de deux ordres juridiques différents sur un même territoire<sup>153</sup>. De même, pour les réalistes, la normativité de la coutume, résultant de l'interprétation donnée par les

---

<sup>146</sup> De même, selon Benjamin Cardozo, siégeant à la Cour suprême des États-Unis de 1932 à 1937, l'interprétation du juge est marquée par sa personnalité. Voir, Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, Yale, Yale University Press, 1921.

<sup>147</sup> Michel TROPER, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2018, p. 99 et s.

<sup>148</sup> Le professeur Michel Troper synthétise la théorie réaliste de l'interprétation en trois propositions : « (1) l'interprétation est une fonction de la volonté et non de la connaissance ; (2) elle n'a pas objet des normes [sic], mais des énoncés ou des faits ; (3) elle confère à celui qui l'exerce un pouvoir spécifique. » Voir, Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Jurídica*, n° 8, 2006, p. 301-318, spé. p. 303. De même, le professeur Pierre Brunet écrit : « le droit n'est pas produit par des textes, mais par les interprètes des textes ». Voir, Pierre BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », dans Jean-Baptiste AUDY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 195-213, spé. p. 195-196.

<sup>149</sup> Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit. p. 129.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> Michel TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », art. cit., p. 190.

<sup>153</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 304-308, spé. p. 308.



pouvoirs publics, ne constitue pas non plus un ordre juridique parallèle à celui de l'État<sup>154</sup>. Or, pour les théories pluralistes, dans ce « comportement » coutumier, dans cette « interprétation » de la coutume, il faut voir « la manifestation positive de leur conformité à d'autres ordres juridiques »<sup>155</sup>, et notamment pour les communautés autochtones, une conformité à des ordres juridiques précoloniaux. Dès lors, le pluralisme juridique se révèle être le cadre théorique le plus adapté à l'étude de la coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation, puisqu'il se concentre sur l'analyse d'« une situation précise de pluralité normative caractérisée par l'application autonome et simultanée dans un même espace, à l'égard de la même situation et des mêmes personnes, d'un système juridique étatique et d'au moins un système non étatique »<sup>156</sup>.

51. Précisément, lorsque des normes étatiques et autochtones de la représentation coexistent au sein d'un même ordre juridique, c'est souvent de droit coutumier dont il est question pour les secondes. Le droit coutumier se définit par l'aménagement de la coutume opéré par les autorités étatiques, que ce soit matériellement, sur son contenu, ou formellement, par sa codification<sup>157</sup>. Ainsi, le droit coutumier est le résultat d'une acculturation de la coutume<sup>158</sup>. Le professeur Xavier

---

<sup>154</sup> Bien que le réalisme juridique américain ait été concerné par l'idée de pluralité des sources du droit dans l'élaboration des systèmes juridiques. Voir, Karl N. LLEWELLYN et Adamson HOEBEL, *The Cheyenne Way : Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941. Voir aussi, Louis ASSIER ANDRIEU, « La genèse réaliste de l'anthropologie du droit — Étude sur "La voie Cheyenne." », dans Karl N. LLEWELLYN et Adamson HOEBEL, *La voie Cheyenne. Conflit et jurisprudence en droit primitif*, trad. par Louis ASSIER ANDRIEU, Paris, LGDJ, 1999.

<sup>155</sup> La différence du pluralisme juridique avec le réalisme juridique réside dans l'idée selon laquelle dans le « fossé entre les pratiques juridiques et les dispositions juridiques formelles, il existe une pluralité de droits. [...] Dans ces pratiques [...] il faudrait y voir, selon ces auteurs, la manifestation positive de leur conformité à d'autres ordres juridiques ». Voir, Baudouin DUPRET, « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques, et reformulation praxéologique », *Revue générale du droit*, n° 49, 2019, p. 591-623, spé. p. 600.

<sup>156</sup> Ghislain OTIS, « La gestion du pluralisme juridique : définitions et approches », dans Ghislain OTIS, Jean LECLAIR et Sophie THERIAULT, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 7-29, spé. p. 8.

<sup>157</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS, et Jacques POUmarede, *Droit des minorités et des peuples autochtones, op. cit.*, p. 426. Les professeurs Étienne Cornut et Pascale Deumier différencient aussi la coutume et le droit coutumier. Voir, Étienne CORNUT et Pascale DEUMIER (dir.), *La coutume Kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 9.

<sup>158</sup> Précisément, durant l'époque précoloniale, il est question de coutume ou de droit traditionnel. « Les droits traditionnels sont ceux pratiqués par les autochtones avant la colonisation ». Voir, Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1988, p. 455. Une fois influencées par les acteurs de la colonisation, ne serait-ce que dans sa rédaction, les coutumes sont désignées par les termes de « droit coutumier ». Il reste à préciser que l'utilisation du terme « coutume » pour désigner le droit traditionnel précolonial est controversée au Canada. En effet, le terme de coutume insiste sur l'absence de reconnaissance par une autorité étatique. Certains auteurs en font alors la preuve qu'une norme ou une coutume respectée dans une collectivité autochtone était « simplement une règle de moralité positive : une règle généralement respectée par les citoyens et citoyennes ou les sujets, mais qui tire sa seule force, qu'elle est censée posséder, de la désapprobation générale qui retombe sur les personnes qui la transgressent ». Or, certains professeurs de droit qualifient de « manifestation erronée » cette interprétation, dans le sens où celle-ci ignore que la totalité du droit autochtone n'était pas coutumier et que toutes les normes et les traditions n'avaient pas une force morale. En effet, « de nombreuses collectivités autochtones possédaient des ensembles de lois raffinés qui non seulement dictaient quel était le comportement acceptable, mais qui se penchaient aussi sur les conséquences des actes répréhensibles. La Cour suprême du Canada a également rejeté l'idée que les peuples autochtones n'étaient dotés d'aucune loi avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord ». Sur ce point voir, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *La justice en soi : les traditions juridiques autochtones*, Commission du droit du Canada, Ottawa, 2006, p. 6. Voir aussi, *Calder c. Colombie-Britannique (Procureur général)* [1973] R.C.S. 313, p. 346-347. Par ailleurs, les mots

Philippe souligne que « cette ambiguïté a toujours positionné les droits coutumiers dans une position d’ambivalence de sauvegarde de culture, mais également de maintien en état de dépendance à l’égard du pouvoir établi »<sup>159</sup>. Du reste, le droit coutumier est toujours « subordonné au bon-vouloir du Législateur »<sup>160</sup>. Parallèlement au droit coutumier, il arrive également qu’en marge des institutions étatiques, des communautés autochtones conservent parfois leurs coutumes, d’origine traditionnelle, notamment par le maintien de leurs institutions représentatives et de leurs normes précoloniales. Au Canada, particulièrement, le « droit autochtone » désigne les normes, notamment de sources coutumières, sacrées, délibérative, de droit naturel ou de droit positif<sup>161</sup>, produites par les autorités autochtones et par la suite incorporées ou non au droit positif de l’État<sup>162</sup>. En effet, « parfois, le droit autochtone est écrit explicitement ; cela peut être le fait des Aînés, de chefs héréditaires, de mères de clan, de conseils tribaux, de conseils de bande, de gouvernements publics, de juges de cour tribale, de juristes autochtones et autres »<sup>163</sup>.

52. Dès lors, il est possible d’observer que « l’ordre juridique de l’État post-colonial serait donc un avatar du pluralisme juridique, conduisant à la remise en cause d’un système purement pyramidal dans lequel l’ensemble des normes applicables sur le territoire découlerait de la seule volonté du souverain »<sup>164</sup>. Il ressort de cette citation que le pluralisme juridique, vestige d’une histoire partagée, est à la fois un objet et un courant théorique particulièrement adapté à la poursuite de l’analyse.

## PARAGRAPHE 2 – Le cadre théorique du plurijuridisme

53. En tant qu’objet, le pluralisme juridique ou le plurijuridisme se définit par le fait selon lequel, sur un territoire donné, à un même moment, coexistent plusieurs systèmes juridiques

---

« coutumes » et « droit coutumier » reflètent tous deux des termes et des concepts d’origine européenne, qui tentent de décrire une certaine réalité autochtone. Pour la compréhension des sources coutumières, Voir, Chapitre 4, Section 1.

<sup>159</sup> Xavier PHILIPPE, « Plurijuridisme constitutionnel et droits coutumiers en Afrique du Sud », dans Jean-Louis BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 301-319, spé. p. 302.

<sup>160</sup> Léa HAVARD, *L’État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l’État dans le Pacifique Sud*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, p. 170.

<sup>161</sup> Sur les différentes sources du droit autochtone, Voir, Chapitre 4, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>162</sup> Le « droit autochtone », produit par les autochtones est à différencier du « droit des autochtones » qui désigne plutôt les normes produites directement par l’État et applicables aux autochtones. Comme le précise Sébastien Grammond, le droit des autochtones, autrefois imposé, vise aujourd’hui « à remédier, au moins partiellement, à la situation injuste dans laquelle se trouvent ces peuples à la suite de la colonisation ». Voir, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5.

<sup>163</sup> John BORROWS, *Les traditions juridiques autochtones au Canada*, Publications du Gouvernement du Canada, 2006, p. 14, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006F.pdf) (consulté le 02.07.2023). Il ajoute qu’il est pertinent de « se fier et respecter davantage ces versions du droit autochtone que les compilations extérieures puisque ces versions sont élaborées au sein d’un contexte culturel vivant ».

<sup>164</sup> Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l’État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, Paris, Institut Louis Joinet, coll. « Collection des thèses » n° 202, 2021, p. 371.

distincts « plus ou moins dépendants les uns des autres, et éventuellement concurrents »<sup>165</sup>. En tant que théorie d'origine anthropologique et sociologique<sup>166</sup>, le professeur Norbert Rouland présente ce courant doctrinal comme étudiant les situations suivantes :

À la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples, agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation ; l'individu est un acteur du pluralisme juridique dans la mesure où il se détermine en fonction de ses appartenances multiples à ces réseaux sociaux ou juridiques<sup>167</sup>.

Le professeur Herbert Hart, à qui certains prêtent des idées pluralistes<sup>168</sup>, reconnaît également l'existence d'une pluralité de systèmes : « le système juridique d'un État moderne est caractérisé par une certaine forme de suprématie sur son territoire et une indépendance par rapport aux autres systèmes que nous n'avons pas encore reproduits dans notre simple modèle »<sup>169</sup>. Sans en détailler les controverses scientifiques<sup>170</sup>, ce cadre théorique revêt alors une apparente simplicité : il s'agit « de théoriser une réalité constatée, la pluralité, en une doctrine construite, le pluralisme, puis de qualifier ce pluralisme de juridique, étant donné que le champ de l'étude est, bien entendu, le droit »<sup>171</sup>.

**54.** Ce cadre permet d'interroger différemment la coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation politique. En effet, le pluralisme juridique, « comme toute autre théorie, n'est rien de plus qu'une hypothèse. Une théorie n'est ni vraie ni fausse [...]. Son utilité

---

<sup>165</sup> Hugues MOUTOUH, « Pluralisme juridique », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1158-1162, spé. p. 1159. À la place des termes « systèmes juridiques », l'auteur utilise ceux d'« ordre juridique ». Dans la majorité des travaux, ces deux termes sont employés indistinctement. Voir, par exemple, Franz von BENDA-BECKMANN, « Who's afraid of legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 34, n° 47, 2002, p. 37-82, spé. p. 39. S'ils semblent synonymes, les termes d'« ordres juridiques » sont davantage utilisés pour décrire la situation de pluralisme juridique entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire ou international. Les termes de « systèmes juridiques » seront ainsi privilégiés pour décrire l'ensemble des systèmes juridiques autochtones coexistant avec le système juridique étatique, au sein de l'ordre juridique canadien ou français.

<sup>166</sup> Selon le professeur Norbert Rouland, la paternité de la théorie est à attribuer à Van Vollenhoven « qui, dès 1901, affirme que les sous-groupes associatifs inclus dans une société secrètent leur propre droit ». Voir, Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 64. Cependant, l'expression « pluralisme juridique » n'arrive que dans les années 1930, par la plume du sociologue Georges Gurvitch qui défend l'idée d'une pluralité de groupes sociaux (syndicats, entreprises, corporations, collectivités territoriales et internationales), sources de droit en parallèle de l'État. Voir, Georges GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931, p. 11. Voir aussi, Georges GURVITCH, *L'Expérience juridique et philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 77. Si la sociologie du droit a contribué à la naissance de cette théorie, le pluralisme juridique se développe avec l'étude anthropologique des sociétés coloniales et postcoloniales. En effet, « les anthropologues envisagent d'abord le pluralisme là où il est le plus manifeste, et sur les terrains exotiques qui leur sont familiers : là où l'expansion européenne a favorisé l'émergence de sociétés pluriethniques, multiraciales, de cultures fort différentes ». Voir, Norbert ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 138-143, spé. p. 142.

<sup>167</sup> Norbert ROULAND, « Être Amérindien en Guyane : de quel droit ? », *RFDC*, vol. 27, 1996, p. 493-522, spé. p. 494.

<sup>168</sup> Mariano CROCE, « A Practice Theory of Legal Pluralism: Hart's (inadvertent) defence of the indistinctiveness of law », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 27, n°1, 2014, p. 27-47. Voir aussi, Nicolas NAYFELD, *La théorie pluraliste de la peine de H.L.A. Hart*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2020.

<sup>169</sup> Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon press, 2<sup>nd</sup> ed, 1994 [1961], p. 24.

<sup>170</sup> À ce sujet, Voir, Albane GESLIN, « Une brève historiographie de "pluralisme juridique" : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *Clio@Thémis Revue électronique d'histoire du droit*, n° 15, 2019, p. 1-43. Voir aussi, Brian Z. TAMANAHA, *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

<sup>171</sup> Aurélie LAURENT, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, Toulouse/Ottawa, Thèse de doctorat en droit, version en ligne, 2016, p. 5.

principale réside dans les questions qu'elle nous oblige à nous poser»<sup>172</sup>. Ce cadre est donc pertinent en ce qu'il s'intéresse à la production d'une normativité parfois concurrente à celle de l'État. Cette approche prend le parti ontologique d'«observer les diverses formes d'actions et d'institutions ayant un caractère et une efficacité “juridiques” dans les sociétés traditionnelles»<sup>173</sup>. Il s'applique particulièrement à l'analyse de la période précoloniale, durant laquelle coexistent des systèmes européens et des systèmes autochtones, dont les uns n'ont pas encore pris l'ascendant sur les autres. Il permet également de mieux comprendre les processus normatifs de résistance aux régimes coloniaux, qui ne reconnaissent rien des systèmes coutumiers, si ce n'est par l'interdiction de quelques pratiques<sup>174</sup>. En d'autres termes, il s'agit d'effectuer une analyse descriptive et non prescriptive du phénomène de pluralité juridique. La démarche entreprise ne vise pas à formuler des conclusions normatives, ni à affirmer comment l'État ou les communautés autochtones devraient trancher leurs potentiels conflits, mais plutôt à clarifier des situations de coexistence et leurs enjeux entre les systèmes de représentation étatiques et coutumiers, particulièrement en ce qui a trait aux modèles juridiques de représentation politique.

**55.** En se concentrant particulièrement sur les mécanismes de coexistence juridique où l'État intervient, le cadre du plurijuridisme, éloigné d'un pluralisme juridique radical<sup>175</sup>, semble ici plus approprié. Similairement à la théorie du pluralisme juridique, le plurijuridisme adhère à l'idée d'une pluralité de systèmes juridiques qui coexistent dans un même État, soit dans un même ordre

<sup>172</sup> Roderick A. MACDONALD, «L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 3, n° 33, 2002, p. 135-152, spé. p. 139.

<sup>173</sup> Guy ROCHER, «Le “regard oblique” du sociologue sur le droit», dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 57-73, spé. p. 65.

<sup>174</sup> Par exemple, le 19 avril 1884, le gouvernement fédéral modifie la *Loi sur les Indiens* pour interdire le potlatch. L'amendement entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1885. Il ne fut cependant que peu appliqué, en raison de l'absence de définition du «potlatch» dans la loi. Le Potlatch redevint légal en 1951. Voir, Sonny ASSU et al., «Histoire de l'art et potlatch : regards croisés entre la France et le Canada», *Perspective*, n° 2, 2018, p. 37-56.

<sup>175</sup> Dans les années 1980, John Griffiths oppose le pluralisme juridique «*in strong sense*» au pluralisme juridique «*in weak sense*». Voir, John GRIFFITHS, «What is Legal Pluralism?», *Journal of Legal Pluralism*, vol. 18, n°24, 1986, p. 1-55, spé. p. 5. Un pluralisme modéré reconnaît un rôle à l'État. Par exemple, le pluralisme institutionnel compte parmi les théories modérées du pluralisme, en ce qu'il s'intéresse à la «diversité des modes d'application du droit étatique, [allant] à l'encontre de l'*a priori* dogmatique d'une application uniforme des normes». Voir, Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1975. Voir aussi, Jean-Guy BELLEY, «L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11-32, spé. p. 21. Voir enfin, Norberto BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli, 1960, spé. p. 185-190. Dans le pluralisme institutionnel, les rapports entre les ordres juridiques institutionnels s'apparentent à une relation de subordination (comme dans le cas de la décentralisation), une relation d'indépendance (comme entre l'église et l'État) ou une relation de présupposition (comme entre l'ordre international et les États). Néanmoins, en réaction à l'approche modérée, un pluralisme juridique plus radical apparaît, rejetant toute référence à la reconnaissance formelle du droit par l'État et faisant de l'individu l'unique producteur de «son droit», dont les principaux représentants sont Roderick Macdonald, Sébastien Lebel-Grenier, et Jacques Vanderlinden, plaçant le centre de production du droit au cœur de l'individu. Voir notamment, Jacques VANDERLINDEN, «Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique», *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, p. 573-583.

juridique, mais sans nécessairement « viser les mêmes situations et les mêmes personnes »<sup>176</sup>. L'existence des institutions représentatives autochtones est alors reconnue, notamment pour leur finalité identique à celles des institutions représentatives étatiques, qui sont celles de *vouloir pour ou d'être élu représentant* par l'ensemble de la communauté<sup>177</sup>. Le plurijuridisme est dit plus « modéré », dans le sens où celui-ci n'étudie, voire n'admet pas, les situations d'« irrelevance », selon la terminologie de Santi Romano<sup>178</sup>. En effet, même si les systèmes s'excluent l'un l'autre, « l'un d'entre eux doit bien être traité par l'autre, au moins comme un simple fait juridique, fût-il illicite, ce qui conduirait à le sanctionner »<sup>179</sup>.

**56.** Il reste que dans les situations de plurijuridisme, observable cette fois en tant qu'objet de la science du droit, les différents ensembles peuvent avoir des interactions complexes et cristallisées autour d'enjeux politiques. Le professeur Norbert Rouland explique en ces termes les différentes issues possibles :

Soit les différences continuent à s'affirmer irréductiblement, et il faudra que les unes cèdent aux autres ; soit elles s'atténuent d'elles-mêmes, et le pluralisme n'a pas lieu d'être ; soit elles s'alignent à un niveau admissible et fertilisant, solution idéale permettant la mise en œuvre d'un pluralisme juridique nullement destructeur de l'unité de la société civile<sup>180</sup>.

Ainsi, le constat d'un fait - l'existence de coutumes autochtones - dont l'approche plurijuridique permet d'analyser les relations avec d'autres règles, ne présume en rien d'une remise en cause de l'unité de l'ordre juridique. Au contraire, en travaillant à une coexistence harmonieuse des règles ou en enrichissant chacun des concepts par l'autre, la représentation politique dans son ensemble peut être mieux acceptée du point de vue de plusieurs segments de la société, incluant les populations autochtones, renforçant *de facto* la stabilité et l'unité de l'ordre juridique<sup>181</sup>. Par conséquent, au cadre théorique du plurijuridisme correspond l'utilisation d'une terminologie particulière.

---

<sup>176</sup> Ghislain OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, n° 2, 2009, p. 237–256, spé. p. 241. Comme le précise la professeure Marie-Claire Ponthoreau, les théories du pluralisme juridique et du plurijuridisme demeurent similaires : « le pluralisme juridique dont il faut remarquer la variation des appellations puisqu'on parle de “plurijuridisme” ou d’“internormativité” recouvre, sans que cela constitue une spécificité, un concentré de plusieurs significations ». Voir, Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 198.

<sup>177</sup> Par ailleurs, lorsque les systèmes autochtones sont reconnus par le droit positif, leur qualification de juridique ne pose, dans ce cas, plus aucune difficulté quant à leur reconnaissance en tant que source du droit. Cette reconnaissance revêt tout l'enjeu politique des systèmes coutumiers autochtones.

<sup>178</sup> La notion d'irrelevance, mise au point par le professeur Santi Romano, consiste en l'indifférence ou au rejet de systèmes juridiques entre eux. En d'autres termes, ils n'entretiennent pas de rapports. *A contrario*, pour qu'il y ait relevance juridique, « il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre ». Voir, Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>179</sup> Jean-Louis BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », dans Jean-Louis BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 11-22, spé. p. 18.

<sup>180</sup> Norbert ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>181</sup> Un postulat quelque peu similaire peut se lire dans les écrits du professeur autochtone John Borrows puisqu'il soutient : « quand les États-nations se montrent capables d'apprendre des meilleures traditions de leurs peuples et de les embrasser, ils peuvent devenir plus forts et acquérir une plus grande unité. Si ce processus se fait d'une manière équitable, ordonnée, transparente, non discriminatoire et qui pourtant fait autorité, l'État de droit s'en trouve

### PARAGRAPHE 3 – Les conséquences terminologiques du cadre théorique

57. Il résulte du cadre plurijuridique, l'utilisation d'une terminologie particulière, applicable à la représentation politique. Dans ce cadre, le système juridique est défini par le professeur Jean-Louis Bergel comme :

Tout ensemble suffisamment autonome et spécifique de principes, de règles, d'institutions et de mécanismes, qui est susceptible de se caractériser par ses origines, par ses finalités, par son organisation interne, par sa propre cohérence et par son efficacité (droit coutumier, droit civil, droit interne, droit international, droit religieux, droit étatique...) <sup>182</sup>.

De même, par ordre juridique, est entendu « un ensemble doté d'une validité propre qui réunit les règles de droit gouvernant généralement un État ou un groupe d'États (ordre juridique national, ordre juridique international...) » <sup>183</sup>. En reprenant de façon identique la définition susmentionnée, il est possible de parler de « systèmes de représentation coutumiers » ou de « systèmes représentatifs coutumiers » <sup>184</sup>, désignant, pour cette analyse, des systèmes autonomes de principes, de règles, d'institutions et de mécanismes, caractérisés par leur propre cohérence, leur origine coutumière et par leur finalité, à savoir l'organisation de la représentation politique coutumière. Ainsi, l'expression « système de représentation » (coutumier ou étatique) présente l'avantage de concentrer l'analyse tant sur les énoncés normatifs, que sur leurs interprétations et les pratiques effectives de la représentation politique. De même, l'emploi de cette terminologie permet d'établir un pont entre celle usitée par la doctrine pluraliste, qui parle de système coutumier, et par la doctrine publiciste qui parle de système de représentation, insistant, par la même occasion, sur une conception non nécessairement électorale de la représentation.

58. Dans ce cadre, les termes d'« institutions coutumières » recourent alors la définition donnée par le Doyen Maurice Hauriou :

Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures <sup>185</sup>.

---

renforcé. Le mélange et/ou la coexistence de traditions juridiques est possible ». Voir, John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2018, p. 41-42.

<sup>182</sup> Jean-Louis BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 12. C'est aussi le vocabulaire utilisé par le professeur Ghislain Otis dans son dernier ouvrage où il compare les systèmes juridiques autochtones du Pacifique et du Canada. Voir, Ghislain OTIS, « La gestion du pluralisme juridique : définitions et approches », *op. cit.*, p. 20.

<sup>183</sup> *Ibid.*

<sup>184</sup> Ou encore de « systèmes de représentation autochtones », principalement au Canada, ou de « systèmes représentatifs traditionnels ». Ces terminologies sont employées de façon synonyme.

<sup>185</sup> Maurice HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », dans Maurice HAURIOU, *La cité moderne et les transformations du droit*, Paris, Cahiers de la nouvelle journée, n° 4, 1925, p. 2-45.

Pour le professeur Lucien Sfez, « parmi les “institutions vivantes”, la première place est reconnue aux institutions politiques. En ce sens, les clans, la tribu ont été politiques »<sup>186</sup>. Par conséquent, les autorités coutumières désignent les institutions qui exercent un pouvoir politique sur la communauté, parfois délégué par cette même communauté, dont les actes bénéficient d’une force obligatoire selon ceux à qui ils s’appliquent.

59. Sans qu’il ne reconnaisse nécessairement un plurijuridisme, cette terminologie demeure usitée par le droit positif puisque, par exemple, le législateur français emploie les termes d’« autorité coutumière » dans la loi organique<sup>187</sup> et la loi ordinaire<sup>188</sup>. De même, l’article 35.1 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1982 parle « des représentants des peuples autochtones du Canada »<sup>189</sup> et la *Loi sur les Indiens* reconnaît la coutume de la bande<sup>190</sup>. Comme le souligne le professeur Guillaume Tusseau, « devenu flagrant, le pluralisme des normes constitutionnelles applicables appelle un *aggiornamento* des pratiques et des raisonnements juridiques »<sup>191</sup>. En conséquence, le cadre théorique du plurijuridisme permet de saisir l’« enchevêtrement de reconnaissances réciproques entre les systèmes considérés »<sup>192</sup>, par l’utilisation d’une méthode adaptée.

60. Après avoir précisé l’ontologie du droit, le cadre théorique et la terminologie retenue pour cette analyse, le cadre méthodologique permet d’expliquer la démarche comparative de la coexistence de systèmes de représentation entre les ordres juridiques canadien et français.

#### SECTION 4 – Le cadre méthodologique du comparatisme

61. Liés au cadre théorique, dès lors que la coexistence des conceptions de la représentation s’observe et se compare dans deux ordres juridiques, de surcroît de traditions juridiques différentes, les outils méthodologiques doivent permettre de répondre aux exigences

---

<sup>186</sup> Lucien SFEZ, « Institution (doctrine) », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 835-837, spé. p. 835.

<sup>187</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, préc., notamment aux articles 16 et 141.

<sup>188</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l’égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1), J.O.R.F., n° 0051, 1 mars 2017, p. 28, art. 78.

<sup>189</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.), Partie II Droits des peuples autochtones du Canada, art. 35.1.

<sup>190</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C., 1985, ch. I-5, Définitions conseil de bande : « le conseil choisi selon la coutume de celle-ci ou, en l’absence d’un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci ».

<sup>191</sup> Guillaume TUSSEAU, « Réconcilier le pluralisme juridique et le constitutionnalisme : nouvelles trajectoires pour la théorie juridique dans l’âge de la mondialisation » / « Reconciling Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for Legal Theory in the Global Age - Questionnaire », dans Guillaume TUSSEAU (Ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism. New Trajectories for Legal Theory in the Global Age*, Suisse, Éd. Springer, 2020, p. 333-340, spé. p. 335. Source non traduite : « the pluralism of constitutional norms, which has become quite apparent, calls for an *aggiornamento* of legal practices and reasoning ».

<sup>192</sup> Jean-Louis BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 19.

indispensables de scientificité. Presque par réflexe, les méthodes descriptives en droit préconisent, selon une neutralité axiologique<sup>193</sup>, le référencement systématique des sources formelles du droit. Il s'agit alors de s'intéresser aux lois, à la jurisprudence, à l'argumentation juridique, aux travaux préparatoires, et de décrire l'interprétation qui en est donnée<sup>194</sup>. Si cette méthode est primordiale, le choix d'une approche comparée ajoute des outils à la disponibilité du chercheur : de nombreuses alternatives semblent alors possibles dans l'élaboration d'une démarche comparative.

**62.** La comparaison différentielle, notamment prônée par le professeur Pierre Legrand, incite à un respect des différences<sup>195</sup>. *A contrario*, la comparaison intégrative insiste sur les similarités. Entre différentielle et intégrative, il faut se méfier de ce que Gaston Bachelard nomme la « bipolarité des erreurs », expliquant que « les obstacles à la culture scientifique se présentent toujours par paires »<sup>196</sup>. La dialectique de la science du droit se manifeste comme « une oscillation pleine de saccades et de tiraillements »<sup>197</sup>, allant d'un modèle à son opposé, d'une position imparfaite à son excès inverse. Ainsi, entre comparaison intégrative ou différentielle, l'obstacle serait de croire qu'elles constituent les seuls choix possibles alors qu'elles représentent plutôt des idéaux-types. Le postulat bachelardien éveille l'idée selon laquelle l'essentiel de la méthode consiste à construire un ensemble d'outils méthodologiques qui dépendront des objectifs visés pour chacune de leur utilisation. Conséquemment, il s'agit de mettre en parallèle, tant historiquement que par le droit comparé, la coexistence des systèmes représentatifs étatiques et coutumiers, au sein des ordres juridiques canadien et français.

**63.** Dans cette étude, deux principales étapes sont identifiées pour concourir à la délimitation des objets observés. La première porte sur l'analyse de la coexistence entre les systèmes étatiques et coutumiers, plus précisément sur, d'un côté, les normes de la représentation par les ordres juridiques canadien et français et, de l'autre, l'équivalence de ces normes selon les communautés autochtones (**PARAGRAPHE 1**). La seconde étape consiste à comparer l'aménagement de ces coexistences entre les systèmes, par les deux ordres juridiques nationaux, le Canada et la France (**PARAGRAPHE 2**).

---

<sup>193</sup> Par neutralité axiologique, est entendu le fait que « le juriste doit décrire ce que le droit est, quels qu'en soient les fondements ou le contenu, sans rechercher à évaluer à l'aune d'un principe de justice d'une idée de du bien et du mal, ou de toute autre représentation idéalisée de ce que le droit devrait être ». Voir, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 111-116. En cela, la théorie est « pure » selon Hans Kelsen : la théorie « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique ». Voir, Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 8-10. Sur la méthode liée au normativisme, Vittorio VILLA, *La science du droit*, Paris, LGDJ, 1990, p. 27-34.

<sup>194</sup> Pour les différences entre les méthodologies descriptives et prescriptives, Voir, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 11-15.

<sup>195</sup> Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999, p. 37 : « Il y a lieu en effet pour le comparatiste, de comprendre que le comparatisme en droit ne saurait avoir pour raison d'être que l'appréhension des différences ».

<sup>196</sup> Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Librairie J. Vrin, 5<sup>e</sup> éd., 1967 [1934], p. 24.

<sup>197</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 33, 1988, p. 177-206, spé. p. 177.



**PARAGRAPHE 1** – Une première méthode pour l’analyse de la coexistence des systèmes de représentation

64. Les approches contextualistes aident à situer l’analyse dans la diversité des cultures juridiques et à se prémunir de certains biais méthodologiques (A). Ces préconisations permettent de conclure à l’adoption d’une approche fonctionnelle équilibrée (B).

**A.** Les préconisations des méthodes contextualistes

65. Les approches contextualistes ou *Law-In-Context*<sup>198</sup> sont nombreuses et liées à différents cadres théoriques, allant des théories réalistes à celle du plurijuridisme, en passant par les *Critical Legal studies*. De l’attention portée à l’interprétation du juge pour les réalistes, au recours à l’analyse interdisciplinaire pour les approches externes<sup>199</sup>, étudier la loi en contexte consiste à porter une attention particulière sur le système juridique, « entendu au sens large, en comprenant son milieu politique, économique et social »<sup>200</sup>, c’est-à-dire à en expliciter la tradition juridique.

66. Dans un sens général, la tradition juridique, synonyme de culture juridique, renvoie « aux éléments de la règle de droit replacée dans son contexte historique, culturel et social »<sup>201</sup>. Comme le souligne le professeur Patrick H. Glenn, si le système juridique est autonome et obéit à sa propre cohérence, les traditions juridiques renvoient à une conception vivante, ouverte et à l’échange d’informations reliant l’histoire et le comparatisme d’un droit à son résultat actuel<sup>202</sup>. Dans la littérature anglo-américaine, la *Legal Culture* désigne « un ensemble d’éléments distinctifs, mais temporaires, qui caractérisent un système juridique par rapport à un autre »<sup>203</sup>.

67. Ainsi, dans les traditions d’origine européenne, le droit est marqué par un processus de spécification qui le différencie de la morale et de la religion<sup>204</sup>. Ni interne à l’individu, ni ce sur quoi ils s’entendent en fonction des situations, le droit se conçoit plutôt comme « un corpus de

---

<sup>198</sup> Sur la formulation anglaise, Voir, Philip SELZNICK, « “Law in Context” Revisited », *Journal of Law and Society*, vol. 30, n° 2, 2003, p. 177-186.

<sup>199</sup> Sur la distinction entre perspectives interne et externe, Voir, Seldon LEADER, « Interne/externe (perspective) », dans André-Jacques ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 312-313.

<sup>200</sup> Jordane ARLETTAZ, *L’État-Nation à l’épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales*, Paris, Mare & Martin, 2014, p. 42.

<sup>201</sup> Thierry RAMBAUD, *Introduction au droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2017, p. 6.

<sup>202</sup> Patrick H. GLENN, « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 2, 2003, p. 263-278, spé. p. 272-273.

<sup>203</sup> Serge DAUCHY, « Ouverture : Histoires des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit », *Clio@Themis Revue électronique d’histoire du droit*, n° 2, 2009.

<sup>204</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 25. Pour une approche anthropologique, voir, Louis ASSIER-ANDRIEU, « Difficulté et nécessité de l’anthropologie du droit », *Clio@Themis, Revue électronique d’histoire du droit*, n° 15, 2019, p. 1–12. Voir aussi, Aldo SCHIAVONE, *Ius. L’invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008 [2006], p. 14.

lois s'imposant à la nature et la constituant»<sup>205</sup>. Les sources du droit sont alors similaires selon les ordres juridiques nationaux, à savoir les constitutions, les traités internationaux, les lois, les règlements, les contrats, ou encore les coutumes.

**68.** De même, les systèmes coutumiers sont envisagés selon un seul et même archétype par le professeur Patrick H. Glenn qu'il nomme la « tradition juridique chtonique ». Il observe que les lois de la nature y sont considérées comme une source de normativité, que les règles sont véhiculées oralement, dans les pratiques quotidiennes, dans les discours cérémoniels ou dans ce que la mémoire humaine peut retenir. Ainsi, les règles, intériorisées, majoritairement coutumières et indifférenciées de la morale ou de la religion, s'emportent avec soi<sup>206</sup>. Ce principe oral favorise un lien avec les précédentes générations. Il évoque l'institution commune aux différents systèmes coutumiers que serait le conseil des Anciens : « des personnes qui, par leur assimilation de la tradition sur une longue période, parlent souvent avec une plus grande autorité »<sup>207</sup>. Dans la tradition chtonique, les chefs ne disposant pas *ipso facto* d'une force de coercition, leurs pouvoirs restent limités. Le professeur Patrick Glenn souligne alors que les chefs ne peuvent gouverner que par l'assurance d'un certain consensus, souvent produit lors de délibérations dans les « cours du roi », les conseils des anciens ou les conseils de femmes. Il résulte de cette organisation que le domaine « judiciaire » reste indistinct de la société : la résolution des conflits, directement sanctionnée par la communauté, a pour principal objectif le retour à l'équilibre. Ces observations sont partagées par le professeur Michel Alliot selon lequel, de cette rationalisation juridique différente, découle l'utilisation d'autres mécanismes comme la coutume, le consensus, ou la délibération, visant le maintien des équilibres<sup>208</sup>.

**69.** Toutefois, il subsiste certaines difficultés à théoriser les coutumes des populations autochtones selon une tradition juridique homogène :

Les informations sont si variées qu'il est impossible de parler d'une seule tradition. Nous devons concilier au sein d'une même tradition des vies aussi diverses que celles des Inuits du Nord et des

---

<sup>205</sup> Michel ALLIOT, « Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du Droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie juridique de l'Université Paris 1*, n° 6, 1983, p. 83-117, spé. p. 91.

<sup>206</sup> Les Inuits, autochtones du nord du Canada, se défendent de l'oralité de leurs lois de cette façon : « On nous dit aujourd'hui que les Inuits n'ont jamais eu de lois ou de "maligait". Pourquoi ? Ils disent "Parce qu'elles ne sont pas écrites sur papier". Quand je pense au papier, je pense qu'on peut le déchirer et donc que les lois seraient perdues. Les "maligait" des Inuits ne sont pas sur papier. Elles sont dans la tête des gens et elles ne vont pas disparaître ni être déchirées en mille morceaux ». Voir, Mariano AUPILAARJUK, dans Jarich OOSTEN, Frederic LAUGRAND et Wim RASING, (dir.), *Entrevues avec des aînés inuits. Perspectives sur le Droit traditionnel*, vol. 2, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999, p. 4. Les autochtones défendent aussi l'oralité en affirmant que le droit, censé s'appliquer aux pratiques quotidiennes, doit sa plus grande utilité au fait qu'il soit connu de tous et retenu par tous. Cette conception explique notamment les cas de résistance aux tentatives de mise par écrit de la coutume.

<sup>207</sup> Patrick H. GLENN, *Legal traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2007, p. 63.

<sup>208</sup> Michel ALLIOT, « Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du Droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie juridique de l'Université Paris 1*, art. cit., p. 95.

Polynésiens du Sud ; [...] des croyances aussi hétérogènes que le théisme et l'animisme ; des structures aussi opposées que la monarchie et la démocratie<sup>209</sup>.

Pour sa part, le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens précise « qu'au sein même de la catégorie "autochtone" coexistent plusieurs traditions juridiques souvent au moins aussi différentes les unes des autres que ne le sont la *common law* et le droit civil au sein de la catégorie "européenne" »<sup>210</sup>. Dans cette optique, le singulier désigne une réalité trop monolithique alors que « les lois autochtones sont spécifiques à chaque société autochtone »<sup>211</sup>. Les termes de « traditions juridiques autochtones » au pluriel sont préférablement employés, surtout par les autorités canadiennes<sup>212</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'étude de « la » tradition autochtone, comme un modèle théorique, renseigne sur le contexte global dans lequel les normes coutumières s'insèrent.

**70.** En outre, l'importance d'étudier le droit en contexte, particulièrement dans son contexte historique, est renforcée par la nécessité de comprendre les nombreux processus d'acculturation juridique ayant lieu entre les différents systèmes. Si l'analyse de cette recherche débute dès les premiers contacts entre autochtones et Européens au XVI<sup>e</sup> siècle, l'acculturation des différentes conceptions de la représentation perdure aujourd'hui. Elle est le résultat d'ajustements, parfois d'impositions, de relations et d'interrelations entre les normes des systèmes étatiques et les coutumes autochtones<sup>213</sup>. En effet, « les systèmes des États-nations sont continuellement modifiés par le transfert et l'adoption des perceptions juridiques des peuples autochtones, alors même que les activités coutumières de ces derniers sont remodelées à la lumière de la régulation institutionnelle portant, par exemple, sur leurs utilisations traditionnelles des terres et sur l'exercice de leurs autres coutumes »<sup>214</sup>. À ce titre, il faut distinguer l'acculturation juridique, dans le sens d'une assimilation totale, processus « beaucoup plus rare et problématique, qui engendre des modifications susceptibles de changer la nature de l'ensemble des systèmes en présence », de l'emprunt, processus « relativement banal, visant seulement des éléments d'un système

---

<sup>209</sup> Patrick H. GLENN, *Legal traditions of the World*, op. cit., p. 60.

<sup>210</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2005, p. 8.

<sup>211</sup> Hadley FRIEDLAND, « Pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones », *Relations*, n° 801, 2019, p. 26-29, spé. p. 26.

<sup>212</sup> Pour un exemple, les « traditions juridiques autochtones » sont discutées en ces termes lors des débats parlementaires. Ce vocabulaire reste peu employé en France. Voir, DEBATS DU SENAT (Hansard), 3<sup>e</sup> Session, 40<sup>e</sup> Législature, vol. 147, n° 78, mardi 14 décembre 2010. De même, les universités canadiennes proposent des cours en « traditions juridiques autochtones » ou en « Droit(s) des Premiers Peuples ».

<sup>213</sup> Les professeurs Ghislain Otis et Sophie Thériault parlent même d'interfécondité. Voir, Ghislain OTIS et Sophie THERIAULT, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », dans Ghislain OTIS, Jean LECLAIR et Sophie THERIAULT, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 31-69, spé. p. 32.

<sup>214</sup> Tom. G. SVENSSON, « Inter-legality, a Process for Strengthening Indigenous Peoples Autonomy : the Case of the Sami in Norway », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 37, n° 51, 2005, p. 51-77, spé. p. 52. Source non traduite : « systems of the nation-state are continuously changed by means of the transfer and adoption of legal perceptions of an indigenous people, at the same time as customary activities of the latter are reshaped according to instituted regulations concerning, for instance, their traditional land use patterns, and other customs ».

juridique»<sup>215</sup>. En effet, l'histoire coloniale et postcoloniale témoigne d'échanges, voire d'impositions, de concepts juridiques entre ordres étatiques et systèmes autochtones.

71. Loin de se limiter aux termes d'« emprunts juridiques », sont aussi employés les vocables de « greffes »<sup>216</sup>, « irritants »<sup>217</sup>, « transposition »<sup>218</sup>, « transplants »<sup>219</sup>, « transferts »<sup>220</sup>, « dialogue »<sup>221</sup>, « réception »<sup>222</sup>, et « formants »<sup>223</sup>. Derrière cette terminologie se trouve l'idée selon laquelle les règles et les concepts juridiques évoluent durant leur « migration » et leur importation dans un autre système juridique. L'implantation dans un autre système juridique avec une vision du monde, des normes, mais aussi des catégories implicites différentes, amène l'élément juridique à évoluer<sup>224</sup> et la pertinence « de cette nouvelle signification ne se mesure pas à l'aune de sa fidélité au modèle original »<sup>225</sup>. Un des exemples se retrouve dans l'imposition d'une conception électorale de la représentation politique aux systèmes autochtones durant la période coloniale. La représentation électorale par les chefs et leurs conseils évolue au contact de la culture autochtone, notamment du fait d'un ajustement aux institutions représentatives précoloniales conservées en parallèle. En effet, « ce qui semble bien fonctionner dans un autre système juridique peut en effet ne pas fonctionner dans son propre système juridique en raison d'un contexte différent »<sup>226</sup>.

---

<sup>215</sup> Norbert ROULAND, « Acculturation juridique », *op. cit.*, p. 4.

<sup>216</sup> Stefan GOLTZBERG, « Chapitre III. Les greffes juridiques », dans Stefan GOLTZBERG (Éd.), *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 65-96. Son ouvrage présente la liste des vocables reprise ici.

<sup>217</sup> Gunther TEUBNER, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 11-32.

<sup>218</sup> Esin ORÜCÜ, « Law as Transposition », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 205-223.

<sup>219</sup> Alan WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974. En réponse Voir, Pierre LEGRAND, « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 111-124. Voir aussi, Aldous HUXLEY, « Jeremy Bentham on Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, p. 177-188. Voir encore, Maximo LANGER, « From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure », *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, p. 1-64. Voir également, Edward M. WISE, « The Transplant of Legal Patterns », *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 1990, p. 1-22.

<sup>220</sup> Günter FRANKENBERG, « Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, p. 563-579.

<sup>221</sup> Francis G. JACOBS, « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 547-556.

<sup>222</sup> Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *La Réception des systèmes juridiques. Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

<sup>223</sup> Rodolfo SACCO, « Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law, Instalment I of II », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 1-34 ; Rodolfo SACCO, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, p. 343-401; Voir aussi, Alan WATSON, « From Legal Transplants to Legal Formants », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 469-476.

<sup>224</sup> Rodolfo SACCO, « Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *art. cit.*, p. 384-385.

<sup>225</sup> Carlos Miguel HERRERA, « Ce que le postcolonialisme ferait au constitutionnalisme. Pour une critique de la raison constitutionnelle », dans Albane GESLIN, Carlos Miguel HERRERA et Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 133-158, spé. p. 155.

<sup>226</sup> Mark VAN HOECKE, « Methodology of Comparative Legal Research », *Law and Method*, n° 12, 2015, p. 1-35, spé. p. 2.

Conscient de ces effets, une compréhension correcte des emprunts nécessite donc une approche contextualisée du droit.

72. Enfin, les méthodes contextualistes permettent d'éviter l'écueil d'une certaine schématisation dans l'analyse des internormativités. Par exemple, le professeur Pierre Legrand soulève les obstacles épistémologiques que sont la traduction<sup>227</sup>, le légicentrisme<sup>228</sup> et la visée intégrative<sup>229</sup>. La plupart de ces écueils viennent de la particularité, aux yeux du juriste occidental, du droit observé dans les systèmes coutumiers.

73. Premièrement, le défi de la traduction démontre l'inéquivalence de certains termes<sup>230</sup>. En effet, certains syntagmes comme la liberté, la souveraineté ou l'individualité n'ont pas leur pareil dans toutes les langues autochtones. C'est pourquoi la recherche de sources doit solliciter tous les vocables appropriés dans toutes les langues pertinentes : l'anglais, le français et les différentes langues autochtones. Par exemple, pour la Nation Mohawk, le terme anglais *Mohawk* est couramment employé, bien qu'il soit d'origine algonquine, anglicisé et que celui-ci signifie « mangeurs d'hommes »<sup>231</sup>. En français, le terme *Agniers* était traditionnellement utilisé, du moins jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>232</sup>. Parallèlement à ces traductions, les Mohawks eux-mêmes se désignent par le terme *Kanien'kehá:ka* qui signifie « peuple du silex »<sup>233</sup>. Le professeur Rodolfo Sacco souligne que même dans une langue apparemment semblable, les mots peuvent revêtir différentes significations : « il n'y a pas une langue juridique française, mais [...] plusieurs : un français pour la France, un pour la Suisse, un pour le Québec [...] »<sup>234</sup>. Ainsi, en fonction des sociétés et de leur histoire, une certaine connotation péjorative est parfois attachée à l'emploi de certains termes,

---

<sup>227</sup> Pierre LEGRAND, « Questions à Rodolfo Sacco », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n° 4, 1995, p. 943-971. Voir aussi, Rodolfo SACCO, « La traduction juridique. Un point de vue italien », *Les Cahiers de droit*, vol. 28, n° 4, 1987, p. 845-859. Voir encore, Marie CORNU et Michel MOREAU, *Traduction du droit et droit de la traduction*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011. C'est pour éviter l'écueil d'une mauvaise traduction que les sources non traduites sont reproduites à la suite des références en note de bas de page. Les traductions sont de l'auteur de la thèse.

<sup>228</sup> Pierre LEGRAND, « How to compare now », *Legal Studies*, vol. 16, n° 2, 1996, p. 232 – 242, spé. p. 235. « Je soutiens qu'il y a beaucoup de choses de la plus haute importance pour une compréhension profonde d'un ordre juridique, d'une expérience du droit, qui ne se trouvent tout simplement pas dans les textes législatifs et dans les décisions judiciaires ».

<sup>229</sup> Pierre LEGRAND, « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *The Modern Law Review*, vol. 58, n° 2, 1995, p. 262-273, spé. p. 272.

<sup>230</sup> Sur l'inéquivalence de concepts autochtones, Voir, John BORROWS, « Heroes, Tricksters, Monsters, and Caretakers: Indigenous Law and Legal Education », *McGill Law Journal*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 795-846, spé. p. 808-812. Voir aussi, Jean-Claude GEMAR, *Traduire ou l'art d'interpréter*, t. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995.

<sup>231</sup> Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s). Enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », dans Emmanuelle TOURME-JOUANNET, Horacia MUIR WATT, Olivier DE FROUVILLE et Jean MATRINGE, (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, p. 139-175, spé. p. 148.

<sup>232</sup> Jean André CUOQ, *Lexique de la langue iroquoise avec notes et appendices*, Montréal, Éd. J. Chapleau & fils, imprimeurs - éditeurs, 1883, p. 164.

<sup>233</sup> Emma KAHENTE OUMET, « Ton vieux nom – Kanien'kehá:ka », *Histoire Québec*, vol. 26, n° 3, 2021, p. 33. Voir aussi, Kayanesenh Paul WILLIAMS, *Kayanerenkó:Wa: The Great Law of Peace*, Winnipeg, Presses de l'Université du Manitoba, 2018, p. IX-X.

<sup>234</sup> Rodolfo SACCO, « La traduction juridique. Un point de vue italien », *Les Cahiers de droit*, art. cit., p. 847.

comme les mots « Indien »<sup>235</sup> ou « Indigène »<sup>236</sup>. Aujourd'hui, la pratique tend de plus en plus à adopter l'auto-désignation utilisée par chaque communauté autochtone concernée afin d'éviter la perpétuation de logiques coloniales<sup>237</sup>.

74. Deuxièmement, la compréhension des systèmes de représentation autochtones ne peut se limiter aux textes législatifs et aux décisions de jurisprudence. Prévenant l'erreur du légicentrisme, il s'agit d'analyser le droit de la représentation politique par le biais des sources étatiques et coutumières. En effet, le professeur John Borrows explique que le droit autochtone s'équilibre par la diversité de ses sources qui se trouvent dans le droit naturel, le droit sacré, le droit positif, le droit coutumier, et le droit délibératif<sup>238</sup>. Dès lors, pour éviter une vision réductionniste, l'utilisation du terme « coutume » doit être considéré comme englobant toutes les formes de droit autochtone.

75. Troisièmement, il faut se méfier des projections entre les systèmes qui ne seraient qu'à visée intégrative. Pour se garder d'une telle approche, il importe de retenir une conception fonctionnelle de la représentation, sans présumer de la forme que celle-ci pourrait revêtir dans des systèmes coutumiers. En effet, les communautés autochtones, tout comme les sociétés étatiques, doivent s'organiser politiquement. Au-delà d'un certain nombre, chaque communauté a besoin de s'organiser, de coopérer, donc d'être représentée. Le passage de la multitude à l'unité nécessite un nombre de règles, permettant la formation d'un corps politique et de ses institutions, étatiques ou non. Outre l'universalité de l'organisation en communauté politique de diverses tailles, il s'agit donc de ne pas rejeter les institutions représentatives coutumières, pour le seul motif de l'absence d'une autorité étatique. Cette prémisse est d'autant plus importante compte tenu du fait que de nombreuses communautés autochtones cherchent à retrouver leur autonomie politique et juridique, principalement en dehors de la sphère de l'État, dans un processus continu de décolonisation.

76. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les approches contextualistes permettent de situer la coexistence des systèmes de représentation étatiques et coutumiers, tout en évitant les écueils d'une méthode approximative et légicentrée. Ainsi, en se fondant sur une définition similaire entre les systèmes étatiques et coutumiers, celle de *vouloir pour* ou d'être *élu représentant*,

---

<sup>235</sup> Le mot « Indien » est considéré comme obsolète et négativement connoté, en raison de son utilisation durant la période coloniale. Au Canada, il est encore utilisé pour faire référence à des identités définies par la loi. S'il est usité dans cette analyse, c'est uniquement lors des premier et deuxième chapitres traitant de la période coloniale, afin d'éviter tout anachronisme.

<sup>236</sup> En français, le mot « Indigène » a une connotation péjorative, notamment pour sa référence à la période coloniale et au Code de l'indigénat. Pourtant, il est régulièrement employé en anglais, de même que le terme « aborigène », qui renvoient tous deux aux individus originaires du lieu où ils vivent. Voir, Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, op. cit., p. 30.

<sup>237</sup> Par exemple, sur l'auto-désignation concernant les noms haudenosaunee, Voir, Kayanesenh Paul WILLIAMS, *Kayanerenkó:Wa: The Great Law of Peace*, op. cit., p. IX-X.

<sup>238</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 41-82. Voir aussi, Chapitre 4, Section 1.

c'est par l'utilisation d'une approche fonctionnelle équilibrée grâce aux préconisations des méthodes contextualistes, que la coexistence des systèmes de représentation peut être analysée.

## B. L'adoption d'une approche fonctionnelle équilibrée

77. La méthode fonctionnelle, dont la paternité est attribuée au professeur Konrad Zweigert, analyse les systèmes juridiques en considérant leurs diverses réponses à des situations similaires<sup>239</sup>. Le professeur Ralf Michaels explique : « la fonction elle-même sert de *tertium comparationis*. Les institutions, tant juridiques que non juridiques, même celles qui sont doctrinalement différentes, sont comparables si elles sont fonctionnellement équivalentes, si elles remplissent des fonctions similaires dans des systèmes juridiques différents »<sup>240</sup>. Par définition donc, si la méthode fonctionnelle demande « quel problème de société est résolu par quelle construction juridique ? », elle inclut une approche du droit en contexte, même si sa pratique en reste plus implicite que revendiquée<sup>241</sup>.

78. Sans pour autant prétendre à la comparaison d'éléments qui demeurent trop éloignés, il reste que les vestiges de la colonisation conduisent les ordres juridiques canadiens et français à des situations historiques de coexistence avec les populations autochtones. Il convient donc d'analyser la coexistence observable d'objets similaires, c'est-à-dire remplissant les mêmes fonctions : celles, sans qu'elles soient confondues, de *vouloir pour* ou d'*être élu représentant*, dans des systèmes de droit différents.

79. Délimiter l'objet consiste en la compréhension de ce que recouvre les « systèmes de représentation ». Pour ce qui relève des systèmes étatiques, les normes constitutionnelles consacrent à la fois une conception volitive et électorale de la représentation politique. Ainsi, les systèmes de représentation élus constituent un premier *tertium comparationis*. Toutefois, l'argument historique permet de démontrer une prépondérance de la conception volitive, tant au sein de l'État que des systèmes autochtones qui ne connaissent pas l'élection avant la période coloniale. La seule conception électorale ne suffit donc pas. Il est alors nécessaire de revenir à la définition du système représentatif : « les détenteurs du pouvoir y représentent la nation. Mais ils ne la représentent pas parce qu'ils ont été choisis par elle - ils ne sont pas nécessairement élus -, mais

---

<sup>239</sup> Konrad ZWIEGERT and Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2. vol., traduit par Tony WEIR, Amsterdam, New York/ Oxford, North-Holland Publishing Co., 1977.

<sup>240</sup> Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law » dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford Handbooks Online, 2006, p. 340-373, spé. p. 342. Source non traduite : « function itself serves as *tertium comparationis*. Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfill similar functions in different legal systems ». Le *tertium comparationis* désigne la qualité que deux choses comparées ont en commun.

<sup>241</sup> Esin ÖRÜCÜ et David NELKEN (eds.), *Comparative Law : A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 52.

seulement parce qu'ils expriment une volonté, qui est présumée être la sienne»<sup>242</sup>. Cette définition-là permet d'identifier les institutions représentatives volitives - le corps électoral, le Parlement et le Parlement réuni en siège commun<sup>243</sup> - et de construire un second *tertium comparationis* en recherchant une fonction similaire dans les systèmes de représentation coutumier.

**80.** Pour ce qui relève du droit coutumier de la représentation politique, la définition de l'objet est facilitée par le fait que les États permettent et reconnaissent dans le droit positif ces systèmes d'origine coutumière. Ces derniers ont aussi pour fonction la représentation politique des populations autochtones, car, soit ils sont composés de représentants élus, soit ils *veulent pour* ces derniers, dans un système juridique déterminé. En revanche, l'identification des coutumes œuvrant à la représentation politique des autochtones demeure plus complexe, dans la mesure où cette équivalence des fonctions n'est pas nécessairement reconnue par le droit positif. De surcroît, l'élection n'apparaît pas comme un mécanisme coutumier de représentation. À nouveau, il faut donc se fonder sur la conception volitive selon laquelle représenter signifie *tenir lieu* ou *vouloir pour*. La méthode permet à ce titre, de sélectionner les systèmes coutumiers de représentation choisis pour cette recherche, répondant à ces critères fonctionnels.

**81.** Au Canada, les institutions représentatives de droit coutumier sont les conseils de bande et les chefs de bande, élus et reconnus par la *Loi sur les Indiens*. Parmi d'autres exemples, la Nation Nisga'a bénéficie depuis 2000 d'un accord d'autonomie gouvernementale avec les gouvernements fédéral et provincial : l'*Accord définitif nisga'a*<sup>244</sup>. Aujourd'hui, le gouvernement nisga'a dirige la nation, tout comme l'assemblée nisga'a la représente. Le caractère innovant de cet accord justifie de l'inclure au sein de la recherche.

**82.** En outre, présumant de l'équivalence des fonctions volitives de la représentation, il est aussi possible de retenir, au titre de leurs coutumes précoloniales, le système représentatif coutumier des Nations iroquoises<sup>245</sup>, que sont les Sénécas, les Cayugas, les Oneidas, les Onondagas, les Mohawks et les Tuscaroras. Ensemble, elles forment la Confédération iroquoise, approximativement créée entre le XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècle, et dont la loi fondamentale rédigée par les

---

<sup>242</sup> Pierre BIRNBAUM, Francis HAMON et Michel TROPER, *Réinventer le parlement*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>243</sup> Sur le Parlement réuni en siège commun en tant qu'organe distinct du Parlement ordinaire, mais tout autant organe de la représentation nationale, pour la France, Voir, Romain VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 861. «En effet, à côté de la représentation nationale ordinaire, incarnée par le Parlement de l'article 24 de la Constitution, il y a une représentation nationale extraordinaire, incarnée par le Parlement réuni en siège commun». Pour la même idée en droit canadien, Voir, Hubert CAUCHON, «Les institutions parlementaires», *op. cit.*, p. 156.

<sup>244</sup> *Nisga'a Final Agreement Act*, S. C. 2000, c. 7.

<sup>245</sup> De culture iroquoïenne, les Nations iroquoises (ou «*Haudenosaunee*» qui signifie peuple des maisons longues) observent une structure matrilineaire et sont organisées en clans. Les réserves iroquoises comme celles des Six Nations en Ontario ou de Kahnawake à côté de Montréal, comptent parmi les plus peuplées du Canada. Sur la culture iroquoïenne et sur les Nations iroquoises selon un point de vue autochtone, Voir, l'ouvrage de Kayanesenh, membre de la Nation iroquoise Onondaga, Kayanesenh Paul WILLIAMS, *Kayanerenkó:Wa : The Great Law of Peace*, *op. cit.* Du point de vue européen, Voir, Léo-Paul DESROSNIERS, *Iroquoisie*, 4 t., Sillery, Septentrion, 1999.



Britanniques en 1720<sup>246</sup> précise les différentes institutions habilitées à *vouloir pour* la nation ou pour la confédération. De même, la Nation Wet’suwet’en connaît deux formes de représentation politique, à savoir, d’une part les conseils de membres élus qui représentant les réserves, et de l’autre un système d’origine précoloniale de chefs héréditaires qui *tiennent lieu* pour un territoire ancestral plus large. Cette dualité en fait un exemple de système de représentation politique pertinent pour cette analyse.

**83.** En France, selon la loi organique de 1999, chacune des huit aires coutumières kanak est dotée d’une chefferie, d’une assemblée de représentants nommée le conseil coutumier, qui envoie également deux représentants au Sénat coutumier<sup>247</sup>. Ce système de droit coutumier, reconnu de façon singulière par l’État au sein de la République, est donc inclus dans la présente recherche. De même, les Amérindiens de Guyane française comptent six populations autochtones<sup>248</sup>, réunit en une assemblée dite représentative, le Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges, composé de certains chefs coutumiers amérindiens et de capitaines bushinenges<sup>249</sup>. Parallèlement, aux côtés des autorités étatiques comme les maires, le droit positif reconnaît les « autorités coutumières et traditionnelles » auxquelles la collectivité territoriale de Guyane verse des indemnités, comme les chefs coutumiers et les capitaines bushinenges<sup>250</sup>. Il reste que selon les quatre critères du droit international, à savoir l’antériorité dans un territoire donné, l’expérience de

---

<sup>246</sup> La « Grande loi de la paix » porte plusieurs noms. Intitulée « Grande loi de l’unité » ou *Gayanashagowa* ou *Kaianere’kó:wa*, elle porte aussi le nom, donné par les Européens, de « Constitution iroquoise » ou de « Constitution de la Confédération iroquoise ». Sur l’histoire de sa rédaction, Voir, Kayanesenh Paul WILLIAMS, *Kayanerenkó:Wa : The Great Law of Peace, op. cit.*, p. 13-15. Ce dernier explique également les principes qui sous-tendent la « Constitution » iroquoise. Il va sans dire que le terme de « constitution » usité ici ne désigne pas la même réalité que celle du constitutionnalisme moderne, lié à la structure étatique. En effet, précise le professeur Denis Baranger, « en faisant sortir les raisonnements constitutionnels du territoire couvert par le constitutionnalisme moderne, nous prenons en permanence, et le plus souvent sans nous en rendre compte, le risque d’une projection rétrospective de nos concepts et de leur environnement historique et culturel, autrement dit le risque d’un anachronisme ». Voir, Denis BARANGER, « “Le piège du droit constitutionnel” I. L’histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum, art. cit.*, p. 6-7.

<sup>247</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 1 : « Les aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie sont : Hoot Ma Whaap, Paicî-Cèmuhi, Ajië Aro, Xârâcùù, Drubea-Kapumë, Nengone, Drehu, Iaaï ».

<sup>248</sup> De trois familles linguistiques, ils sont nommés par leur autoethnonyme comme les Arawak (ou Lokono), Kali’na (anciennement Galibi), Palikur (ou Palikour ou Pahikweneh), Teko (anciennement Émérillons), Wayana et Wayampi (ou Wayâpi). Si le terme Amérindien désigne usuellement les six populations autochtones de Guyane française, les autochtones ne l’emploient cependant pas, considérant appartenir à l’une ou l’autre des ethnies. Enfin, le terme Amérindien est utilisé en France pour la Guyane, mais il conserve une connotation péjorative au Canada. Dans le cadre de cette recherche, ce terme n’est donc utilisé que pour désigner les populations de Guyane, avec une majuscule.

<sup>249</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l’égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, J.O.R.F. n° 0051 du 1 mars 2017, p. 28, art. 78, I, 3, b.

<sup>250</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l’égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *préc.*, art. 78 : « le grand conseil coutumier organise et constate la désignation des autorités coutumières et traditionnelles, et la notifie au représentant de l’État en Guyane. Cette désignation est également notifiée au président de l’assemblée de Guyane. La délibération de l’assemblée de Guyane fixant le montant des indemnités versées aux autorités coutumières et traditionnelles et les modalités d’attribution est soumise à la consultation du grand conseil coutumier ».

la conquête ou de la colonisation, la situation de non-dominance, et la revendication identitaire, les Bushinenges, aussi appelés Noirs-Marrons, ne remplissent pas le critère de l'antériorité. En effet, cette population est constituée de descendants d'esclaves et comprend quatre groupes de population : les Boni ou Aluku, les Ndyuka, les Paramaka et les Saramaka<sup>251</sup>. Cependant, en raison de leur interdépendance avec les Amérindiens, de leurs revendications aujourd'hui similaires et de leur présence dans les mêmes conseils représentatifs, il serait inopportun de les exclure de cette étude.

84. Du reste, dans un avis de 2017<sup>252</sup>, la Commission nationale consultative des droits de l'homme considère que seuls les Amérindiens de Guyane et les Kanak, minoritaires démographiquement, sont des peuples autochtones en vertu de la définition onusienne<sup>253</sup>. Cependant, dans sa réponse à un questionnaire sur les meilleures pratiques pour atteindre les objectifs de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, la mission permanente de la France affirme qu'« en France, les populations autochtones vivent en outre-mer, c'est-à-dire en Amérique du Sud (Guyane), en Océanie (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis et Futuna) et dans l'Océan Indien (Mayotte) »<sup>254</sup>. Ainsi, les insulaires de Wallis et Futuna sont aussi des populations autochtones. Il est donc intéressant d'ajouter à cette analyse, le système de représentation particulier des rois de Wallis et Futuna, territoire pour lequel l'État reconnaît l'application de la coutume<sup>255</sup>. À l'inverse, la départementalisation du territoire mahorais entraîne,

---

<sup>251</sup> Soit environ 37 000 personnes. Voir, Richard PRICE et Sally PRICE, *Les Marrons*, La Roque d'Anthéron, coll. « Vents d'ailleurs », 2<sup>e</sup> éd., 2004. Leurs noms sont invariables. Pour l'emploi du terme Bushinenge, il s'accorde en genre et en nombre. Il est possible de le trouver écrit selon l'orthographe « bushinengué ».

<sup>252</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », J.O.R.F. n° 0061 du 12 mars 2017, texte n° 33, p. 16. Si les autres populations autochtones n'ont pas été retenues dans l'avis, c'est principalement du fait de leur situation majoritaire sur les territoires qu'elles occupent. En effet, « étant majoritaires démographiquement, ces populations sont par conséquent moins confrontées à une situation de marginalisation politique, économique et sociale comme le sont les Amérindiens de Guyane et les Kanak de Nouvelle-Calédonie ».

<sup>253</sup> Voir *supra*, la définition de travail donnée par José Martinez Cobo, en 1986. Voir, José Martinez COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, *op. cit.*

<sup>254</sup> MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L'OFFICE DES NATIONS UNIES A GENEVE, *Réponse de la France au Questionnaire du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies pour le suivi de la résolution 18/8 du Conseil des droits de l'homme « droits des peuples autochtones » sur les bonnes pratiques en matière de mesures et de stratégies pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 2012, en ligne : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Declaration/France.pdf> (consulté le 30.08.2021). Cette formulation se retrouve dans le quatrième rapport périodique présenté par la France sur la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 2014, E/C.12/FRA/4, para. 1. À ce titre, la Polynésie française n'est pas expressément étudiée dans le cadre de cette étude car l'autonomie y est principalement administrative. De ce fait, les droits ne sont pas différenciés sur le fondement de la coutume. Sur ce point, la comparaison des populations autochtones de Guyane, de Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna semble plus pertinente.

<sup>255</sup> Le professeur Olivier Gohin regroupe aussi la Guyane, la Nouvelle-Calédonie et Wallis et Futuna, comme les trois territoires où sont les droits sont différenciés : « cette unité du peuple français, au sein de l'État-nation et autour d'une même citoyenneté, s'opère dans la diversité de populations qui relèvent de champs socio-économiques distincts. L'uniformité politique qui est de droit constitutionnel ne conduit pas, pour autant, à l'uniformité juridique, en général, parce qu'elle laisse sa place à la différenciation des droits civils, selon des modalités qui peuvent être notablement

depuis les années 2000, l'effacement progressif du statut personnel local, à tout le moins dans le droit positif français<sup>256</sup>. Dès lors, les institutions de représentation qui produisent et interprètent les coutumes, fondées sur les règles de l'Islam, s'avèrent plus difficilement identifiables et souvent reléguées hors de la sphère d'intervention de l'État<sup>257</sup>. Cette « irrelevance » entre l'État et les coutumes mahoraises explique le choix de ne pas intégrer ces dernières comme système représentatif au sein de l'étude<sup>258</sup>.

**85.** L'analyse repose donc sur les Nations iroquoises, Nisga'a et Wet'suwet'en, au Canada, de même que les Kanak de Nouvelle-Calédonie, les Amérindiens de Guyane et les insulaires de Wallis-et-Futuna, en France. En considérant le contexte et l'histoire depuis les premiers contacts du XVI<sup>e</sup> siècle, il s'agit d'analyser les situations et les relations de plurijuridisme entre les différents systèmes de représentation. Par cette méthode, il sera possible de vérifier l'hypothèse selon laquelle les normes coutumières de la représentation politique rejoignent davantage la conception classique de *vouloir pour* que celles de *porter la parole* ou de *ressembler à*, ou encore, d'une conception électorale de la représentation. Une fois cette première étape complétée, il faudra ensuite comparer comment deux ordres juridiques nationaux, le Canada et la France, aménagent par la voie du droit, la coexistence desdites normes.

## **PARAGRAPHE 2** – Une seconde méthode pour l'historico-comparaison de deux ordres juridiques

**86.** Si l'historico-comparaison de deux ordres juridiques étatiques peut sembler plus élémentaire, celle-ci conserve des complexités liées aux caractéristiques de chacun des objets nationaux **(A)**. Cependant, la comparaison reste possible par l'identification d'un *tertium comparationis*, qui s'apprécie à la fois dans l'histoire du Canada et de la France : l'aménagement par le droit de la coexistence des systèmes juridiques **(B)**.

---

différentes d'une population d'outre-mer à l'autre, au titre des dispositifs fort complexes et mal identifiés qui trouvent leur fondement dans les règles d'un Islam particulier à Mayotte ou dans les règles de coutumes spécifiques en Guyane, en Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à Wallis-et-Futuna». Voir, Olivier GOHIN, «La citoyenneté dans l'outre-Mer français», *Revue française d'administration publique*, n° 101, 2002, p. 69-82, spé. p. 77-78.

<sup>256</sup> Sophie BLANCHY et Yves MOATTY, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, n° 80, 2012, p. 117-139, spé. p. 136.

<sup>257</sup> Clotilde AUBRY DE MAROMONT, « L'impossible identification de la coutume », dans Élise RALSER, Hugues FULCHIRON, Aurélien SIRI et Etienne CORNUT (dir.), *La place de la coutume à Mayotte*, Paris, Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, Rapport n° 18.19, 2022, p. 395-402, spé. p. 400 : « La coutume est relayée hors de la sphère d'intervention de l'État. Aujourd'hui, la coutume n'est pas revendiquée par les justiciables ni par les praticiens du droit devant les autorités françaises. Elle n'est pas non plus appliquée par le juge français ».

<sup>258</sup> Pour l'exclusion des cas d'« irrelevance » de l'étude, Voir, para. 55. Le cas de Mayotte sert tout de même l'analyse comparative au chapitre 7, à propos des risques possibles d'assimilation.

## A. La prise en compte des caractéristiques des ordres juridiques nationaux

87. Les conceptions générales du droit dans les ordres juridiques canadien et français ne semblent pas antagonistes considérant leur ancrage occidental et leur approche positiviste du droit. Néanmoins, des différences persistent, qui doivent être prises en compte et explicitées lorsqu'il s'agit de comparer ces ordres juridiques l'un à l'autre.

88. Bien que tous deux d'origine européenne, l'ordre juridique canadien appartient à la tradition de *common law* ou mixte et l'ordre juridique français est de tradition civiliste. Dans la tradition civiliste, le raisonnement du juge se caractérise par une méthodologie déductive et un appel à l'abstraction : partant des dispositions d'un code, les règles sont appliquées aux faits. Le juge tend à être réduit à celui de simple technicien d'un droit codifié ou encore à n'être « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>259</sup>. Cette vision reste à pondérer, notamment par la marge de manœuvre laissée au juge, libre de son interprétation dans la qualification des faits et par l'influence accordée à la doctrine<sup>260</sup>. Dans la tradition de *common law*, le raisonnement obéit présumément à une méthode inductive, fondé sur la pratique : « les juges font le droit »<sup>261</sup>. Cette application du droit laisse alors une large place à la coutume. Du reste, par le mécanisme du précédent, le juge demeure lié aux décisions antérieures, si les faits sont identiques aux faits du cas à juger, « mais dans tous les autres cas, il sera libre de décider sur base des faits spécifiques de l'affaire qui lui est soumise »<sup>262</sup>. Ce schéma est encore à nuancer, puisque les décisions des cours suprêmes s'imposent avec l'autorité de la chose jugée aux tribunaux inférieurs. De même, les effets des précédents peuvent être annulés par la promulgation de lois nouvelles. En conséquence, dans la culture civiliste, « c'est la loi, assurément, qui est mise au principe du droit, là où, dans les pays de *common law*, c'est à partir du droit individuel (“mon” droit, le droit subjectif) que l'univers juridique est abordé »<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Selon la formule de Montesquieu. Voir, Charles Louis DE SECONDAT, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 337.

<sup>260</sup> En effet, le rôle accordé à la doctrine n'est pas le même en France ou en Allemagne, que dans les pays de *common law*. Voir, Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL, « Brèves épistémologiques sur le droit anglais tel qu'en lui-même », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 54, 2005, p. 1-62. Si bien que le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens préfère employer le vocable de « littérature juridique » pour la *common law* plutôt que de « doctrine » étant donné l'ancrage historique de la doctrine dans la tradition civiliste. Voir, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>261</sup> Mark VAN HOECKE, « Raisonnement juridique et droit comparé », dans Yves CARTUYVELS (dir.), *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 53-75, spé. p. 57.

<sup>262</sup> *Ibid.* De même, la professeure Anne-Françoise Debruche précise l'ambiguïté du mécanisme : « le mécanisme du précédent, supposé permettre de distinguer les décisions passées obligatoires à l'égard d'une affaire présente, et la manière d'en extraire la règle pour l'appliquer au cas à décider aujourd'hui, n'est pas toujours scientifique dans son application, ni prévisible ». Voir, Anne-Françoise DEBRUCHE, « La tradition romaniste, une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n° 1, 2015, p. 3-33, spé. p. 22.

<sup>263</sup> François OST, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 51.

89. La distinction binaire des traditions reste un modèle théorique. Loin d'être péremptores, les traditions juridiques démontrent toute leur pertinence dans leurs capacités d'évolution et d'adaptation à des circonstances changeantes. En effet, dans la pratique, le raisonnement juridique est « typiquement un va-et-vient »<sup>264</sup> entre les raisonnements inductif et déductif. Au surplus, le Canada présente la particularité d'être bijuridique<sup>265</sup> : les deux traditions susmentionnées coexistent au sein du même ordre juridique étatique. Inscrit dans le contexte historique de la colonisation de l'Amérique du Nord, le droit privé du Québec est de tradition civiliste. La première loi d'harmonisation du droit fédéral avec le droit civil précise « [l]e droit civil et la *common law* font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada »<sup>266</sup>. Cette dualité s'observe notamment dans le modèle de rédaction des lois, dans les canons d'interprétation législative élaborés par la jurisprudence et dans la technique de rédaction des jugements<sup>267</sup>.

90. Ainsi, la compréhension des traditions juridiques permet de mieux saisir le contexte juridictionnel dans lequel s'insèrent les règles de la représentation politique. Pour cette étude, le choix des ordres juridiques français et canadien repose donc sur les différentes façons législatives et contentieuses d'organiser la coexistence des systèmes juridiques et sur l'enrichissement qu'amène le rapprochement de modèles de traditions juridiques distinctes. Par exemple, aujourd'hui, au Canada, le contentieux constitutionnel est diffus, réalisé par tous les juges, quand il est concentré en France, car limité au contrôle du Conseil constitutionnel pour les lois et à celui du Conseil d'État pour les actes administratifs ne découlant pas directement d'une législation<sup>268</sup>. Ces traditions influencent la prise en compte des coutumes autochtones<sup>269</sup>. Au Canada, l'internormativité des systèmes étatiques et coutumiers s'organise plutôt devant le juge, quand en France, elle s'aménage davantage par la voie législative.

---

<sup>264</sup> Mark VAN HOECKE, « *Raisonnement juridique et droit comparé* », *op. cit.*, p. 53-75, spé. p. 57.

<sup>265</sup> Les syntagmes « dualité juridique », ou « dualisme juridique » sont aussi parfois employés. Le Québec est alors décrit comme un « système juridique mixte ». Cette particularité se trouve également en Afrique du Sud, en Israël, à Macao, à Hong-kong, Voir Michel MORIN, « Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong-kong, Macao, Afrique du Sud et Israël », *Revue de droit de McGill*, vol. 57, n° 4, 2012, p. 645-664. Mais aussi au Botswana, à Chypre, en Écosse, en Guyana, en Louisiane, à Malte, en Namibie, aux Philippines, à Porto Rico, aux Seychelles, au Sri Lanka, en Thaïlande, dans de nombreux États en Afrique qui, à majorité civiliste ou de *common law*, reconnaissent également le droit coutumier, enfin dans de nombreux États où les traditions juridiques d'origine européenne coexistent avec un ordre juridique religieux, comme le droit canonique, le droit musulman ou la Charia. Voir, René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI et Marie GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016.

<sup>266</sup> *Loi d'Harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4., art. 8.1.

<sup>267</sup> Jean-Louis BAUDOIN, « L'art de juger en droit civil : réflexion sur le cas du Québec. » *Les Cahiers de droit*, vol. 57, n° 2, 2016, p. 327-338, spé. p. 330.

<sup>268</sup> Cette affirmation est à nuancer. D'une part, au Canada, bien que le contrôle se fasse par tous les tribunaux, les décisions de la Cour suprême s'imposent, dans des cas similaires, aux tribunaux inférieurs. D'autre part, en France, le contrôle *a posteriori* est médié par le filtre du Conseil d'État et la Cour de cassation.

<sup>269</sup> Voir, Chapitre 3, Section 2.

91. Autant que les traditions juridiques, les contextes institutionnels présentent certaines différences. Le Canada est une monarchie constitutionnelle dotée d'un régime parlementaire, quand la France est une république avec un régime parlementaire contrebalancé par les mécanismes du parlementarisme rationalisé. La constitution canadienne, sur le modèle britannique, admet une large part aux principes non écrits et aux conventions constitutionnelles, ce qui est moins le cas pour la constitution française<sup>270</sup>. Enfin, le Canada est un État fédéral, quand la France se constitue en un État unitaire, caractérisé par l'indivisibilité du pouvoir normatif, à peine ébranlée par les actes de la décentralisation. En effet, selon cette organisation décentralisée, « si la loi peut tolérer l'édiction de règles de droit qui s'appliquent sur une portion du territoire, comme peuvent l'être les actes des autorités déconcentrées ou même décentralisées, ces normes locales ne peuvent cependant être édictées qu'en application et en conformité avec les normes nationales préalables »<sup>271</sup>. Les différentes architectures entre États fédéral et unitaire conduisent donc à ce que la prise en compte du droit coutumier soit également différente.

92. À ce titre, la professeure Jordane Arlettaz recommande « que les concepts juridiques, les institutions ou encore les termes du droit ne s'inscrivent pas dans des cultures juridiques trop éloignées »<sup>272</sup>. Malgré les différences susmentionnées, le fait de les expliciter et de les prendre en compte permet de maintenir une comparaison éclairée. En cela, « le rapprochement d'État de *common law* et d'État de *civil law* n'apparaît nullement insurmontable, la différence dans ces États résidant dans la forme du droit plus que dans sa rationalité »<sup>273</sup>. De même, que ce soit en Nouvelle-France ou en Nouvelle-Calédonie, les histoires juridiques de la Grande-Bretagne et de la France, puis du Canada se sont entrelacées et mutuellement influencées, allant jusqu'à la survivance d'un système juridique mixte au Québec. Enfin, non sans lien avec leurs histoires constitutionnelles, la représentation politique volitive se retrouve, de façon similaire, dans la production délibérative des organes parlementaires canadiens et français, ceux-ci chargés de *vouloir pour* les entités fédérales, provinciales ou nationales. Ces deux ordres juridiques constatent également aujourd'hui la concurrence de plus en plus récurrente entre la représentation politique volitive et le mécanisme électoral. La comparaison des deux ordres juridiques est donc rendue possible, en tant qu'elle se fonde sur l'identification d'un *tertium comparationis*.

---

<sup>270</sup> Voir cependant, Pierre AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997, p. 11. Il écrit que, même pour la constitution française, « il ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la Constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le Gouvernement du pays, *the living Constitution* comme le désignent les Américains ».

<sup>271</sup> Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, p. 7-16, spé. p. 8-9

<sup>272</sup> Jordane ARLETTAZ, *L'État-Nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales*, *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>273</sup> Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, *op. cit.*, p. 27.

## B. La comparaison par l'identification d'un *tertium comparationis*

93. Cette historico-comparaison ne peut se poursuivre sans l'élaboration d'un élément commun : l'objet, délimité dans le temps et dans l'espace, qu'il s'agit de comparer. La présente recherche interroge les ordres juridiques canadien et français, depuis les premiers contacts avec les populations autochtones, datés au XVI<sup>e</sup> siècle, jusqu'à leurs coexistences contemporaines. Pour préciser ces choix, la méthode fonctionnelle préconise que l'objet comparé remplisse des fonctions similaires dans les différents ordres juridiques<sup>274</sup>, servant alors de *tertium comparationis*<sup>275</sup>. Ici, la fonction similaire n'est autre que l'aménagement, par le droit, de la coexistence des systèmes de représentation étatiques et coutumiers. Cet équivalent fonctionnel regroupe les situations et les relations de plurijuridisme. Celles-ci se retrouvent autant dans les lois, dans l'activité interprétative des juges, que dans les constitutions. Pour ces dernières, il est particulièrement intéressant d'observer, à la suite du professeur Xavier Philippe, que « loin d'être un système réducteur, l'édifice constitutionnel [peut être] au contraire conçu de façon suffisamment souple pour pouvoir absorber ce choc entre la norme culturelle et la norme positive »<sup>276</sup>.

94. À ce sujet, les aménagements constitutionnels s'inscrivent principalement aux articles 25 et 35 de la Loi constitutionnelle canadienne de 1982. Ces articles garantissent les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Les autorités canadiennes reconnaissent notamment par l'article 35 que « les peuples autochtones jouissent du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale »<sup>277</sup>. Ces aménagements figurent également aux articles 73, 74, 75, 76 et 77 de la Constitution française de 1958. En effet, l'article 73 et, davantage, l'article 74 reconnaissent la possibilité, dans certains domaines, d'adapter la loi, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, aux caractéristiques et contraintes particulières des collectivités d'outre-mer<sup>278</sup>. De même, l'article 75 fait référence à la conservation d'un statut personnel, pour les citoyens n'ayant pas le statut civil de droit commun, consacrant *de jure* la coexistence entre un statut de droit commun et un statut local, permettant la prise en compte de certains particularismes culturels<sup>279</sup>. Par ailleurs,

---

<sup>274</sup> Konrad ZWEIGERT and Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, *op. cit.* Voir aussi, Ralf MICHAELS, « The Functional Method of Comparative Law », *op. cit.*, p. 342.

<sup>275</sup> Sur l'utilisation d'un *tertium comparationis* en droit comparé autant qu'en histoire comparée du droit, Voir, Dag MICHALSEN, « Methodological perspectives in comparative legal history: an analytical approach », dans Olivier MORÉTEAU, Aniceto MASFERRER, et Kjell A. MODÉER (eds.), *Comparative Legal History*, Northampton/Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 96-109, spé. p. 99.

<sup>276</sup> Xavier PHILIPPE, « Plurijuridisme constitutionnel et droits coutumiers en Afrique du Sud », *op. cit.*, p. 303.

<sup>277</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Autonomie gouvernementale », *Gouvernement du Canada, Canada.ca*, 2020, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100032275/1529354547314> (consulté le 02.09.2021).

<sup>278</sup> Constitution française du 4 octobre 1958, art. 73.

<sup>279</sup> Constitution française du 4 octobre 1958, art. 75. Le statut personnel renvoie à « la loi propre à son groupe social, sa communauté, son ethnie, sa religion. La situation concerne les États religieux, les statuts applicables selon la confession de leurs citoyens, et les anciennes colonies ou protectorats européens, qui ont dû trouver une conciliation entre l'application de leurs principes et le respect des droits locaux. Le statut personnel couvre de façon certaine le

L'Accord de Nouméa constitue une véritable exception au régime de droit commun, en reconnaissant l'existence et l'effectivité d'un droit coutumier. Subséquemment, une révision de la Constitution, intervenue le 20 juillet 1998, a intégré le contenu des dispositions de cet accord au titre XIII du texte fondamental. Ces aménagements se définissent également par l'organisation de répertoires juridiques, renvoyant à la loi la définition des domaines réservés au droit étatique ou au droit coutumier. Par exemple, la *Loi sur les Indiens* ou le statut de 1961 de Wallis et Futuna renvoient certains domaines à la compétence des autorités coutumières. De même, le juge, par son interprétation, peut moduler la coexistence des droits étatiques et coutumiers, reconnaissant parfois avant le législateur des situations où deux normes de systèmes juridiques différents pourraient s'appliquer<sup>280</sup>.

**95.** L'équivalent fonctionnel ainsi identifié, la comparaison des deux ordres juridiques est possible sur le critère de cette même fonction. La comparaison peut s'effectuer à la fois dans le temps et dans l'espace. En effet, il est possible de défendre l'idée d'une complémentarité entre la méthode historique et la méthode comparative. Ces deux méthodes, fréquemment associées au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>281</sup>, servent de façon complémentaire la science du droit par «le repérage d'évolutions sociales et juridiques semblables dans la perspective de construire un droit, une législation ou des principes communs ou, à l'opposé, la mise en évidence et la défense de ce qui reste de singulier à chaque ordre juridique national»<sup>282</sup>. À ce titre, Frédéric William Maitland affirme en 1888 que «l'histoire impliquait la comparaison»<sup>283</sup>. À la même période, Albert V. Dicey préconise la compréhension de la constitution anglaise par les méthodes analytique, historique et comparative<sup>284</sup>. De façon plus contemporaine, Roland Drago souligne la consubstantialité de la combinaison histoire-droit comparé<sup>285</sup>. À ce titre, le comparatiste peut retracer la généalogie des

---

droit des personnes, de la famille, des successions, les débats étant plus nombreux sur les autres sphères du droit civil ». Voir, Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 6<sup>e</sup> éd., 2021, p. 268-269.

<sup>280</sup> Voir, par exemple, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. La première reconnaissance des chefs héréditaires par la Cour suprême conduit les autorités à négocier l'autonomie gouvernementale des Wet'suwet'en.

<sup>281</sup> L'histoire et le droit comparé ne deviennent deux disciplines distinctes qu'en 1900, lors de l'intervention de Raymond Saleilles au Congrès international de droit comparé. Il sépare alors le droit comparé, de l'histoire comparative des institutions. Voir, Raymond SALEILLES, « Conception et objet de la science du droit comparé », dans SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Congrès international de droit comparé 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1905, p. 167-169.

<sup>282</sup> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>283</sup> Frédéric William MAITLAND, « Why the history of English law is not written », dans Hebert A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, p. 488.

<sup>284</sup> Albert V. DICEY, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, LibertyClassics, 1982 [1885], p. 252. De même qu'il préconise la conjugaison des deux méthodes pour l'analyse du droit administratif français. Source non traduite : « It is at this point that the history of *droit administratif* helps the student of comparative law ».

<sup>285</sup> Roland DRAGO, « Droit comparé », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 453-456, spé. p. 454 : « L'histoire du droit et le droit comparé correspondent aux mêmes attitudes d'esprit. Qu'on ait une vision verticale ou horizontale des systèmes juridiques conduit d'autant plus à comparer des sources, des évolutions et des influences que les deux lignes se recoupent nécessairement ». Sur le courant de la *Comparative Legal history*, voir la revue du même nom. Voir aussi, les travaux de la *European Society for Comparative Legal History*, fondée en 2009. En effet, si le terme « comparative » est inclus dans les titres, c'est pour



systèmes juridiques et de leurs règles afin de « retrouver d'éventuelles origines communes et dans ce cas, le moment où ils commencèrent à diverger, l'époque à laquelle un modèle de règle ou d'institution est passé d'un droit à un autre »<sup>286</sup>. Le professeur Olivier Moréteau ajoute que si le comparatiste « sait combiner l'approche historique avec l'approche contextuelle [...], ses analyses seront plus pertinentes »<sup>287</sup>.

96. Cette historico-comparaison a pour objectif de *connaître* la loi dans ses sources originaires, de la *comprendre* dans son système juridique en tant qu'étranger de ce système et enfin de la *comparer*, selon la règle des « 3 C » de Léontin-Jean Constantinesco<sup>288</sup>. Cette triple démarche suppose que « la comparaison n'intervient finalement qu'à l'issue d'un cheminement, amenant le chercheur à s'imprégner des systèmes juridiques qu'il entend comparer »<sup>289</sup>. Cette imprégnation est nécessaire pour contrer la tentation de projeter des conceptions modernes dans un contexte historique ou géographique différent. En effet, comme le formule Montesquieu, « transporter dans les siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui est la plus féconde »<sup>290</sup>. Cet écueil concerne autant l'analyse historique que le droit comparé. C'est pourquoi le professeur Pierre Legrand recommande de « sonder plus profondément l'arrière-plan [...] qui constitue tout discours juridique »<sup>291</sup>, tout comme le professeur Otto Pfersmann affirme que « le droit comparé naît du travail de reconstitution des contextes »<sup>292</sup>.

97. Enfin, selon le professeur Norberto Bobbio, la méthodologie en droit cherche aussi à « créer les conditions d'une coexistence de points de vue et favoriser l'échange et le débat en tant que facteurs de progrès de la connaissance »<sup>293</sup>. Cette conception de la méthode rejoint celle prêtée aux objectifs de l'analyse du plurijuridisme. Parfois considéré comme une nouvelle orthodoxie<sup>294</sup>, « le but du débat sur le plurijuridisme n'est pas l'harmonisation de tous les systèmes juridiques ni

---

insister sur la consubstantialité de l'approche historique comparée, mais pas parce que les membres de la société pensaient que « comparative legal history » et « legal history » étaient deux disciplines différentes. Voir, Aniceto MASFERRER, Kjell A. MODÉER et Olivier MORÉTEAU, « The emergence of comparative legal history », dans Olivier MORÉTEAU, Aniceto MASFERRER, et Kjell A. MODÉER (Eds.), *Comparative Legal History*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 1-28, spé. p. 3.

<sup>286</sup> Olivier MORETEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits », dans Jean-Claude GEMAR et Nicholas KASIRER (Eds.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal, Thémis, 2005, p. 407-430, spé. p. 414.

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> Les 3 C : *connaître, comprendre, comparer*. Voir, Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 135.

<sup>289</sup> Zérah BREMOND, « Le territoire autochtone dans l'État post – colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique », *Revue générale du droit en ligne*, 2019, n° 49726.

<sup>290</sup> Charles Louis DE SECONDAT, *Montesquieu Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1951. p. 902.

<sup>291</sup> Pierre LEGRAND, « Comparer », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 2, 1996, p. 279-318, spé. p. 291.

<sup>292</sup> Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001 n° 2, p. 275-288, spé. p. 284.

<sup>293</sup> Noberto BOBBIO, « Filosofia come metodologia o filosofia come visione del mondo ? », dans Noberto BOBBIO, *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012, p. 14.

<sup>294</sup> Albane GESLIN, « Une brève historiographie de “pluralisme juridique” : quand les usages d'une notion en font un instrument de luttes politiques », *art. cit.*, p. 20.

l'élimination de leurs différences. Le débat doit nous permettre de nous comprendre en cultivant un discours juridique commun»<sup>295</sup>. Il ressort de cette observation que le cadre théorique et la méthode sont étroitement liés, rejoignant l'idée selon laquelle «l'objet, la méthode ainsi que le but de la connaissance se conditionnent mutuellement»<sup>296</sup>. L'ensemble de ces éléments introductifs permet alors de justifier l'élaboration d'une problématique et d'un plan adaptés.

## SECTION 5 — La problématique et la construction du plan

**98.** Le cadre conceptuel de la présente recherche révèle que les conceptions volitive et électorale de la représentation ne sont ni dogmatiques ni universellement appliquées dans l'histoire du droit. Partant de cette observation, en se fondant sur la théorie du plurijuridisme, l'étude cherche à établir les points de contact et les pierres d'achoppement de différentes conceptions de la représentation entre les systèmes étatiques et coutumiers. Cette recherche adopte une méthode historico-comparative pour comparer l'aménagement de ces coexistences au sein des ordres juridiques canadien et français. La problématique peut donc être énoncée en ces termes :

Selon quelles dynamiques s'organise la coexistence entre les systèmes de représentation étatiques et coutumiers au sein des ordres juridiques canadien et français ?

Devant la diversité des normes de la représentation politique, il serait plus facile de renvoyer les pratiques coutumières à de simples faits, indifférents à la juxtaposition et aux relations des systèmes entre eux. Or, il semble que le droit n'admet ni l'imprévisibilité des normes applicables ni l'incompatibilité de règles entre elles. Il importe donc de déterminer les situations d'internormativité, avant d'exposer, ensuite, les instruments permettant une conciliation. L'objectif reste de démontrer que les conceptions volitives, électorales et coutumières de la représentation coexistent l'une et l'autre au sein d'un même ordre juridique et que, loin d'être toujours conflictuelle, cette coexistence est vectrice d'un enrichissement certain.

**99.** Plusieurs hypothèses peuvent déjà être explicitées. La première postule que l'analyse préalable des conflits historiques entre les systèmes de représentation reste nécessaire à la compréhension des adaptations qui ont suivi et à la formulation de propositions d'évolutions. Des logiques similaires pourraient ainsi se retrouver au Canada et en France dans le cadre des adaptations visant à reconnaître les spécificités de la représentation coutumière. La deuxième

---

<sup>295</sup> M'hamed EL HATIMI, « Le plurijuridisme dans le monde musulman : cas du plurijuridisme marocain », *op. cit.*, p. 300.

<sup>296</sup> Hermann HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, Paris, Dalloz, 2012, p. 48.

hypothèse se traduit par l'idée selon laquelle la représentation coutumière - comme la représentation volitive durant la période révolutionnaire et comme la représentation électorale au XIX<sup>e</sup> siècle - se construit, aujourd'hui, en réponse aux exigences politiques et principalement aux revendications autochtones. La troisième hypothèse réside dans les fondements communs aux différentes conceptions de la représentation : il existerait finalement un socle de pratiques, de mécanismes et de procédures communes sur lesquels fonder le dialogue des systèmes de représentation. Dès lors, les éléments communs de la représentation devraient s'organiser au sein d'institutions représentatives partagées et les dissemblances, au sein d'institutions représentatives autonomes.

**100.** Dans une première partie, il s'agit d'analyser les tensions entre les systèmes de représentation politique. En effet, le mécanisme électoral s'impose progressivement à l'ensemble des ordres juridiques depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Or, pour les autochtones, l'adoption de ce mécanisme reste ambivalente. L'élection ne s'est imposée ni directement ni uniformément. À l'arrivée des Européens sur les territoires occupés, en raison de leur faible nombre, ces derniers n'ont pas d'autres choix que de coexister, et par là même, de s'adapter aux institutions représentatives précoloniales des autochtones. Des traités sont négociés et des conventions sont signées, dont les effets juridiques sont toujours discutés aujourd'hui. Toutefois, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'objectif d'assimilation prédomine dans les politiques nationales et internationales. Dans certains cas, l'élection réussit laborieusement à être imposée comme procédé de désignation interne au sein des communautés autochtones. Il en résulte alors une situation de pluralisme, où le système électoral d'origine étatique coexiste avec le système représentatif précolonial qui perdure en parallèle des règles de droit positif. Paradoxalement, la qualité d'électeur leur est toujours refusée aux niveaux provincial et fédéral au Canada ou national pour la France. Ni l'uniformité juridique, par l'imposition de normes étrangères, ni la différenciation juridique, par le refus d'accorder aux autochtones des droits politiques, n'est ici synonyme d'égalité en droit. Aujourd'hui, la plupart des normes coutumières sont reconnues et intégrées à l'ordre juridique. L'enchevêtrement de règles entre les systèmes étatiques et coutumiers, et parfois à l'intérieur même des systèmes coutumiers entraîne le maintien des situations de pluralisme. Cet antagonisme normatif met à mal l'application des règles de la représentation politique, et notamment celles renvoyant à une conception électorale concurrencée par des mécanismes coutumiers, dont la majorité des manifestations prennent la forme institutionnelle d'assemblées délibératives et consensuelles. Ainsi, entre l'uniformisation et la survivance des coutumes, la coexistence des systèmes étatiques et coutumiers de la représentation suscite de nombreuses tensions (**PREMIERE PARTIE**).

**101.** Dans une seconde partie, il s'agit d'analyser les aménagements réalisés par le droit positif pour assurer l'harmonisation des systèmes de représentation entre eux. Ceux-ci se concrétisent principalement par des accords gouvernementaux ou par des statuts législatifs différenciés,

créateurs d'institutions novatrices. En outre, la reconnaissance des spécificités des systèmes coutumiers de représentation reste conditionnée à des exigences constitutionnelles matérielles, comme le respect des droits fondamentaux, ou formelles, comme la rédaction des coutumes autochtones visant à les intégrer au sein de la hiérarchie des normes. Ces aménagements interpellent la pertinence de maintenir le mécanisme électoral pour la représentation autochtone. Ainsi, les pistes d'évolution sont nombreuses et s'envisagent à la lecture des aménagements déjà réalisés. Entre l'interdépendance et l'autonomie institutionnelles, la récente harmonie entre les systèmes étatiques et coutumiers de représentation revêt donc de multiples modalités et pourrait encore suivre différentes alternatives (**SECONDE PARTIE**).

#### **PREMIERE PARTIE.**

Les tensions au sein des systèmes de représentation entre l'uniformisation et la survivance des coutumes

#### **SECONDE PARTIE.**

L'harmonisation des systèmes de représentation entre l'interdépendance et l'autonomie institutionnelles

**PREMIERE PARTIE - LES TENSIONS AU SEIN DES SYSTEMES DE REPRESENTATION**  
**ENTRE L'UNIFORMISATION ET LA SURVIVANCE DES COUTUMES**

---

**102.** Entre le XV<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, les rencontres des Européens avec les autochtones conduisent aux premiers dialogues entre les différents systèmes de représentation. La teneur de ces dialogues est dépendante du *jus gentium* de l'époque, qui constitue alors la loi commune des Nations européennes. De façon inattendue, l'assimilation des systèmes coutumiers n'est pas immédiate. Par nécessité, que ce soit à cause de leur faible nombre sur les territoires découverts ou pour asseoir leur emprise territoriale, les Européens reconnaissent les systèmes coutumiers de représentation, souvent mentionnés dans le droit et les conventions de l'époque. Pourtant, cette reconnaissance ne dure pas et précède la période coloniale durant laquelle les coutumes autochtones sont progressivement assimilées aux systèmes de représentation étatiques.

**103.** Toutefois, malgré la colonisation, les spécificités de la représentation coutumière ne disparaissent pas totalement : en parallèle des institutions étatiques, il subsiste des institutions coutumières de représentation aux origines précoloniales qui font parfois concurrence à l'application du droit positif. L'histoire semble alors faite de cycles, avec des phases de coexistence pacifique et de reconnaissance juridique par l'État, suivies de phases de conflits, où les systèmes autochtones tentent de résister à l'assimilation de leurs coutumes.

**104.** Il s'agit de décrire ces moments et ces espaces de tension : leur analyse est essentielle à la compréhension des voies de l'harmonisation, que ce soit pour les adaptations déjà instituées ou pour celles à venir. L'analyse historico-comparative révèle ainsi que l'uniformisation progressive des conceptions de la représentation politique entre le XV<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle (**TITRE 1**) rencontre, à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, d'importantes limites et de nombreuses oppositions permettant d'envisager que les spécificités de la représentation coutumière nécessitent une reconnaissance et une protection juridiques particulières (**TITRE 2**).

## **TITRE 1 - L'UNIFORMISATION PROGRESSIVE DES CONCEPTIONS DE LA REPRÉSENTATION PAR L'ÉTAT**

---

**105.** L'uniformisation progressive des conceptions de la représentation par l'État est un processus ambivalent. Le premier des mécanismes semble celui de nier la préexistence des systèmes de représentation coutumiers afin d'affirmer la souveraineté de l'État en construction. Or, de façon ambiguë, cette négation ne s'impose pas immédiatement. En effet, que ce soit au Canada, entre 1534 et 1763 à l'époque de la Nouvelle-France, ou au sein des territoires ultramarins à partir des années 1750, les Européens, récemment arrivés sur les différents territoires, doivent collaborer avec les populations autochtones locales pour d'abord assurer leur survie et la pérennité de leur installation.

**106.** Ces collaborations entre les nouveaux arrivants européens et les autochtones démontrent le début d'une compréhension des systèmes de représentation des seconds par les premiers, laquelle s'accompagne parfois, stratégiquement, d'une reconnaissance juridique (**CHAPITRE 1**). Dans ce cadre, l'affirmation de la souveraineté et la construction des institutions étatiques sur les territoires « découverts » du Canada et de l'outre-mer répondent à un processus d'affirmation progressif et savamment orchestré. C'est pourquoi, après une première reconnaissance des systèmes représentatifs coutumiers, le droit des États canadien et français assimile peu à peu les spécificités de la représentation coutumière afin de renforcer leur souveraineté (**CHAPITRE 2**).

107. Aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, la colonisation<sup>297</sup> se fonde sur la doctrine de la découverte. Cette dernière s'appuie sur le principe issu du droit romain, adapté à l'expansionnisme européen, de *terra nullius*, signifiant terre vacante ou territoire sans maître, qui postule que faute d'être soumises à un État selon les critères européens du droit des gens<sup>298</sup>, les terres n'appartiennent à personne<sup>299</sup>. Émanant de l'autorité pontificale, la doctrine de la découverte est consacrée par la bulle *Romanus pontifex* de 1455, signée de la main du pape Nicolas V<sup>300</sup>. Ce document affirme le principe selon lequel « tout monarque chrétien qui découvre des terres non chrétiennes a le droit de les proclamer siennes, car elles n'appartiennent à personne »<sup>301</sup>. Ainsi, les explorateurs partent toujours munis de lettres patentes, principalement des lettres de commissions émises par les autorités pontificales et étatiques.

108. D'autres bulles précisent ensuite la doctrine de la découverte. La bulle *Inter Caetera*<sup>302</sup> du 4 mai 1493 attribue une partie de l'Amérique à l'Espagne. La bulle *Sublimis Deus* de 1537 condamne l'esclavage des autochtones et affirme que les Indiens « sont vraiment des hommes et

<sup>297</sup> Le professeur François Luchaire définit la colonisation comme « une entreprise étatique qui se traduit par une émigration du peuple colonisateur et la domination de ce peuple sur les terres ou la population colonisées ». Voir, François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, Paris, Sirey, 1949, p. 17.

<sup>298</sup> À cette époque, le droit international s'intitule le droit des gens ou *jus gentium*, se fonde sur les principes de justice naturelle et a pour principales sources le droit civil romain et le droit canon. Les termes utilisés, droit des gens pour droit des nations, mettent l'accent sur le caractère coutumier et sur le fondement empirique : « c'est la constatation de la généralité de certaines institutions qui permet aux juristes d'identifier les règles qui relèvent de cette catégorie ». Voir Marie-France RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 20. Parlant du caractère prépositiviste du droit des gens, la professeure Andrée Lajoie précise « en fixant l'attention sur son application aux colonies par une puissance colonisatrice étatique, on a réussi à occulter le fait que le droit des gens, international par nature, était constitué au départ de pratiques des États, non écrites, sauf à retardement par une doctrine savante sans pouvoir étatique, et hors possibilité de sanction internationale ». Voir, Andrée LAJOIE, « Synthèse introductive », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND, et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 1-60, spé. p. 20.

<sup>299</sup> Priya S. GUPTA, « Transnational Property Law », dans Peer ZUMBANSEN (ed.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 531-554.

<sup>300</sup> Frances GARDINER DAVENPORT (ed.), *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, Washington D.C., Carnegie Institution of Washington, 1917, p. 20-26. Elle est rédigée comme suit : « Nous décrétons et déclarons également par la teneur des présentes que le roi Alphonse et ses successeurs [...] peuvent et pourront [...] faire toutes les interdictions, statuts et décrets, même pénaux, et avec l'imposition de tout tribut, et disposer et ordonner à leur sujet comme pour leurs propres biens et leurs autres dominions ». Source non traduite : « We also by the tenor of these presents decree and declare that King Alfonso and his successors and the infante aforesaid might and may, now and henceforth, freely and lawfully, in these [acquisitions] and concerning them make any prohibitions, statutes, and decrees whatsoever, even penal ones, and with imposition of any tribute, and dispose and ordain concerning them as concerning their own property and their other dominions ».

<sup>301</sup> INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES, « L'Instance permanente identifie la “doctrine de la découverte” et les “écoles résidentielles” comme vecteurs essentiels de l'asservissement des peuples autochtones », Instance permanente sur les questions autochtones », *Nations Unies*, 27 avril 2010, DH/5019.

<sup>302</sup> ALEXANDRE VI, Bulle *Inter Caetera*, 4 mai 1493, traduction publiée par Alphonse GOURD, *Les chartes coloniales et les constitutions des États-Unis*, Paris, Imprimerie nationale, 1885, p. 199.

qu'ils sont, non seulement capables de comprendre la foi catholique, mais qu'ils désirent ardemment la recevoir»<sup>303</sup>. Dans les siècles qui suivent, les tribunaux des États coloniaux reprennent la doctrine de la découverte pour assurer la souveraineté des États sur les territoires en question, en delà des droits d'occupation autochtones. C'est le cas dans la décision de la Cour suprême des États-Unis de 1823, *Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh*<sup>304</sup>, et dans la décision de la Cour suprême du Canada de 1887, *St. Catherines Milling et Lumber Company c. La Reine*<sup>305</sup>.

**109.** Malgré son caractère expansionniste, le droit colonial reste marqué par la nécessité d'adapter son application aux contextes particuliers. À l'aune de la construction d'États coloniaux naissants, où les institutions juridiques ne sont pas encore stabilisées, l'application des lois et décrets élaborés en métropole représente un défi complexe. Comme l'explique le professeur Bernard Durand, « sur chaque territoire, s'installe un droit original en construction, perturbé par des transferts de territoires, progressivement gagné par cette "autochtonie" qui ne répond pas nécessairement aux constructions intellectuelles qui ne retiennent du système en place que ses dimensions dérogatoires ou discriminantes »<sup>306</sup>. Le droit colonial reste avant tout un droit de terrain<sup>307</sup>, dont l'effectivité dépend notamment de l'adhésion des populations auxquelles il s'applique. Cette adhésion nécessaire des peuples aux mutations du droit est d'ailleurs relevée par Montesquieu :

Lorsque l'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois ; cela paraîtrait trop tyrannique : il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières [...]. En général, les peuples sont très attachés à leurs coutumes ; les leur ôter violemment, c'est les rendre malheureux : il ne faut donc pas les changer, mais les engager à les changer eux-mêmes<sup>308</sup>.

**110.** Dans ce cadre, l'objectif est de comprendre l'uniformisation progressive des conceptions de la représentation par l'État, dont le premier des mécanismes semble celui de nier la

---

<sup>303</sup> PAUL III, Bulle *Sublimus Dei*, *On the Enslavement and Evangelization of Indians*, 1537. Source non traduite : « Consider, however, that the Indians are truly men and that they are not only capable of understanding the Catholic Faith but, according to our information, they desire exceedingly to receive it. »

<sup>304</sup> *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh*, 21 U.S. 8 Wheat. 543 543 (1823). Voir aussi *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831) ; *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832) et plus récemment *Tee-Hit-Ton Indians c. The United States*, 348 U.S. 272 (1955). Voir aussi, Michael C. BLUMM, « Retracing the Discovery Doctrine: Aboriginal Title, Tribal Sovereignty, and their Significance to Treaty-Making and Modern Natural Resources Policy in Indian Country », *Vermont Law Review*, vol. 78, 2004, p. 713-777.

<sup>305</sup> *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 SCR 577. Cette jurisprudence est renversée par l'arrêt *Calder* en 1973. *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Pour l'analyse de cette décision, Voir para. 431.

<sup>306</sup> Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial. Un ordre « au gré des vents »*, Paris, Economica, p. 10.

<sup>307</sup> Cette application pragmatique et souple du droit colonial est d'ailleurs recommandée par le pouvoir royal, sous la plume du ministre de la Marine, dans sa lettre au gouverneur général de Nouvelle-France, le Comte de Frontenac. Celui-ci écrit : « dans une colonie faible comme est celle où vous êtes et où votre principale et presque unique application doit être d'y maintenir et conserver tous les habitants qui y sont et y en appeler de nouveaux, vous ne devez user du pouvoir que je vous donne qu'avec beaucoup de tempérament et de douceur ». SECRETARIAT D'ÉTAT A LA MARINE, *Le roi au comte de Frontenac au sujet de ses derniers rapports (22 avril 1675)*, Archives nationales d'outre-mer, coll. B, 6 F° 94 v°, Référence : ark:/61561/ki665dz1yl

<sup>308</sup> Charles Louis DE SECONDAT, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 577-578.



préexistence des systèmes de représentation coutumiers. Or, de façon ambivalente, cette négation ne s'impose pas immédiatement. En effet, «la grande leçon des empires est que, à la fois “hégémonies illusoires” et “souverainetés universelles”, ils ne peuvent survivre [...] qu'en recrutant des collaborateurs sur place»<sup>309</sup>. Difficilement conciliables avec une domination hégémonique, ces «collaborations» constituent un terrain d'entente entre plusieurs systèmes normatifs. Ces arrangements internormatifs s'accompagnent d'une certaine compréhension des systèmes coutumiers par les acteurs coloniaux ; compréhension qui précède, si elle a lieu, une véritable reconnaissance *de jure*<sup>310</sup>.

**111.** Selon un constat similaire, cette logique s'observe autant, entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle, à l'arrivée des Européens en Nouvelle-France qu'entre le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup> siècle, lors de l'installation des Français dans les territoires ultramarins de Guyane, de Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna. Ainsi, durant le Premier Empire colonial, les acteurs coloniaux en Nouvelle-France coexistent puis collaborent avec les chefs et les porte-paroles autochtones, avant de nier peu à peu, avec une certaine ambivalence, leur existence et leur autorité (**SECTION 1**). Durant le Second Empire colonial, une coexistence similaire entre systèmes juridiques européens et systèmes autochtones s'organise dans les territoires ultramarins nouvellement occupés par les Français. Cette coexistence des systèmes de représentation est parfois reconnue, parfois niée par les statuts de droit colonial (**SECTION 2**).

### **SECTION 1 – D'une coexistence plurijuridique à l'assujettissement des autochtones en Nouvelle-France (XVI<sup>e</sup> — XVIII<sup>e</sup> siècles)**

**112.** Dès le début du XVI<sup>e</sup> siècle, «[u]ne nouvelle circule parmi les communautés villageoises le long du grand fleuve : [les expéditions printanières autochtones] ont permis de faire la rencontre de nouveaux venus, arrivés sur de grands bateaux»<sup>311</sup> : les Français. La première expédition française outre-Atlantique est ordonnée par François I<sup>er</sup> en 1534. Elle est suivie par un deuxième

---

<sup>309</sup> Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial, Un ordre « au gré des vents », op. cit.*, p. 339.

<sup>310</sup> Ainsi, la reconnaissance se définit comme : « tantôt manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne accepte de tenir établie une situation préexistante, de fait ou de droit, en vue de permettre de produire ses effets voire de les renforcer (...), tantôt décision officielle par laquelle une autorité confère ou consent à faire produire des effets juridiques à un groupement, un titre ou un acte dont (...) elle admet l'existence et la valeur (...), tantôt acte unilatéral par lequel un État fait connaître qu'il admet l'existence à son égard d'un fait et s'engage irrévocablement à en tirer, dans ses relations extérieures, les conséquences que le droit international y attache ». Voir, Laurent LEVENEUR, « Reconnaissance », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1303-1306, spé. p. 1303. La professeure Albane Geslin ajoute à cette définition : « La reconnaissance relèverait ainsi du constat d'un existant, constat auquel l'ordre juridique dans lequel évolue son auteur entendrait faire produire des effets de droit ». Voir, Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 139-140.

<sup>311</sup> Roland TREMBLAY, « La présence autochtone dans le Québec méridional avant l'arrivée des Européens », dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, Alain BEAULIEU (dir.), *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 37-54, spé. p. 47.

voyage en 1535 : Jacques Cartier et ses trois navires remontent le fleuve Saint-Laurent, guidés par deux autochtones<sup>312</sup>. Conformément aux pratiques d'appropriation symboliques répandues de l'époque<sup>313</sup>, ils érigent une croix aux armes du roi de France. Il faut pourtant attendre la seconde commission royale décernée à La Roque de Roberval en 1598<sup>314</sup>, puis les expéditions de Samuel de Champlain, pour que la ville de Québec soit fondée en 1608.

**113.** À la suite d'un déploiement et d'un peuplement progressifs, la Nouvelle-France désigne jusqu'en 1712 le Canada, autour de la vallée du Saint-Laurent, mais aussi les colonies de la Louisiane, de Terre-Neuve, des Pays-d'en-Haut, de la baie d'Hudson, du pays des Illinois et de l'Acadie<sup>315</sup>. Elle s'étend sur plus de huit millions de kilomètres<sup>2</sup>. Une telle étendue implique qu'il ne faille pas concevoir ce territoire comme un ensemble homogène, mais comme des zones d'influence ou de « circonscriptions administratives »<sup>316</sup>. Dans ce cadre, l'établissement français se déroule à contrecourant de la colonisation espagnole aux Amériques : il ne se traduit ni par l'exploitation hégémonique des territoires ni par la mise sous tutelle des autochtones. Les relations francoamérindiennes sont encouragées par les administrateurs pour des raisons stratégiques, mais aussi par les missionnaires, qui y voient « le moyen de propager la foi catholique »<sup>317</sup>. Ces relations de coopération témoignent d'une coexistence des systèmes normatifs, autant que d'une connaissance par les acteurs coloniaux des systèmes représentatifs autochtones (**PARAGRAPHE 1**). Au paroxysme de ces échanges, la reconnaissance des systèmes représentatifs coutumiers se traduit par la signature de traités de paix et d'alliance. À ce titre, certains auteurs parlent de l'exercice d'une souveraineté autochtone<sup>318</sup>. Cette coexistence plurijuridique cesse pourtant à partir

---

<sup>312</sup> Nommés Domagaya et Taïnoagny, ils sont des Iroquoiens du Saint-Laurent, où se situe l'actuelle ville de Québec. Ils furent enlevés par la ruse lors de la première expédition de Samuel de Champlain. Voir, Gilles HAVARD, *Histoire de l'Amérique française*, Paris, Flammarion, 2019, p. 34.

<sup>313</sup> Jean-Maurice BRISSON, « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND, et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 61-106, spé. p. 78. ; Voir aussi Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial, Un ordre « au gré des vents »*, *op. cit.*, p. 230-239.

<sup>314</sup> L'emploi des termes « Nouvelle-France » vient du premier voyage de l'explorateur Verrazano en 1534. Voir, John A. DICKINSON, « La Normandie et la construction d'une Nouvelle France » *Annales de Normandie*, 58<sup>e</sup> année, n° 3-4, 2008, p. 59-67, spé. p. 60. En 1541, la première Commission royale donne à La Roque de Roberval le pouvoir de construire un fort et d'édicter des lois. Cependant, cette entreprise ne rencontre pas le succès escompté. Les Français sont soit malades, soit morts de froid, soit tués, et pour l'anecdote, trois d'entre eux, fuyant la cruauté de François de la Roque, se réfugient chez les autochtones. Voir, Robert LA ROQUE DE ROQUEBRUNE, « Roberval et sa colonie canadienne au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire des colonies*, t. 43, n° 151, 1956, p. 125-137.

<sup>315</sup> Catherine DESBARATS et Allan GREER, « Où est la Nouvelle-France ? », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, vol. 64, n° 3-4, 2011, p. 31-62, spé. p. 33.

<sup>316</sup> Peter SAHLINS, « Natural Frontiers Revisited: France's Boundaries since the Seventeenth Century », *American Historical Review*, vol. 95, n°5, 1990, p. 1423-1451, spé. p. 1427.

<sup>317</sup> Arnaud DECROIX, « Le conflit juridique entre les Jésuites et les Iroquoiens au sujet de la seigneurie du Sault Saint-Louis : analyse de la décision de Thomas Gage (1762) », *Revue juridique Thémis*, vol. 41, 2007, p. 279-297, spé. p. 279.

<sup>318</sup> C'est notamment le cas du professeur Michel Morin. Voir, Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*

de 1763, avec la colonisation anglaise et l'assujettissement progressif des autochtones à la Couronne britannique (**PARAGRAPHE 2**).

### **PARAGRAPHE 1** - La perception composite des systèmes représentatifs coutumiers

**114.** Les Européens n'atteignent la Colombie-Britannique, sur la côte ouest, qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ainsi, les Premières Nations rencontrées se situent autour de la région des Grands-lacs, telles que celles de la Confédération iroquoise. La perception de leur organisation juridique se lit dans les sources des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. Il s'agit principalement de lettres patentes, de rapports administratifs, de récits de missionnaires, mais aussi des travaux préparatoires de la Constitution américaine. Dans ces documents se dessine la compréhension des systèmes représentatifs autochtones par les acteurs coloniaux (**A**). De même, les travaux préparatoires de la Constitution américaine démontrent l'intérêt des Pères fondateurs pour ces systèmes coutumiers. Toutefois, l'influence des conceptions autochtones de la représentation politique sur les constituants américains demeure un élément de débat doctrinal (**B**).

#### **A.** La compréhension des systèmes représentatifs coutumiers par les acteurs coloniaux

**115.** De nombreux documents historiques dépeignent la « sauvagerie »<sup>319</sup> des autochtones, notamment car l'insubordination aux chefs qui caractérise l'organisation de leurs sociétés représente un marqueur contraire à l'idée de civilisation pour les officiers français envoyés en Amérique du Nord<sup>320</sup>. Toutefois, deux éléments permettent de saisir le contexte de l'implantation coloniale et de comprendre l'intérêt des colons pour les systèmes représentatifs autochtones.

**116.** Premièrement, l'implantation française intervient à la suite de débats en droit international, en réaction aux massacres espagnols, essayant d'encadrer juridiquement l'action des puissances européennes. Les écrits des Espagnols Antonio de Montesinos<sup>321</sup> et Francisco de Vitoria<sup>322</sup>, de

---

<sup>319</sup> Le terme de « sauvage » n'avait pas alors la connotation péjorative qui lui est attribuée aujourd'hui. Au temps de la Nouvelle-France, ce vocable renvoyait « seulement à ce que le latin en dit, très succinctement avec ce mot de « Salvacus », signifiant tout simplement, une personne habitant les bois, sans jamais prendre toutefois le sens de grossier, de rustre ou de primitif que nous lui connaissons aujourd'hui ». Voir, Marie-Hélène MOROT-SIR, *Le Canada français de A à Z. Au temps de la Nouvelle-France*, Saint-Denis, Publibook, 2016, p. 35.

<sup>320</sup> Mathé ALLAIN, *Not worth a straw: French Colonial Policy and the Early Years of Louisiana*, Lafayette, University of Southwestern Louisiana, 1988, p. 75.

<sup>321</sup> Antonio DE MONTESINOS, *Christmas Eve Sermon of 1511 on Just Treatment of Indians*, Berkley Center, Georgetown University, 2021 [1511], en ligne : <https://berkleycenter.georgetown.edu/quotes/antonio-de-montesinos-christmas-eve-sermon-of-1511-on-just-treatment-of-indians> (consulté le 19.07.2021)

l'Italien Alberici Gentili<sup>323</sup> et du Néerlandais Hugo Grotius<sup>324</sup>, interrogent l'indépendance des autochtones et le refus de leur assimilation<sup>325</sup>. Certains de ces écrits posent les fondements du droit des gens et résonnent particulièrement en Espagne, auprès du Conseil des Indes, menant notamment à la promulgation des *Lois de Burgos* en 1512<sup>326</sup>. Elles consistent en une première codification du droit colonial se préoccupant du sort des autochtones<sup>327</sup>. Stratégiquement, le traitement assuré aux chefs s'avère déjà différent de celui réservé aux autres autochtones : « nous ordonnons à nos visiteurs de s'occuper avec soin desdits chefs et Indiens, de bien les nourrir et de leur enseigner les choses de notre Sainte Foi mieux qu'ils ne le font pour les autres, car [lesdits chefs] pourront endoctriner les autres Indiens, qui l'accepteront plus facilement d'eux »<sup>328</sup>. Entre 1550 et 1551, se tient encore un important débat concernant le traitement des populations colonisées, intitulé la Controverse de Valladolid, principalement dominée par Juan Ginès de Sepúlveda et Bartolomé de Las Casas. Ce dernier défend l'existence de lois au sein des sociétés autochtones en ces termes :

En l'absence d'ordre, il serait impossible d'avoir des congrégations et des populations aussi nombreuses, des conseils aussi nombreux et aussi vastes, de langues et de nations aussi différentes, et qui se perpétuent aussi longtemps. Par conséquent, ces peuples indiens sont des hommes très rationnels et prudents, qui savaient et ont su bien se gouverner à partir de leur propre nature, comme cela ressort des effets mêmes et des actes humains »<sup>329</sup>. « La suffisance et la perfection des républiques, royaumes et communautés de ces peuples [...] est d'atteindre ainsi la fin ultime et heureuse de la cité ou de la vie sociale, autant qu'il est possible d'atteindre dans cette vie sans la foi et la vraie connaissance de Dieu, ce qui est la paix »<sup>330</sup>.

---

<sup>322</sup> Francisco de VITORIA, « Political Writings », dans Anthony PADGEN and Jeremy LAWRENCE (eds.), *Vitoria : Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, [2012]1991, p. 231-292. Voir aussi, Antonio GÓMEZ ROBLEDO, « Le *ius cogens* international : sa genèse, sa nature, ses fonctions », *Recueil des Cours*, vol. 172, n° III, 1981, p. 23-25 et p. 189-190.

<sup>323</sup> Alberici GENTILIS, *De iure belli, Libri III*, Nunc primum in lucem editi, Hanoviae, Guilielmus Antonius, 1598.

<sup>324</sup> Hugo GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, vol. II, Trad. Francis W. KELSEY, *The Law of War and Peace*, Oxford, Clarendon Press 1925 [1625].

<sup>325</sup> Pour un résumé des débats doctrinaux, Voir, Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Édition Boréal, 1997, p. 31-62. Voir aussi, Georg CAVALAR, « Vitoria, Grotius, Pufendorf and Vattel : Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans ? » *Journal of the History of International Law*, vol. 10, 2008, p. 181-299.

<sup>326</sup> Michèle ESCAMILLA-COLIN, « La question des justes titres : repères juridiques. Des Bulles Alexandrines aux Lois de Burgos », dans Carmen VAL JULIAN, *La conquête de l'Amérique espagnole et la question du droit*, Lyon, ENS Éditions, 1996, p. 81-103.

<sup>327</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>328</sup> *Lois de Burgos*, 1512-1513, art. XXII.

<sup>329</sup> Bartolomé de LAS CASAS, *Historiadores de Indias, Tomo. 1, Apologética historia de las Indias*, Madrid, Bailly/ Bailliére Editores, coll. « Nueva biblioteca de Autores españoles », 1909, p. 110. Source non traduite : « en ello no hubiera debida orden, fuera imposible haber agora como hay y hallamos tales y tantas y tan espesas congregaciones, poblaciones, tantos y tan grandes ayuntamientos de tan diversas lenguas y naciones y tanto tiempo perpetuadas; luego estas gentes indianas hombres son muy racionales, prudeutes y que sabían y supieron bien gobernarse de su natural, como queda claro por los mismos efectos y actos humanos »

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 119. Source non traduite : « La suficiencia y perfección de las repúblicas, reinos y comunidades destas gentes, quanto es necesario y conveniente para en las cosas temporales vivir á su voluntad y en abundancia dellas, y así conseguir el fin último y felice de la ciudad ó vida social, quanto sin fé y verdadero cognoscimiento de Dios en esta vida se puede alcanzar, que es la paz y conservación en ella (como dicho es), y por consiguiente se averigua la prudencia y buena razón y habilidad destas gentes para se saberse gobernar, por seis cosas ó calidades ».

En effet, le degré d'organisation des sociétés autochtones s'avère un critère déterminant afin de reconnaître les autochtones comme des Hommes dotés d'une organisation politique<sup>331</sup>. À l'occasion de la controverse, les principes juridiques lascasiens constituent une ébauche des premiers droits humains devant s'imposer aux États européens lors de la conquête et de la conversion des autochtones. En défendant l'existence d'un droit naturel commun à tous les Hommes, ces principes sont aux origines du droit des gens visant à établir une loi commune à l'ensemble des nations qui oblige les communautés humaines et les États dans leurs rapports mutuels<sup>332</sup>. Dès lors, il semble que la confrontation coloniale ait eu une importance sur la formation du droit international<sup>333</sup>. Bien que les principes lascasiens n'aient ensuite que peu d'influence face aux exigences de la colonisation, il s'agit tout de même là d'un premier élément qui peut expliquer la collaboration des arrivants français avec les systèmes représentatifs autochtones.

**117.** Secondement, face à l'austérité des traversées et du climat, l'élément le plus influent sur la colonisation reste la faiblesse numérique des Français établis sur le territoire nord-américain. Peu peuplée – trois mille colons en 1663 et environ quatre-vingt mille en 1760<sup>334</sup> — la Nouvelle-France existe grâce aux liens noués avec les autochtones. Dès la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, dans ses lettres patentes, Henri IV valide l'établissement de la domination française « tant par armes, amitié, confédération et autrement »<sup>335</sup>. Pour pallier ce déficit démographique, par nécessité puis par intérêt, il se développe « une forme de collaboration avec les autochtones afin d'entreprendre la mise à profit des ressources naturelles »<sup>336</sup>. Comme l'explique le professeur Michel Morin, la politique de la Couronne française consiste plutôt à maintenir une coexistence pacifique et à établir des partenariats, dont l'objectif ultime reste la domination, « mais sans anéantir d'entrée de

---

<sup>331</sup> Jean-Baptiste MERLIN, *Le droit des Peuples autochtones à l'autodétermination. Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier*, Thèse de doctorat en droit public, version en ligne, 2015, p. 110.

<sup>332</sup> La citation suivante est attribuée à Las Casas : « Les lois, les règles naturelles et les droits des hommes sont communs à toutes les nations, chrétiennes et gentilles, et quels que soient leur secte, loi, état, couleur et condition, sans aucune différence ». Le droit naturel est fait de principes, mais le droit des gens est constitué de règles qui ont reçu une force obligatoire par la volonté des Nations et qui trouvent une application concrète en droit international. Voir, Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUmarede, *Droit des minorités et des peuples autochtones, op. cit.*, p. 115.

<sup>333</sup> *A fortiori*, selon Anthony Angie, la rencontre avec les autochtones a eu un effet particulier sur l'élaboration de son concept fondateur de souveraineté. Voir, Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 6-7.

<sup>334</sup> John POWELL, *Encyclopedia of North American Immigration*, New-York, Facts on File Library of American History, 2005, p. 204.

<sup>335</sup> Voir, par exemple, la lettre patente de 1598, HENRI IV, « Lettres patentes de Lieutenant-Général du Canada et autres pays, pour le Sieur de la Roche, du 12<sup>e</sup> janvier, mil-cinq-cent-quatre-vingt-dix-huit », dans ASSEMBLEE LEGISLATIVE DU CANADA, *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, vol. 3, Québec, Presse à vapeur E. R. Fréchette, 1856, p. 8.

<sup>336</sup> Arnaud DECROIX, « Le conflit juridique entre les Jésuites et les Iroquois au sujet de la seigneurie du Sault Saint-Louis : analyse de la décision de Thomas Gage (1762) », *Revue juridique Thémis*, art. cit., p. 279.

jeu les institutions et coutumes des peuples autochtones»<sup>337</sup>. La Cour suprême du Canada admet *a posteriori* que « [l]orsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles »<sup>338</sup>. Par conséquent, au XVII<sup>e</sup> siècle, la compréhension de leurs systèmes représentatifs reste nécessaire pour s'appuyer sur les chefs et les réseaux d'alliance du territoire. Le sentiment européen de supériorité n'empêche donc pas certains colons de montrer un réel intérêt pour l'organisation institutionnelle des communautés autochtones, que ce soit par stratégie ou par curiosité.

**118.** Bien que marquée par le point de vue du colonisateur, la littérature de l'époque préconfédérative<sup>339</sup> relate ces premiers rapports entre les autochtones de l'Est et les Français et « fait écho à l'importance capitale des premiers pour les deuxièmes »<sup>340</sup>. Certains ouvrages vont jusqu'à rapprocher les coutumes autochtones des sociétés de l'Antiquité, établissant ainsi des comparaisons menant à la conclusion de « l'uniformité des sentiments de toutes les nations »<sup>341</sup>. À ce titre, les auteurs s'entendent sur l'absence de hiérarchie à l'intérieur des communautés. Par exemple, les écrits de Samuel de Champlain, explorateur et administrateur colonial du début du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>342</sup>, rapportent que « les chefs autochtones ne disposent pas d'un véritable pouvoir de commandement, même lors d'une offensive militaire »<sup>343</sup>. Il ajoute que les Amérindiens de l'Acadie « ont des chefs à qui ils obéissent en ce qui est de la guerre, mais non autrement, lesquels travaillent, et ne tiennent non plus rang que leurs compagnons »<sup>344</sup>.

**119.** De façon similaire, Antoine-Denis Raudot, intendant de la Nouvelle-France entre 1705 et 1710 et conseiller de la cour sur les affaires coloniales<sup>345</sup>, restitue des coutumes que « ces Iroquois

---

<sup>337</sup> Michel MORIN, « La dimension juridique des relations entre Samuel de Champlain et les Autochtones de la Nouvelle-France », *Revue juridique Thémis*, vol. 38, 2004, p. 531–598, spé. p. 389.

<sup>338</sup> *Calder c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313, 328. La même affirmation est écrite par la Cour suprême américaine : « Before the coming of the Europeans, the tribes were self-governing sovereign political communities ». Elle confirme et reconnaît la présence et l'organisation des peuples autochtones avant l'arrivée des Européens. *U.S. v. Wheeler*, 435 U.S. 313, 98 Supr. Ct. 1079 (1978), 322-323.

<sup>339</sup> L'époque préconfédérative représente celle qui précède la création de la Confédération du Canada, soit entre les arrivées des Européens au début du XVII<sup>e</sup> siècle et 1867, date de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, texte fondateur de la fédération canadienne.

<sup>340</sup> Éléna CHOQUETTE, « Construction de l'identité québécoise : des impacts sur la science politique autochtoniste [The Building of the Québécois Identity : Some Impacts on Political Science relative to Indigenous Peoples] ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 50, n° 1, 2017, p. 181-200, spé. p. 182.

<sup>341</sup> William N. FENTON et Elizabeth L. MOORE, « Lafitau et la pensée ethnologique de son temps », *Études littéraires*, vol. 10, n° 1-2, 1977, p. 19–47, spé. p. 22.

<sup>342</sup> Ces écrits sont présentés par l'édition de Laverdière en 1870 et plus récemment par l'édition bilingue en six volumes de Henry P. Biggar. Ils constituent l'un des premiers témoignages sur la Nouvelle-France du XVII<sup>e</sup> siècle.

<sup>343</sup> Henry P. BIGGAR (dir.), *The Works of Samuel de Champlain*, vol. 1, Toronto, University of Toronto Press, 1971, p. 413.

<sup>344</sup> Samuel de CHAMPLAIN, *Œuvres de Champlain*, t. 1, publié par l'Abbé C. H. LAVERDIÈRE, Laval, Presse de l'Université Laval, 2<sup>e</sup> éd., 1870, note 170.

<sup>345</sup> En Nouvelle-France, l'intendant représente « l'œil et la main » du roi, par lequel il est nommé. Deuxième personnage après le gouverneur, il contrôle l'ensemble de l'administration civile de la colonie et est responsable des finances, du commerce, du peuplement, de la justice, de l'occupation du territoire, de l'agriculture, de la sécurité. De

sont les Sauvages les plus politiques de ce continent, ils ne résolvent rien sans une mûre délibération et sans avoir consulté longtemps ensemble»<sup>346</sup>. Dans ses lettres, il raconte la façon dont les revendications sont transmises : si quelqu'un veut s'exprimer, il réunit d'abord le conseil des Anciens, et, si le sujet est important, il est communiqué au reste du village, voire aux villages proches et aux nations voisines. Pour les sujets les plus fondamentaux, le conseil s'assemble à Onontagué (autrement nommé Onondagas, le centre politique de la Confédération iroquoise) où les anciens des villages se rendent<sup>347</sup>. Lors de ces assemblées, l'auteur explique que les Iroquois «raisonnent des affaires sans se mettre jamais en colère les uns contre les autres [...] quoi qu'ils soient d'un sentiment contraire, ils se parlent toujours doucement et ne concluent rien qu'après une mure et longue délibération. Ils ont parmi eux des orateurs, ce sont eux qui parlent pour toute la nation quand il y a quelques discours à faire»<sup>348</sup>. La délibération fait donc partie intégrante du système représentatif précolonial, laquelle est incarnée par le rôle des orateurs, principaux porte-paroles de la communauté.

**120.** À la suite des lettres d'Antoine-Denis Raudot, Joseph-François Lafitau, un missionnaire jésuite installé parmi les Iroquois de Sault-Saint-Louis de 1712 à 1717, publie un des premiers récits ethnographiques<sup>349</sup>. Par ses descriptions, il tente de prouver que les coutumes iroquoises, ni barbares ni sauvages, sont «comme de précieux vestiges de l'Antiquité»<sup>350</sup>. Reprenant les constatations de Raudot sur l'organisation politique assimilable à une confédération<sup>351</sup>, il décrit la compétence des conseils à délibérer et à décider pour la communauté, lesquels sont présidés par le

---

plus, le lieutenant-gouverneur détient le pouvoir exécutif dans la colonie et est le représentant de la Couronne. Il est aussi responsable de l'armée ainsi que des relations avec les Amérindiens et les colonies françaises. Voir, Jacques MATHIEU, «Intendant», dans *L'Encyclopédie canadienne*, Historica Canada, 2015.

<sup>346</sup> Antoine Denis RAUDOT, «Lettre 76, Des Conseils des Iroquois», dans Pierre BERTHIAUME (ed.), *Relations par lettres de l'Amérique septentrionale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018 [1724], p. 238. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>348</sup> Antoine Denis RAUDOT, «Lettre 32, Du gouvernement politique des Sauvages», dans Pierre BERTHIAUME (ed.), *Relations par lettres de l'Amérique septentrionale*, p. 134.

<sup>349</sup> L'ouvrage s'intitule *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*. Cependant, pour éviter tout anachronisme et pour une description de la naissance de la pensée ethnographique en cette époque voir, William N. FENTON et Elizabeth L. MOORE, «Lafitau et la pensée ethnologique de son temps», *Études littéraires*, art. cit. p. 19–47.

<sup>350</sup> Malgré sa pensée originale et sa méthode rigoureuse pour l'époque, il ne convient pas de lui prêter une altérité culturelle anachronique. Par sa religiosité affirmée, son objectif restait de trouver des preuves «pouvant mettre en relief l'existence, chez les Indiens, de coutumes similaires à celles des "Premiers temps". [...] Comme ses collègues monogénistes, il croyait que "Dieu avait inscrit les vérités élémentaires de la religion naturelle dans le cœur des hommes-chrétiens, païens et sauvages [mais que] l'ignorance, cette première sanction du péché originel, avait plongé l'homme dans les ténèbres de l'idolâtrie et les horreurs des pratiques magiques. La religion des Indiens d'Amérique du Nord était ainsi le résultat de cette décadence"». Voir, William N. FENTON et Elizabeth L. MOORE, «Lafitau et la pensée ethnologique de son temps», art. cit., p. 22.

<sup>351</sup> Joseph François LAFITAU, *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, t. I, Paris, Saugrain, 1724, p. 464. Il écrit : «Quand il s'agit des affaires qui intéressent le Corps de la Nation, ils se réunissent dans un Conseil général, où se rendent les Députés de chaque Village ; ce qui se fait avec tant d'égalité, de zèle pour le bien commun, qu'il en résulte un concert et une union admirable». Il fait aussi une description de la répartition en tribus : «Chaque Village est distinguée en trois familles. [...] Chaque famille a son chef, ses agoïanders [adjoints au chef], ses Anciens, ses Guerriers».

chef : « [I]es conseils s’assemblent par leur ordre ; il se tiennent dans leur cabane, à moins qu’il n’y ait une cabane publique, destinée uniquement pour les Conseils et qui est comme une maison de ville ; les affaires se traitent en leur nom ; il préside à toutes sortes d’assemblées »<sup>352</sup>. À ce titre, Joseph Lafitau assimile le Grand Conseil iroquois à un Sénat, composé de « vieillards » ou d’anciens, au nombre indéterminé, où chacun peut venir s’exprimer après avoir atteint la maturité<sup>353</sup>. Ils rapportent que les femmes sont toujours les premières à réunir leur conseil, donnant ensuite le résultat de leur délibération au chef<sup>354</sup>. Enfin, il analyse les procédures délibératives en approfondissant le rôle des orateurs : « eux seuls y parlent : leur emploi consistant proprement à énoncer toutes les affaires qui ont été agitées dans les Conseils secrets, à déclarer le résultat de toutes les délibérations, et à porter la parole avec autorité au nom de tout le village, ou de toute la nation »<sup>355</sup>. Il relate que le discours des orateurs reste vif et concis, mais emploie un langage métaphorique et davantage soutenu. Parfois, l’orateur demande au reste de l’assemblée s’il a bien formulé les choses. Les femmes comme les hommes ont leurs orateurs, souvent de leur propre sexe, mais si les femmes choisissent un orateur parmi les hommes, celui-ci « parle comme s’il était une femme et [...] en soutient le personnage »<sup>356</sup>. La recherche d’une certaine représentativité, entendue comme une ressemblance entre le groupe représenté — les femmes — et leur porte-parole, ressort de cette pratique.

**121.** En 1721, dans le journal de son second voyage, Pierre-François-Xavier de Charlevoix, historien et professeur jésuite, confirme l’analyse des systèmes de représentation des peuples premiers. S’intéressant tout autant aux Nations iroquoises, il relève la forme confédérative de leur association<sup>357</sup>, les qualités requises pour être un chef de guerre<sup>358</sup>, l’exercice modéré de l’autorité

---

<sup>352</sup> Joseph François LAFITAU, *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, t. I, *op. cit.*, p. 474.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 475-476.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 477.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 479-481.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 483.

<sup>357</sup> Pierre-François-Xavier DE CHARLEVOIX, *Journal d’un voyage fait par ordre du roi dans l’Amérique septentrionale I*, Montréal, Les Presses de l’Université de Montréal, 1994 [1744], p. 454. Quatre tomes sont publiés de 1682 à 1761. Le second voyage de l’auteur date de 1721. Il écrit : « Les Iroquois avaient fait avec eux une espèce de confédération, fort utile aux uns et aux autres ». Dans le même sens, Cadwallader Colden, lieutenant-gouverneur de la province de New York entre 1761 et 1775, procède à une description des communautés iroquoises mohawks dans *The History of the Five Nations of Canada*. Ayant séjourné plusieurs fois chez les Mohawks, il écrit : « Chacune de ces Nations est une République absolue par elle-même, et tout château en chaque Nation fait une République indépendante, et est gouvernée dans toutes affaires publiques par ses propres Sachems ou vieux hommes. Les autorités de ces gouvernants sont gagnées et sont confirmées par les opinions du reste de la Nation à propos de leur sagesse et de leur intégrité. Ils n’exécutent jamais leurs résolutions par force sur aucun de leur peuple ». Voir, Cadwallader COLDEN, *The History of the Five Nations of Canada*, London, imp. par T. Osborne, 1747, p. 34.

<sup>358</sup> Pierre-François-Xavier DE CHARLEVOIX, *Journal d’un voyage fait par ordre du roi dans l’Amérique septentrionale I*, *op. cit.*, p. 558. Il écrit : « Les qualités requises pour un Chef de Guerre sont, d’être heureux, brave et désintéressé. Il n’est pas étonnant qu’on obéisse sans peine à un Homme, en qui l’on reconnaît ces trois caractères ».



par les chefs<sup>359</sup>, les compétences diplomatiques et politiques des orateurs<sup>360</sup>, et le rôle des femmes dans les déclarations de guerre<sup>361</sup>. Il compare les processus d'assemblée à l'Aréopage d'Athènes et au Sénat de Rome<sup>362</sup>. En outre, il reconnaît déjà plusieurs mécanismes de désignation des chefs en fonction des nations :

Dans le nord, et partout, où règne la langue algonquine, la dignité de chef est élective ; mais toute la cérémonie de l'élection et de l'installation se réduit à des festins, accompagnés de danses et de chants. [...] Parmi les Hurons, où cette dignité est héréditaire, la succession se continue par les femmes, en sorte qu'à la mort du chef ce n'est pas son Fils, qui lui succède, mais le Fils de sa sœur, ou à son défaut, son plus proche Parent en ligne féminine<sup>363</sup>.

**122.** Ces sources historiques témoignent de l'existence d'un système de représentation précolonial ainsi que de la continuité de son autonomie après l'arrivée des Européens. Pareillement à la représentation volitive qui se construit à la même période au sein des parlements étatiques<sup>364</sup>, la représentation politique autochtone est liée aux longues délibérations des orateurs en assemblée, présidée par les chefs et conduisant à la prise de décisions. Toutefois, sans qu'il ne soit possible d'imposer la décision finale par la contrainte, le processus s'avère davantage consensuel. À ce stade, la lecture des sources ne donne pas une description exhaustive des systèmes de représentation traditionnels autochtones, mais permet d'affirmer que des mécanismes représentatifs existent, qu'ils semblent étroitement liés aux processus délibératifs, et enfin, qu'ils sont connus des Européens dès la fin du XVII<sup>e</sup> siècle.

**123.** Les descriptions parfois élogieuses et le rapprochement avec le Sénat de Rome demeurent à considérer avec prudence. En effet, dans le contexte de leurs publications, ces comparaisons historiques servent tant d'accessoires critiques dans le but de reprocher son ancienneté et ses défauts à la métropole, que de faire-valoir pour susciter les investissements et le développement des colonies<sup>365</sup>. En outre, devant l'attrait de certains Européens pour ces systèmes coutumiers de représentation, mais aussi des Pères fondateurs des États-Unis, des auteurs comme les professeurs

---

<sup>359</sup> Pierre-François-Xavier DE CHARLEVOIX, *Journal d'un voyage fait par ordre du roi dans l'Amérique septentrionale I*, op. cit., p. 555. Il écrit : « Ces Chefs ne reçoivent pas de grandes marques de respect, et s'ils sont toujours obéis, c'est qu'ils savent jusqu'où ils doivent commander. Il est vrai même qu'ils prient ou proposent plutôt qu'ils ne commandent, et que jamais ils ne sortent des bornes du peu d'autorité qu'ils ont. Ainsi c'est la raison, qui gouverne, et le gouvernement est d'autant plus efficace, que l'obéissance est plus libre, et qu'on n'a pas à craindre qu'il ne dégénère en tyrannie ».

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 559.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 466. Il écrit : « Lever la Hache, c'est déclarer la Guerre : tout Particulier a droit de le faire, sans qu'on puisse y trouver à redire ; si ce n'est parmi les Hurons, et les Iroquois, où les Mères de Familles ordonnent et défendent la Guerre, quand il leur plaît : nous verrons en son lieu jusqu'où s'étend leur autorité dans ces Nations ».

<sup>362</sup> Pierre-François-Xavier DE CHARLEVOIX, *Journal d'un voyage fait par ordre du roi dans l'Amérique septentrionale I*, op. cit., p. 559.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 554.

<sup>364</sup> Voir, Introduction, Section 1, Paragraphes 1 et 2.

<sup>365</sup> Alice BAIROCH DE SAINTE-MARIE, «La centralisation du droit dans les colonies françaises, 1600-1764», *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, 2018, vol. XVI, p. 35-70, spé. p. 57-58.

Bruce E. Johansen et Donald A. Grinde vont jusqu'à conférer aux conceptions autochtones une influence sur la rédaction de la constitution américaine.

## B. L'influence discutée des conceptions autochtones sur les constituants américains

**124.** Les Pères fondateurs de la démocratie américaine montrent une certaine curiosité envers les systèmes représentatifs coutumiers<sup>366</sup>. Il reste que la curiosité n'emporte pas toujours le respect de la culture de l'autre, ni même la volonté de s'en inspirer. Les effets de ces coutumes sur les constituants suscitent aujourd'hui encore d'importants débats doctrinaux. Sur ce point, les tenants de l'influence des autochtones s'appuient sur la présence de ceux-ci à des moments historiques de la construction américaine et sur le récit de leurs coutumes dans les écrits de Benjamin Franklin, John Adams et de Thomas Jefferson.

**125.** Benjamin Franklin, par exemple, commence sa carrière diplomatique en représentant la Pennsylvanie parmi les Iroquois et autres Premières Nations<sup>367</sup>. À cette époque, il est en contact fréquent avec des chefs et orateurs mohawks et assiste à de nombreuses cérémonies. Le 20 mars 1751, il compare la Confédération iroquoise et l'union des colonies anglaises en ces termes :

Il serait bien étrange que six nations de sauvages ignorants fussent capables de former un plan pour une telle union, et de l'exécuter d'une manière telle qu'elle ait subsisté pendant des siècles, et qu'elle paraisse indissoluble, et que cependant une pareille union fût impraticable pour dix ou douze colonies anglaises, auxquelles elle est plus nécessaire, et doit être plus avantageuse, et qui ne peuvent être censées vouloir une égale compréhension de leurs intérêts<sup>368</sup>.

**126.** Le plan d'Union d'Albany de 1754, proposé par Benjamin Franklin comme une première tentative d'organiser les colonies américaines sous un seul gouvernement, semble marqué par l'influence de modèles politiques autochtones. Le Congrès d'Albany, qui compte la présence de représentants iroquois<sup>369</sup>, obéit aux procédures décrites par Benjamin Franklin : « le gouvernement général devait être administré par un président général, nommé et soutenu par la couronne, et un grand conseil devait être choisi par les représentants du peuple des différentes colonies réunis dans leurs assemblées respectives. Les débats sur cette question au congrès se poursuivaient quotidiennement, main dans la main avec les affaires indiennes »<sup>370</sup>. La formation d'un grand

---

<sup>366</sup> L'expression des « Pères fondateurs » désigne les rédacteurs de la *Déclaration d'indépendance des États-Unis* de 1776 et les délégués à la Convention de Philadelphie, lesquels ont rédigé la Constitution américaine de 1787.

<sup>367</sup> Bruce E. JOHANSEN, « Native American Societies and the Evolution of Democracy in America, 1600-1800 », *Ethnohistory*, vol. 37, n° 3, 1990, p. 279-290.

<sup>368</sup> Archibald KENNEDY et James PARKER, *The importance of gaining and preserving the friendship of the Indians to the British interest, considered*, Yale University Library, New York, 1751, p. 28-29.

<sup>369</sup> David HOLMES, « The Founding Fathers, Deism, and Christianity », *Encyclopedia Britannica*, 2006, en ligne : <https://www.britannica.com/topic/The-Founding-Fathers-Deism-and-Christianity-1272214> (consulté le 19.07.2021)

<sup>370</sup> Benjamin FRANKLIN, *Autobiography of Benjamin Franklin with introduction and notes*, New York, The Macmillan company, 1909, p. 131. Source non traduite : « The general government was to be administered by a president-

conseil dont les membres sont choisis par les conseils des différentes colonies peut être rapprochée de la Constitution iroquoise, regroupant les principes fondateurs de la Confédération iroquoise, rédigée par les Britanniques en 1720, et notamment de son article 96 :

96. Tous les feux de conseil de clan d'une nation ou des Cinq Nations peuvent s'unir en un grand feu de conseil général ou des délégués de tous les feux de conseils peuvent être nommés pour s'unifier dans un conseil général pour y discuter des intérêts du peuple.

En 1784, Benjamin Franklin rédige *Remarks concerning the Savages of North America*, dans lequel il dépeint sa vision des autochtones et de leurs coutumes : « tout leur gouvernement se fait par le conseil des sages ; il n'y a pas de force, il n'y a pas de prisons, pas d'officiers pour forcer l'obéissance ou infliger des punitions ; c'est pourquoi ils étudient généralement l'art oratoire, le meilleur orateur ayant le plus d'influence »<sup>371</sup>. Il témoigne aussi du temps que les autochtones mettent à répondre à une proposition publique de l'administration coloniale, car prendre le temps permet la tenue de délibérations communes et confère du respect et de l'importance à celles-ci<sup>372</sup>. Enfin, il décrit le déroulement des conseils et la politesse des échanges<sup>373</sup> qu'il met en parallèle avec les conduites de la Chambre des Communes britannique<sup>374</sup>.

**127.** Les rapprochements se poursuivent avec les études documentant la Convention constitutionnelle de Philadelphie de 1787<sup>375</sup>. Dans *Defence of the Constitutions of Government of the*

---

general, appointed and supported by the crown, and a grand council was to be chosen by the representatives of the people of the several colonies met in their respective assemblies. The debates upon it in the congress went on daily, hand in hand with the Indian business ».

<sup>371</sup> Benjamin FRANKLIN, « Remarks concerning the Savages of North America [before 7 January 1784] », *Founders Online*, National Archives, [1784], en ligne : <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-41-02-0280> (consulté le 19.07.2021). Source non traduite : « for all their Government is by the Counsel or Advice of the Sages; there is no Force, there are no Prisons, no Officers to compel Obedience, or inflict Punishment. Hence, they generally study Oratory; the best Speaker having the most Influence ».

<sup>372</sup> *Ibid.*

<sup>373</sup> *Ibid.* Une anecdote sur la civilité des Indiens racontée par Benjamin Franklin est d'ailleurs révélatrice du détournement du message apostolique par les autochtones : « Les Indiens écoutent avec patience les vérités de l'Évangile qui leur sont expliquées, et donnent leurs signes habituels d'assentiment et d'approbation : on pourrait croire qu'ils sont convaincus. Ce n'est pas le cas. C'est une simple question de civilité. Un ministre suédois, ayant rassemblé les chefs des Indiens *Saquehanab*, leur fit un sermon, les informant des principaux faits historiques sur lesquels notre religion est fondée, tels que la chute de nos premiers parents après qu'ils eurent mangé une pomme [...]. Lorsqu'il eut terminé, un orateur indien se leva pour le remercier. Ce que vous nous avez dit, dit-il, est très bien. C'est en effet une mauvaise chose de manger des pommes. Il vaut mieux en faire du cidre. Nous sommes très obligés par la bonté que vous avez eue de venir jusqu'ici pour nous dire ces choses que vous avez entendues de vos mères ; en retour, je vous dirai quelques-unes de celles que nous avons entendues des nôtres. Le bon missionnaire, dégoûté de cette fade histoire, dit : ce que je vous ai livré était des vérités sacrées, mais ce que vous me dites n'est que fable, fiction et fausseté. L'Indien, offensé, répondit : mon frère, il semble que vos amis ne vous aient pas rendu justice dans votre éducation, ils ne vous ont pas bien instruit des règles de la civilité commune. Vous avez vu que nous, qui comprenons et pratiquons ces règles, nous croyons à toutes vos histoires : pourquoi refusez-vous de croire les nôtres ? ».

<sup>374</sup> *Ibid.* Source non traduite : « How different this is, from the Conduct of a polite British House of Commons where scarce every person without some confusion, that makes the Speaker hoarse in calling to Order ».

<sup>375</sup> Sur l'influence des travaux de John Adams sur la Convention de Philadelphie, voir notamment l'engouement de James Madison : « Mr. Adams' Book which has been in your hands of course, has excited a good deal of attention. An edition has come out here and another is in the press at N. York ». James MADISON, « From James Madison to Thomas Jefferson, 6 June 1787 », *Founders Online*, National Archives, [1787], en ligne : <https://founders.archives.gov/?q=Author%3A%22Madison%2C%20James%22%20Recipient%3A%22Jefferson%2>

*United States of America*, publié quelques mois avant les débats constitutifs, John Adams recense différents types de gouvernements incluant, par exemple, ceux de la Grèce antique, de la Suisse et de l'Italie, mais aussi les gouvernements indiens. À propos de l'organisation politique autochtone, il soutient qu'« [i]l aurait été très utile d'insérer une enquête plus précise sur la forme de gouvernement des anciens Allemands et des Indiens modernes ; pour les deux, l'existence des trois divisions du pouvoir est marquée d'une précision qui exclut toute controverse. La branche démocratique, surtout, est ainsi déterminée que la souveraineté réelle résidait dans le corps du peuple »<sup>376</sup>. John Adams affirme donc la séparation des pouvoirs comme principe commun aux traditions autochtones et à certaines traditions européennes. Il décrit succinctement le fonctionnement des nations, toutes composées selon lui d'un roi, d'un Sénat, et d'un peuple, et les mécanismes délibératifs mis en place<sup>377</sup>. Enfin, l'auteur rapporte la non-obligation des Iroquois à suivre leur chef à la guerre, ce qui démontre l'autorité relative des chefs et le fonctionnement consensuel de la société<sup>378</sup>.

**128.** Quant à Thomas Jefferson, sa vision des autochtones se retrouve dans sa lettre à Chastellux, où il écrit : « je suis sûr d'affirmer que les preuves de génie données par les Indiens de l'Amérique du Nord les placent au même niveau que les Blancs dans le même état inculte [il parle d'un état précivilisé]. Le nord de l'Europe fournit suffisamment de sujets de comparaison avec eux, et de preuves de leur égalité »<sup>379</sup>. Il soutient aussi leur aptitude naturelle à se gouverner et à

---

C%20Thomas%22%20Dates-From%3A1786-06-28%20Dates-To%3A1788-06-01&s=1111311111&r=17 (consulté le 09.07.2021).

<sup>376</sup> John ADAMS, « A defence of the Constitutions of Government of the United States of America, vol. I. » dans Charles Francis ADAMS, *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. IV. Boston, Charles C. Little and James Brown, 1851, p. 296. Source non traduite : « It would have been much to the purpose, to have inserted a more accurate investigation of the form of government of the ancient Germans and modern Indians ; in both the existence of the three divisions of power is marked with a precision that excludes all controversy. The democratical branch, especially, is so determined, that the real sovereignty resided in the body of the people [...] ».

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 566-567 : « Toutes les nations de l'Amérique du Nord ont un roi, un sénat et un peuple. La fonction royale est élective, mais elle est à vie ; ses sachems sont son conseil ordinaire, où toutes les affaires nationales sont délibérées et résolues en première instance ». Source non traduite : « Every nation in North America has a king, a senate, and a people. The royal office is elective, but it is for life; his sachems are his ordinary council, where all the national affairs are deliberated and resolved in the first instance ».

<sup>378</sup> *Ibid.* : « La plus grande de toutes [les fonctions], qui est de déclarer la guerre, le roi et les sachems convoquent une assemblée nationale. Autour d'un grand feu de conseil, ils communiquent au peuple leur résolution, et sacrifient un animal. Ceux du peuple qui approuvent la guerre participent au sacrifice, jettent la hachette dans un arbre, à l'exemple du roi, et se joignent aux chants et danses de guerre qui suivent. Ceux qui désapprouvent ne prennent pas part au sacrifice, mais se retirent ». Source non traduite : « In the greatest of all, which is declaring war, the king and sachems call a national assembly. Round a great council fire, communicate to the people their resolution, and sacrifice an animal. Those of the people who approve the war, partake of the sacrifice; throw the hatchet into a tree, after the example of the king; and join in the subsequent war songs and dances. Those who disapprove, take no part of the sacrifice, but retire ».

<sup>379</sup> Thomas JEFFERSON, « From Thomas Jefferson to Chastellux », 7 June 1785 », *Founders Online*, National Archives, [1785], en ligne : <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-08-02-0145> (consulté le 19.07.2021). Source non traduite : « I am safe in affirming that the proofs of genius given by the Indians of N. America, place them on a level with Whites in the same uncultivated state. The North of Europe furnishes subjects enough for comparison with them, and for a proof of their equality. »

progresser<sup>380</sup>. Enfin, il célèbre les vertus des gouvernements indiens dans son ouvrage *Notes on the State of Virginia* de 1788. Il y décrit leur organisation politique en communautés restreintes et les conséquences que cela engendre :

Ils ne se sont jamais soumis à aucune loi, aucun pouvoir coercitif, aucune ombre de gouvernement. Leurs seuls contrastes sont leurs manières, et ce sens moral du bien et du mal, qui, comme le sens du goût et du sentiment, fait partie de la nature de chaque homme. Les moutons sont plus heureux par eux-mêmes que sous la garde des loups. On dira que les grandes sociétés ne peuvent exister sans gouvernement. Les sauvages les divisent donc en petites sociétés<sup>381</sup>.

129. À la lecture de ces sources, il semble indéniable que les Pères fondateurs avaient connaissance de la structure des systèmes politico-juridiques autochtones : les institutions de ces derniers ont été décrites dans des ouvrages largement consultés, leurs coutumes ont fait l'objet de débats et leurs présences ont été requises lors de certains moments politiques<sup>382</sup>. Pour déterminer l'influence que les autochtones ont eue sur la Constitution américaine, les professeurs Bruce Johansen et Donald Grinde préconisent l'examen des idées en filigrane du texte « pour comprendre comment les exemples produits par les organisations politiques amérindiennes ont aidé à mettre en forme la pensée des Européens au moment où ils sont devenus américains »<sup>383</sup>. Dans le même sens, Zérah Brémond opère des rapprochements entre les articles de la Constitution américaine et de la Constitution iroquoise, selon six grands principes communs à savoir la recherche du bonheur, la quête d'unité, l'équilibre des pouvoirs, la participation au pouvoir, la régulation du pouvoir et les valeurs communes<sup>384</sup>. Toutefois, si ressemblance il y a, l'auteur précise aussi que « la simple analyse comparée des principes de la Grande loi avec ceux de la Constitution américaine ne saurait permettre d'affirmer avec certitude qu'il y a là une filiation

---

<sup>380</sup> David BERGERON, « Thomas Jefferson et la réflexion sur l'Autochtone. Conception d'une nature au fondement d'un projet humain », *Revue française de science politique*, vol. 67, n° 3, 2017, p. 497-519.

<sup>381</sup> Thomas JEFFERSON, « Query XI, A description of the Indians established in that state ? », dans Thomas JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, Philadelphia, Printed and sold by Prichard and Hall, 1788, p. 99-100. Source non traduite : « This practice [of being separated into little societies] results from the circumstance of their having never submitted themselves to any laws, any coercive power, any shadow of government. Their only controls are their manners, and that moral sense of right and wrong, which, like the sense of tasting and feeling, in every man makes a part of his nature. [...] the sheep are happier of themselves, than under care of the wolves. It will be said, that great societies cannot exist without government. The Savages therefore break them into small ones ».

<sup>382</sup> Tel que le rapporte le Journal du Congrès continental, le 11 juin 1776, les chefs iroquois furent invités pour un discours, lors du congrès continental menant à l'adoption de la Déclaration d'indépendance. Voir, « A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774 – 1875 », 11 June 1776, *Journals of the Continental Congress*, vol. 5, The Library of Congress, Washington, Government Printing Office, p. 429.

<sup>383</sup> Bruce E. JOHANSEN, « Native American Societies and the Evolution of Democracy in America, 1600-1800. Commentary on the Iroquois and the U.S. Constitution », *Ethnohistory*, vol. 37, n° 3, 1990, p. 279-290., spé. p. 279. Source non traduite : « While the example of America's native societies was cited in the creation of the Constitution, we also must examine the ideas behind this seminal document to understand how the examples provided by native political organizations helped shape the thinking of Europeans as they became Americans ». Voir la thèse de Bruce E. JOHANSEN publiée en 1982 sur le sujet de l'inspiration iroquoise : Bruce E. JOHANSEN, *Forgotten Founders : Benjamin Franklin, the Iroquois and the Rationale for the American Revolution*, Cambridge, Harvard Common Press, 1982. Voir aussi Donald A. GRINDE et Bruce E. JOHANSEN, *Debating Democracy: Native American Legacy of Freedom*, Santa Fe, Clear Light Publishers, 1998.

<sup>384</sup> Zérah BREMOND, « Gayanashagowa : les racines amérindiennes de la Constitution américaine », dans Quentin LE PLUARD et Marion TALBOT (dir.), *Droit, mythes et légendes*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 237-241.

évidente»<sup>385</sup>. Le constat de récurrences dans les problématiques gouvernementales et dans les pratiques délibératives entre les autochtones et les Européens ne signifie pas nécessairement que les uns soient à la source des autres. Comme le souligne la professeure Élise Marienstras, «l'idée selon laquelle les autochtones sont les véritables auteurs du fédéralisme américain et de la démocratie des États-Unis ne présente d'autre preuve qu'un certain parallélisme entre la charte de la Ligue et les articles de la Confédération suivis de la Constitution des États-Unis»<sup>386</sup>.

**130.** Ainsi, confirmer abruptement l'influence des autochtones sur les constituants américains présente le défaut de négliger certains arguments. En effet, il faut préciser que les conceptions politiques et juridiques des autochtones étaient souvent décrites comme celles d'un état de nature, vers lesquelles les sociétés civilisées ne pouvaient revenir. Thomas Paine écrit d'ailleurs qu'«il est nécessaire d'avoir une idée de l'état naturel et primitif de l'homme», mais qu'il serait impossible «de passer de l'état civilisé à l'état naturel»<sup>387</sup>. De même, certains historiens contemporains tels que José António Brandão<sup>388</sup> et Peter C. Mancall<sup>389</sup> dénoncent des concessions faites à la rectitude politique des Iroquois, arguant qu'à cette époque, les idées de liberté et de démocratie sont tout autant discutées en Europe et influencent davantage la rédaction de la constitution<sup>390</sup>. Le professeur Denys Delâge le confirme, les principes fondateurs sur lesquels s'arrêtent les constituants américains relèvent davantage des traditions constitutionnelles européennes. Il dresse ainsi la liste des divergences de conceptions entre la constitution américaine et le texte fondateur iroquois :

Règle de la majorité plutôt que de l'unanimité, droit de recours au pouvoir coercitif pour imposer des lois plutôt que le droit de retrait des dissidents en l'absence de consensus, démocratie fondée sur la citoyenneté des hommes plutôt que sur le système de parenté géré par les femmes, concentration du pouvoir militaire plutôt que sa dispersion en entreprises privées des clans, enfin constitution d'un État central dont le pouvoir est divisé en trois branches : législatif, exécutif et judiciaire par opposition à la constitution iroquoise où le conseil de la Ligue exerce des fonctions législatives, exécutives et judiciaires et où le pouvoir réel demeure au niveau des villages et des nations membres<sup>391</sup>.

---

<sup>385</sup> Zérah BREMOND, «Gayanashagowa : les racines amérindiennes de la Constitution américaine», *op. cit.*, p. 240.

<sup>386</sup> Élise MARIENSTRAS, «Les Amérindiens comme acteurs du fédéralisme états-unien», *Revue française d'études américaines*, vol. 144, n° 3, 2015, p. 24-35, spé. p. 29.

<sup>387</sup> Thomas PAINE et Philip S. FONER (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York, Citadel Press, 1945, p. 610. Source non traduite : «it is necessary to have some idea of the natural and primitive state of man [but ...] it would be impossible to go from the civilized to the natural state».

<sup>388</sup> José A. BRANDAO, «Review of Grinde and Johansen, Exemplar of Liberty», *Canadian Historical Review*, n° 74, 1993, p. 436-437.

<sup>389</sup> Peter C. MANCALL, «Review of Grinde and Johansen, Exemplar of Liberty», *Journal of American History*, n° 80, 1993, p. 24-25, spé. p. 24.

<sup>390</sup> Pour un compte rendu des oppositions, Voir, Philip A. LEVY, «Exemplars of Taking Liberties: The Iroquois Influence Thesis and the Problem of Evidence», *The William and Mary Quarterly*, vol. 53, n° 3, 1996, p. 588-604.

<sup>391</sup> Denys DELÂGE, «L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France», *Lekton*, vol. 2, n° 2, Automne 1992, p. 103-191, spé. p. 166. Voir aussi, Elisabeth TOOKER, «The United States Constitution and the Iroquois League», *Ethnohistory*, vol. 35, n° 4, 1988, p. 305-336.

Par la suite, l'hypothèse d'une faible influence des conceptions autochtones se confirme, puisque les évolutions constitutionnelles des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, tant aux États-Unis qu'au Canada, démontrent une perte d'autonomie gouvernementale toujours plus grande pour les systèmes représentatifs coutumiers.

**131.** Ce débat doctrinal n'en est pas moins intéressant. Il illustre que les coutumes politiques autochtones étaient connues des Européens, et ce, aux plus hautes sphères des États nord-américains alors en construction. Si les Pères fondateurs présentent assurément une première compréhension des systèmes de représentation coutumiers, celle-ci reste marquée par l'ambivalence entre les nécessités de contraindre les représentants autochtones en vue de la colonisation, mais aussi d'en faire des alliés. En effet, aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, la coexistence des différents systèmes juridiques se matérialise par la conclusion d'alliances et de traités, révélateurs de modèles représentatifs, certes différents, mais compatibles, du moins pour un temps, jusqu'à l'assujettissement des autochtones à la Couronne britannique.

**PARAGRAPHE 2** - La reconnaissance conventionnelle des systèmes représentatifs coutumiers

**132.** À l'orée du XVII<sup>e</sup> siècle, les commissions délivrées à Samuel de Champlain et aux gouverneurs de Nouvelle-France autorisent les représentants du roi à conclure des traités de paix et d'alliance avec les nations autochtones<sup>392</sup>. Leur passation se déroule principalement durant deux périodes. Premièrement, de 1610 à 1760, il s'agit de traités d'alliance et d'amitié, d'abord avec les Français (**A**), puis avec les Anglais, jusqu'à la mise en place du régime militaire britannique en Nouvelle-France. Secondement, de 1763 jusqu'aux années 1850, la période est marquée par des relations plus asymétriques, par l'affirmation progressive de la souveraineté britannique<sup>393</sup> et par l'assujettissement des systèmes autochtones à la Couronne (**B**).

---

<sup>392</sup> Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », *Revue générale de droit*, vol. 43, n° 2, 2013, p. 531–598, spé. p. 538.

<sup>393</sup> Établie par la Cour suprême en 1846, date de la signature du Traité d'Oregon. Voir la décision, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 para. 145. Voir aussi, la décision de la Cour suprême de Colombie-Britannique : *Tsilhqot'in Nation v British Columbia*, 2007 BCSC 1700, para. 585–602.

## A. La passation de traités entre les Français et les représentants autochtones en Nouvelle-France

133. Sous l'égide du roi de France, les alliances s'établissent entre la Couronne et les nations autochtones. Dans le cas de la confédération iroquoise, l'engagement d'une nation ne vaut alors que pour elle. Quant aux autochtones parties aux traités, « la prémisse de base est toujours la même, celle de leur indépendance »<sup>394</sup>, rappelle le professeur Michel Morin. Dès lors, pour mettre fin aux rivalités et pour s'assurer une supériorité militaire, dans le cadre d'un certain enchevêtrement normatif, « les Européens ont dû négocier des traités en tenant compte à la fois des protocoles autochtones et de leurs propres concepts juridiques »<sup>395</sup>. L'originalité de la passation de ces accords est donc celle de la coexistence plurijuridique de coutumes diverses et de protocoles diplomatiques multiples. La ritualité protocolaire attachée à ces échanges est d'autant plus importante pour les sociétés autochtones qui ne connaissent pas l'écrit<sup>396</sup>.

134. Afin d'éviter une vision simplifiée des mécanismes permettant la coexistence des systèmes politico-juridiques, le professeur Richard White met au point le concept de *Middle Ground*. Phénomène particulier d'acculturation<sup>397</sup>, il le définit comme un lieu évolutif, caractérisé par la recherche d'une « accommodation », autrement dit de compromis, et par l'édification d'« un monde commun compréhensible par tous les habitants de la région des Grands Lacs, baptisée par les Français le Pays d'en Haut »<sup>398</sup>. De cet espace d'« entre-deux », il décrit :

Une population tente d'en apprivoiser une autre en ayant recours à ce qu'elle croit comprendre de ses us et valeurs. Ces dernières sont souvent mal interprétées et déformées, mais de ces méprises naissent de nouvelles valeurs, qui induisent de nouvelles pratiques — les valeurs et les pratiques partagées du *Middle Ground*<sup>399</sup>.

Pour l'auteur, le *Middle Ground* s'observe géographiquement au-dessus de Montréal, bien que ce phénomène d'accommodation ne concerne pas les seuls groupes du territoire. Il s'agit « d'un lieu

---

<sup>394</sup> Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, op. cit., p. 85. Dans la décision R. c. *Sioui*, la Cour suprême décrit cette période en ces termes : « les documents historiques nous permettent plutôt de conclure que tant la Grande-Bretagne que la France considéraient que les nations indiennes jouissaient d'une indépendance suffisante et détenaient un rôle assez important en Amérique du Nord pour qu'il s'avère de bonne politique d'entretenir avec eux des relations très proches de celles qui étaient maintenues entre nations souveraines. En effet, les métropoles faisaient tout en leur pouvoir pour s'assurer de l'alliance de chacune des nations indiennes et pour inciter les nations coalisées à l'ennemi à changer de camp. Ces efforts, lorsque couronnés de succès, étaient concrétisés par des traités d'alliance ou de neutralité. Cela indique clairement que les nations indiennes étaient considérées, dans leurs relations avec les nations européennes qui occupaient l'Amérique du Nord, comme des nations indépendantes ». Voir, R. c. *Sioui*, [1990] 1 R.C.S 1025, para. 1052-1053.

<sup>395</sup> Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit., p. 85.

<sup>396</sup> Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, op. cit., p. 487.

<sup>397</sup> Pour la définition de ce terme, Voir, para. 36.

<sup>398</sup> Richard WHITE, trad. par Frédéric COTTON, *Le Middle Ground. Indiens, empires et républiques dans la région des Grands Lacs, 1650-1815*, Paris, Anarchasis, 2009 [2001], p. 6.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 25.



précis, loin des centres de peuplements coloniaux, où l'on pouvait observer les tâtonnements créatifs, multiples, par lesquels des sociétés radicalement différentes s'entrecroisent et s'accommodent, bricolent, non sans malentendus ou sans violence, des modes d'échanges et des pratiques nouvelles»<sup>400</sup>. Lieu de confrontations et d'échanges entre différentes traditions juridiques, les représentants autochtones acquièrent une grande importance dans la passation des alliances, en tant qu'acteurs indispensables aux négociations préalables et à l'adoption des décisions. En outre, la diversité des protocoles diplomatiques mis en place apporte des informations sur les conceptions de la représentation qu'ont chacune des parties présentes<sup>401</sup>.

**135.** Au sujet des alliances franco-amérindiennes, le professeur Alain Beaulieu distingue trois phases successives<sup>402</sup>. La première phase commence avec l'installation française dans la vallée du Saint-Laurent et s'achève avec la destruction de la Huronie par les Iroquois, en 1650. Elle est marquée par des alliances avec les Montagnais (maintenant appelés les Innus), les Algonquins, puis les Hurons-Wendats<sup>403</sup>. À ce moment, les relations avec les Iroquois sont sujettes à de nombreuses négociations, ne menant pas toutefois à une paix durable. Des accords sont conclus avec les Mohawks, en 1624 et en 1645. Il s'ensuit un traité en 1653 avec la Confédération iroquoise, mais le massacre des Wendats par ces derniers met un terme à la paix.

**136.** La deuxième phase, des années 1660 à 1700, correspond à la restructuration politique de la zone et à la reconstitution du réseau d'alliances<sup>404</sup>. En 1665, quatre des Nations iroquoises concluent un traité avec les Français, rejointes en 1666 par les Tsonnontouans, les Onontagués et les Oneioùts et en 1667 par les Mohawks et les Oneidas. Le préambule est rédigé comme tel : « les Rois très-Chrétiens [...] ont envoyé leurs Sujets à la découverte de Pays inconnus, et occupés par les Nations Sauvages, Barbares et infidèles ; Cependant avec si peu de succès que jusqu'au Règne du Prince Louis Quatorzième, [...] les Armes de leurs Majestés ne se seront portées que jusqu'à l'Île de Montréal»<sup>405</sup>. Citant ce même extrait, le professeur Michel Morin rappelle que la

---

<sup>400</sup> Catherine DESBARATS, « Avant-propos », dans Richard WHITE, *Le Middle Ground. Indiens, empires et républiques dans la région des Grands Lacs, 1650-1815*, Paris, Anarchasis, 2009 [2001], p. 1-5, spé. p. 2.

<sup>401</sup> La conception autochtone de la diplomatie ne vient jamais influencer les processus diplomatiques entre Européens. Comme le précise le professeur Denys Delâge, « il n'en reste que certaines expressions imagées comme “enterrer la hache de guerre” ou “fumer le calumet de paix” », dans Denys DELÂGE, « L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France », *art. cit.*, p. 147.

<sup>402</sup> Alain BEAULIEU, « Chapitre 1. L'empire colonial français et les nations amérindiennes » dans Serge JOYAL et Paul-André LINTEAU, *France-Canada-Québec : 400 ans de relations d'exception*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2008, p. 17-38.

<sup>403</sup> Pour une restitution des processus de conclusion de ces trois alliances, Andrée LAJOIE et Pierre VERVILLE, « Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND, et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 158-171.

<sup>404</sup> Alain BEAULIEU, « Chapitre 1. L'empire colonial français et les nations amérindiennes », *op. cit.*, p. 17-38.

<sup>405</sup> Frédéric LEONARD (assemblé, mis en ordre et imprimé par), *Recueil des Traitez de paix, de trêve, de neutralité, de confédération, d'alliance, et de commerce, faits par les Rois de France, avec tous les princes et potentats de l'Europe et autres depuis près de trois siècles, en six tomes*, t. 5, Paris, 1693, p. 7. Citation adaptée de l'ancien français.

« découverte de pays inconnus des Européens, mais occupés par des nations non chrétiennes, n'assure pas par elle-même la domination du roi »<sup>406</sup>.

**137.** La troisième phase incarne le paroxysme des alliances franco-amérindiennes, notamment avec l'évènement, durant deux semaines, à l'été 1701, de la Grande Paix de Montréal. Les dirigeants européens de Nouvelle-France se réunissent avec plus de mille trois cents autochtones et représentants de trente-neuf nations. Sont présents les Français, les Nations des Grands Lacs, et la Confédération des cinq Nations iroquoises (devenues six vers 1715). Motivé par l'horizon d'un commerce de fourrures florissant et précédé de longues négociations menées entre le gouverneur Frontenac, le chevalier de Callières et les chefs autochtones, cet évènement met fin aux guerres entre les autochtones de la région, y compris aux conflits avec les Iroquois qui avaient repris vingt ans plus tôt<sup>407</sup>. La Grande Paix de Montréal souligne aussi l'importance des Premières Nations et le succès de leurs coutumes, largement utilisées dans le processus diplomatique<sup>408</sup>.

**138.** De la sorte, le début des négociations pour la paix est marqué par la venue à Montréal, quelques mois avant, de plusieurs ambassadeurs<sup>409</sup>, en tant que porte-paroles envoyés par les conseils délibérants des différentes nations<sup>410</sup>. Ces envoyés diplomatiques sont aussi appelés les « députés »<sup>411</sup>. Après une écoute de leur harangue au conseil des Anciens, puis une délibération de

---

<sup>406</sup> Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>407</sup> Gilles HAVARD, *Histoire de l'Amérique française*, *op. cit.*, p. 108.

<sup>408</sup> Gilles HAVARD, *The Great Peace of Montreal of 1701: French-Native Diplomacy in the Seventeenth Century*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2001, p. 182.

<sup>409</sup> Le terme « ambassadeurs » est employé dans plusieurs traités. Voir, par exemple, le traité de 1665 : Frédéric LEONARD (assemblé, mis en ordre et imprimé par), *Recueil des Traitez de paix, de trêve, de neutralité, de confédération, d'alliance, et de commerce, faits par les Rois de France, avec tous les princes et potentats de l'Europe et autres depuis près de trois siècles, en six tomes*, *op. cit.*, p. 7. Ce même terme est utilisé par le professeur Alain Beaulieu. Voir, Alain BEAULIEU, « Chapitre 1. L'empire colonial français et les nations amérindiennes », *op. cit.*, p. 17-38. Voir aussi, il est aussi utilisé par Alain BEAULIEU et Roland VIAU, *La grande paix. Chronique d'une saga diplomatique*, Montréal, Éd. libre expression, 2001, p. 39. Également par l'historien Léo Paul Desrosiers, dans Léo Paul DESROSIERS, *Iroquoise: 1688-1701*, t. 4, Montréal, Les éditions du Septentrion, 1999. Enfin par le professeur Michel Morin, dans Michel MORIN, « Manger avec la Mème Micoine dans la Mème Gamelle : à propos des Traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760. » *Revue Générale de Droit*, vol. 33, n° 1, 2003, p. 93-130. Le terme est également employé par les autochtones eux-mêmes : PREMIERE NATION ALGONQUINE ANISHINABEG, à propos de « Simon Pieskaret », *Site officiel de la Première Nation algonquine Anishinabeg*, 2016, en ligne : <https://www.anishinabenation.ca/histoire/simon-pieskaret-pieskaret/> (consulté le 19.07.2021). Enfin, le terme « ambassade » était déjà utilisé par Montesquieu : « Ils ont un droit des gens et les Iroquois-même, qui mangent leurs prisonniers, en ont un ; ils envoient des ambassades, connaissent des droits de la guerre et de la paix ». Voir Charles Louis DE SECONDAT, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 94.

<sup>410</sup> Les conseils des nations autochtones sont des institutions délibératives dont les décisions engagent toute la nation. Ils sont régulièrement cités dans la Constitution iroquoise (116 occurrences). Dans le cas de la Confédération iroquoise, il existe autant de conseils de nations qu'il y a de nations, et une fois par an, se réunit le Conseil de la Confédération. Quant aux règles de procédure qui s'appliquent lors de ces différents conseils, ils sont spécifiés dans la Constitution. Voir la *Constitution de la Confédération Iroquoise* ou *Kaianerekowa (Gayanashagowa)* ou la *Grande Loi de la Paix*, datée du XV<sup>e</sup> siècle.

<sup>411</sup> Le terme « député » est employé par les autochtones dans l'*Acte authentique des Six Nations sur leur indépendance*, 2 novembre 1748. Il est aussi utilisé par Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », *art. cit.*, p. 581. Voir aussi, Constance DELBREIL, *Les relations diplomatiques franco-autochtones à Montréal, 1701-1713*, Montréal, Université de Montréal, Mémoire de maîtrise, 2019, p. 28. L'auteure s'appuie sur la correspondance du gouverneur Callières.

toute la nation, le député est choisi en fonction de ses capacités oratoires et de ses connaissances de l'histoire diplomatique de la tribu : leurs paroles doivent représenter les intérêts de la nation<sup>412</sup>. À la suite des négociations préalables, les représentants autochtones, soit les députés choisis par les conseils et les chefs de la Nation<sup>413</sup>, sont reçus à Montréal, pour la tenue de conseils publics<sup>414</sup>. Le gouverneur Callières, qui a convoqué l'assemblée, est le premier à prendre la parole et à formuler des propositions pour la paix. À la suite desquelles les autochtones se retirent dans leurs tentes pour délibérer ensemble lors d'audiences privées. La tenue des délibérations est très protocolaire : chacun parle à tour de rôle sans s'interrompre, un temps est dédié pour une séance de questions auxquelles les réponses peuvent être données soit immédiatement, soit le lendemain. Enfin, l'orateur transmet la position commune aux autres parties au traité : « [I]es représentants attirés des nations qui participent à une conférence sont toujours des hommes persuasifs qui ont le talent de la parole et la grâce de l'élocution »<sup>415</sup>. Le professeur Alain Beaulieu ajoute : « ces mandataires ne parlent que le collier ou la ceinture de *wampums* à la main. Leur harangue dure facilement une heure, parfois deux »<sup>416</sup>. Si les perles de *wampum*<sup>417</sup> ont d'abord servi de monnaie d'échange pour leurs couleurs, elles sont ensuite utilisées dans les colliers et ceintures diplomatiques<sup>418</sup>. À ce titre, l'intendant Antoine-Denis Raudot, précise leur rôle dans le protocole : « une parole sans collier n'est point écoutée et quand nous parlons d'affaires à ces messieurs nous accompagnons toujours notre parole d'un collier »<sup>419</sup>. Il reste que le droit à la parole de toutes les nations présentes, ainsi que la durée des discours, rendent le protocole diplomatique assez long.

**139.** En 1701, une fois l'accord conclu après deux semaines de négociations, les parties fument le calumet de la paix. Le traité est consigné par écrit selon la procédure européenne : ce document officiel témoigne des trente-neuf marques apposées par les nations signataires<sup>420</sup>. L'accord est

---

<sup>412</sup> Jean-Marie THERRIEN, *Parole et pouvoir. Figure du chef amérindien en Nouvelle-France*, Montréal, L'Hexagone, 1986, p. 138.

<sup>413</sup> Alain BEAULIEU et Roland VIAU, *La grande paix. Chronique d'une saga diplomatique*, op. cit., p. 38.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>417</sup> Jonathan LAINEY, « Les colliers de wampum comme support mémoriel : le cas du Two-Dog Wampum » dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, et Alain BEAULIEU, *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 93-111, spé. p. 94. *Wampum* vient de *wampumpeague*, un mot algonquin du sud de la Nouvelle-Angleterre signifiant « enfilade de coquillages blancs ».

<sup>418</sup> Sur l'utilisation des colliers de wampum dans la diplomatie amérindienne, Jonathan LAINEY, *La « monnaie des Sauvages » : les colliers de wampum d'hier à aujourd'hui*, Sillery, Septentrion, 2004, p. 27-86.

<sup>419</sup> Antoine Denis RAUDOT, « Lettre 25 », dans Pierre BERTHIAUME (ed.), *Relations par lettres de l'Amérique septentrionale*, op. cit., p. 435. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>420</sup> Alain BEAULIEU et Roland VIAU, *La grande paix. Chronique d'une saga diplomatique*, op. cit., p. 104. Comme le précise Alain Beaulieu, « le document original du traité de paix de 1701 semble avoir disparu. En revanche, il existe une copie réalisée par le secrétaire de Callières quelques jours après la conférence du 4 août. Le texte du traité y a été fidèlement retranscrit. De même, tous les pictogrammes des nations signataires ont été reproduits ». À ce titre, Alain Beaulieu propose une analyse de l'ordre des signataires.

aussi inscrit dans les colliers et ceintures de *wampum*, selon le procédé autochtone<sup>421</sup>. La fonction mnémotechnique des *wampums* est expliquée par les sources historiques allochtones. Selon Pierre-François-Xavier de Charlevoix, ils sont « les registres et les annales, que doivent étudier ceux, qui sont chargés des archives »<sup>422</sup>. Le missionnaire Joseph-François Lafitau précise qu'ils « tiennent lieu [...] de contrats, d'actes publics, et en quelque sorte de fastes et d'annales, ou de registres ; car les sauvages n'ayant pas l'usage de l'écriture et des lettres [...] ils suppléent à ce défaut en se faisant une mémoire locale par des paroles qu'ils attachent à ces colliers, dont chacun signifie une affaire, particulière »<sup>423</sup>. Toutefois, selon les autochtones pour qui la tradition orale est prédominante, ce n'est pas l'écriture du traité dans les *wampums* qui lui confère son caractère sacré et exécutoire : « la portée véritable des traités découle plutôt de ce qui a réellement été dit, souvent en langues autochtones, lors des négociations »<sup>424</sup>.

140. Parallèlement aux négociations, pendant plus de deux semaines, les autochtones et les Européens s'échangent des biens. Ces présents n'ont pas de valeur pécuniaire, mais représentent la cristallisation des liens d'alliance. Dans la tradition, « le fait de procéder à des échanges avec l'autre intègre celui-ci dans la société autochtone en tant que parent »<sup>425</sup>. La terminologie familiale est ainsi souvent employée. Comme en atteste le professeur Michel Morin à la lecture des comptes rendus des missionnaires décrivant l'évolution du vocabulaire et des concepts employés lors des pourparlers franco-amérindiens, « la relation entre les nouveaux arrivants (ou le roi) et leurs hôtes est d'abord présentée comme étant de nature fraternelle, jusqu'à ce que le gouverneur soit généralement décrit comme un père, à partir des années 1660 »<sup>426</sup>. En effet, dans ce *middle ground*, « [e]n l'absence d'un vocabulaire et d'institutions politiques communs, les métaphores de parenté offrent aux Français et aux Amérindiens un moyen de traduire leurs attentes et revendications

---

<sup>421</sup> Jonathan LAINEY, « Les colliers de wampum comme support mémoriel : le cas du Two-Dog Wampum », *op. cit.*, p. 93-94 : « Des moyens matériels étaient aussi utilisés pour communiquer de l'information ou pour se remémorer certains concepts, idées, cérémonies, et pour situer les événements passés dans le temps et dans l'espace. Au moins six principaux modes de transmission culturelle peuvent être identifiés : les pétroglyphes (gravures rupestres), les pictogrammes (peintures rupestres), les colliers de wampum, les rouleaux d'écorce et de peaux de bêtes, les mâts totémiques et les hiéroglyphes (caractères iconiques employés pour représenter un mot ou un son) ». « Les *wampums* sont parfois utilisés dans les débats publics ou même devant les tribunaux pour faire valoir des droits, ou pour rappeler les termes d'une alliance historique ; en somme, pour étayer une version de l'histoire qui parfois diffère de la version "officielle" ».

<sup>422</sup> Pierre-François-Xavier de CHARLEVOIX, *Journal d'un voyage fait par ordre du roi dans l'Amérique septentrionale I*, *op. cit.*, p. 469.

<sup>423</sup> Joseph-François LAFITAU, *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, Paris, Librairie d'éducation de Perisse Frères, 1845 [1724], p. 113-114.

<sup>424</sup> Sylvie DUFRESNE, « La Grande Paix de Montréal, 1701-2001 », dans *Encyclopédie du patrimoine culturel de l'Amérique française*, 2007, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/traites-autochtones> (consulté le 10.03.2021).

<sup>425</sup> Arnaud BALVAY, *L'épée et la plume : Amérindiens et soldats des troupes de la Marine en Louisiane et au Pays d'en Haut (1683 - 1763)*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 130.

<sup>426</sup> Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », *art. cit.*, p. 535.

respectives lors des pourparlers interculturels»<sup>427</sup>. Ce champ lexical se retrouve durant la Grande Paix de Montréal, à partir de laquelle, toutes les nations, y compris les Iroquois, « utilisent le terme de “père” pour s’adresser au gouverneur général de la Nouvelle-France »<sup>428</sup>. Le réseau d’alliances est perçu comme une vaste famille où les Nations sont les enfants métaphoriques du « chef » français, nommé *Onontio*<sup>429</sup>.

**141.** Encore célébré aujourd’hui au Canada, cet accord maintient la paix jusqu’en 1744. Par la stratégie de la *Pax Gallica*<sup>430</sup>, l’objectif est d’assurer la paix aux membres de l’alliance franco-indienne, la neutralité des Iroquois dans les conflits franco-britanniques, « mais aussi la protection et donc la prééminence d’*Onontio* »<sup>431</sup>. De ce point de vue, les alliances ne doivent pas être idéalisées : les XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles restent marqués par de nombreux conflits et l’instabilité des accords. Il ne faut donc pas en conclure « que les Français souhaitent préserver éternellement l’autonomie des peuples autochtones ou leur mode de vie traditionnel »<sup>432</sup>. La reconnaissance conventionnelle des systèmes représentatifs coutumiers conserve toute son ambivalence puisqu’en parallèle de ces traités d’alliance, se développe également la « francisation » des autochtones, visant à les convertir au catholicisme et à leur inculquer les valeurs européennes<sup>433</sup>. Même si quelques écrits de l’époque témoignent « qu’il arrive plus ordinairement qu’un Français se fasse sauvage, qu’un sauvage devienne Français »<sup>434</sup>, les commissions accordées aux explorateurs, puis aux

---

<sup>427</sup> Peter COOK, « Vivre comme frères. Le rôle du registre fraternel dans les premières alliances franco-amérindiennes (vers 1580 - 1650) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXXI, n° 2, 2001, p. 55-65. Voir aussi la thèse de Peter COOK, *Vivre comme frères : Native-French Alliances in the St Lawrence Valley, 1535-1667*, Montréal, McGill University, Thèse de doctorat, 2008.

<sup>428</sup> Arnaud BALVAY, *L’épée et la plume : Amérindiens et soldats des troupes de la Marine en Louisiane et au Pays d’en Haut (1683 - 1763)*, *op. cit.*, p. 130. Toutefois, le terme « père » ne renvoie pas à l’autorité qu’on lui connaît dans les sociétés patriarcales, car chez les Iroquois, société matrilineaire, l’autorité est souvent exercée par l’oncle maternel.

<sup>429</sup> Peter COOK, « Vivre comme frères. Le rôle du registre fraternel dans les premières alliances franco-amérindiennes (vers 1580 - 1650) », *art. cit.*, p. 55. ; dans le même sens, Michel MORIN, « Manger avec la Mème Micoine dans la Mème Gamelle : à propos des Traités conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760. » *art. cit.* En langue huronne-wendat, « Onontio » désigne le nom du gouverneur de la Nouvelle-France.

<sup>430</sup> Cette expression désigne le système d’alliances franco-autochtones à la suite de la Grande paix de Montréal.

<sup>431</sup> Gilles HAVARD, *Histoire de l’Amérique française*, *op. cit.*, p. 106. Voir aussi, Maxime GOHIER, *Onontio le médiateur. La gestion des conflits amérindiens en Nouvelle-France. 1603-1717*, Québec, Les éditions du Septentrion, 2008.

<sup>432</sup> Michel MORIN, « Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France », *art. cit.*, p. 597.

<sup>433</sup> Maxime GOHIER, « Les politiques coloniales françaises et anglaises à l’égard des Autochtones » dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, Alain BEAULIEU (dir.), *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 2013, p. 113-134, p. 118.

<sup>434</sup> Jean BOCHART DE CHAMPIGNY, « Sentiments du Sir de Champigny [intendant] sur le Mémoire du Sir Lamotte Cadillac », *Archives nationales d’outre-mer*, correspondance générale, Canada. vol. 17, fol. 101, 20 octobre 1699, Cité par Saliha BELMESSOUS, « Assimilation and Racialism in Seventeenth and Eighteenth-Century French Colonial Policy », *American Historical Review*, April 2005, n° 110, p. 337. Source non traduite : « it happens more commonly that a Frenchman becomes savage than a savage becomes a Frenchman ». Le professeur Denys Delâge confirme cela en affirmant que « de nombreux Canadiens, coureurs de bois et voyageurs s’assimilèrent aux sociétés amérindiennes ». Il en résulte les communautés Métis, population au Canada descendant à la fois des Européens et des Premières Nations. Denys DELÂGE, « L’influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France », *art. cit.*, p. 155. De même, certains Européens se réfugient chez les communautés autochtones pour

gouverneurs, affirment la volonté de soumettre les autochtones, de prendre possession de nouvelles terres et d'affirmer la souveraineté de l'État<sup>435</sup>. Toutefois, sous la domination française, cette volonté ne s'accomplit que partiellement : « la simple installation en sol étranger ne permet pas d'acquérir la souveraineté sur un territoire et un peuple autochtones »<sup>436</sup>.

**142.** Aux termes du traité d'Utrecht de 1713, la France cède l'Acadie à la Grande-Bretagne<sup>437</sup>. Le traité, aux termes ambivalents, évoque à la fois les Indiens comme sujets et alliés de la Grande-Bretagne. Par la suite, les Anglais négocient certains traités avec les Malécites, les Micmacs et les Abénaquis<sup>438</sup>. En 1748, le commandant général de la Nouvelle-France demande aux Iroquois de confirmer leur indépendance et le refus de leur soutien à la Couronne britannique dans la guerre qui s'annonce. Cet événement, qui regroupe quatre-vingts représentants des six Nations iroquoises se conclut par la rédaction, sous la plume des notaires royaux Dulaurent et Panet, de l'Acte authentique des six Nations iroquoises sur leur indépendance<sup>439</sup>. Pourtant, malgré leur retrait des conflits, après le régime militaire de 1759 à 1763 marqué par la victoire britannique, le réseau d'alliances de la zone se trouve progressivement modifié.

## B. L'assujettissement progressif des systèmes autochtones à la Couronne britannique

**143.** La conquête britannique du Canada en 1759, menant à la signature du Traité de Paris en 1763, « fait basculer une colonie française et catholique dans un empire anglo-protestant »<sup>440</sup>. Auparavant, les sources juridiques coloniales de la Nouvelle-France sont principalement « la Coutume de Paris, les édits et ordonnances royaux [...], la doctrine et la jurisprudence françaises, la jurisprudence et la législation locales et, dans une moindre mesure, le droit romain »<sup>441</sup>. Une fois vaincus, les Français de l'ancienne Nouvelle-France peuvent conserver leur tradition civiliste de

---

échapper à la justice coloniale. Voir, Alice BAIROCH DE SAINTE-MARIE, « La centralisation du droit dans les colonies françaises, 1600-1764 », *art. cit.*, p. 62.

<sup>435</sup> Alain BEAULIEU, « Chapitre 1. L'empire colonial français et les nations amérindiennes », *op. cit.*, p. 20.

<sup>436</sup> Michel MORIN, *L'Usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>437</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2015, para. 13.

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> *Acte authentique des six Nations iroquoises sur leur Indépendance*, 2 novembre 1748, reproduit en annexe II de Andrée LAJOIE et Pierre VERVILLE, « Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français », *op. cit.*, p. 216-217. Aussi disponible avec le nom des notaires à DULAURENT et PANET, notaires royaux en la Prevosté de Québec, « Acte authentique des six Nations iroquoises sur leur indépendance (2 novembre 1748) », dans Pierre-Georges ROY (dir.), *La ville de Québec sous le régime français*, vol. 2, Québec, Service des archives du gouvernement de la province de Québec, 1930, p. 186-187.

<sup>440</sup> Donald FYSON, « De la common law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans Florent GARNIER et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157-172, spé. p. 157.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p. 157.

1760 à 1764. Entre 1764 et 1774, selon les termes du Traité de Paris, de la Proclamation royale de 1763 et de l'Ordonnance du 17 septembre 1764 établissant des cours civiles, l'essentiel du droit privé doit être remplacé par la *common law*. Cependant, face aux pressions des Canadiens, à la suite de la signature de l'Acte de Québec de 1774, le droit public demeure anglais, mais le droit privé redevient celui qu'il était avant la conquête. En d'autres termes : « entre 1760 et 1764, les premiers colons britanniques doivent s'adapter au droit privé français ; c'est ensuite au tour des Canadiens d'apprendre à vivre sous la *common law* entre 1764 et 1775 ; enfin, les Britanniques doivent de nouveau composer avec l'ancien droit français, et notamment la Coutume, à partir de 1775 »<sup>442</sup>. Comme l'affirme le professeur Donald Fyson, « remplacer entièrement le droit et la culture juridique d'une société, et notamment le droit privé, n'est pas une chose aisée, même dans une petite société comme le Québec du XVIII<sup>e</sup> siècle »<sup>443</sup>. Parallèlement, le droit positif concernant les systèmes de représentation autochtones évolue aussi.

**144.** La Proclamation royale de 1763 établit le cadre constitutionnel des relations avec les autochtones<sup>444</sup>. Après plusieurs périodes de conflits entre ces derniers et les Britanniques au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>445</sup>, le texte constitutionnel reconnaît finalement :

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse, nous enjoignons à tout gouverneur et à tout commandant en chef [...] de n'accorder sous aucun prétexte des permis d'arpentage ni aucun titre de propriété sur les terres [...] qui ont été ni cédées ni achetées par Nous, tel que susmentionné, et ont été réservées pour les tribus sauvages susdites ou quelques-unes d'entre elles.

[...] Cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie, dans laquelle elles se trouvent situées ;

L'importance de cet extrait se trouve dans la reconnaissance de nature constitutionnelle des « nations ou tribus » comme des groupes politiques distincts et autonomes ayant droit à la possession de terres, à la protection et pouvant exprimer leur consentement dans la cession des

---

<sup>442</sup> Donald Fyson, « De la *common law* à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », *op. cit.*, p. 161.

<sup>443</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>444</sup> Aujourd'hui, la Proclamation royale de 1763, texte clef cité par la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, est toujours régulièrement invoquée par les autochtones de l'est du Canada devant les tribunaux dans le processus de reconquête de leurs terres et d'une certaine autonomie gouvernementale. Voir, par exemple, la décision de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles : *The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [1981] 4 C.N.L.R. 86. Voir aussi, *Loi constitutionnelle de 1982* (R-U), constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11. Partie 1, *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 25 : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763 ».

<sup>445</sup> Et plus particulièrement de 1606 à 1662. Voir Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*, p. 106-113.

terres leur appartenant. La valeur juridique de cette reconnaissance est *a posteriori* comparée à celle « de la *Magna Carta* qui a toujours été considérée comme la loi dans tout l'Empire. C'est une loi qui a suivi le drapeau lorsque l'Angleterre a assumé la juridiction sur des terres ou des territoires nouvellement découverts ou acquis »<sup>446</sup>. Les trois premières lignes du préambule font des nations autochtones « des unités politiques autonomes, avec leurs propres territoires, leurs propres lois et leurs structures internes de gouvernement »<sup>447</sup>, dans le cadre nouveau de l'ordre juridique britannique au Canada. Les communautés autochtones conservent donc des systèmes de représentation autonomes même après qu'ils aient été placés sous la protection de la Couronne britannique<sup>448</sup>. À ce titre, entre 1783 et 1812, en raison de l'arrivée de loyalistes fuyant la guerre d'indépendance américaine, « quinze traités sont conclus pour permettre l'établissement de nouveaux colons qui ne peuvent s'installer sur des terres occupées par des nations autochtones sans que celles-ci ne soient cédées ou vendues »<sup>449</sup>. Ces traités confirment que les autochtones conservent une certaine souveraineté sur leurs territoires. Les autorités cherchent également des parcelles pour les Iroquois loyalistes qui se sont battus aux côtés des Britanniques durant la guerre d'indépendance des États-Unis<sup>450</sup>.

**145.** Toutefois, des ambiguïtés dans la lettre de la Proclamation demeurent et les interprétations données au XIX<sup>e</sup> siècle ne se traduisent pas toujours en faveur des autochtones. En effet, la reconnaissance des systèmes autochtones reste ambivalente, oscillant entre le respect de leur autonomie et de leur statut d'allié d'une part, et leur soumission au droit anglais et leur statut de sujet d'autre part. Dans ce contexte ambivalent, en dépit de la reconnaissance des nations et des tribus, l'utilisation du terme « sauvage » évolue et démontre une infériorité aux yeux des autorités étatiques. Les termes selon lesquels ces dernières vivent sous « notre protection » rendent également compte de l'étendue de la souveraineté britannique jusqu'aux terres autochtones. Cela est d'ailleurs confirmé ensuite par la jurisprudence.

**146.** En 1887, la décision *St Catharine's Milling and Lumber company v. The Queen* concerne la nature du titre territorial des autochtones à la suite de la conclusion du traité n° 3 avec la

---

<sup>446</sup> *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, p. 395. 147. En 1973, dans la décision *Calder*, le juge Emmet Hall fait référence à la force juridique et symbolique de la Proclamation royale. Source non traduite : « Its force as a statute is analogous to the status of *Magna Carta* which has always been considered to be the law throughout the Empire. It was a law which followed the flag as England assumed jurisdiction over newly-discovered or acquired lands or territories ».

<sup>447</sup> Il s'agit de l'analyse de la professeure Andrée Lajoie pour la Commission royale sur les peuples autochtones de 1993. Voir, Andrée LAJOIE, « Synthèse introductive », *op. cit.*, p. 47.

<sup>448</sup> Brian SLATTERY, « The hidden constitution: aboriginal rights in Canada », *American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984, p. 361-391, spé. p. 373. Voir aussi, Brian SLATTERY, « Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29, 1991, p. 681-703, spé. p. 701.

<sup>449</sup> Camil GIRARD et Carl BRISSON, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du Traité d'alliance de 1603 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 78.

<sup>450</sup> Olive Patricia DICKASON et William NEWBIGGING, *Indigenous Peoples within Canada. A concise History*, Oxford, Oxford University Press, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 134.



Couronne. La question à trancher consiste à déterminer, en vertu des dispositions de Loi constitutionnelle de 1867<sup>451</sup>, si ces terres appartiennent à la province de l'Ontario ou au Dominion<sup>452</sup>. Le gouvernement fédéral soutient qu'en vertu du paragraphe 91 (24) de la Loi constitutionnelle de 1867 sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens », il bénéficie du droit d'administrer les terres autochtones visées par le traité n° 3. Le gouvernement provincial argumente, lui, que les terres sous la compétence fédérale ne font référence qu'aux réserves et que celles cédées par le traité reviennent à la province ontarienne. La Cour suprême donne alors raison au gouvernement provincial. Citant la Proclamation royale comme la source du titre territorial indien, la majorité de la Cour suprême se rallie à l'opinion du juge Ritchie qui affirme : « Je suis d'avis que toutes les terres non concédées dans la province de l'Ontario appartiennent à la couronne comme faisant partie du domaine public, sous réserve du droit d'occupation des Indiens dans les cas où ce droit n'a pas été légalement éteint, et lorsque ce droit d'occupation a été légalement éteint, il appartient absolument à la couronne, et par conséquent à la province de l'Ontario »<sup>453</sup>. Un an plus tard, en 1888, la décision est confirmée par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, compétent jusqu'en 1949 pour les décisions de dernier ressort au Canada<sup>454</sup>. En vertu de la Proclamation royale, celui-ci statue que les autochtones possèdent un droit d'occupation sur leurs terres traditionnelles et non un plein titre de propriété<sup>455</sup>. En d'autres termes, le titre indien devient un droit d'usufruit<sup>456</sup>.

**147.** Par la suite, un certain nombre de nations sont dépossédées de leurs terres. Le territoire autochtone est oublié des documents constitutionnels, tel que l'Acte de Québec de 1774 qui « annexe une partie des territoires indiens à la Province de Québec sans toutefois qu'il y ait eu

---

<sup>451</sup> La Loi constitutionnelle de 1867, autrement nommée l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867, est considérée comme la loi constitutionnelle au fondement de la Fédération canadienne. À partir de 1867 et jusqu'en 1982, date de rapatriement de la Constitution, le Canada est un Dominion. Le terme « Dominion » est notamment employé dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867. Cependant, Danic Parenteau explique qu'« il faut entendre derrière cette expression, sans véritable équivalent en français, *Her Majesty's dominions*, c'est-à-dire une partie des “domaines” sur lesquels le monarque britannique — à l'époque, la reine Victoria — exerce sa souveraineté. C'est le référent impérial, et non national, qui est au cœur du projet canadien de 1867. » Voir, Danic PARENTEAU, « “Le Canada est fait, maintenant il faut faire les Canadiens !” Essai sur le processus de construction identitaire national canadien », *Argument*, vol. 19, n° 2, 2017, p. 80-92, spé. p. 81.

<sup>452</sup> *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 S.C.R. 577, p. 579. Source non traduite : « The question to be decided was whether under the provisions of the British North America Acts these lands belonged to the Province of Ontario or the Dominion ».

<sup>453</sup> *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 S.C.R. 577, p. 599. Source non traduite : « I am of opinion, that all ungranted lands in the province of Ontario belong to the crown as part of the public domain, subject to the Indian right of occupancy in cases in which the same has not been lawfully extinguished, and when such right of occupancy has been lawfully extinguished absolutely to the crown, and as a consequence to the province of Ontario ». À la page 652, le juge Gwynne intitulait la Proclamation royale le « Bill of Rights indien » marque sa dissidence.

<sup>454</sup> *St. Catharines Milling and Lumber Company v. The Queen* [1888] UKPC 70, 14 App. Cas. 46.

<sup>455</sup> DIALOG, *St. Catherine's Milling Co. v. The Queen*, Institut national de la recherche scientifique, Centre Urbanisation Culture Société, 2021, en ligne : <https://jurisprudence.reseaudialog.ca/case/st-catherines-milling-co-v-the-queen/> (consulté le 19.07.2021).

<sup>456</sup> *Ibid.*

cession ou vente de ceux-ci par les peuples qui y vivent, comme cela est spécifié dans la Proclamation royale»<sup>457</sup>. Si les dispositions de la Proclamation concernant la province de Québec sont abrogées, celles qui concernent les peuples autochtones subsistent<sup>458</sup>. De même, le territoire indien n'est cité ni dans l'Acte constitutionnel de 1791, divisant le Québec en deux par la création du Haut-Canada et du Bas-Canada, ni dans l'Acte d'Union de 1840, permettant la réunion de ces deux provinces. En l'absence de précision, la Proclamation royale continue de s'appliquer<sup>459</sup> et « la concession de terres demeure une prérogative de la couronne »<sup>460</sup>.

148. Dans les faits, les territoires de chasse autochtones sont souvent concédés, parfois avec la compensation d'un faible dédommagement. Les autochtones spoliés portent leurs plaintes auprès de comités<sup>461</sup>, représentants de la couronne, qui rendent, selon les termes employés par le professeur Michel Morin, « la jurisprudence de l'époque »<sup>462</sup>, souvent à la défaveur des autochtones ou peu suivie d'effet. En 1850 et 1851, les lois du Bas-Canada réservent certaines terres pour l'usage des autochtones<sup>463</sup>, mais ne respectent pas la lettre de la Proclamation royale « qui eût exigé que les terres aliénables l'aient été avec le consentement des Autochtones, donné au cours d'assemblées publiques »<sup>464</sup>. Dans la décision *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, la juge McLachlin de la Cour suprême écrit que la Proclamation royale a eu pour conséquence de ne jamais appliquer, au Canada, la doctrine de la *terra nullius* selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne<sup>465</sup>. Cette affirmation est discutable dans le sens où « la Cour tient pour acquis que seul le régime juridique canadien peut régir l'exploitation du territoire, ce qui revient à nier la normativité autochtone existant au moment de l'affirmation de la

---

<sup>457</sup> Camil GIRARD et Carl BRISSON, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du Traité d'alliance de 1603 à nos jours*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>458</sup> Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>459</sup> La jurisprudence considère que les passages de la Proclamation garantissant les droits des Autochtones ne sont pas visés par cette abrogation. Voir notamment, la décision du Comité judiciaire du Conseil privé, *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, (1888) 14 App. Cas. 46, 54. Voir aussi, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, *Attorney-General of Ontario v. Bear Island Foundation*, [1989] O. J. No. 267, 68 O.R. (2 d) 394, 410, confirmé, sans remise en cause de ce point, dans la décision de la Cour suprême, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation* [1991] 2 R.C.S. 570. Selon l'analyse de l'honorable Richard Boivin, dans cet arrêt, la Cour conclut que « si l'article 3 de l'Acte de Québec a eu pour effet d'abroger les conditions procédurales pour l'achat de terres prévues dans la Proclamation royale, le titre de la bande de Temegami demeurerait toutefois intact. Il a cependant, été éteint ultérieurement par le Traité Robinson-Huron (1850) ». Voir, Richard BOIVIN, « Pour en finir avec la Proclamation royale : la décision Côté », *Revue générale de droit*, vol. 25, n° 1, 1994, p. 131–150, spé. p. 141.

<sup>460</sup> Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>461</sup> Par exemple, auprès des comités du Conseil exécutif de 1837 et de 1844. Voir, *Ibid.*, p. 148-150.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>463</sup> Renforçant la loi de 1839 sur la protection des terres domaniales, ces lois reprennent certaines des recommandations de la commission Bagot, Voir *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> Vict., S.C. 1850, ch. 42. et *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> Vict., S.C. 1851, ch. 106. Confirmé par la décision du Comité judiciaire du Conseil privé *Attorney-General for Quebec versus Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401, para. 410 et 411.

<sup>464</sup> Andrée LAJOIE, « Synthèse introductive », *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>465</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 C.S.C. 44, para. 69.

souveraineté britannique ou son effectivité à l'heure actuelle»<sup>466</sup>. Cette idée fait d'ailleurs peu de doute sur la côte ouest, où les premiers contacts réguliers avec les populations autochtones s'établissent à la fin des années 1770. En se fondant sur le Traité d'Oregon conclu avec les Américains<sup>467</sup>, la décision de la Cour suprême *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* retient l'année 1846 pour établir la souveraineté britannique sur le territoire de la Colombie-Britannique<sup>468</sup>. L'absence de rivalités coloniales durant l'établissement britannique conduit à ce que peu d'alliances se développent, participant à la prévalence de la thèse des autorités de l'époque, selon laquelle les autochtones n'ont ni souveraineté ni droit de propriété<sup>469</sup>.

**149.** Parallèlement à l'affirmation de la souveraineté britannique, se poursuivent les processus d'assimilation et de civilisation, commencés sous la domination française. Les commissions d'enquête agissent sous le couvert de la mission civilisatrice des Indiens. Au fondement du partage de l'Amérique du Nord réalisé à partir de 1763, il y a l'idée, dorénavant admise, selon laquelle « des souverainetés européennes (française, anglaise et espagnole) se sont déjà constituées sur ce territoire, que ces souverainetés existent de manière concrète ou [...] que les nations autochtones qui habitent, occupent, exploitent le territoire et le défendent contre les incursions des étrangers, n'avaient pas les attributs politiques nécessaires pour prétendre à la souveraineté sur leurs terres »<sup>470</sup>. Au terme du processus de construction de l'État-nation canadien, le XIX<sup>e</sup> siècle est donc marqué par l'assimilation progressive des autochtones et leur assujettissement à la Couronne britannique. Les moyens sont alors nombreux : « usurpation du territoire indien que l'on tente de ramener au seul territoire de la réserve, perte de droits fondamentaux, passage d'alliés à la tutelle »<sup>471</sup>.

**150.** Il ressort de l'ensemble de ces éléments que les systèmes autochtones évoluent de groupements politiques indépendants, nécessaires aux alliances et à la diplomatie coloniale, à des sujets bénéficiaires d'un seul droit d'occupation, nécessitant une protection gouvernementale. Pourtant, la négation des institutions représentatives coutumières n'est pas concomitante à l'arrivée des Européens sur le territoire. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les Français puis les Britanniques présentent d'abord un intérêt certain pour les systèmes juridiques autochtones et reconnaissent les autorités représentatives coutumières à travers la conclusion de traités et la

---

<sup>466</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », *op. cit.*, para. 17.1.

<sup>467</sup> *Treaty Between Her Majesty and The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary* (Oregon Boundary Treaty, 1846), TS 120.

<sup>468</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, para. 145.

<sup>469</sup> Olive Patricia DICKASON et William NEWBIGGING, *Indigenous Peoples within Canada. A concise History*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>470</sup> Alain BEAULIEU, « Les droits des Autochtones à la terre entre les deux traités de Paris (1763-1783) » dans Philippe JOUTARD, Didier POTON et Laurent VEYSSIERE, *Vers un nouveau monde atlantique : Les traités de Paris, 1763-1783*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 113-122, spé. p. 114.

<sup>471</sup> Camil GIRARD et Carl BRISSON, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du Traité d'alliance de 1603 à nos jours*, *op. cit.*, p. 86.

formation d'alliances politiques. L'assujettissement des autochtones et l'assimilation de leurs systèmes de représentation restent des processus secondaires, qui se produisent à partir du XIX<sup>e</sup> siècle. La reconnaissance des institutions coutumières est donc marquée par l'ambivalence entre les nécessités de contraindre les représentants autochtones en vue de la colonisation, mais aussi d'en faire des alliés. En effet, aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, la coexistence des différents systèmes juridiques se matérialise par les conclusions d'alliances et de traités, révélateurs de modèles représentatifs, certes différents, mais compatibles, du moins pour un temps, jusqu'à l'assujettissement des autochtones à la Couronne britannique.

**151.** Cette ambivalence se retrouve selon des caractéristiques similaires durant le Second Empire colonial, dans les territoires coloniaux français de la Guyane, de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna.

## **SECTION 2 – D'une coexistence négociée à l'imposition des statuts coloniaux dans les territoires français (XVIII<sup>e</sup> — XIV<sup>e</sup> siècles)**

**152.** Dès 1763, avec l'expédition de Kourou, l'établissement français en Guyane est envisagé comme une compensation à la perte du Canada. Ce sentiment de revanche imprègne les relations entre les États dans l'expansion des seconds empires coloniaux. Ceux-ci se caractérisent par des concurrences politique, frontalière et religieuse accrues entre les grandes puissances que sont principalement l'Allemagne, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni et la France. C'est le temps du « partage du monde » dont le paroxysme s'incarne dans la division du continent africain à la Conférence de Berlin débutant en 1884. L'affirmation d'une supériorité européenne s'infuse dans le droit international dès le Congrès de Paris en 1856, marqué par « l'abandon de l'esprit universaliste et le développement d'une distinction entre nations civilisées et non civilisées, qui justifiera plus tard la colonisation »<sup>472</sup>.

**153.** L'entreprise coloniale française se présente comme une « colonisation républicaine de revanche nationaliste »<sup>473</sup> : il en est fini de la colonisation monarchique d'inspiration mercantiliste mise en place en Nouvelle-France. Au mois de septembre 1870, au lendemain de la défaite de Sedan, cette politique se confirme, car « l'état d'esprit est au pessimisme. La France est vaincue ;

---

<sup>472</sup> Éric CANAL-FORGUES et Patrick RAMBAUD, *Droit international public*, Paris, Flammarion, 3<sup>e</sup> éd., 2016, p. 10.

<sup>473</sup> Hervé COUTAU-BEGARIE et Jean-Louis SEURIN, *Nouvelle-Calédonie : les antipodes de la démocratie*, Paris, Lieu Commun, 1986, p. 23.

les colonies apparaissent dès lors comme le nouvel “espace du possible”<sup>474</sup>. L’expansion coloniale poursuit donc un développement hégémonique et appuie son action sur les missions civilisatrices, habillant ainsi de légitimité la tentative d’uniformisation des coutumes autochtones. L’empire colonial français évolue d’un territoire, d’environ un million de kilomètres carrés et d’une population de cinq millions d’habitants en 1871, à un peu moins de quinze millions de kilomètres carrés et de cinquante millions d’habitants en 1914<sup>475</sup>. La présence française s’observe en Afrique, en Asie et, pour les régions intéressant cette recherche, en Amérique du Sud et en Océanie. Face à un territoire si hétérogène et dans un contexte politique lui-même instable en métropole, les régimes particuliers applicables aux colonies perdurent au fil des changements constitutionnels<sup>476</sup>.

**154.** En raison du principe de spécialité législative, les publicistes, pourtant intéressés par le renouvellement de la théorie juridique de l’État, se préoccupent assez peu des territoires français extra-métropolitains<sup>477</sup>. En revanche, la science coloniale, largement dominée par le droit<sup>478</sup>, tente de donner sens aux différentes phases de colonisation, de la conquête au gouvernement des populations locales<sup>479</sup>. En effet, dans les colonies, le droit « se heurte à des modes de pensée différents, à des pratiques innombrables, en dehors des réticences les plus visibles à l’égard de

---

<sup>474</sup> Jacques BOUINEAU et Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire des Institutions, 1750-1914*, Paris, Éd. Litec Librairie de la Cour de cassation, 4<sup>e</sup> éd., 1998, p. 483.

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 481.

<sup>476</sup> Si durant l’Ancien régime, c’est principalement la Coutume de Paris qui s’applique en Nouvelle-France, au lendemain de la Révolution, sous la Constituante et la Législative, les affaires métropolitaines et coloniales se trouvent dissociées. La Convention nationale (1795-1799) réintègre temporairement les colonies au régime juridique national, mais cela ne dure pas. Voir notamment, Constitution du 5 Fructidor An III, art. 6. Voir aussi, Frédéric CHARLIN, « L’expérimentation de l’identité législative aux colonies, de la Convention au Directoire », dans Frédéric REGENT, Jean-François NIORT et Pierre SERNA (dir.), *Les colonies, la Révolution française, la loi*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 93-105. De même, le régime de spécialité législative coloniale est consacré sous le Consulat (1799-1804), l’Empire (1804-1814) et la Restauration (1814-1830). Sous la monarchie de Juillet (1830-1848), la loi du 24 avril 1833 précise le régime applicable aux colonies et dispose en son article 73, que « les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers » sans que les domaines en question ne soient vraiment précisés. Voir, Loi du 24 avril 1833 *concernant le régime législatif des colonies*, Bulletin des lois du royaume de France, IX<sup>e</sup> série, t. V, 1<sup>re</sup> partie, Paris, Impression royale, août 1833, bulletin n° 94 du 28 avril 1833, texte n° 216, p. 117-127. Enfin, l’article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848 poursuit la dissociation entre régimes métropolitain et colonial en disposant que « [l]e territoire de l’Algérie et des Colonies est déclaré territoire français et sera régi par des lois particulières jusqu’à ce qu’une loi spéciale les place sous le régime de la présente constitution ». Malgré une volonté de revenir à l’identité législative, le régime de spécialité perdure jusqu’en 1946.

<sup>477</sup> C’est par exemple le cas de Raymond Carré de Malberg et d’Adhémar Esmein qui n’évoquent que très rapidement l’Empire colonial. Voir, par exemple, Adhémar ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914, p. 2. Il apparaît que seuls les professeurs Louis Rolland et Pierre Lampué ont étudié le droit colonial. Voir, Olivier BEAUD, « L’Empire et l’empire colonial dans la doctrine publiciste française de la III<sup>e</sup> République », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-77, spé. p. 5.

<sup>478</sup> Parmi les traités de droit colonial les plus connus figure l’ouvrage d’Alexandre MÉRIGNHAC, *Traité de législation et d’économie coloniales*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, 887 p. ; Arthur GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1907 ; Paul LEROY-BEAULIEU, *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin et compagnie, 1882 ; Pierre DARESTE, *Traité de droit colonial*, 2 vol., Paris, Éd. impr. Robaudy, 1931.

<sup>479</sup> Emmanuelle SAADA, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Revue d’histoire intellectuelle*, vol. 27, n° 1, 2009, p. 103-116, spé. p. 103.

règles perçues comme imposées»<sup>480</sup>. Ces coexistences normatives sont la source de la diversité des statuts coloniaux des empires européens. Toutefois, au-delà de cette diversité, des mécanismes similaires permettent de rapprocher les expériences coloniales du droit. De façon semblable à ce qui a été observé en Nouvelle-France, l'arrivée des colons sur le territoire précède la conclusion de traités, mais aussi l'assujettissement des populations autochtones auxquelles l'imposition de règles s'effectue de façon plus ou moins négociée. En d'autres termes, « conquête, conclusion de traités et mise en place des institutions du pouvoir colonial ont scandé l'histoire coloniale »<sup>481</sup>.

**155.** Des procédés similaires se retrouvent dans l'utilisation des systèmes représentatifs coutumiers par les autorités françaises. Comme dans toute entreprise coloniale, cet appui sur des structures politiques jusqu'alors inconnues ne peut se passer des connaissances des acteurs coloniaux sur le terrain, qu'ils soient explorateurs, missionnaires ou militaires. Joseph Gallieni, gouverneur du Soudan, de Madagascar et théoricien du droit colonial précise que « l'action politique tire sa plus grande force de la connaissance du pays et de ses habitants : c'est à ce but que doivent tendre les premiers efforts de tout commandant territorial »<sup>482</sup>. Ainsi, par les analyses rédigées à destination des ministères ou des autorités ecclésiastiques, la compréhension des systèmes représentatifs coutumiers précède leur reconnaissance juridique. Ces écrits sont particulièrement intéressants : ils reflètent la conception qu'ont les autorités coloniales de la représentation coutumière. C'est sur le fondement de ces informations que les autorités coloniales dressent des stratégies d'implantation et s'allient avec les chefs autochtones de certaines régions.

**156.** Néanmoins, tout comme pour les sources concernant la Nouvelle-France, ces écrits sont à lire avec un certain recul scientifique, puisqu'ils sont parfois rédigés à dessein d'attirer les populations métropolitaines ou la protection du gouvernement dans certaines colonies. Il faut alors les analyser pour ce qu'elles servent dans cette démonstration : des témoignages sur l'existence de systèmes représentatifs précoloniaux connus, parfois reconnus et précédant l'imposition d'un système colonial tout autre. Pour la Guyane, la Nouvelle-Calédonie et les îles de Wallis et Futuna, la compréhension des systèmes représentatifs coutumiers par les acteurs coloniaux se construit, en amont des traités d'alliance, de façon intéressée, dans un contexte de forte concurrence hégémonique (**PARAGRAPHE 1**). Les conventions conclues avec les autorités

---

<sup>480</sup> Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial, Un ordre « au gré des vents », op. cit.*, p. 339.

<sup>481</sup> Emmanuelle SAADA, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *art. cit.*, p. 116.

<sup>482</sup> Joseph GALLIENI, *Rapport d'ensemble sur la pacification, l'organisation et la colonisation de Madagascar, (octobre 1896 — mars 1899)*, Paris, Éd. Henri Charles-Lavauzelle, 1900, p. 30. Il écrit également « C'est l'étude des races qui occupent une région, qui détermine l'organisation politique à lui donner, les moyens à employer pour sa pacification. Un officier qui a réussi à dresser une carte ethnographique suffisamment exacte du territoire qu'il commande est bien près d'en avoir obtenu la pacification complète, suivie bientôt de l'organisation qui lui conviendra le mieux. ». Voir, Joseph GALLIENI, *Trois colonnes au Tonkin (1894-1895)*, Paris, Chapelot, 1899, p. 154.

représentatives traditionnelles s'expliquent alors par le besoin d'alliés dans l'implantation des statuts de droit colonial et le gouvernement des territoires (**PARAGRAPHE 2**).

### **PARAGRAPHE 1** – La compréhension intéressée des systèmes représentatifs coutumiers

**157.** Durant le Second Empire colonial, l'intérêt porté aux systèmes représentatifs coutumiers est motivé par plusieurs facteurs. En Guyane, il est fondé sur le besoin de stabiliser la conquête du territoire, sur lequel la domination française reste fragile (**A**). Dans le Pacifique, la reconnaissance du système représentatif s'effectue dans le contexte de la « course coloniale » entre Français et Britanniques, entre catholiques et protestants (**B**).

**A.** L'intérêt pour les systèmes représentatifs coutumiers de Guyane au prisme des concurrences politique et frontalière

**158.** Les côtes guyanaises<sup>483</sup> sont aperçues dès 1498, lors du troisième voyage de Christophe Colomb. À ce moment-là, le nombre d'Amérindiens est estimé à trente mille individus<sup>484</sup>. En 1504, Binot de Gonneville, en chemin pour le continent africain, est poussé par la tempête jusqu'à la Guyane. Il érige alors une croix et prend possession des terres au nom du Pape et de Louis XIII<sup>485</sup>. Nommée en 1604 France équinoxiale<sup>486</sup> pour sa position proche de l'équateur, le cardinal de Richelieu autorise la colonisation de la Guyane en 1626<sup>487</sup>. Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, les colons français, hollandais, portugais et anglais essaient de s'appropriier le territoire, mais l'hostilité des populations autochtones conduit à l'échec un grand nombre de missions. En 1643, les négociations avec le chef local Cépérou mènent à la création de la ville de Cayenne, qui est ensuite détruite plusieurs fois par les Amérindiens<sup>488</sup>.

**159.** En 1651, les missionnaires arrivent en Guyane alors que la présence française n'est pas encore stabilisée<sup>489</sup>. L'organisation politique des Amérindiens est alors entraperçue par les

---

<sup>483</sup> Celles qui deviendront, une centaine d'années plus tard, les côtes de la Guyane française.

<sup>484</sup> Pour n'être plus que 1200 Amérindiens en 1964. Avant les conquêtes, le nombre d'Indiens par tribu est en moyenne de 1000 personnes. Voir, Jean-Marcel HURAUULT, « La population des Indiens de Guyane française. I. Vue historique générale. », *Population (French Edition)*, vol. 20, n° 4, 1965, p. 605-619.

<sup>485</sup> Capitaine BUREAU et Gaston MONNERVILLE, *Guyane, Terre française*, Paris, Éd. Jean Chaffiot, 1935, p. 5. Cependant, les Français n'y retournent vraiment qu'en 1604, soit cent ans après la première « prise de possession ».

<sup>486</sup> MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Guyane – Histoire*, ministère des Outre-mer, 2016, en ligne : <https://outre-mer.gouv.fr/guyane-histoire> (consulté le 09.07.2021).

<sup>487</sup> INSTITUT D'ÉMISSION DES DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER (IEDOM), *Guyane. Rapport annuel de 2016*, IEDOM, Paris, 2017, p. 21.

<sup>488</sup> Alexis TIOUKA, « Stratégies amérindiennes en Guyane française », *Multitudes*, vol. 3, n° 64, 2016, p. 199-210, spé. p. 200.

<sup>489</sup> Cédric ANDRIOT, « La Guyane vue par les jésuites », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, vol. 1, n° 41, p. 157-187, spé. p. 161.

quelques colons et jésuites présents sur le territoire. À cet égard, l'aumônier Antoine Biet nomme les chefs amérindiens « capitaines » : « Ils sont tous égaux entre eux quoiqu'ils aient des capitaines qui soient l'équivalent de chefs d'habitations, aux ordres desquels ils obéissent dans certaines occasions. Néanmoins ces chefs ne sont pas plus que le reste de la population, et ils ne portent aucune marque de leur prééminence »<sup>490</sup>. Il témoigne aussi avoir assisté à de longues délibérations :

Ils commencent à carbeter et à traiter de leurs affaires. Ce sont les Chefs ou Capitaines, qui étant assis sur leurs lits, le plus ancien d'entre eux propose le sujet, duquel il faut délibérer. Il fait tout son discours sans être interrompu des autres, et ainsi chacun dit son avis, sans crier ni s'interrompre, en s'écoutant les uns les autres fort paisiblement, tout cela avec des raisonnements admirables, sans jamais parler tous ensemble ni deux à la fois. S'ils sont de diverses opinions, ils ne contestent pas pour cela, ils cèdent volontiers aux sentiments des plus anciens et des plus expérimentés [...] Mais on ne se quitte point sans que l'affaire, pour laquelle on est tous assemblée, n'ait été conclue<sup>491</sup>.

Enfin, le père Biet recense la procédure coutumière observée pour désigner un capitaine. En premier lieu, le futur capitaine doit avoir rencontré du succès lors de guerres. Les épreuves pour le poste de capitaine lui sont alors proposées. Se succède le suivi d'un jeûne de six semaines, pendant lequel les capitaines des autres régions rendent visite au candidat, lui rappellent qu'il devra toujours « soutenir l'honneur de la nation »<sup>492</sup>, et lui assènent, parmi d'autres épreuves, des coups de fouet<sup>493</sup>.

**160.** L'existence de capitaines et de conseils délibératifs est donc actée dès le début des installations sur le territoire. Toutefois, leur reconnaissance juridique reste complexe et s'ancre dans le jeu concurrentiel des grandes puissances coloniales de l'époque. En effet, la faible présence démographique française ne permet pas de stabiliser une quelconque occupation. Seul le traité de 1668 entre la France et la Hollande permet de fixer les premières délimitations du territoire avec le Suriname<sup>494</sup>. Cependant, la Guyane est reprise en 1672 par les Hollandais, puis conquise de nouveau en 1674 au nom du roi Louis XIV. Elle devient alors une réelle colonie française<sup>495</sup>, même si le premier ordonnateur n'est nommé à Cayenne qu'en 1712<sup>496</sup>.

---

<sup>490</sup> Antoine BIET, *Voyage de la France Equinoxiale en l'Isle de Cayenne, en l'année 1652*, t. 3, Paris, Éd. François Clovzier, 1664, p. 361. Le terme chef est aussi employé dans les deux premiers livres. Voir, par exemple, Antoine BIET, *Voyage de la France Equinoxiale en l'Isle de Cayenne, en l'année 1652*, t. 2, Paris, Éd. François Clovzier, 1664, p. 79.

<sup>491</sup> Antoine BIET, *Voyage de la France Equinoxiale en l'Isle de Cayenne, en l'année 1652*, t. 3, *op. cit.*, p. 367-368.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p. 377. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>494</sup> Traité signé entre le Lieutenant général français De La Barre et l'Amiral hollandais Crijnssens, le 18 novembre 1668, notarié le 3 décembre 1700 à Amsterdam. Le fleuve Maroni fut choisi comme frontière respective.

<sup>495</sup> MINISTÈRE DE LA MARINE ET DES COLONIES, *Les colonies françaises en 1883*, Paris, Éd. Berger-Levrault, 1883, p. 156.

<sup>496</sup> Céline RONSSERAY, « *Administrer Cayenne* » : *Sociabilités, Fidélités et pouvoirs des fonctionnaires coloniaux en Guyane française au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de Doctorat, Université la Rochelle, 2007, p. 12



161. De 1684 à 1698, le jésuite Jean de La Mousse est chargé de l'évangélisation de la Guyane française<sup>497</sup>. Ses voyages chez les Indiens de la rivière Sinnamary s'échelonnent entre 1684 et 1691. Ses rapports confirment les écrits du père Biet, notamment le terme français de « capitaine » pour désigner les chefs Galibis<sup>498</sup>. Réciproquement, les Amérindiens surnomment le roi de France, le « Grand capitaine des Français »<sup>499</sup>. Dès le début du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'autorité des chefs de tribus, les capitaines, est reconnue, et toutes les questions intéressant les collectivités indigènes sont traitées par leur intermédiaire<sup>500</sup>. L'administration du territoire s'effectue alors de manière indirecte, comme ce fut le cas dans nombre de colonies britanniques<sup>501</sup>. Tel que l'explique le professeur Bernard Durand, *l'Indirect Rule*<sup>502</sup> « laisse en place la machinerie administrative créée par les indigènes, reconnaît les émirs, chefs et conseils d'anciens, cours de justice quelles qu'elles soient, et leur assure le maintien d'un réel pouvoir et non pas seulement une apparence. Il faut alors seulement exercer une influence sur les chefs »<sup>503</sup>. Ainsi, le droit français ne s'applique pas aux Amérindiens de Guyane qui obéissent à leurs coutumes. Quant à l'influence qu'il faut exercer sur les chefs, en 1716, le gouverneur de la Guyane, Rémy d'Orvilliers, demande au ministre « des justaucorps galonnés de soie, en même temps que des marchandises, notamment des fusils boucaniers, pour faire des présents aux chefs »<sup>504</sup>. De même, le règlement du 22 février 1722 prescrit « aux indiens baptisés et non baptisés de se grouper en village sous l'autorité de leur capitaine, lequel sera préalablement agréé par le gouverneur »<sup>505</sup>. Cette même année, le ministre envoie également douze cannes, destinées à servir d'emblèmes aux principaux chefs coutumiers<sup>506</sup>.

<sup>497</sup> Gérard COLLOMB (éd.), *Les Indiens de la Sinnamary. Journal du père Jean de La Mousse en Guyane (1684-1691)*, Paris, Éd. Chandeigne, coll. « Magellane », 2006.

<sup>498</sup> *Ibid.*, p. 212 et p. 286. Le chef se dit Yopoto chez les Indiens Sinnamary, le terme se retrouve chez les autres tribus amérindiennes. De plus, le terme Capitaine est notamment confirmé par les lettres du Père Fauque. Voir, Père FAUQUE, « la lettre du père Fauque, missionnaire de la Compagnie de Jésus, au père de la Neuville de la même Compagnie procureur des missions de l'Amérique, À Cayenne, le 1<sup>er</sup> mars 1730 », dans *les Lettres édifiantes et curieuses, écrites des Missions étrangères par quelques missionnaires de la Compagnie de Jésus*, vol. 20, Paris, chez Nicolas Le Clerc, 1731, p. 217 à 261 pour la Guyane et p. 258-259 sur les capitaines. Voir aussi, Père DABBADIE, « Lettre du P. Dabbadie, Cayenne, le 26 aout 1854 » dans Joseph MOREZ, *Voyages de travaux des missionnaires de la compagnie de Jésus publiés par des pères de la même compagnie en France pour servir de complément aux lettres édifiantes, Mission de Cayenne et de la Guyane française*, Paris, Éd. Julien, Lanier, Cosnard et Compagnie, 1857, Divisé en deux livres, Livre second, p. 421.

<sup>499</sup> Gérard COLLOMB (éd.), *Les indiens de la Sinnamary : Journal du père Jean de la Mousse en Guyane (1684-1691)*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>500</sup> Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, Paris, Union Générale d'édition, 1972, p. 216.

<sup>501</sup> Voir la thèse de Sarah RIVRON, *La notion d'Indirect Rule*, Thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2014.

<sup>502</sup> *L'Indirect rule* consiste à « intégrer des autochtones aux échelons intermédiaires de l'administration coloniale et à s'appuyer sur les élites traditionnelles locales plutôt que de les évincer ». Voir, Christian OLSSON, « De la pacification coloniale aux opérations extérieures. Retour sur la généalogie “des cœurs et des esprits” dans la pensée militaire contemporaine », *Questions de recherche / Research in question*, n° 39, Avril 2012, p. 1-33, spé. p. 12-13. Voir aussi, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, para. 229.

<sup>503</sup> Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial, Un ordre « au gré des vents »*, *op. cit.*, p. 344.

<sup>504</sup> ARCHIVES NATIONALES, collection C<sup>14</sup> 10, f° 83, *Lettre d'Orvilliers au ministre*, 10 octobre 1716, Cité par Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>505</sup> Règlement du gouverneur d'Orvilliers, gouverneur de Cayenne du 22 février 1722, *concernant les Indiens avec l'ordre du Roi en réponse*, art. 6, dans Code de la Guyane française, t. 1, 1826, Imp. du Gouvernement, cité par Patrick LINGIBE,

162. Bien que la coexistence ne soit pas aussi développée et formalisée qu'en Nouvelle-France au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce *modus vivendi*, entre tentative d'influence et autonomie des Amérindiens, constitue un *middle ground*. Concept repris par Yerri Urban, il le décrit ici comme des «accords hybrides et syncrétiques manifestant un compromis entre deux systèmes de valeurs, entre deux cultures, traduisant un rapport de forces équilibré ou même défavorable au pouvoir colonial. Mais ces accords n'ont pas été conclus sous une forme écrite avec des Amérindiens, pour lesquels la règle était l'accord oral»<sup>507</sup>. Il reste que, de façon similaire au contexte canadien, ces accords paraissent tout autant indispensables devant le faible nombre d'Européens présents en Guyane.

163. Ainsi, durant la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, quelques missionnaires et administrateurs coexistent avec les Amérindiens : ils connaissent alors un territoire qui n'est pas encore frappé par la sinistre réputation de « tombeau de l'homme blanc »<sup>508</sup>. À la fin du règne de Louis XV, simultanément à la défaite française contre les Britanniques l'expédition de Kourou de 1763 est l'occasion de réinvestir le potentiel imaginé de la Guyane, pensée comme une revanche à la perte de la Nouvelle-France<sup>509</sup>. Pourtant, l'expédition est un désastre et les épidémies causent la mort de la majorité des quinze mille hommes et femmes à peine débarqués<sup>510</sup>. Considérée comme insalubre, la Guyane devient une terre d'exil. Les jésuites quittent le territoire. Les contacts avec les Européens entraînent la disparition de nombreux peuples amérindiens<sup>511</sup>, fixant leur population en 1787 à environ huit cents Amérindiens<sup>512</sup>. De nombreux esclaves, considérés comme plus résistants au climat intertropical, sont envoyés depuis les côtes africaines. Le Code noir, précisant les devoirs des maîtres et des esclaves, leur est appliqué jusqu'en 1848. Par ailleurs, le décret de 1852<sup>513</sup> consacre la Guyane comme colonie pénitentiaire. Dès lors, sur le territoire,

---

« Genèse de l'accès au droit en Guyane », dans Didier PEYRAT (dir.), *L'accès au Droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge éditions, 1998, p. 49-70, spé. p. 53.

<sup>506</sup> Patrick LINGIBE, « Genèse de l'accès au droit en Guyane », *op. cit.*, p. 54.

<sup>507</sup> Yerri URBAN, « Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes », *Histoire de la justice*, vol. 1, n° 26, 2016, p. 201-221, spé. p. 203.

<sup>508</sup> Cédric ANDRIOT, « La Guyane vue par les jésuites », *art. cit.*, p. 161.

<sup>509</sup> Marion GODFROY, « La guerre de Sept Ans et ses conséquences atlantiques : Kourou ou l'invention d'un nouveau système colonial », *French Historical Studies*, vol. 32, n° 32, 2009, p. 167-191.

<sup>510</sup> Édouard MAUREL, *Histoire de la Guyane française*, Paris, Éd. Challamel et Compagnie, 1889, p. 22 : « C'était un total de 15 000 Européens jetés dans un pays dont la population totale atteignait à peine le tiers de ce chiffre, et ne comptait guère que six cents Européens. Ces 15 000 hommes durent débarqués sur les rives du Kourou, où rien n'avait été préparé pour les recevoir. »

<sup>511</sup> Alexis TIOUKA, « Stratégies amérindiennes en Guyane française », *art. cit.*, p. 200.

<sup>512</sup> Jean-Marcel HURAUULT, « La population des Indiens de Guyane française. I. Vue historique générale. », *art. cit.*, p. 613-614. D'après un recensement ordonné par Lescallier en 1787. Ce nombre exclut les groupements Émerillon (estimé à 500) et Wayana (estimé à 4000 individus) du fait du peu de contacts entre ces tribus et les européens. Ces tribus isolées restaient indemnes des épidémies.

<sup>513</sup> Décret relatif aux décisions rendues par les commissions départementales sur les individus qui ont pris part aux troubles du mois de décembre dernier, 5 mars 1852, *Bulletin des lois*, X<sup>e</sup> série, t. 9, premier semestre 1852, n° 508, n° 3849, p. 801-802. Même si

coexistent des esclaves, des Amérindiens de différentes tribus, des bagnards, des Européens et des missionnaires. Il résulte de ces populations une pluralité de communautés dont la coexistence s'organise et se réorganise tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle.

**164.** Durant cette période, le problème ne résulte pas tant du statut de colonie, hérité de l'Ancien régime, que la délimitation et du maintien des frontières. En effet, en 1809, les Portugais, soutenus par les Britanniques, occupent le territoire, en représailles à l'invasion du Portugal par Napoléon I<sup>er</sup><sup>514</sup>. En 1817, lorsque la Guyane est rendue aux Français, ses frontières font l'objet de nombreux litiges avec les Pays-Bas. La première difficulté vient de la frontière « naturelle » formée par le fleuve Maroni, divisé en une confluence en deux rivières, l'Awa et le Tapanahoni<sup>515</sup>. Trois principales populations se partagent l'installation au bord du fleuve à ce niveau-là, soit quelques tribus amérindiennes<sup>516</sup> et les Boni et les Ndyuka, des descendants d'esclaves.

**165.** Dans ce contexte d'arbitrage avec les Pays-Bas qui dure jusqu'en 1891<sup>517</sup>, les autorités françaises s'intéressent aux populations marronnes comme les Boni et les Ndyuka<sup>518</sup>. À ce titre, en évangélisant les communautés présentes, en leur enseignant la langue française, la France cherche à étendre son influence et par là, à maintenir ses frontières. L'objectif reste que les Bushinenges et les Amérindiens reconnaissent la suprématie française. Conséquemment, les autorités coloniales réfléchissent à l'évangélisation des Bushinenges comme moyen d'intégration<sup>519</sup>. Bien que certaines missions évangélistes soient des échecs, comme c'est le cas pour celles de monseigneur Émonet et du père Kraenner en 1876, la mission du père Brunetti en 1881 reçoit un accueil favorable de la part des Boni<sup>520</sup>. Les écrits de la mission à destination des autorités coloniales apportent une

---

les bagnes coloniaux furent véritablement créés par la loi de Napoléon III du 30 mai 1854. Voir, *Loi sur l'exécution de la peine des travaux forcés du 30 mai 1854*, Bull. 1854, 1<sup>er</sup> semestre n° 178, p. 1439.

<sup>514</sup> Stéphane GRANGER, *La Guyane et le Brésil, ou la quête d'intégration continentale d'un département français d'Amérique*, Thèse de Doctorat, Université Paris III-Sorbonne nouvelle, 2012, p. 335.

<sup>515</sup> Pierre DARESTE, *Traité de droit colonial*, t. 1, *op. cit.*, p. 9. La découverte de mines d'or dans l'angle territorial formé par les deux rivières rendait la question d'autant plus intéressante pour les deux nations.

<sup>516</sup> Principalement les tribus roucouyennes, les Wayana du haut Maroni. Voir, André SAUSSE, *Populations primitives du Maroni (Guyane française)*, thèse de doctorat, Paris, Institut géographique national, 1951.

<sup>517</sup> SECRETARIAT DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Sentence arbitrale rendue par l'Empereur de Russie pour mettre fin au différend entre la France et les Pays-Bas quant à la délimitation de leurs colonies respectives en Guyane, Décision du 25 mai 1891 », *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, 2007, p. 249-254. Pour une analyse de la sentence arbitrale, Pierre DARESTE, *Traité de droit colonial*, t. 1, *op. cit.*, p. 9.

<sup>518</sup> Les Boni ne sont pas des autochtones au sens onusien. Cependant, ils sont partis aux institutions représentatives autochtones actuelles.

<sup>519</sup> Jean Moomou rappelle que les autorités coloniales hollandaises avait recourt à une même stratégie. En effet, l'enseignement et l'évangélisation sont considérés comme les conditions d'intégration des naturels de l'Intérieur dans la société surinamienne. Voir, Jean MOOMOU, « La mission du père Brunetti chez les Boni de la Guyane française à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Entre évangélisation et stratégie d'approche du colonisateur français », *Histoire et missions chrétiennes*, vol. 4, n° 12, 2009, p. 115-144, spé. p. 116.

<sup>520</sup> *Ibid.*, p. 120.

première reconnaissance des institutions représentatives coutumières, elles-mêmes en contacts réguliers avec les Amérindiens de la région<sup>521</sup>.

**166.** La réussite de la mission du père Brunetti tient en partie à sa prise de contact. Il commence par écrire une lettre aux chefs coutumiers Bushinenges, les *Gran Man* des deux tribus : « Moi, missionnaire apostolique français, je veux visiter la noble tribu des Yucas (des Bonis) et leur illustre chef, pour leur porter la bonne nouvelle et des présents de la part du gouverneur de la Guyane française »<sup>522</sup>. Il rencontre ensuite ceux qu'il nomme ambassadeurs et capitaines, agissant sous l'autorité du *Gran Man*, et avec qui il signe un traité de paix pour pouvoir passer sur leurs terres<sup>523</sup>. Lors de chacune de ses haltes, Brunetti rend compte des nombreuses assemblées délibératives tenues par les communautés marronnes : « il y a eu plusieurs conseils dans la journée [...] : on y a traité de graves questions. [...] ils ont dans le sang la passion du palabre »<sup>524</sup>, « il y a un grand conseil présidé par Anato, et l'on y décide à l'unanimité que, dans la tribu des Bonis, tout le monde sera baptisé. Le *Gran-Man*, se faisant l'interprète de l'honorable assemblée, vient me transmettre cette importante décision »<sup>525</sup>. Il semble alors que le *Gran Man* se conçoive comme le porte-parole des décisions prises en conseil. Ainsi, en Guyane comme au Canada, la représentation politique autochtone reste liée aux longues délibérations des Bushinenges en assemblée, présidée par les chefs, les *Gran Man*, et conduisant à la prise de décisions communes. À Piket, Brunetti nomme les membres présents aux assemblées « les représentants de la nation »<sup>526</sup> et compare les processus coutumiers d'assemblées à ceux des parlements d'Europe<sup>527</sup> et du Sénat de Rome : « C'est un vrai petit sénat romain en noir que ce Grand-Conseil, avec leurs chaises curules »<sup>528</sup>. Il précise que « chaque sénateur possède sa chaise en toute propriété, et l'apporte avec lui, d'aussi loin qu'il vienne »<sup>529</sup>. Les chaises sont ainsi un accessoire indispensable aux pratiques d'assemblée et apparaissent comme un signe de grande dignité.

---

<sup>521</sup> Jean MOOMOU, « Boni et Amérindiens : relations de dominants / dominés et interculturelles en Guyane (fin XIX<sup>e</sup> siècle : années 1990) », *Outre-mers revue d'histoire*, t. 98, n° 370-371, 2011, p. 273-299. Voir aussi Francis DUPUY, « Wayana et Aluku : les jeux de l'altérité dans le haut Maroni », dans Gérard COLLOMB et Marie-José JOLIVET (dir), *Histoires, identités et logiques ethniques : Créoles et Noirs Marrons en Guyane*, Paris, Éd. CTHS, 2008, p. 195-198.

<sup>522</sup> Jules BRUNETTI, *La Guyane française, Souvenirs et impressions de voyage*, Tours, Éd. Alfred Mame et fils, 1890, p. 71.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 128-131.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>525</sup> *Ibid.*, p. 194-195.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>527</sup> *Ibid.*, p. 231 : « J'éprouve, en ce moment, ce que doivent éprouver ceux qui sortent d'une séance de l'un de nos parlements d'Europe ».

<sup>528</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 235 et p. 283. Il raconte aussi, non sans amusement, certaines pratiques oratoires consistant à avaler un œuf cru pour rendre sa voix plus claire et plus sonore. Par ailleurs, à la fin de son périple, le père Brunetti rencontre très rapidement les Amérindiens, qu'il nomme les « peaux-rouges ». Si les objectifs politiques de la rencontre ne sont pas les mêmes, notamment car la petite communauté amérindienne citée ne vit pas près du fleuve, les écrits dépeignent une organisation politique fondée sur le clan. Le chef des Amérindiens se nomme le capitaine, chef coutumier et représentant de la tribu encore reconnu, rémunéré et nommé comme tel aujourd'hui.

**167.** Cette première connaissance du système représentatif des Amérindiens et des Bushinenges par la doctrine religieuse renseigne sur les compréhensions qu'ont les acteurs coloniaux du XVII<sup>e</sup> et du XVIII<sup>e</sup> siècle de ces communautés. Cette compréhension influence ensuite la signature de conventions entre l'État et les autochtones, et le rattachement de ces derniers à la France. D'ailleurs, un même intérêt s'observe également dans le Pacifique, pour les systèmes représentatifs coutumiers de Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna.

**B.** L'intérêt pour les systèmes représentatifs coutumiers du Pacifique au prisme de concurrences politiques et confessionnelles

**168.** Durant le Second Empire colonial, l'Océanie est l'objet de nombreuses convoitises. Pour ces territoires, la compréhension des systèmes représentatifs coutumiers s'est construite au prisme des concurrences politiques et confessionnelles. Les rivalités coloniales entre les Britanniques et les Français concernent presque l'ensemble des îles du Pacifique, notamment celles de Tahiti, du Royaume de Tonga et des Nouvelles-Hébrides, mais surtout de la Nouvelle-Calédonie (1) et de Wallis et Futuna (2).

1. La compréhension du système représentatif coutumier en Nouvelle-Calédonie

**169.** En septembre 1774, la première expédition sur les côtes calédoniennes est conduite par le Britannique James Cook. Au débarquement, son interlocuteur est le chef T'éa-booma<sup>530</sup>. James Cook ne reste sur l'île que quelques jours et compte parmi les premiers témoins de l'organisation politique kanak. Il relate dans son journal de voyage : « nous parvînmes à connaître comment s'appelaient les districts, et celui qui en est le Roi ou le Chef. Nous en conclûmes que la contrée est divisée en cantons, dont chacun est gouverné par un Chef ; mais nous n'apprîmes rien de la nature de son pouvoir »<sup>531</sup>.

**170.** À la suite de ces récits d'exploration qui passionnent la France, Louis XVI souhaite illustrer son règne par de lointaines expéditions. Le comte La Pérouse est choisi par le ministre de la Marine pour une expédition dans le Pacifique. Louis XVI rédige lui-même les instructions nautiques et l'itinéraire officiel du voyage. Les instructions quant aux Kanak sont précises : La Pérouse « s'occupera de se concilier l'amitié des principaux chefs tant par des marques de

---

<sup>530</sup> James COOK, *Voyage dans l'hémisphère austral, et autour du monde, Fait sur les vaisseaux de Roi, l'Aventure et la Résolution, en 1772, 1773, 1774, et 1775*, t. 3, Traduit M. HODGES, Paris, Éd. Hotel de Thou, Publié avec approbation et privilège du Roi, 1778, p. 301. T'éa est un titre attaché au nom de tous les chefs, et les autochtones appelleront le capitaine T'éa Cook.

<sup>531</sup> *Ibid.* Citation adaptée de l'ancien français.

bienveillance que par des présents»<sup>532</sup>. Cependant, les deux frégates disparaissent trois ans après leur départ. Un décret de l'Assemblée du 9 février 1791 invite le roi à faire toutes les recherches possibles pour retrouver la Boussole et l'Astrolabe<sup>533</sup>. Une expédition de secours commandée par le vice-amiral d'Entrecasteaux est envoyée, donnant lieu à la publication d'une relation de voyage, laquelle témoigne d'une première connaissance du système politique. Il décrit ceci :

Nous ne remarquâmes aucune trace de police ni de subordination parmi les habitants de la Nouvelle-Calédonie : ils semblent vivre indépendants les uns des autres ; ou du moins l'autorité de ceux qui nous avaient été désignés comme chefs, était si faible qu'elle ne nous parut avoir que très peu d'effet. Les égards qu'ils avaient pour ces chefs, approchaient plus de la déférence que de la soumission<sup>534</sup>.

**171.** Il s'ensuit cinquante années de contacts irréguliers où les Européens restent peu intéressés par l'archipel. C'est seulement à partir des années 1840 que les *Teachers* de la *London Missionary Society*, tout comme la mission mariste française, s'installent en Nouvelle-Calédonie dans le but de convertir les autochtones au christianisme. Dans l'ensemble, les procédés des deux missions sont différents. Ceux des *Teachers* consistent à former un chef autochtone au protestantisme en dehors de sa communauté d'origine, pour l'y réintégrer ensuite afin que celui-ci diffuse le message religieux<sup>535</sup>. Les procédés maristes consistent à intégrer les communautés et à convaincre les Kanak de se convertir. Les pères maristes apportent ainsi des témoignages détaillés de systèmes représentatifs coutumiers, notamment rédigés à destination des autorités ecclésiastiques et du gouvernement français.

**172.** Dans *Mœurs et superstitions des Néo-Calédoniens*, le révérend Père Lambert écrit : « l'archipel Calédonien, relativement peu étendu, se divise en une multitude de tribus, qui presque toutes, ont un idiome à part. Ne dirait-on pas Babel sortie des eaux ? »<sup>536</sup>. En effet, même si la cartographie des chefferies n'est pas clairement déterminée, de grands chefs et des chefs locaux structurent systématiquement l'organisation précoloniale des tribus kanak<sup>537</sup>. De la tribu de Bélep dans

---

<sup>532</sup> LOUIS XVI, « Mémoire du Roi pour servir d'instruction particulière au sieur de La Pérouse, capitaine de vaisseau, commandant les frégates la Boussole et l'Astrolabe », publiées dans Jean-François de GALAUP dit comte de La Pérouse, *Voyage de La Pérouse autour du monde*, t. 1, Londres, Imprimerie d'A. Hamilton, 1799, spé. p. 11-96 pour les instructions du Roi et p. 40 pour l'extrait cité. Voir aussi, Georges DELBOS, *L'église catholique en Nouvelle-Calédonie, Un siècle et demi d'histoire*, Paris, Éd. Desclée, 1993, p. 29.

<sup>533</sup> LOUIS XVI, « Mémoire du Roi pour servir d'instruction particulière au sieur de La Pérouse, capitaine de vaisseau, commandant les frégates la Boussole et l'Astrolabe », *op. cit.*, p. 29.

<sup>534</sup> Joseph D'ENTRECASTEAUX et Elisabeth DE ROSSEL, *Voyage de d'Entrecasteaux, envoyé à la recherche de La Pérouse, publié par ordre de S. M. l'empereur et roi, sous le ministère de S. E. le vice-amiral Decrès, comte de l'Empire ; rédigé par M. de Rossel, ancien capitaine de vaisseau*, t. 1, Paris, Imprimerie Impériale, 1808, p. 349. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>535</sup> Selon John Williams, la christianisation passe par « l'évangélisation des insulaires par d'autres insulaires ». Voir, Paul FIZIN MAGULUE, « Les *teachers* du Pacifique au XIXe siècle ou l'émergence d'une nouvelle élite océanienne entre tradition et modernité », *Histoire et Missions chrétiennes*, n° 20, 2011, p. 139-152, spé. p. 145.

<sup>536</sup> Pierre LAMBERT, *Mœurs et superstitions des Néo-Calédoniens*, Nouméa, Publications de la société d'études historiques de la Nouvelle-Calédonie, Rééd. 1980 [1900], p. 65.

<sup>537</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 116.

laquelle il passe huit ans<sup>538</sup>, le père Lambert témoigne de la coexistence de deux chefs différents et parle de *téa*, le premier chef, et de *monéaou*, le second chef<sup>539</sup>. La succession à la chefferie lui semble héréditaire<sup>540</sup>. Il analyse également les procédés délibératifs :

Les pouvoirs et privilèges du chef sont fondés sur un droit coutumier qui, pour n'être pas écrit, est cependant exactement connu et rigoureusement observé. Le chef a ordinairement auprès de lui quelques hommes de confiance. Mais, pour les grandes entreprises, il consulte les personnages influents de toute la tribu, formant alors comme une espèce de grand conseil : c'est ce qu'ils appellent *oulaia mébou*, l'ordre des vieux. Les deux événements les plus importants pour l'indigène sont la guerre et les grandes réunions connues sous le nom de *Pilous*<sup>541</sup>.

Cette description du conseil est reprise aujourd'hui par les auteurs contemporains, et notamment par le professeur Antoine Leca qui explique que « le chef avait à ses côtés un conseil (*l'oulaia mébou* à Bélep) [...]. Il résulte de tout ceci que le pouvoir n'était pas concentré, mais partagé suivant des modalités qui malheureusement nous échappent dans les détails »<sup>542</sup>. Si l'organisation institutionnelle est moins connue que pour les autochtones du Canada, la représentation coutumière semble, ici aussi, liée à la consultation d'un conseil délibérant, laquelle prend des décisions pour la tribu.

**173.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, le journaliste Charles Brainne écrit un essai historique des plus complets sur la Nouvelle-Calédonie en s'appuyant sur des articles de journaux, des rapports et des lettres officiels. De l'organisation politique, il rapporte que les autochtones « ne forment pas un corps de nation, mais sont au contraire divisés en une trentaine de tribus, ayant chacune un chef particulier »<sup>543</sup>. Il compare cela à une féodalité :

La population de la Nouvelle-Calédonie se divise en deux catégories : celle des chefs de toute classe, espèce de féodalité fort nombreuse, et celle des jamboïtes ou serfs, sur lesquels les premiers, surtout ceux des classes les plus élevées, ont droit de vie et de mort. Il n'y a pas de petit village ou de hameau qui n'ait plusieurs chefs. Chaque tribu en a un principal, qui porte le nom de *téa* et auquel tous les autres obéissent : ces chefs font la guerre et la paix ; ils lèvent sur leurs sujets des impositions en vivres<sup>544</sup>.

La pluralité des chefs est également confirmée par les auteurs contemporains qui précisent qu'à « l'aube de l'occupation française, les officiers de marine de la base Napoléonville à Canala traitaient avec deux chefs, qui disposaient d'une autorité parallèle sur la même région, Kaké et

---

<sup>538</sup> À ce titre, les observations de l'auteur sont datées de la période entre 1856 et 1863. Voir, Bernard BROU, « Introduction à l'édition de 1976 », dans Pierre LAMBERT, *Mœurs et superstitions des néo-calédoniens*, *op. cit.*, p. III.

<sup>539</sup> Pierre LAMBERT, *Mœurs et superstitions des néo-calédoniens*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>540</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>541</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>542</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 118-119.

<sup>543</sup> Charles BRAINNE, *La Nouvelle-Calédonie, Voyages, missions, mœurs, colonisation, 1774-1854*, Paris, Hachette, Ch. Lahure, Imprimeurs du Sénat et de la Cour de cassation, 1854, p. IV.

<sup>544</sup> *Ibid.*, p. 239.

Gelima, qui agissaient tour à tour, indépendamment l'un de l'autre ou de concert»<sup>545</sup>. En outre, aux côtés des chefs, Charles Brainne témoigne aussi de l'existence du conseil d'Aînés :

Les plus grandes affaires des tribus se traitent dans un conseil où sont appelés les vieillards de la noblesse et quelquefois les grands chefs des tribus voisines ; quand il s'agit d'un intérêt commun, quand le *téa* meurt, par exemple, et que son successeur est en bas âge, un des vieux chefs de la tribu, le plus influent, devient son tuteur et gouverne en son nom ; il peut, à la majorité du *téa*, qui n'a pas lieu à un âge très-précis, conserver une grande influence et continuer à diriger en quelque sorte la tribu, mais il n'usurpe jamais<sup>546</sup>.

Enfin, il rend compte de la détérioration des relations entre missionnaires et autochtones, notamment lors des missions de 1843<sup>547</sup>. Justifiant son impuissance à protéger les maristes, un chef kanak soutient : « [m]es peuples sont trop bons pour m'obéir, si je leur donnais un ordre injuste »<sup>548</sup>, ce qui laisse entendre que même si le Chef porte la parole ou « tient lieu » pour sa communauté, cette dernière conserve ses possibilités d'action.

174. À la suite de ces conflits, les missionnaires sont chassés de la Nouvelle-Calédonie en 1847<sup>549</sup>. Il en est de même pour les protestants, car comme le regrette Charles Brainne, « [e]n donnant aux sauvages idolâtres le spectacle de ces fâcheuses dissidences, on enlevait une partie de son prestige à cette religion chrétienne qui puise sa force dans l'union de ses membres comme dans l'unité de sa doctrine »<sup>550</sup>.

175. Au terme de ces écrits, à la différence des observations faites en Polynésie, le système politique et juridique des Kanak est perçu comme facilement malléable : « la fondation de cette colonie ne saurait rencontrer d'obstacles sérieux. Comme ils [...] n'ont point de gouvernement régulier, comme à Tahiti, ils seraient vite domptés ; d'ailleurs, les missionnaires qui les ont visités les premiers, et qui ont pu s'établir au milieu d'eux, ont déjà modifié leurs penchants sauvages »<sup>551</sup>. En raison de sa position géostratégique dans le Pacifique, et fondée sur la perception que leurs gouvernements restent « malléables », en 1853, la Nouvelle-Calédonie est rattachée à l'État en tant que colonie, et non en tant que protectorat, comme c'est le cas à Wallis et Futuna.

---

<sup>545</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française, Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, op. cit., p. 118.

<sup>546</sup> Charles BRAINNE, *La Nouvelle-Calédonie, Voyages, missions, mœurs, colonisation, 1774-1854*, op. cit., p. 241.

<sup>547</sup> *Ibid.*, p. 71. « Les chefs d'ailleurs, si bien disposés qu'ils fussent, étaient impuissants à protéger les missionnaires ; leur pouvoir est insignifiant, et le roi de Koko entre autres, bien que l'allié des Français et l'ami des missionnaires, ne pouvait rien pour eux ».

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>549</sup> MINISTÈRE DE LA MARINE ET DES COLONIES, *Les colonies françaises en 1883*, Paris, Éd. Berger-Levrault, 1883, p. 221.

<sup>550</sup> Charles BRAINNE, *La Nouvelle-Calédonie, Voyages, missions, mœurs, colonisation, 1774-1854*, Paris, Hachette, Ch. Lahure, Imprimeurs du Sénat et de la Cour de cassation, 1854, p. 181.

<sup>551</sup> *Ibid.*, p. 294.



## 2. La compréhension du système représentatif coutumier à Wallis et Futuna

176. À Wallis et Futuna, dans le contexte des rivalités océaniques, les relations entre autorités coloniales et autorités coutumières, d'apparences moins conflictuelles, conduisent à l'établissement d'un protectorat français. Les Hollandais Le Maire et Schouten accostent pour la première fois à Futuna en 1616. Dans son journal de voyage, Guillaume Schouten explique qu'il ne peut discerner le roi des autres Indiens « car il marchait aussi tout nu, sinon en ce qu'ils lui portaient révérence, et qu'ils étaient fort bien obéis »<sup>552</sup>. Il atteste de la présence de plusieurs rois sur l'île qui se témoignent beaucoup d'honneurs entre eux. Ensuite, « ils assemblèrent beaucoup de peuple, jusqu'à bien 900 cents personnes. Étant assis ils recommencèrent derechef leurs adorations, selon leur coutume »<sup>553</sup>. S'ils ont des rois et que le système politique semble davantage hiérarchisé que pour les communautés mélanésiennes de Nouvelle-Calédonie, rien ne permet, à la lecture de ce seul document, de reconnaître l'existence de mécanismes délibératifs ou de représentation. L'île de Futuna n'est visitée de nouveau qu'en 1768, lorsque le Capitaine Louis Antoine de Bougainville l'aperçoit et la surnomme « l'enfant perdue »<sup>554</sup>.

177. La découverte d'Uvéea en 1767 est plus tardive et l'île prend le nom du Capitaine Wallis, premier Britannique à y accoster<sup>555</sup>. Malgré une tentative de prise de contact avec les autochtones<sup>556</sup>, la présence britannique d'une journée n'a alors aucune incidence sur la coutume et les institutions locales<sup>557</sup>. Les Français, absents des îles avant le XIX<sup>e</sup> siècle, arrivent seulement le 1<sup>er</sup> novembre 1837 sous le couvert de missions catholiques. L'accueil favorable des catholiques par le roi de Wallis trouve son explication dans les rivalités internes aux rois polynésiens. En effet, « le roi de Tonga et les pasteurs protestants qui le soutenaient étaient les ennemis héréditaires de l'indépendance wallisienne »<sup>558</sup>. L'implantation des missionnaires français et britanniques sur les territoires entraîne, « dans les dix années qui suivent, l'effondrement des croyances

---

<sup>552</sup> Guillaume SCHOUTEN, *Description du merveilleux voyage de Guillaume Schouten, Hollandois natif de Hoorn, fait des années 1615, 1616, 1617, 1618*, Amsterdam, chez Guillaume Janfon, 1618, p. 44. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 57. Citation adaptée de l'ancien français.

<sup>554</sup> Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : genèse de trois monarchies*, Paris, L'Harmattan, Thèse de doctorat, 2010, p. 35.

<sup>555</sup> MINISTÈRE DES OUTRE-MER, « Wallis-et-Futuna », ministère des Outre-mer, 2016, en ligne : <https://outre-mer.gouv.fr/wallis-et-futuna> (consulté le 11.07.2021).

<sup>556</sup> La rencontre reste marquée par le tir d'un coup de fusil, mais n'a abouti à aucun échange concret. Voir, Samuel WALLIS, *Voyages du Capitaine Cook, dans la mer du Sud, aux deux pôles, et autour du monde, premier, second et troisième, accompagnés des relations de Byron, Carteret et Wallis et d'une notice, ou nouveaux détails extraits de différents voyages plus récents, sur la Nouvelle-Hollande, la Nouvelle-Zélande, les îles de la Société, les îles des Amis, les Îles Sandwich, l'Indien Omai, et la révolte de l'équipage d'un vaisseau pour se fixer à Taiti, de 1764 à 1804*, Paris, Éd. Non précisée, 1811, p. 259.

<sup>557</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française, Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 208.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 208.

traditionnelles»<sup>559</sup>. Les autochtones mêlent et juxtaposent alors «des éléments identitaires chrétiens et autochtones de multiples façons, souvent consciemment, mais plus fréquemment encore du fait d’accommodements tacites»<sup>560</sup>. Un *middle ground* similaire à ceux observés en d’autres lieux de coexistence normative se développe.

**178.** Seule l’évangélisation des rois coutumiers est freinée par la croyance selon laquelle «des dieux habitent en eux» et fondent ainsi leur autorité<sup>561</sup>. Par exemple, «le roi Nuiliki, pour asseoir son autorité, a toujours prétendu être habité par le plus grand [... des Dieux]. Aussi craint-il de perdre la face, s’il venait à dire que tout cela n’était que fausseté. C’est un obstacle très sérieux à sa conversion»<sup>562</sup>. Précisément, les sociétés polynésiennes sont beaucoup plus hiérarchisées que les sociétés mélanésiennes de Nouvelle-Calédonie. Le professeur Ian Campbell explicite le système politique précolonial en ces termes :

L’autorité exercée par un tel chef était généralement absolue : il exigeait une obéissance sans faille, il était la source du droit et de la justice, décidait des questions de vie ou de mort. Mais s’il ignorait les conseils de ses pairs et les intérêts de ses sujets, il courait le risque d’assassinat ou de guerre civile. Bref, on peut décrire le système politique polynésien comme une aristocratie guerrière où coutume et tradition étaient susceptibles d’être modifiées par un certain pragmatisme<sup>563</sup>.

Concernant le système représentatif de l’époque, «[l]es rois contrôlent le pouvoir législatif grâce à l’institution du tabou [ou tapu]. Les tapu sont à l’origine des interdits mis en place par la personne sacrée du roi au nom de la divinité qu’il représente sur une personne ou une chose. Ces lois peuvent être temporaires ou bien définitives»<sup>564</sup>. En ce sens, le tabou ressemble à un droit de veto qu’aurait le roi sur les décisions prises par le conseil.

**179.** Toutefois, malgré l’autorité reconnue des rois, l’influence des maristes français ne cesse de grandir et d’œuvrer à la conversion des autochtones au catholicisme. Les figures de cette action sont le père Chanel<sup>565</sup> à Futuna et le père Bataillon à Wallis. Ce dernier est d’ailleurs à l’origine de la première législation futunienne, le Code Bataillon, rédigé en 1851 et adopté ensuite par les

---

<sup>559</sup> Frédéric ANGLEVIEL, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, Bordeaux, Centre de Recherche des Espaces tropicaux, 1994, p. 53.

<sup>560</sup> John BARKER, «Les mutations récentes du christianisme en Océanie», dans Darell TRYON (dir.), *Les Identités pacifiques : Actes du Colloque de Nouméa 15-16 Juillet 1999*, Canberra, The Australian National University, *La Nouvelle Revue du Pacifique*, vol. 2, n° 1, 2000, p. 116-127.

<sup>561</sup> Marc SOULE, «Relations coutume, État, Église à Wallis et Futuna 1837-1961», dans Jean-Marc REGNAULT (dir.), *La loi de 1905 et les colonies, Outre-mers Revue d’histoire*, t. 92, n° 348-349, 2005, p. 117-125, spé. p. 120.

<sup>562</sup> *Ibid.*

<sup>563</sup> Ian CAMPBELL et Jean-Paul LATOUCHE, *Les insulaires du Pacifique, Histoire et situation politique*, Paris, PUF, 2001, p. 12.

<sup>564</sup> Frédéric ANGLEVIEL, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>565</sup> Selon la professeure Allison Lotti, La tradition orale futunienne affirme que Pierre Chanel gagnait le cœur de plus en plus de Futuniens par son évangélisation. «Voyant en lui une menace, le roi d’Alo Niuliki désapprouve le frère mariste et cesse de lui offrir son hospitalité.» Toutefois, le fils du roi se convertit au catholicisme, ce qui engendre l’éclatement des tensions et le Père Chanel est tué. Peu après le massacre, toute l’île devenait chrétienne. Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : genèse de trois monarchies*, *op. cit.*, p. 43.

autorités traditionnelles, les deux rois de Futuna, qui s'engagent à le respecter<sup>566</sup>. L'influence du père Bataillon se manifeste aussi sur Wallis. En 1870, en accord avec la Reine Amelia, il rédige le *Tobi Fono O Uvea*, soit le Code des lois de Wallis. Ces lois concernent notamment l'Église, la corruption, le vol, les crimes, la circulation, l'interdiction de « vendre à un Blanc un morceau de la terre d'Uvéa » et enfin la création locale du droit. Le texte dispose d'une partie intitulée « loi sur le droit » qui précise que « si un chef établit une loi dans son village, cette loi n'est pas valable. S'il demande d'abord au gouvernement et que celui-ci accepte, la loi est valable »<sup>567</sup>, ce qui témoigne ainsi d'un certain partage des pouvoirs.

**180.** Le Code des lois de Wallis représente un aménagement de la coutume locale concilié avec la conception du droit français véhiculé par le mariste. D'une certaine manière, il constitue donc un *middle ground*, c'est-à-dire un processus dynamique par lequel des personnes de cultures distinctes — ici, des missionnaires français et des Wallisiens — établissent un système de compréhension et de conciliations mutuelles<sup>568</sup>. Il est possible de dire, avec le professeur Richard White, qu'« une population tente d'appivoiser une autre en ayant recours à ce qu'elle croit comprendre de ses us et valeurs »<sup>569</sup>. Le corps même du texte reconnaît une division des pouvoirs entre chef de village et gouvernement, et la capacité législative de chacune des institutions à créer conjointement des lois pour l'ensemble de la communauté. Il confirme que les missionnaires ont, sur place, une connaissance détaillée des institutions wallisiennes, tout du moins suffisamment détaillée pour réussir à en influencer la codification.

**181.** Par la suite, l'influence des maristes sur les rois wallisiens et futuniens joue un rôle prépondérant dans la demande de protectorat faite à la France. En effet, les institutions représentatives coutumières sont connues des missionnaires et des autorités, en Guyane, en Nouvelle-Calédonie, et à Wallis et Futuna. Grâce à cette première compréhension des systèmes représentatifs, l'État, par le truchement de l'administration coloniale, a donc pu s'appuyer sur les représentants autochtones locaux pour établir sa souveraineté.

---

<sup>566</sup> Atoloto MALAU, Atonio TAKASI et Frédéric ANGLEVIEL (dir.), *101 mots pour comprendre Wallis et Futuna*, Nouméa, îles de lumière, 1999, p. 121.

<sup>567</sup> « Tohi Fono O Uvea, Code de Wallis, 1870 », reproduit dans Antoine LECA et Vahi Sylvia TUHEIAVA-RICHAUD (dir.), *Recueil général de documents juridiques intéressant l'histoire du Royaume de Tahiti et des Établissements français en Polynésie, Tome 2 – Les codes locaux et textes assimilés (1819-1881)*, Aix-Marseille, PUAM, 2016, p. 313.

<sup>568</sup> Gilles HAVARD, « Comptes rendus Richard White », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 57-1, 2010, p. 204-206.

<sup>569</sup> Richard WHITE, *Le Middle Ground. Indiens, Empires et Républiques dans la région des Grands Lacs, 1650-1815*, op. cit., p. 25.

**PARAGRAPHE 2** - La reconnaissance conventionnelle circonstanciée des systèmes représentatifs coutumiers

**182.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, les autorités coloniales se servent des institutions représentatives préexistantes comme autant d’alliés pour asseoir l’entreprise coloniale. À ce titre, le principe d’associer le chef coutumier à l’administration coloniale est théorisé par Joseph Gallieni dans les années 1890. Sur le modèle du gouvernement indirect, il soutient qu’il est préférable de conserver le système politique préexistant, en lui maintenant son prestige, pour en faire un instrument ne bénéficiant que d’une autorité réduite<sup>570</sup>. Il explique qu’«il vaut mieux, en général, conserver ce fantôme de pouvoir, auquel l’indigène est plus habitué et derrière lequel nous pouvons manœuvrer plus à l’aise»<sup>571</sup>. Le *middle ground* instauré — s’il est encore possible de nommer en ces termes cette «coexistence des mondes» — semble toutefois nettement moins favorable aux autochtones.

**183.** Dès lors, les chefs et conseils coutumiers témoignent de leur habilitation à représenter lors des conclusions de diverses conventions avec la France, engageant par leur signature l’ensemble de leur communauté. Les autorités coutumières sont sollicitées, d’une part, quant à la reconnaissance des statuts de droit colonial (**A**), et d’autre part, quant à la conclusion d’alliances pour lutter contre les tribus opposées à l’application desdits statuts (**B**).

**A.** La reconnaissance du système représentatif coutumier par l’adoption des statuts coloniaux

**184.** Dans l’entreprise de conquête coloniale, les représentants locaux sont souvent appelés à reconnaître la souveraineté de l’État colonisateur. Bien qu’acquis par des procédés opaques et mises en place «sous un voile hypocrite»<sup>572</sup>, ces contorsions juridiques visent à légitimer la conquête aux yeux du droit international. Par un effet quelque peu paradoxal, la reconnaissance de ces statuts coloniaux par les conseils et chefs coutumiers entraîne réciproquement la reconnaissance juridique de leur capacité à *tenir lieu* ou à *vouloir pour* la communauté, donc, en un certain sens, à la représenter. Deux exemples peuvent être mobilisés pour justifier cette idée : la

---

<sup>570</sup> Guy AGNIEL, *De la collectivité humaine à la collectivité locale de droit commun, L’évolution vers la structure communale en Nouvelle-Calédonie (1853-1977)*, Nouméa, Publications de la Société d’Études historiques de Nouvelle-Calédonie, 1993, p. 15.

<sup>571</sup> Joseph GALLIENI, *Trois colonnes au Tonkin (1894-1895)*, *op. cit.*, 1899, p. 155.

<sup>572</sup> Jean PERRINJAQUET, «Des annexions déguisées de territoires», *Revue Générale de droit International Public*, vol. 16, 1909, p. 316-367, spé. p. 318-319. Il écrit aussi : «À l’abri de ce paravent, de cette hypocrisie juridique, on espère dissimuler le fait matériel, la conquête».

reconnaissance par les autorités kanak de la souveraineté française (1) et le protectorat mis en place avec les rois de Wallis et Futuna (2).

### 1. La prise de possession de la Nouvelle-Calédonie.

**185.** Une première prise de possession de la Nouvelle-Calédonie a lieu en 1844<sup>573</sup>. L'amiral Duperré, ministre de la Marine et des colonies, prend seul, sans en référer à son gouvernement, cette décision : l'objectif officiel est de « s'assurer de l'accord préalable des chefs de l'île par la signature d'une déclaration de reconnaissance de souveraineté »<sup>574</sup>. Le ministre démissionne en février 1843, mais les instructions sont tout de même transmises du vice-amiral Dupetit-Thouars au commandant du *Bucéphale*<sup>575</sup>. La confiance des chefs kanak et de leur conseil est alors sollicitée, par des prévenances et des marques d'honneur, des invitations, des cadeaux, en vue de reconnaître la souveraineté française. Le 1<sup>er</sup> janvier 1844, la déclaration de souveraineté est signée par les grands chefs locaux selon la procédure commune : « explications préalables, signature, cadeaux »<sup>576</sup>.

**186.** Selon le rapport du commandant Lafferrière, les articles de la déclaration sont alors « bien examiné[s], bien commenté[s] et admis par les chefs » et les conseils qui les accompagnent<sup>577</sup>. La lettre de la déclaration est rédigée comme suit :

Nous, chefs de l'île d'Opao (Nouvelle-Calédonie) savoir : Pikili-Pouma, Roi du pays de Koko ; Paima, chef du pays de Balade ; Dolio, frère du Roi de Koko, Toe, frère du Roi de Koko, Goa-Pouma, frère du chef de Balade, ainsi que Tiangou et Oundo, Teneondi-Tombo, Roi de Kouma et ses frères Chopé-Meaou, Oualai et Ghibat ; au nom du Roi du pays de Boudé, ses fils Dounorma-Tchapea, Cohin et Houangheno, par-devant les soussignés, Commandant et Officiers de la corvette française le *Bucéphale*, déclarons :

Que voulant procurer à nos peuples les avantages de leur réunion à la France, nous reconnaissons, à dater de ce jour, la souveraineté pleine et entière de S.M. le Roi des Français Louis-Philippe Ier et de son gouvernement, plaçant nos personnes et notre terre d'Opao (Nouvelle-Calédonie) sous leur haute protection vis-à-vis de toutes les Puissances Étrangères, et adoptons pour nôtre le pavillon français, que nous jurons de faire respecter par tous les moyens en notre pouvoir.

Fait à Balade, et remis entre les mains du commandant de la corvette française le *Bucéphale*, en présence des témoins ci-dessus dénommés, le 1<sup>er</sup> janvier 1844<sup>578</sup>.

---

<sup>573</sup> Pierre DARESTÉ, *Traité de droit colonial*, t. 2, *op. cit.*, 1931, p. 16-17.

<sup>574</sup> Joël DAUPHINE, « Du nouveau sur la première prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France (1843-1846) » dans Paul DE DECKKER et Pierre-Yves TOULLELAN (éds.), *La France et le Pacifique, Revue française d'histoire d'outre-mer*, t. 76, n° 284-285, 1989, p. 111-130, spé. p. 113.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>577</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>578</sup> *Traité conclu à Balade le 1<sup>er</sup> janvier 1844, entre la France et les Rois et Chefs de la Nouvelle-Calédonie, pour la cession de leurs domaines*. Cette version du texte est reprise et confirmée par deux sources. Georges DELBOS, *L'église catholique en Nouvelle-Calédonie, Un siècle et demi d'histoire*, *op. cit.*, p. 41 ; Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 128. Ces derniers auteurs déplorent par ailleurs que les signataires incluent les frères des rois ce qui démontre « l'embarras des Français qui n'ont pas à l'époque clairement perçu l'organisation politique des populations rencontrées ».

187. Les signatures sont suivies de rituels de reconnaissance : l'arborescence du pavillon français, l'érection de croix, les coups de canon, la récitation d'une messe<sup>579</sup>, illustrant une certaine appropriation symbolique du territoire<sup>580</sup>. Quelques jours plus tard, le document est ratifié par les chefs de Koumac et les fils de celui de Bondé, de sorte que, lorsqu'il parvient au contre-amiral Dupetit-Thouars, il y figure quatorze signatures, « celles des chefs, celle du commandant et celle de ses officiers »<sup>581</sup>. Cependant, dans un souci de pacification des relations franco-anglaises et en raison de l'affaire Pritchard<sup>582</sup>, sur ordre du roi Louis-Philippe, le nouveau ministère de la Marine ne ratifie pas puis annule cet acte de souveraineté. Il faut attendre le 1<sup>er</sup> mai 1853, pour que, discrètement, l'ordre de prendre possession de la Nouvelle-Calédonie soit dépêché au commandant de la station navale du pacifique, le contre-amiral Febvrier-Despointes<sup>583</sup>.

188. Le 24 septembre 1853, la seconde prise de possession demeure très ritualisée. À l'intérieur du camp, environ « cent cinquante canaques baptisés sont admis, laissant les autres autochtones curieux en dehors des palissades »<sup>584</sup>. Devant l'assistance, accompagné d'officiers de deux états-majors, le contre-amiral énonce :

Aujourd'hui, vingt-quatre septembre mil huit cent cinquante-trois, à trois heures de l'après-midi, en vertu des ordres de mon gouvernement, je prends officiellement possession, au nom de l'empereur et pour la France, de l'île de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances, sur laquelle je fais arborer le pavillon national, — à ce moment le pavillon [est] hissé en tête du mât de la mission, — et je déclare à tous qu'à partir de ce jour cette terre est française et propriété nationale<sup>585</sup>.

Selon le père Forestié, les autochtones « avaient bien compris qu'à partir de ce jour l'amiral devenait le grand chef de toutes les tribus et le maître de tout le pays »<sup>586</sup>. Les Kanak repartis, le procès-verbal de la prise de possession est rédigé, puis signé par les officiers, les missionnaires et l'amiral, couronné par le sceau de commandement<sup>587</sup>.

---

<sup>579</sup> Joël DAUPHINE, « Du nouveau sur la première prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France (1843-1846) », *art. cit.*, p. 113.

<sup>580</sup> Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, *op. cit.*, p. 231. Pour les rituels d'appropriation symbolique des territoires, Voir, Bernard DURAND, « Chapitre 1. Le droit par le recours aux rituels », dans Bernard DURAND, *Introduction historique au droit colonial*, Paris, Economica, 2015, p. 230-239

<sup>581</sup> Georges DELBOS, *L'église catholique en Nouvelle-Calédonie, Un siècle et demi d'histoire*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>582</sup> George Pritchard, missionnaire protestant britannique, conseilla la reine Pomare IV vers le refus de l'influence française. L'affaire en elle-même, lieu d'influences concurrentes entre Britanniques protestants et Français catholiques, conduit à une guerre franco-tahitienne entre 1844 et 1846 et à de nombreuses tensions diplomatiques entre grandes puissances coloniales. Pour les tenants et les aboutissements de l'Affaire Pritchard voir, Paul DE DECKKER, « Discordia Consularis. L'affaire Pritchard vue de l'intérieur », *Journal de la Société des océanistes*, n° 78, tome 40, 1984, p. 35-44.

<sup>583</sup> Alfred SCHREINER, *Essai historique : la Nouvelle-Calédonie depuis sa découverte (1774) jusqu'à nos jours*, Paris, Éd. E. Dentu, 1882, p. 174.

<sup>584</sup> Albert DE SALINIS, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, Paris, Éd. V. Retaux et fils, 1892, p. 174.

<sup>585</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>586</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>587</sup> Procès-verbal de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par le contre-amiral Febvrier-Despointes. (Arch. F.O.M.), Balade, 24 septembre 1853. Le texte du procès-verbal de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie est

189. Quelques jours plus tard, l'amiral s'appuie sur les conseils du père Goujon quant aux « pourparlers » et au mode de prise de possession de l'île des Pins, l'objectif étant d'obtenir le consentement officiel du roi Vendegou pour la donation de l'île à la France, qui se dissimulait des Britanniques à l'intérieur de ses terres<sup>588</sup>. L'amiral dit alors au roi : « La France n'a pas besoin de l'île des Pins ; mais ayant pris la Nouvelle-Calédonie, elle ne peut vouloir que les Anglais s'établissent en maîtres chez vous. À l'ombre du drapeau français, qui vous protégera, vous serez toujours chef à l'île des Pins »<sup>589</sup>. Il lui assure aussi une pension annuelle<sup>590</sup>. Le procès-verbal de la prise de possession de l'île des Pins au nom de Napoléon III est alors signé le 29 septembre 1853<sup>591</sup> et ressemble davantage à une forme de protectorat, « lui permettant de gouverner l'île, sous l'autorité de l'Administration française »<sup>592</sup>. Le versement de la pension au roi est inscrit au bulletin officiel de la colonie<sup>593</sup>.

---

le suivant : « Ce jourd'hui, samedi 24 septembre 1853, à trois heures de l'après-midi. Je soussigné, Auguste Febvrier-Despointes, contre-amiral, commandant en chef les forces navales françaises de la mer Pacifique, agissant d'après les ordres de mon gouvernement, déclare prendre possession de l'île de la Nouvelle-Calédonie au nom de S. M. Napoléon III, empereur des Français. En conséquence, le pavillon français est arboré sur ladite île (Nouvelle-Calédonie) qui, à partir de ce jour, 24 septembre 1853, devient, ainsi que ses dépendances, colonie française. Ladite prise de possession est faite en présence de MM. les officiers de la corvette à vapeur le Phoque et de MM. les missionnaires français qui ont signé avec nous. Fait à terre, au lieu de Balade (Nouvelle-Calédonie), les heures, jour, mois et an que dessus. Ont signé : E. De Bovis, L. Candéau, A. Baraxer, les pères Hougeyron, Forestier, et Vigouroux, A. Cany, Muller, Butteaud, Mallet, L. Deperier, A. Amet, L. De Marcé, 1er Contre-Amiral Febvrier-Despointes ». Reproduit dans Albert DE SALINIS, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, op. cit., p. 175-176. L'original du procès-verbal a été remis aux autorités de Nouvelle-Calédonie le 5 mai 2018 par Emmanuel Macron.

<sup>588</sup> Albert DE SALINIS, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, op. cit., p. 204.

<sup>589</sup> *Ibid.*, p. 209-213. Deux jours plus tard, une demande similaire est formulée par les Anglais, le commandant du Herald, au même chef : « Grand roi, tout cela est ta propriété, si tu le veux ; en retour, tu abandonneras ton île à l'Angleterre, qui se charge désormais d'assurer le bonheur des insulaires soumis à ton autorité ».

<sup>590</sup> Cette information est confirmée par les écrits d'Eugène Magen : « La soumission du chef de l'île des Pins ayant été faite en 1853 par M. l'amiral Febvrier-Despointes, nous n'eûmes point à nous en occuper. Ce chef indigène est devenu un fonctionnaire français, payé à raison de 1 800 francs par an ». Voir, Eugène MAGEN, *La Nouvelle-Calédonie*, Agen, Impr. de Lenthérie, 1879, p. 23. Par ailleurs le montant de la pension diffère selon les sources, Antoine Leca parle d'une somme de 125 francs par mois. Voir, Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, op. cit., p. 130. Par ailleurs, c'est une somme que le chef ne toucha qu'à partir de 1878, soit 24 ans après.

<sup>591</sup> Procès-verbal de la prise de possession de l'Île des Pins par le contre-amiral Febvrier-Despointes, baie de l'Assomption (île des Pins), 29 septembre 1853. Le texte du procès-verbal est le suivant : « Ce jourd'hui, jeudi 29 septembre 1853. Je soussigné, Auguste Febvrier-Despointes, Contre-amiral, commandant en chef les forces navales françaises dans la mer Pacifique, agissant d'après les ordres de mon gouvernement, déclare prendre possession de l'île des Pins au nom de S. M. Napoléon III, Empereur des Français. En conséquence, le pavillon français est arboré sur ladite île des Pins, qui, à compter de ce jour 29 septembre 1853, devient, ainsi que ses dépendances, colonie française. L'île continuera à être gouvernée par son chef, qui relèvera directement de l'autorité française. Ladite prise de possession faite en présence de MM. les missionnaires français, des officiers du Phoque et du chef Ven-de-Gon, qui ont signé avec nous. Fait à terre, en double expédition, les jours, mois et an que dessus. Ont signé E. De Bovis, A. Barazer, L. Candéau, A. Cany, L. Dépériers, Mallet, Muller, Chapuy, Goujon, A. Gellé, A. Amet, le chef de l'île Vendegou X., le contre-amiral, commandant en chef, Febvrier-Despointes ». Reproduit dans, Albert DE SALINIS, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, op. cit., p. 177. Le document est remis aux autorités de Nouvelle-Calédonie le 5 mai 2018 par Emmanuel Macron.

<sup>592</sup> Claudy CHENE, « L'île des pins, un espace carcéral (1872-1913) », *Sciences humaines combinées, Revue électronique des Écoles doctorales*, n° 13, 2014, en ligne : <https://preo.u-bourgogne.fr/shc/index.php?id=351> (consulté le 11.07.2021)

<sup>593</sup> La décision est insérée dans le bulletin officiel n°4 selon les termes suivants : « Une solde sera payée au chef de l'île des Pins, en tant qu'il observera les conditions du traité souscrit le 29 septembre 1853. Le chef de l'île des Pins ayant

190. Toutefois, à cette époque, la Nouvelle-Calédonie est peuplée de tribus indépendantes, par ailleurs souvent en conflit<sup>594</sup>. La reconnaissance de souveraineté d'un chef coutumier, si elle vaut pour la tribu ou le clan, n'engage pas l'ensemble des peuples du territoire. En 1854, le Capitaine de Montravel entreprend de compléter la prise de possession par le recueil d'actes reconnaissant formellement la souveraineté de Napoléon III<sup>595</sup>. Les actes sont alors tous rédigés selon la même trame :

Aujourd'hui [date], je soussigné, Louis de Montravel, Capitaine de Vaisseau, commandant de la corvette la Constantine, certifie : que le chef de la tribu de [...] a fait, à terre, à la batterie de la Constantine, et de son plein gré la déclaration suivante : Je reconnais et accepte librement la souveraineté de Sa Majesté Napoléon III, Empereur des Français sur la Nouvelle-Calédonie, et je m'engage, en reconnaissance de la protection que m'assure une nouvelle nationalité, à protéger et à faire respecter tout sujet français ou autre étranger qui viendrait s'établir sur le territoire de ma tribu où qu'y s'y trouverait accidentellement. En foi de quoi le présent acte a été signé par le chef de [...] et les personnes présentes à la déclaration. Fait à terre, au fort de [...] / à bord de [...], Les jours, mois et an que dessus<sup>596</sup>.

Le 23 janvier, Le capitaine de Montravel commence par la signature du chef de la tribu de Pouma, Philippo Boueone, puis le 15 février par celle du chef des Muélébé<sup>597</sup>. Le 7 mai « Bouarate dit Basset signe pour les siens à Hienghène, puis le 15 mai, c'est Kai à Canala, le 22 mai, Boula à Kouaoua »<sup>598</sup>. Enfin l'acte est ensuite renouvelé à Nouméa et à Morare<sup>599</sup>.

191. Il ressort de ces documents que les chefs et leurs conseils locaux ont une importance dans la reconnaissance officielle du statut de colonie de la Nouvelle-Calédonie. Ces actes sont surtout destinés à faire office de garantie à l'attention de la communauté internationale. En se fondant sur

---

réclamé une solde du gouvernement français, nous certifions que l'amiral Fébvrier-Despointes lui a promis, en notre présence, la solde provisoire de 125 francs par mois, à dater de la signature du traité qu'il a consenti le 29 septembre 1853, laquelle solde pourrait être augmentée par la suite, mais jamais diminuée, tant que le chef observera les conditions dudit traité. En foi de quoi nous avons cru devoir lui délivrer la présente attestation, qu'il a demandée pour lui servir auprès du commandant des forces françaises en Nouvelle-Calédonie. Fait double à l'île des Pins, ce 18 janvier 1854. Signé : GOUJON, missionnaire apostolique ; CHAPUY, prêtre missionnaire — Le capitaine du Phoque, signé : E. DE BOVIS. » Voir la note du Père MONTROUZIER dans, Albert DE SALINIS, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, Paris, Éd. Collection XIX, 2016.

<sup>594</sup> Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 39-40.

<sup>595</sup> MINISTÈRE DE LA MARINE ET DES COLONIES, *Les colonies françaises en 1883*, *op. cit.*, p. 222. Voir aussi, Jean-Claude-Paul ROUGIER, *Précis de législation et d'économie coloniale*, Paris, Éd. L. Larose, 1895, p. 393.

<sup>596</sup> Gérald GENEST, « Le code de Montravel, le code oublié (1854) », dans Armand HAGE et Jean-Yves FABERON (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 221-232, spé. p. 224. Voir aussi Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française, Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>597</sup> Gérald GENEST, « Le code de Montravel, le code oublié (1854) », *op. cit.*, p. 224.

<sup>598</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française, Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>599</sup> Gérald GENEST, « Le code de Montravel, le code oublié (1854) », *op. cit.*, p. 224. Par ailleurs, ces actes sont cités par l'arrêté du gouverneur n° 147 du 24 décembre 1867 reconnaissant l'existence légale de la tribu dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie : « Vu les actes, en date des 23 janvier, 8 et 15 février, 7, 15 et 22 mai, 16 août (année 1854), passés entre le capitaine de vaisseau commandant la corvette "La Constantine" et les chefs des diverses tribus actes dans lesquels lesdits chefs reconnaissent et acceptent librement la souveraineté de la France, s'engagent à protéger et faire respecter tout sujet français ou autre étranger qui viendrait s'établir sur le territoire de leurs tribus ou qui s'y trouverait accidentellement ». Voir, Arrêté n° 147, du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*, B.O.N.C., 1867, p. 350.



le droit coutumier international, le professeur François Luchaire relève deux conditions essentielles, pour que la prise de possession soit considérée comme effective, à savoir « une prise de possession officielle [...] accompagnée d'une notification adressée aux autres puissances. La deuxième condition se présente comme une obligation d'effectivité : les États s'engagent à maintenir sur le territoire colonial une autorité permanente »<sup>600</sup>. Ainsi, dans ce nouveau contexte international, la seule découverte de la « *terra nullius* » ne suffit plus, elle s'accompagne de la recherche du consentement des représentants autochtones.

**192.** Par effet de réciprocité, les autorités françaises reconnaissent *de jure* la capacité à « représenter » des chefs, délibérant avec leurs conseils locaux, sans pour autant leur accorder une autorité envers les relations extérieures autres que celle d'engager la parole de leur communauté dans la reconnaissance de la souveraineté française. *A posteriori*, il apparaît que les actes de souveraineté ne revêtent toutefois pas une grande force juridique, au regard de la façon dont ils ont été acquis et de l'indépendance des tribus peuplant l'archipel. Le préambule de l'Accord de Nouméa les qualifie d'ailleurs « d'actes unilatéraux » et non de véritables conventions<sup>601</sup>. Au-delà de la Nouvelle-Calédonie, le processus par lequel le consentement des représentants locaux est recherché s'observe aussi pour les îles de Wallis et Futuna, lors de l'établissement de son protectorat.

## 2. Le protectorat de Wallis et Futuna

**193.** Bien que le statut de droit colonial soit différent, le rôle des représentants locaux est tout aussi important sur ces îles. Influencé par les maristes, le roi Vaimua de Wallis formule une première demande de protectorat le 4 novembre 1842<sup>602</sup>. En 1844, dans le contexte international de l'affaire Pritchard qui interrompt les annexions françaises dans le Pacifique, Louis-Philippe

---

<sup>600</sup> François LUCHAIRE, *Droit d'outre-mer*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1959, p. 27. Voir aussi, Raphaël MAPOU, *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie : l'état colonial républicain face aux institutions juridiques Kanakes*, Thèse de Doctorat en droit, Université de Perpignan, version en ligne, 2018, p. 146.

<sup>601</sup> « Les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés, mais, de fait, des actes unilatéraux ». Voir, *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, Préambule. Dans le même sens, le professeur François Luchaire souligne que « l'annexion d'un territoire colonial même après sa notification reste un acte unilatéral, que les autres États s'estimaient d'ailleurs libres de reconnaître ». Voir, François LUCHAIRE, *Droit d'outre-mer, op. cit.*, p. 28.

<sup>602</sup> Le texte de cette première demande de protectorat est la suivante : « Proclamation du chef des îles Wallis, du 4 novembre 1842, relative à ses rapports extérieurs. Nous le roi des îles Wallis et les chefs soussignés, après avoir embrassé la religion catholique apostolique et romaine, déclarons vouloir former un État libre et indépendant, et en raison de la communauté de religion, demandons à être sous la protection de sa majesté le roi des Français. Le même conseil du roi et des chefs, voulant entretenir des relations amicales avec tous les peuples chrétiens leurs frères, décide, que tous seront reçus dans les îles Wallis, en tant qu'ils se conformeront à la religion et aux lois du pays ». Cité dans Georg FRIEDRICH MARTENS, Frédéric MURHARD, Karl MURHARD, J. PINHAS et Julius HOPE, *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables*, vol. 3, Göttingue, Librairie de Dieterich, 1845, p. 608.

n'accepte le protectorat que sur le principe, sans qu'il n'y ait de traité proprement ratifié. Cependant, des liens d'amitié de plus en plus étroits s'établissent entre les deux pays<sup>603</sup>. Après l'arrivée au pouvoir de Napoléon III, l'annexion des îles Fidji en 1874 par les Britanniques, et la conférence de Berlin en 1884, les années 1880 voient les équilibres politiques se modifier et relancent l'expansion européenne. Le gouvernement français prend alors l'initiative de régulariser la situation d'un protectorat non effectif, sans représentant officiel de la France en définissant la nature des rapports avec Wallis, par la mise en place d'un protectorat officiel et effectif<sup>604</sup>.

**194.** Par définition, « le protectorat est un régime juridique conventionnel par lequel deux États prévoient entre eux une répartition de compétences », laquelle peut néanmoins s'avérer inégale<sup>605</sup>. Au niveau de ses fondements juridiques, deux éléments sont essentiels dans l'établissement du protectorat : « l'acte doit être établi entre deux parties — l'autorité coloniale et la *nation* autochtone — et l'accord est contractuel avec des droits réciproques »<sup>606</sup>. Au XIX<sup>e</sup> siècle, il existe deux types de protectorats : le protectorat international ou de droit des gens et le protectorat colonial, le premier s'appliquant aux îles de Wallis et Futuna<sup>607</sup>. Ce protectorat, reconnu par le droit international, encore intitulé droit des gens, voit la coexistence de « deux souverainetés : une locale, qui s'exerce sur la population indigène, l'autre extérieure (celle de France), qui contrôle la première »<sup>608</sup>. Le partage des compétences s'effectue alors au moyen d'un traité. Par cette convention, la France absorbe les relations extérieures du pays protégé<sup>609</sup>. Cependant, ce régime laisse intactes les prérogatives du représentant de l'État protégé, « tout au moins dans les rapports avec les États tiers ; car dans les rapports avec la Puissance protectrice, la présence de cette

---

<sup>603</sup> Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, Paris, Société des Océanistes, 1972, p. 2.

<sup>604</sup> Joseph Félix BLANC, *L'héritage d'un évêque d'Océanie*, Toulon, Imp. Jeanne d'Arc, 1921, p. 296.

<sup>605</sup> Bernard GILLE, « Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna », dans Armand HAGE et Jean-Yves FABERON (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 273-280, spé. p. 273.

<sup>606</sup> Raphaël MAPOU, *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie : l'état colonial républicain face aux institutions juridiques Kanakes*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>607</sup> Il est cité en exemple de protectorat international par François GAIRAL DE SEREZIN, *Le protectorat international : la protection-sauvegarde, le protectorat de droit des gens, le protectorat colonial*, Paris, Pedone, 1896, p. 157. *A contrario*, le professeur François Luchaire qualifie le protectorat de Wallis et Futuna de droit interne : le traité passé entre les autorités françaises et locales serait donc un acte unilatéral, au même titre que l'acte de prise de possession de la Nouvelle-Calédonie. Cela n'entache pas la démonstration puisque malgré cette qualification différente en droit international, le protectorat de droit interne recherche également le consentement des autorités coutumières, auquel le statut de Wallis et Futuna reconnaît *de jure* une importance particulière. En effet, le professeur François Luchaire ajoute : « les rois de Wallis et Futuna ont été maintenus avec l'organisation traditionnelle ». Voir, François LUCHAIRE, *Droit d'outre-mer*, *op. cit.*, p. 482. Sur les ambiguïtés du traité de protectorat, Voir, Jean-Paul PASTOREL, « Retour sur le protectorat », dans Carine DAVID (dir.), *L'Océanie dans tous ses États. Mélanges à la mémoire de Guy Agniel*, Schœlcher, Laboratoire caribéen de sciences sociales, 2020, p. 127-137, spé. p. 133-135.

<sup>608</sup> Jacques BOUINEAU et Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire des Institutions, 1750-1914*, *op. cit.*, p. 488.

<sup>609</sup> *Ibid.*, p. 488.

dernière s'impose, comme généralement en toute hypothèse où un État souverain est en contact avec un État mi-souverain, placé sous sa dépendance»<sup>610</sup>.

195. Dans ce régime du droit des gens, en général «le lien de protectorat ne s'oppose pas à ce que l'État protégé soit traité en personne internationale, et le chef de son gouvernement, en souverain»<sup>611</sup>. Cependant, comme le relève le professeur Jean-Paul Pastorel, «il n'y a pas deux protectorats absolument identiques»<sup>612</sup>. Dans ce mutuel engagement entre la France et Wallis<sup>613</sup>, un résident est donc chargé des relations extérieures et de traiter les affaires concernant les Européens<sup>614</sup>. Le traité dispose également que «la Reine désire conserver toute son indépendance. Elle désire aussi conserver toute son autorité sur les naturels»<sup>615</sup>, et par là, sa capacité législative et son pouvoir d'édification des tabous. Ainsi, après négociation<sup>616</sup>, le traité est rédigé par la reine d'Uvéa<sup>617</sup>, puis signé le 19 novembre 1886<sup>618</sup>. Elle est rejointe la même année par les autres rois wallisiens, Anise Tamole pour Sigave et Malia Soane Musulamu pour Alo, dont les traités sont

---

<sup>610</sup> François GAIRAL DE SEREZIN, *Le protectorat international : la protection-sauvegarde, le protectorat de droit des gens, le protectorat colonial*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>611</sup> *Ibid.*, p. 159. Le professeur Jean-Paul Pastorel ajoute «en théorie, tous les protectorats conservent leur compétence internationale», mais en pratique, la Société des Nations se montre réticente «à intégrer en son sein les États totalement "dépendants" ou les petits États soumis à l'influence de puissances voisines». C'est le cas pour Wallis et Futuna. Voir, Jean-Paul PASTOREL, «Retour sur le protectorat», *op. cit.*, p. 130-132.

<sup>612</sup> Jean-Paul PASTOREL, «Retour sur le protectorat», *op. cit.*, p. 131.

<sup>613</sup> Les versions sur l'origine de la demande de protectorat diffèrent. Le magistrat Eric Rau affirme que la demande vient de la reine Amélia elle-même : «Amélie résolut de faire confirmer la situation de la France par une demande formelle de protectorat qu'elle adressa en 1886 au Commandant du Decrès, M. de Montesquiou-Fezensac». Voir, Éric RAU, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, Paris, Éd. Domat-Montchrétien, 1935, p. 7. Cependant, Bernard Gille affirme que «c'est la France qui prit l'initiative d'instaurer un protectorat effectif sur Wallis et Futuna dans le cadre de la relance de la politique coloniale par Jules Ferry. Dès le 19 novembre 1886, la reine Amélia accepta le traité préparé par Paris». Voir, Bernard GILLE, «Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna», dans Armand HAGE et Jean-Yves FABERON (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>614</sup> «Traité de protectorat de Wallis du 19 novembre 1886», dans Jules DE CLERCQ (dir.), *Recueil des traités de la France*, t. XVII, Paris, Publié sous les auspices du ministère des Affaires étrangères, 1917, p. 279.

<sup>615</sup> *Ibid.*

<sup>616</sup> Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, *op. cit.*, p. 5 : «Il s'agissait apparemment d'obtenir que le projet de traité avec la France se présente comme demandé par la reine Amélia, sans aucune pression de la part des autorités françaises».

<sup>617</sup> *Ibid.*, p. 6. «Les termes définitifs du traité en projet furent rédigés et signés d'Amélia Lavelua». Là aussi, les versions diffèrent. Cependant, pour Frédéric Angleviel, c'est de la reine Amélia dont vient l'initiative et c'est à Paris qu'est ensuite rédigé le traité. «C'est à partir de ces propositions que le texte final du Protectorat sera élaboré à Paris. On s'aperçoit en particulier que dans ce cas précis, il ne s'agit nullement d'un diktat de la part de la puissance européenne envers un État plus faible, mais plutôt du libre choix d'un micro-État, fortement influencé par la religion chrétienne, de s'associer à une entité plus grande susceptible de le protéger d'éventuels ennemis». Voir également, Frédéric ANGLEVIEL, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 188.

<sup>618</sup> La lettre du traité est la suivante : «La Reine des Wallis, désirant resserrer les liens qui, depuis de longues années déjà, l'unissent à la France, accepte de se mettre sous le protectorat de la France. Comme marque extérieure de ce mutuel engagement, elle écartèlera son pavillon du pavillon français. Un résident sera chargé des affaires extérieures et de toutes les affaires concernant les Européens. La reine désire conserver toute son indépendance. Elle désire aussi conserver toute son autorité sur les naturels. Le Résident aura le droit de siéger au Conseil des ministres. La nomination de ce Résident sera soumise à l'acceptation de la reine et même le désir de la reine serait, tant que cela ne gênera pas les relations internationales, que le Résident soit un père de la Mission et plus tard, lorsque le Résident sera pris en dehors de la Mission, il sera encore assisté comme interprète par un des pères de la Mission auprès de la Reine dans le Conseil des ministres. La reine déterminera un terrain d'à peu près vingt hectares, à la convenance du Résident et des fonctions qu'il aura à remplir. Fait à Wallis le 19 novembre 1886, Amélia Lavelua». Voir, «Traité du 19 novembre 1886», dans Jules DE CLERCQ (dir.), *Recueil des traités de la France*, *op. cit.*, p. 279.

ratifiés par décret le 5 avril 1887<sup>619</sup>. En septembre 1887, les rois de Futuna font une demande similaire pour obtenir les mêmes conditions que la reine de Wallis. Il faut attendre le décret du 16 février 1888, ratifiant les traités des 13 novembre 1842 et 29 septembre 1887, pour que le protectorat soit étendu à l'île de Futuna<sup>620</sup>. Le décret du 5 mars 1888 unifie les deux protectorats en un seul, reconnu par le droit international. Financièrement et administrativement, ce protectorat reste rattaché à la Nouvelle-Calédonie de 1887 à 1909<sup>621</sup>.

**196.** Ainsi, par la définition même du protectorat comme régime conventionnel reconnaissant l'indépendance des institutions traditionnelles, les autorités coloniales parties au traité reconnaissent *de jure* l'existence d'un système représentatif coutumier. Une même reconnaissance du système coutumier de représentation a lieu lors de la conclusion d'alliances avec les autochtones.

#### **B. La reconnaissance du système représentatif coutumier par la conclusion d'alliances**

**197.** Durant le Second Empire, comme en Nouvelle-France, le système représentatif coutumier joue un rôle important dans la conclusion d'alliances diplomatiques avec les autorités coloniales. Ces dernières se sont alliées avec les autochtones dans des objectifs servant l'enracinement du droit dans les sociétés coloniales. En effet, Joseph Gallieni préconise de s'appuyer sur les dynamiques politiques locales, éléments clefs de la stabilisation de l'entreprise coloniale : « [t]oute agglomération d'individus, races, peuples, tribus ou familles, représente une somme d'intérêts communs ou opposés ; s'il y a des mœurs et des coutumes à respecter, il y a aussi des haines et des rivalités qu'il faut savoir démêler et utiliser à notre profit, en les opposant les unes aux autres, en nous appuyant sur les uns pour mieux vaincre les seconds »<sup>622</sup>. Les alliances sont donc souvent conclues dans des contextes de rivalités tribales, notamment à la suite de tribus considérées comme plus favorisées que d'autres par les autorités coloniales. Deux exemples, en Guyane et en Nouvelle-Calédonie, peuvent être approfondis. Le premier concerne les conventions avec les

---

<sup>619</sup> En effet, sous la III<sup>e</sup> République, les traités sont ratifiés par décrets par le Président de la République. Voir, Décret *qui ratifie deux traités qui ont placé les îles Wallis sous le protectorat de la France*, XII, B.MLXXXVIII, 5 avril 1887, n° 17, p. 939, disponible au recueil Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, 1887, p. 113. Ce texte dispose : « Art 1<sup>er</sup> sont ratifiés, 1 le traité du 4 novembre 1842, par lequel le roi Lavelua, assisté des principaux chefs du pays, a placé les îles Wallis sous le protectorat de la France ; 2, le traité de commerce passé, le même jour avec le roi Lavelua ; 3° le traité du 19 novembre 1886, par lequel la reine Amélie, fille du feu roi, a accepté de nouveau le protectorat de la France ».

<sup>620</sup> Décret du 16 février 1888 *portant ratification des déclarations faites par le roi et les chefs de l'île Futuna, en vue de placer leur pays sous le protectorat de la France*, B.O. de l'administration des colonies n°2, 1888, p. 127.

<sup>621</sup> Bernard GILLE, « Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna », *op. cit.*, p. 275.

<sup>622</sup> Joseph GALLIENI, *Rapport d'ensemble sur la pacification, l'organisation et la colonisation de Madagascar, (octobre 1896-mars 1899)*, *op. cit.*, p. 31.

Bushinenges, et par là leur reconnaissance juridique (1). Le second exemple est constitué des alliances avec certaines tribus kanak afin de mettre un terme aux insurrections d'autres tribus, notamment celles de 1878 (2).

### 1. Les conventions avec les tribus bushinenges.

**198.** En Guyane, le contexte demeure celui d'une concurrence accrue avec les Pays-Bas pour la délimitation de la frontière du fleuve Maroni, entraînant *de facto* les populations bushinenges installées aux abords du fleuve, les Boni et Ndyuka, au centre d'une guerre d'influence<sup>623</sup>. En 1836, l'explorateur français Leprieur «est accusé d'avoir conclu un traité avec les Boni, entraînant les protestations des Ndyuka et des autorités néerlandaises»<sup>624</sup>. Le 9 novembre de la même année, est signé une convention entre les gouverneurs des deux Guyanes, d'autorité coloniale à autorité coloniale, enjoignant les Boni à respecter la frontière, approuvée en 1837 par le ministère des Colonies<sup>625</sup>.

**199.** Dans les années qui suivent l'abolition de l'esclavage en 1848, les Français cherchent à s'établir non loin du fleuve, mais les conflits non résolus avec les Ndyuka, eux-mêmes en conflit avec les Boni, rendent la tâche complexe. Le 8 septembre 1860, une convention est alors négociée et signée directement avec le *Gran Man* des Ndyuka, Byman, qui prévoit «la libre circulation sur le Maroni et la fin de la tutelle ndyuka sur les Boni»<sup>626</sup>. La convention reconnaît alors le *Gran Man* comme chef et les capitaines comme second chef : «art. 1er. Le *Gran Man* Byman, éclairé par S. E. le gouverneur de la Guyane hollandaise en séance publique et en présence de ses capitaines, reconnaît l'entière liberté du fleuve Maroni comme de ses affluents». La signature du *Gran Man* engage alors l'ensemble de sa communauté. La convention va jusqu'à nommer les Français selon les termes marrons, mais comme le précise Yerri Uban, l'article 6 est amputé à la publication : «art. 6. Le *Gran Man* des Aucas étant l'ami du *Gran Man* français, il sera accordé une prime de 20 francs pour tout transporté déserteur de nos établissements pénitentiaires capturé et ramené sur un de ces établissements.» L'article 6 est repris dans la décision, publiée au bulletin officiel de

---

<sup>623</sup> Voir *supra*, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, para. 165-167.

<sup>624</sup> Yerri URBAN, «Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes», *art. cit.*, p. 207.

<sup>625</sup> «Convention entre les gouverneurs des Guyanes hollandaise et française concernant les nègres Bonis», dans Jean-Marcel HURAUULT et Monique POULIQUEN, *Documents pour servir à l'histoire des Noirs réfugiés Bonis de la Guyane française*, Manuscrit non publié, Cayenne, Centre ORSTOM, 1954, p. 217. Cité par, Yerri URBAN, «Le rattachement d'un peuple marron à la France — les Boni, de la Guyane néerlandaise à la Guyane française 1836-1892», *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, vol. 43, 2019, p. 1-42, spé. p. 18.

<sup>626</sup> Yerri URBAN, «Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes», *art. cit.*, p. 209.

la colonie, où les termes employés pour désigner le *Grand Man* sont tout autres : « conformément à la convention conclue, le 8 septembre 1860, avec le chef des nègres awcas, la prime à allouer pour capture des transportés évadés a été fixée invariablement à la somme de 20 francs, qui sera immédiatement payée aux capteurs, pour chaque évadé ramené par des gens de cette tribu »<sup>627</sup>. Ainsi se dessine la stratégie des autorités françaises : niant la souveraineté néerlandaise, l'objectif est de considérer les populations marronnes du bord du fleuve comme des tribus indépendantes, de traiter directement avec leurs représentants et de leur reconnaître une plus grande autonomie qu'au Surinam<sup>628</sup>, pour que ces dernières et les territoires contestés qu'elles occupent soient rattachés à la France.

**200.** Dans les années qui suivent, si le rattachement des territoires à la France demeure difficilement envisageable, l'alliance franco-boni de 1887 permet à ces populations marronnes d'être conventionnellement rattachées. Comme l'explique Yerri Urban, deux accords jouent un rôle important : « un accord oral conclu dans les années 1870, [...] la reconnaissance symbolique de cette alliance, alors que sa reconnaissance officielle se traduira par un accord écrit et publié, conclu en 1887 »<sup>629</sup>. L'accord oral, dont les conditions restent floues, comporte toutefois de réels effets juridiques puisqu'une allocation est versée au *Gran Man Anato* à partir de 1877<sup>630</sup>. La découverte d'un gisement d'or en 1885 oblige à la rédaction d'une convention écrite, où « le *Gran Man Anato* s'engage à interdire le passage sur la rive gauche de l'Awa à tous les exploiters et chercheurs d'or qui viendraient s'établir sur le territoire contesté entre la France et la Hollande »<sup>631</sup>.

**201.** Enfin, en 1882, à l'issue d'un arbitrage frontalier défavorable aux Français, une convention est conclue avec les Saramacas de la Guyane hollandaise. Le document commence par la formule suivante : « Au nom de tous mes capitaines, chefs de village et en celui de tous mes sujets, Moi, Akrosoe Abraham, *Gran Man* de la tribu des Saramacas établi dans la Haute-Guyane hollandaise, voulant reconnaître les services rendus aux honneurs de ma tribu »<sup>632</sup>, traduisant une certaine capacité du *Gran Man* à s'exprimer pour ces sujets. Cette convention s'avère ainsi le point de départ de certains déplacements des Saramaka sur la rive droite du Lawa, « sous la protection » des autorités françaises.

---

<sup>627</sup> Décision du 21 août 1861 *qui fixe la prime de capture des transportés évadés à l'égard des Nègres awcas*, B.O.G.F. n° 529, 1861, p. 328.

<sup>628</sup> Yerri URBAN, « Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes », *art. cit.*, p. 214.

<sup>629</sup> *Ibid.*

<sup>630</sup> *Ibid.*

<sup>631</sup> Acte *intervenue entre le gouverneur de la Guyane française et le Gran Man des Bonis pour interdire le passage sur la rive gauche de l'Awa à tous les exploiters et chercheurs d'or qui viendraient s'établir sur le territoire contesté entre la France et la Hollande*, B.O.G.F. n° 279, 1887, p. 185.

<sup>632</sup> Yerri URBAN, « Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes », *art. cit.*, p. 218.

**202.** Il ressort de ces conventions que les Boni n'adoptent pas un rôle passif face aux autorités coloniales françaises, dont ils souhaitent se rapprocher et obtenir la reconnaissance<sup>633</sup>. En effet, pour les autorités traditionnelles Boni, « recevoir des autorités coloniales un document écrit (Pampila) est signe de prestige et de respect »<sup>634</sup>. Ces conventions témoignent de la reconnaissance juridique des autorités traditionnelles par les autorités coloniales, et, réciproquement, confortent le *Gran Man* dans sa position de chef, seule institution de la société boni à recevoir des *pampilas*<sup>635</sup>. Des alliances similaires existent avec les autorités kanak.

## 2. Les alliances avec certaines tribus kanak.

**203.** Entre les années 1855 et 1880, en Nouvelle-Calédonie, les échanges entre Français et Kanak se crispent à la suite de mauvais traitements des premiers envers les seconds. En 1859, les autochtones de la tribu de Poébo tuent le commandant de leur circonscription<sup>636</sup>. Les Français se fondent alors sur les rivalités préexistantes entre tribus. Ils réussissent à s'allier au chef indigène Waton, dont l'adhésion reste motivée par d'anciennes rivalités locales, en lui adressant le message suivant : « Tu es notre allié fidèle, je suis ton ami. Les assassins Jack et Kandio sont chez Damé. Va les prendre, tu seras richement récompensé si tu les amènes et tu me prouveras que tu es digne d'être allié de mon Gouvernement. Au camp de Morari, le 12 juin 1859 »<sup>637</sup>. Quelques semaines plus tard, Waton, aidé du chef de Paita, Jacques Quindo, ramène les assassins. Il contribue par la suite à la capture d'autres chefs en révolte et conclut les premières alliances avec la France<sup>638</sup>. En 1862 il est décoré, avec trois autres chefs, d'une médaille d'or portant l'effigie du souverain<sup>639</sup>.

**204.** Les décisions des chefs coutumiers, prises par suite des décisions des conseils, engageant l'ensemble de leur communauté dans des alliances avec la France, et témoignent ici, *de facto* plus que *de jure*, d'une certaine habilitation à représenter de ces deux institutions traditionnelles.

---

<sup>633</sup> Yerri URBAN, « Les Marrons et le droit en Guyane française de 1836 à la "francisation" », dans Jean MOOMOU (dir.), *Sociétés marronnes des Amériques. Mémoires, patrimoines, identités et histoire du XVII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècles*, Matoury, Ibis Rouge, 2015, p. 427-436, spé. p. 427-436.

<sup>634</sup> Jean MOOMOU, « La mission du père Brunetti chez les Boni de la Guyane française à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Entre évangélisation et stratégie d'approche du colonisateur français », *art. cit.*, p. 135.

<sup>635</sup> *Ibid.*

<sup>636</sup> Jules GARNIER, *Voyage à la Nouvelle-Calédonie : 1863-1866*, Hautes-Pyrénées, Éd. Zulma, 1991, p. 255.

<sup>637</sup> Alfred SCHREINER, *Essai historique : la Nouvelle-Calédonie depuis sa découverte (1774) jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>638</sup> Jules GARNIER, *Voyage à la Nouvelle-Calédonie : 1863-1866*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>639</sup> Alfred SCHREINER, *Essai historique : la Nouvelle-Calédonie depuis sa découverte (1774) jusqu'à nos jours*, *op. cit.*, p. 197. Le chef Waton est, par ailleurs, cité dans l'arrêté reconnaissant l'existence légale de la tribu : « Vu la décision ministérielle du 21 mars 1862 accordant, sur la demande du Commandant de la Nouvelle-Calédonie, des médailles d'honneur en or aux trois indigènes Titéma, dit Watton, Kaké et Gélîma, chefs des tribus de Manongoé et de Canala, en récompense de leur dévouement et de l'aide donnée, par eux et leurs indigènes, à nos troupes dans les expéditions dirigées contre des tribus agressives ». Voir, Arrêté n° 147, du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*, B.O.N.C., 1867, p. 350.

Toutefois, peu de temps après, l'arrêté gubernatorial du 24 décembre 1867, citant les actes de souveraineté et les récompenses aux chefs alliés, reconnaît une existence légale et la personnalité juridique à la tribu néo-calédonienne<sup>640</sup>. Cet acte précise aussi l'habilitation à représenter des chefs et conseillers coutumiers, reconnus par les autorités françaises, dont les missions sont de veiller au bien général de la communauté. Il est rédigé ainsi :

Attendu, qu'à la tête de la tribu [...] se trouve un grand chef, à qui est adjoints des chefs de village et des conseillers, qu'il choisit parmi les plus influents, tous ayant pour mission de veiller au bien général de la communauté ; d'empêcher au moyen de l'autorité dont ils disposent et, au besoin, de l'appui des commandants de circonscription, que nul ne soit atteint dans sa personne ou dans ses biens<sup>641</sup>.

Cet extrait présente encore la conception d'une représentation coutumière fondée sur les compétences des chefs et de leurs conseillers à *vouloir pour* la communauté et à décider dans le sens de l'intérêt général. Par l'arrêté du 22 janvier 1868, la tribu reçoit également la capacité d'ester en justice, représentée par son chef<sup>642</sup>.

**205.** Malgré cette reconnaissance en droit, la situation tendue entre colons et Kanak reste qualifiée de « calme avant la tempête »<sup>643</sup>. La révolte la plus importante fait suite à l'arrestation des chefs des tribus de la vallée de Foa, en 1878<sup>644</sup>. La population soulevée compte alors mille personnes capables de se battre<sup>645</sup>. Il ne s'agit pas d'une révolte de tous les Kanak, comme le soulève Jean-Louis Seurin en 1986 : « s'il y avait eu une révolte générale, comment moins de 20 000 Européens auraient-ils pu résister longtemps aux 46 000 Mélanésiens, qu'on veut nous présenter aujourd'hui comme un peuple révolté et uni ? »<sup>646</sup>. À ce titre, « plus de la moitié des tribus ont jugé opportun de soutenir les Français »<sup>647</sup>, notamment par une alliance avec les Canalas. En effet, les Canalas constituent des alliés des Français depuis 1856, au même titre que la

---

<sup>640</sup> Arrêté n° 147, du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie, préc.*

<sup>641</sup> *Ibid.*, p. 351.

<sup>642</sup> Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 *relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène*, B.O.N.C., 1868, p. 17-21. L'article 3, paragraphe 2 dispose : « Les instances seront suivies au nom du chef de la tribu et en sa qualité ».

<sup>643</sup> Jules GARNIER, *Voyage à la Nouvelle-Calédonie : 1863-1866, op. cit.*, p. 256.

<sup>644</sup> « Elle était occasionnée, en partie par les vexations dont les naturels avaient été l'objet (violation de leurs sépultures, distributions de terres, qui leur étaient enlevées sans compensation) ». Voir, Jean-Claude-Paul ROUGIER, *Précis de législation et d'économie coloniale, op. cit.*, p. 394. Pour une description détaillée des causes, Voir, Alain SAUSSOL, « Chapitre 7. L'insurrection de 1878 » dans Alain SAUSSOL, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, 1979, p. 189-261.

<sup>645</sup> Hervé COUTAU-BEGARIE et Jean-Louis SEURIN, *Nouvelle-Calédonie : les antipodes de la démocratie, op. cit.*, p. 29.

<sup>646</sup> *Ibid.*, p. 29-33. Comme ils l'expliquent, les thuriféraires du FLNKS veulent aujourd'hui faire de cet événement, l'acte fondateur de la nation kanak. Les auteurs contestent ici un certain discours idéologique attribué *a posteriori*, « qui veut imposer aujourd'hui le mythe d'une révolte continue et d'un peuple kanak unifié participant en 1985, comme en 1878, au même mouvement de l'Histoire. [...] La "trahison" des Canalas à l'égard du chef Atai n'a pas lieu pour la bonne raison qu'à l'époque Atai n'incarnait nullement un mouvement national ou même général des Mélanésiens ». Cette approche est confirmée par la thèse de doctorat de l'australienne Linda LATHAM, *La Révolte de 1878 : étude critique des causes de la rébellion de 1878 en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Société d'études historiques de la Nouvelle-Calédonie, 1978, p. 3-63.

<sup>647</sup> Hervé COUTAU-BEGARIE et Jean-Louis SEURIN, *Nouvelle-Calédonie : les antipodes de la démocratie, op. cit.*, p. 33.



tribu du chef Waton<sup>648</sup>. Toutefois, les alliances ne signifient « pas tant une adhésion partagée à la colonisation française qu'une relation concurrentielle qui tente de prendre les Français comme ressources »<sup>649</sup>. En effet, les Canalas ne sont pas unanimes sur la conduite à adopter lors de l'insurrection de 1878 :

Au sein de la chefferie, le débat est vif [...]. Les chefs sont là avec le chef de guerre, mais peu de guerriers. Les chefs délibèrent. Les uns sont indécis, les autres pour l'insurrection. [...] Brusquant les choses, Servan clôt le palabre en donnant le signal du départ. Il enfourche son cheval. Tous le suivent, alors que rien n'est décidé sur le fond. À Koindé, au milieu de la nuit, a lieu le rassemblement général. [...] autour des feux, les palabres reprennent. La tension est palpable. Une nouvelle fois, Servan intervient. Il coupe court aux conciliabules en donnant l'ordre de marche. On le suit encore<sup>650</sup>.

L'officier français du groupe mesure alors le danger et accomplit un geste coutumier fort, qui change le cours des événements : il donne au chef de guerre son fusil, le don d'une arme symbolisant une offre d'alliance selon les coutumes kanak<sup>651</sup>. Ce geste, suivi d'une blessure du chef de guerre par les Mélanésien insurgés, aurait précipité l'alliance canalo-française. Elle est ensuite scellée oralement, et le chef Atai, initiateur de l'insurrection, est tué de la main d'un Canala, souvenir marquant de l'histoire kanak<sup>652</sup>.

**206.** Il ressort de cet épisode que l'appui sur les tribus de Canala, par l'alliance entre autorités françaises et chefs coutumiers, permet à ces premières de maîtriser les révoltes et de rester sur le territoire. Ces alliances, convenues sur le terrain en fonction des événements, ramènent ainsi « la politique coloniale française dans cette région à ce qu'elle était : non pas un grand dessein impérial mené avec volontarisme, mais une politique indigène conduite empiriquement, au coup par coup, avec des moyens parcimonieux »<sup>653</sup>. *De facto*, ce pragmatisme rend compte d'une véritable coexistence des systèmes juridiques dans laquelle les conceptions de la représentation de chacune des parties jouent un véritable rôle dans le dessein colonial.

---

<sup>648</sup> Alain SAUSSOL, « En marge de l'insurrection Kanak de 1878 : nos « fidèles alliés Canala », mythe ou réalité ? », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 136-137, 2013, p. 169-180, spé. p. 172.

<sup>649</sup> Michel NAEPELS, « Le devenir colonial d'une chefferie kanake (Houaïlou, Nouvelle-Calédonie) », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 4, 2010, p. 913-943, spé. p. 927.

<sup>650</sup> Alain SAUSSOL, « En marge de l'insurrection Kanak de 1878 : nos “fidèles alliés Canala”, mythe ou réalité ? », *art. cit.*, p. 175.

<sup>651</sup> *Ibid.*

<sup>652</sup> Pour une analyse *a posteriori* des causes de la révolte de 1878 par le gouvernement français, Voir, Rapport du général de brigade A. de TRENINIAN, « Sur les causes de l'insurrection canaque de 1878 », Nouméa, 4 février 1879, reproduit par, Roselène DOUSSET-LEENHARDT, *Colonialisme et contradiction*, Paris, L'Harmattan, 1978, p. 129-133.

<sup>653</sup> Hervé COUTAU-BEGARIE et Jean-Louis SEURIN, *Nouvelle-Calédonie : les antipodes de la démocratie, op. cit.*, p. 34.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**207.** Les systèmes représentatifs coutumiers semblent composés d'institutions représentatives similaires : des « assemblées délibérantes » et des chefs autochtones. Les assemblées autochtones, lorsqu'elles existent, sont de véritables institutions représentatives en ce qu'elles décident et veulent dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté. Pour ce qui a trait aux chefs autochtones, ils semblent, eux, dotés d'une habilitation à représenter au titre de deux conceptions. La première de cette conception, volitive, est celle de *vouloir pour* la communauté, en étant simple membre – si ce n'est le membre le plus influent – des assemblées délibérantes. La seconde conception concerne le chef lorsque, sans délibérations préalables avec ses conseils ni sans capacité à légiférer, celui-ci négocie avec les autorités étrangères, soutient les intérêts de sa communauté et s'engage dans des traités en son nom. Cette conception, un peu différente, ressemble alors plus à celle d'une « incarnation » envers l'extérieur et se rapproche davantage d'une délégation de pouvoir de la communauté, afin que l'autorité coutumière puisse « agir » en son nom.

**208.** À ce stade de la démonstration, il ne s'agit pas de décrire l'intégralité des institutions des systèmes coutumiers de représentation de l'époque qui ne sont par ailleurs que partiellement connues. Il ne s'agit pas non plus de rapporter systématiquement tous les échanges, ni les points d'entente, ni les pierres d'achoppement, ayant lieu entre autorités coloniales et traditionnelles. Il s'agit simplement de démontrer la récurrence, non sans adaptation, des mécanismes juridiques des politiques coloniales. L'un de ces mécanismes, à l'ambivalence certaine, est de s'appuyer sur les systèmes représentatifs coutumiers pour mieux implanter le droit colonial. Cet appui s'accompagne nécessairement d'un intérêt pour l'organisation institutionnelle des autochtones et d'une indispensable connaissance des habilitations à représenter que peuvent avoir les chefs, les porte-paroles et les conseils délibératifs des différentes populations.

**209.** Au-delà d'une simple connaissance des systèmes représentatifs coutumiers, c'est une véritable reconnaissance en droit qui est parfois consacrée. Ainsi, les traités de paix, de neutralité ou d'association, en Nouvelle-France, en Guyane française ou en Nouvelle-Calédonie, sont précédés de négociations entre autochtones, et entre Européens et autochtones, lors d'échanges diplomatiques plus ou moins asymétriques. Les traités consacrent alors les chefs et conseils coutumiers comme des institutions représentatives aptes à engager l'ensemble de leur communauté dans la décision finalement ratifiée. De même, les actes de reconnaissance de souveraineté en Nouvelle-Calédonie et les traités de protectorat témoignent de l'exercice d'une

véritable souveraineté, souveraineté qui est ensuite déléguée, par les systèmes représentatifs traditionnels.

**210.** Toutefois, la reconnaissance *de jure* des systèmes représentatifs coutumiers, si elle s'accorde, aux premiers abords, au sein d'un certain *middle ground*, n'est ensuite qu'un moyen stratégique pour mieux gouverner les populations locales, et par là également, pour implanter une autre conception de la représentation politique. Ainsi, dans de nombreux cas, la reconnaissance juridique des représentants autochtones n'est accompagnée d'aucun autre effet que celui de leur utilisation comme relais pour les autorités coloniales. Le but reste que les autochtones adhèrent, par la persuasion plus que par la force, aux nouvelles institutions qui seront mises en place.



## CHAPITRE 2 - L'ASSIMILATION DES SYSTÈMES REPRÉSENTATIFS COUTUMIERS PAR LE DROIT ÉTATIQUE

211. Durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, des signes de changements dans les rapports avec les populations autochtones commencent à se manifester, que ce soit sur les territoires français ou canadiens. Dans l'ensemble, les collaborations liées aux premières arrivées des colons, alors en infériorité numérique, laissent la place à des systèmes étatiques et à une occupation du territoire nettement plus consolidés<sup>654</sup>. De nombreux éléments expliquent l'évolution des rapports entre les populations natives et immigrantes. D'une part, l'augmentation des installations européennes et la volonté étatique de rentabiliser au maximum les territoires occupés rendent les modes de vie autochtones et allochtones de plus en plus incompatibles. D'autre part, dans les années 1860, la résurgence de théories scientifiques servant l'idéologie de la hiérarchie des peuples<sup>655</sup> donne un cadre international propice aux politiques visant l'assimilation de certaines populations. Dans la continuité, le droit international évolue vers une approche positiviste, non plus fondée sur des droits naturels applicables à tous les peuples, mais sur des règles édictées par les États européens<sup>656</sup>. Enfin, de façon paradoxale, concomitamment au développement des empires, le modèle de l'État-nation se consolide au XIX<sup>e</sup> siècle. Le droit concourt alors « au projet de centralisation politique intrinsèque au projet de construction nationale en promulguant et en imposant un droit unique, qui émane d'un appareil politique centralisé et qui vise à réduire les pluralismes normatifs (juridiques) et identitaires »<sup>657</sup>. Dans ce contexte, après une première reconnaissance de leurs coutumes, les institutions politiques autochtones sont niées, ce qui justifie la mise en place d'une législation coloniale et la domination de l'État sur les systèmes représentatifs coutumiers<sup>658</sup>.

---

<sup>654</sup> Un exemple de la consolidation de l'État n'est rien d'autre que l'acte de création du Dominion du Canada, créé par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, autrement intitulée la Loi constitutionnelle de 1867, réunissant au départ les provinces de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Par ailleurs, de 1880 à 1936, les « affaires autochtones » seront majoritairement reliées au portefeuille du ministre des Affaires indiennes. Parallèlement, en France, les colonies sont initialement rattachées au ministère de la Marine ou au ministère du Commerce jusqu'aux années 1860, pour finir par être rattaché au ministère des Colonies entre 1894 et 1946. Des organes gouvernementaux distincts sont donc officiellement en charge de la politique coloniale, qui, si l'on pouvait en douter jusqu'alors, n'est plus vraiment une affaire d'adaptions aux terrains.

<sup>655</sup> Notamment les théories darwinistes et le courant d'anthropologie évolutionniste. Voir, Robert DELIÈGE, *Une histoire de l'anthropologie. Écoles, auteurs, théories*, Paris, Seuil, 2013.

<sup>656</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 70.

<sup>657</sup> Mylène JACCOUD, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 11, n° 2, 1996, p. 217-234, spé. p. 223.

<sup>658</sup> Le professeur François Luchaire écrit : « La colonisation proprement dite exige un élément juridique, il faut qu'une nation domine l'autre ». Voir, François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 21. Au sens strict, Antoine Leca définit la colonisation comme « l'installation et la conquête par les Européens des terres situées Outre-mer, qui sont associées à un mode de domination, discriminant

212. Conséquemment, il s'agit de comprendre comment les modifications coloniales des systèmes autochtones entraînent peu à peu leur assimilation contrainte au modèle étatique de représentation politique. L'assimilation, conçue comme la suppression des particularismes d'un système juridique afin de l'intégrer au système juridique majoritaire<sup>659</sup>, n'est pourtant pas exempte, initialement, de règles dérogatoires. En effet, d'individu non chrétien, parfois désigné comme allié, l'autochtone se retrouve désormais enfermé dans de nouveaux statuts juridiques, celui d'Indien ou d'Indigène, pour lesquels les règles de droit diffèrent<sup>660</sup>. Ces statuts particuliers sont justifiés par leur caractère transitoire, « dans l'attente d'un stade d'évolution suffisant des colonisés »<sup>661</sup>: l'assimilation totale ne serait possible qu'après une phase de transition.

213. Par ailleurs, dans les ordres juridiques canadien et français, c'est l'élection, au moyen du suffrage universel masculin, qui devient le mécanisme de désignation principal, tendant à concurrencer la conception volitive de la représentation<sup>662</sup>. En effet, en France, après la chute du Second Empire, l'élection des députés est renouvelée par la Loi constitutionnelle du 25 février

---

l'élément prépotent et les sujets (les Indigènes) susceptibles d'agréger le premier groupe en s'assimilant, mais dont la masse demeura vouée à un statut exorbitant du droit commun ». Voir, Antoine LECA, « Colonisation », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 83-86, spé. p. 83-84.

<sup>659</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUmarede, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 374. L'assimilation se conçoit comme le degré le plus élevé d'acculturation, où le système juridique assimilé abandonne ses particularismes pour se conformer au système juridique majoritaire ou dominant. L'assimilation juridique peut être consentie et positive, mais elle est souvent le résultat d'une politique visant à « l'homogénéisation de la société politique nationale par l'intégration des différences minoritaires ».

<sup>660</sup> Au Canada, « Indien » prend une majuscule quand il est utilisé comme un nom. En France, le terme « indigène » ne prend, majoritairement, pas de majuscule. Pour ne pas appliquer deux règles différentes, les majuscules seront utilisées pour les deux syntagmes. Toutefois, dans les citations, la graphie initiale sera conservée. Aussi, au Canada, le terme « Indiens » désigne les autochtones durant la période coloniale. En France, le terme « Indigène » recouvre une définition similaire, puisque « le mot indigène, en droit colonial français, sert à qualifier la population aborigène d'un territoire de colonisation qui a été [...] annexé à la France [...]. Le mot « indigène » [...] appelle un autre qualificatif en lequel se traduisent les prérogatives juridiques dont il est assorti et qui en font véritablement un état particulier, une qualité juridique ». Voir, Henry SOLUS, *Traité de la condition indigène en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1<sup>ère</sup> éd., 1927, p. 11. Pour ce chapitre portant sur un contexte colonial particulier, seront employés indifféremment les termes « Indiens » et « autochtones » pour le Canada, et les termes « Indigènes » et « autochtones » pour la France. Cependant, il faut souligner, avec Stéphanie Guyon et Benoît Trépiéd, que l'« on peut avoir été indigène hier sans devenir autochtone aujourd'hui : en témoignent les stratégies mahoraises, wallisiennes-et-futuniennes contemporaines d'intégration à la France à des degrés divers, allant de la conservation du *statu quo* institutionnel du droit civil particulier à Wallis-et-Futuna jusqu'à la départementalisation et la disparition progressive du droit coranique à Mayotte. En témoignent aussi les trajectoires des militants « indigènes » des grands partis anti indépendantistes de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie, qui revendiquent une forte autonomie politique à l'intérieur de la République, en dehors de l'indépendance ou des droits autochtones. En témoignent enfin les mouvements indépendantistes kanaks et maoris, qui demandent une sortie du colonialisme français par l'indépendance, plutôt que par l'autochtonie ». Voir, Stéphanie GUYON et Benoît TREPIED, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », *op. cit.*, p. 99. Il reste que cette étude ne tient pas compte des trajectoires militantes dans la qualification de l'autochtonie et s'appuie notamment sur la définition onusienne et l'avis de la CNCDH explicitée en introduction.

<sup>661</sup> Norbert ROULAND, « Autonomie et autochtonie dans la zone Pacifique sud : approches juridique et historique », *RFDC*, n° 104, 2015, p. 911-934, spé. p. 914.

<sup>662</sup> Sur les évolutions conceptuelles de la représentation politique au XIX<sup>e</sup> siècle, voir, *Supra*, Introduction, Section 1, Paragraphe 3.

1875 *relative à l'organisation des pouvoirs publics*<sup>663</sup>. De même, à la suite de l'union entre le Haut et le Bas Canada, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 réaffirme l'élection comme mode de désignation des membres de la Chambre de communes<sup>664</sup>.

**214.** Pourtant, parallèlement, les États imposent la mise en œuvre de règles particulières concernant les systèmes représentatifs coutumiers. Par exemple, les nominations des chefs sont souvent confirmées et surveillées par les autorités étatiques. Ces régimes particuliers contribuent à la disparition progressive des systèmes coutumiers de représentations : un tel contrôle par l'État s'inscrit comme le corollaire d'une représentation coutumière effacée (**SECTION 1**). Aux côtés de ces règles particulières, les autochtones restent exclus du droit commun de la représentation politique en se voyant refuser le qualificatif de citoyen. Une telle distinction suscite des interrogations quant à l'appartenance des autochtones à la nation, donc à leur représentation politique. L'existence de plusieurs régimes au sein de la représentation politique perdure jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Dès lors, si la nouvelle législation accorde la citoyenneté aux autochtones et tend à rapprocher les statuts d'Indien et d'Indigène du régime de droit commun, ces nouvelles règles peuvent encore être perçues comme uniformisantes. Ainsi, le contrôle étatique de l'accès à la citoyenneté se conçoit comme le corollaire d'une représentation nationale discutée (**SECTION 2**).

**SECTION 1 – Le contrôle étatique des systèmes coutumiers de représentation, corollaire d'une représentation coutumière effacée**

**215.** L'adoption de régimes dérogeant au droit commun de la représentation se vérifie pour la majorité des territoires nouvellement acquis : le droit applicable aux colons se distingue du droit applicable aux autochtones. Dans ce cadre, l'intérêt réside dans les règles de droit particulières appliquées aux autochtones, en ce qu'elles constituent une volonté d'encadrer, voire de supprimer,

---

<sup>663</sup> Loi du 25 février 1875 *relative à l'organisation des pouvoirs publics*, art. 1 : «Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat. - La Chambre des Députés est nommée par le suffrage universel, dans les conditions déterminées par la loi électorale». En effet, durant le Second Empire, les élections restent très encadrées par le régime, avec la pratique des candidatures officielles proposées par l'exécutif.

<sup>664</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 37 : «La Chambre des Communes sera, sujette aux dispositions de la présente loi, composée de trois cent huit membres, dont cent six représenteront Ontario, soixante-quinze Québec, onze la Nouvelle-Écosse, dix le Nouveau-Brunswick, quatorze le Manitoba, trente-six la Colombie-Britannique, quatre l'Île-du-Prince-Édouard, vingt-huit l'Alberta, quatorze la Saskatchewan, sept Terre-Neuve, un le territoire du Yukon, un les territoires du Nord-Ouest et un le territoire du Nunavut». L'article 40 est relatif aux districts électoraux des quatre provinces et l'article 41, à la continuité des lois relatives à l'élection. L'élection est le mécanisme de désignation des députés du Haut et du Bas Canada depuis 1792. Voir, Introduction, Section 1, Paragraphe 3.

les systèmes coutumiers de représentation. Il s'agit d'observer, d'une part, l'encadrement étatique des institutions de représentation, particulièrement par le contrôle des chefs et des conseils coutumiers (**PARAGRAPHE 1**) et, d'autre part, l'encadrement des procédures de représentation, qui s'observe spécialement au Canada, par l'imposition de procédés électoraux (**PARAGRAPHE 2**).

**PARAGRAPHE 1** – Le contrôle des institutions coutumières de représentation au Canada et en France

**216.** L'objectif de la politique coloniale consiste à assurer l'encadrement juridique, voire l'assimilation, des systèmes traditionnels. Cette politique se concrétise par deux principaux procédés. Le premier constitue un réel contrôle du territoire par sa réorganisation. Ainsi, le quadrillage administratif progressif des territoires autochtones du Canada et de France ultramarine accomplit la première étape de l'intervention étatique dans les systèmes représentatifs coutumiers. La seconde modalité du contrôle se caractérise par l'encadrement de l'institution perçue, avec plus ou moins d'exactitude, comme représentante de l'entité territoriale nouvellement définie. L'analyse porte donc sur ces deux procédés de législation coloniale dans les colonies de peuplement, d'abord au Canada (**A**) puis en France (**B**). Toutefois, dans d'autres territoires marqués par une différence de statut, l'intervention coloniale ne s'observe que de façon limitée (**C**).

**A.** La législation canadienne au service du contrôle des institutions représentatives coutumières

**217.** Au Canada, la Proclamation royale de 1763 marque un tournant dans les relations entre la Couronne et les autochtones. Tout en affirmant la souveraineté britannique, ce texte reconnaît les droits des premiers occupants. Initialement, certes, les autorités gouvernementales octroient des territoires aux Premières Nations en rétribution de leur alliance militaire. En 1784, le gouverneur du Québec signe la Proclamation Haldimand, un décret qui attribue une parcelle de 55 000 acres aux Iroquois, en reconnaissance de leur soutien aux forces britanniques durant la révolution américaine<sup>665</sup>. Or, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la négociation de traités se poursuit, mais l'objectif

---

<sup>665</sup> Cela représente plus de 22 257 hectares. Bien qu'il soit cédé aux Six Nations, ce territoire au nord des Grands Lacs était celui de la Nation des Mississaugas, qui font partie des Anishinaabés. En 1793, La Lettre patente Simcoe, ou Traité 4 (1793), est délivrée plus tard, pour préciser l'étendue des terres accordées aux Six Nations. Il ne faut pas confondre ce traité avec le traité n°4, appartenant aux traités numérotés. Les différends fonciers relatives à l'attribution de ces terres se poursuivent encore aujourd'hui entre la Couronne, les Six Nations et les Mississaugas. De même, à la suite de l'Achat Crawford de 1783 le long du lac Ontario, une concession est attribuée aux Mohawks de la



n'est plus exactement celui de la coexistence pacifique. En effet, la guerre anglo-américaine de 1812 endommage la puissance militaire des Britanniques et des Indiens et fait passer ces derniers du statut « d'alliés » à celui de sujets de la Couronne<sup>666</sup>. Dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, il s'agit plutôt de « s'assurer de la légalité et de la légitimité, souvent *a posteriori*, de la prise de possession des terres par les populations eurodescendantes de la colonie »<sup>667</sup>. Dans la province de l'Ontario, en 1850, deux traités d'importance, intitulés les traités Robinson-Huron et Robinson-Supérieur, sont négociés avec les Ojibway pour que ces derniers cèdent leurs terres, en échange notamment de réserves et de la conservation de leurs droits liés à la chasse et à la pêche. Les Traités Robinson servent alors de modèles aux Traités Douglas, passés entre 1850 et 1854, et aux Traités numérotés, passés entre 1871 et 1921 dans le reste du pays<sup>668</sup>. Certains de ces accords sont le symbole d'un malentendu fondamental entre les autochtones, qui pensent alors partager leurs terres et les autorités canadiennes qui revendiquent l'acquisition de la propriété. Du reste, la difficile traduction de concepts juridiques, tout autant que les clauses de renonciation aux terres parfois incluses après les négociations conduisent à douter de l'égalité des parties lors des échanges diplomatiques<sup>669</sup>.

**218.** En revanche, ces traités ne sont jamais conclus avec les nations du Québec. En effet, dès 1830, les empiétements fréquents sur les territoires autochtones encouragent les Premières Nations à demander aux autorités provinciales, par des pétitions, la protection de leurs terres<sup>670</sup>. Le gouvernement du Bas-Canada y répond dès 1850 par deux lois visant à « réserver » certaines

---

baie de Quinte. Il est nommé Traité n° 3 ½, qu'il ne faut pas confondre avec les traités numérotés. Enfin, en 1847, le Traité n°57, autrement nommé l'Achat St. Regis, signé entre les représentants de la Couronne et les Mohawks, accorde à ces derniers une parcelle au nord du fleuve Saint-Laurent. Plus de quarante traités couvrent ainsi la province de l'Ontario Voir, MINISTÈRE DES AFFAIRES AUTOCHTONES, « Carte des traités et des réserves en Ontario », *Gouvernement de l'Ontario*, 2022, en ligne : <https://www.ontario.ca/fr/page/carte-des-traites-et-des-reserves-en-ontario#9> (consulté le 06.01.2022).

<sup>666</sup> Paul MCHUG, *Aboriginal Societies and the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 152-153.

<sup>667</sup> Martin PAPIILLON, « Les traités avec les peuples autochtones : un 5<sup>e</sup> pilier de l'ordre constitutionnel canadien ? », dans Félix MATHIEU et Dave GUENETTE, *Ré-imaginer le Canada : vers un État multinational ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « diversité et démocratie », 2019 p. 395-417, spé. p. 402.

<sup>668</sup> AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADA, « L'histoire des traités au Canada », *Gouvernement du Canada*, 2011, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1314977704533/1544620451420> (consulté le 06.01.2022). En effet, James Douglas, « le gouverneur de la colonie après 1854, a négocié 14 traités avec divers groupes des *Salish* du littoral, sur l'île de Vancouver, de 1850 à 1854. Ces traités cédaient les terres nécessaires à la colonie autour de divers postes de la Compagnie de la Baie d'Hudson, en échange de versements forfaitaires d'argent et de biens, ainsi que du maintien du droit de chasser et de pêcher. [...] Entre 1871 et 1921, la Couronne a signé 11 traités, connus sous le nom de traités numérotés, divisés en deux groupes : ceux qui portent sur la colonisation au sud, et ceux qui portent sur l'accès aux ressources naturelles au nord ». Ces traités constitueraient la première architecture constitutionnelle du Canada. Voir, John BORROWS et Michael COYLE, « Introduction », dans John BORROWS et Michael COYLE (dir.), *The Right Relationship : Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2017, p. 3-17, spé. p. 3.

<sup>669</sup> Jim R. MILLER, *Le Canada et les peuples autochtones, 1867-1927*, Ottawa, La Société historique du Canada, 1997, p. 10-11. Voir aussi, Sébastien GRAMMOND, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Montréal, Yvon Blais, 1995, p. 107-108.

<sup>670</sup> René MORIN, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignages d'un plaideur*, Montréal, Septentrion, 2017, p. 64.

parcelles pour les autochtones<sup>671</sup>. Par la suite, cela n'empêche pas les autorités provinciales du Québec de disposer autrement du territoire et de réduire régulièrement l'étendue de ces réserves<sup>672</sup>. Les traités de cession ne sont pas non plus conclus avec toutes les nations de Colombie-Britannique. Dès 1887, la Nation Nisga'a lance une pétition pour la reconnaissance de ses terres et finit, bien plus tard, par se pourvoir en justice afin de faire reconnaître qu'elle n'a jamais cédé ses terres au moyen d'un traité<sup>673</sup>. Il en est de même pour la Nation Wet'suwet'en.

**219.** Concernant ces deux nations de l'Ouest, bien que n'étant pas soumises aux traités, le premier gouverneur de Colombie-Britannique déclare en 1859 que toutes les terres de la province appartiennent à la Couronne<sup>674</sup>. Il s'approprie alors unilatéralement les territoires autochtones. Quand la Colombie-Britannique rejoint la Confédération en 1871, ces terres sont jointes au Dominion. Par ailleurs, en 1927, le gouvernement fédéral amende la *Loi sur les Indiens* pour interdire les délibérations et les poursuites judiciaires relatives aux revendications territoriales<sup>675</sup>. Ainsi, dès les années 1870, d'une façon ou d'une autre, par le contrôle de la nourriture ou de la circulation<sup>676</sup>, par l'« éducation » ou par l'offrande de présents<sup>677</sup>, un grand nombre de Premières Nations se retrouvent à vivre dans des réserves strictement contrôlées par le Dominion<sup>678</sup>.

---

<sup>671</sup> *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S. C. 1850, 13-14 Vict., ch. 36 ; *Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, S. C. 1851, 14-15 Vict., ch. 106.

<sup>672</sup> Dans la vallée du Saint-Laurent, par exemple, « les Hurons de Lorette, les Iroquois de Kahnawake et de Kanesatake, les Abénaquis de Saint-François (Odanak) et de Bécancour (Wôlinak) ainsi que les Algonquins et les Népissingues de la vallée de l'Outaouais se sont régulièrement plaints auprès des autorités coloniales des empiétements commis sur leurs territoires, mais sans grand succès », Voir, Maxime GOHIER, « Les politiques coloniales françaises et anglaises à l'égard des Autochtones », *op. cit.*, p. 124.

<sup>673</sup> Dans l'affaire, *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Pour l'analyse de cette décision, Voir, para. 431.

<sup>674</sup> La proclamation est datée du 14 février 1859. Son contenu est explicité dans la décision *Calder*. Voir, *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 331.

<sup>675</sup> *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 141. Voir aussi, Gordon GIBSON, *A New Look at Canadian Indian Policy*, Calgary, Fraser Institute, 2009, p. 242.

<sup>676</sup> Lillian Eva DYCK et Scott TANNAS, *Comment en sommes-nous arrivés là ? Un regard franc et concis sur l'histoire de la relation entre les peuples autochtones et le Canada*, Ottawa, Rapport provisoire du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, Sénat, 2019, p. 19-20 : « les Premières Nations ont été forcées à vivre dans les réserves par le gouvernement du Dominion, qui s'est servi de la nourriture comme d'une arme pour [les] déplacer. [...] Les agents du Dominion ont aussi restreint les mouvements des Premières Nations en instituant un système de laissez-passer ».

<sup>677</sup> Relatif à « l'éducation », les pensionnats autochtones, introduits au XIX<sup>e</sup> siècle, étaient des institutions dans lesquels les enfants étaient envoyés de force et contraints d'abandonner leur langue, leurs traditions, leurs valeurs. De nombreux enfants y sont morts ou y vont vécus dans des conditions déplorables. Voir, Mylène JACCOUD, « Justice et peuples autochtones au Québec : une autodétermination relative », dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, Alain BEAULIEU (dir.), *Les Autochtones et Le Québec : des premiers Contact au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 233-254, spé. p. 236-237. Voir aussi, Chantale POTVIN, *Le génocide culturel camouflé des Indiens : parcours d'un rescapé des pensionnats autochtones*, Montréal, Québec-Livres, 2014.

<sup>678</sup> Les réserves s'opposent alors grandement à la conception autochtone de la propriété, comme le souligne le professeur Leroy Little Bear : « La propriété indienne, comme la façon dont les Indiens se rapportent au monde, est holistique. La terre est une propriété collective ; la propriété n'appartient pas à un individu en particulier, mais plutôt à la tribu dans son ensemble, en tant qu'entité. Les membres d'une tribu ont un intérêt indivisible dans la terre ; chacun, dans son ensemble, possède le tout. En outre, la terre appartient non seulement aux personnes vivantes actuellement, mais aussi aux générations passées et futures. La terre appartient non seulement aux êtres humains, mais aussi aux autres êtres vivants (les plantes et les animaux et parfois même les rochers) ; eux aussi ont un intérêt ». Voir, Leroy

220. Dans ce cadre, la bande devient le fondement de l'organisation indienne pour les autorités coloniales, définie par l'*Acte des sauvages* de 1876 comme « une tribu, une peuplade ou un corps de Sauvages qui possèdent une réserve ou des terres en commun, ou y ont un intérêt commun, mais dont le titre légal est attribué à la Couronne »<sup>679</sup>. *De jure*, aucune disposition ne prévoit les regroupements traditionnels qui dépasseraient ce cadre : « le but de ces mesures était justement de miner les structures gouvernementales au niveau des nations et aussi, plus généralement, les grandes associations nationales d'Indiens »<sup>680</sup>. Ce cantonnement est aussi l'occasion pour les autorités provinciales de définir le statut d'« Indien inscrit », conditionnant notamment quels sont les membres qui détiennent le droit de vivre dans une réserve<sup>681</sup>. Passant progressivement de la compétence des autorités britanniques à celle des autorités provinciales, la situation de tutelle des autochtones croît et justifie la transformation de leurs systèmes politiques en faveur de l'adaptation au nouvel environnement<sup>682</sup>. Ainsi, « la volonté de limiter les droits aux terres indiennes et, surtout, d'encadrer le statut des Indiens inspire tout le cadre législatif qui se met en

---

LITTLE BEAR, « Aboriginal Rights and the Canadian “Grundnorm” », dans Rick J. PONTING (ed.), *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland and Stewart, 1986, p. 243-245, spé. p. 245. Source non traduite : « Indian ownership of property, like Indians way of relating to the world, is holistic. Land is communally owned; ownership rests not in any one individual, but rather belongs to the tribe as a whole, as an entity. The members of a tribe have an undivided interest in the land; everybody, as a whole, owns the whole. Furthermore, the land belongs not only to people presently living, but also to past generations and future generations ... In addition, the land belongs not only to human beings, but also to other living things (the plants and animals and sometimes even the rocks); they, too, have an interest ».

<sup>679</sup> *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, ch. 18, Préambule. La définition entière est la suivante : « L'expression « bande » signifie une tribu, une peuplade ou un corps de Sauvages qui possèdent une réserve ou des terres en commun, ou y ont un intérêt commun, mais dont le titre légal est attribué à la Couronne, ou qui partagent également clans la distribution d'annuités ou de deniers provenant de l'intérêt de fonds dont le gouvernement du Canada est responsable ; et l'expression « la bande » signifie la bande à laquelle le contexte se rattache ; et l'expression « la bande, » lorsque quelque décision est prise, signifie la bande en conseil ».

<sup>680</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, Ottawa, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, Groupe communications Canada, 1996, version en ligne, p. 369.

<sup>681</sup> Voir, par exemple, *Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> Vict., 1850, ch. 42. Amendé par *Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> Vict., 30 août 1851, ch. 59.

<sup>682</sup> L'adoption des actes relatifs « aux sauvages », constituait une ingérence directe de l'Assemblée législative provinciale dans des fonctions jusque-là réservées à l'exécutif (la Couronne et son représentant : le gouverneur). Cela marquait une prise de distance de la colonie à l'égard de Londres. Par la suite, le Canada-Uni « se vit confier la gestion des affaires indiennes en 1860, l'année même où Londres abolit définitivement ses distributions annuelles de présents ». Voir, Maxime GOHIER, « Les politiques coloniales françaises et anglaises à l'égard des Autochtones », dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, Alain BEAULIEU (dir.), *Les Autochtones et Le Québec : des premiers Contact au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 113-134, spé. p. 129-130. Pour Alain Beaulieu, Ces lois « représentent aussi l'officialisation d'un colonialisme interne. Elles sont l'expression d'un déplacement de la logique coloniale, qui ne s'exerce plus à partir de Londres sur un territoire éloigné, mais à partir de l'intérieur de la colonie sur des populations qui sont marginalisées dans le nouvel ordre juridique et politique ». Voir, Alain BEAULIEU, « La création des réserves indiennes au Québec », dans Stéphan GERVAIS, Martin PAPILLON, Alain BEAULIEU (dir.), *Les Autochtones et Le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 135-152, spé. p. 146.

place»<sup>683</sup>, y compris pour la représentation politique des autochtones. Le contrôle du territoire est donc joint à un contrôle des institutions représentatives.

**221.** Dès 1828, le rapport Darling préconise l'évaluation du pouvoir des chefs sur leurs communautés : « les chefs de la tribu résidant à Caughnawagua sont considérés comme les chefs de tous les Iroquois du Bas-Canada. Leurs grands feux de conseil sont tenus ici ; et dans toutes les questions d'intérêt général, l'opinion de ces chefs prévaut et dirige les autres »<sup>684</sup>. Progressivement, cette volonté étatique de contrôle des représentants autochtones s'organise et s'incarne dans l'article 91 (24) de la Loi constitutionnelle de 1867. Celui-ci attribue au Parlement fédéral la compétence sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens ». La Confédération récupère alors l'héritage colonial du Royaume-Uni, et s'inspire des précédentes législations parmi lesquels figure l'*Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages* de 1857<sup>685</sup>.

**222.** Ainsi, par l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages* de 1869<sup>686</sup>, consolidé par l'*Acte des sauvages* de 1876<sup>687</sup>, puis par la *Loi sur les Indiens* de 1880<sup>688</sup>, le gouvernement fédéral contrôle l'organisation de la réserve et les institutions représentatives traditionnelles. Ce mode d'organisation est étendu en 1874 au Manitoba et à la Colombie-Britannique, lors de leur entrée dans le Dominion<sup>689</sup>. Ces actes mettent en place les chefs et conseils de bande, institutions locales d'origine coloniale et contrôlées principalement par le gouvernement fédéral. En 1869, les chefs de bande peuvent ainsi être démis « par le gouverneur pour malhonnêteté, intempérance,

---

<sup>683</sup> Camil GIRARD et Carl BRISSON, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du Traité d'alliance de 1603 à nos jours*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>684</sup> Charles-Henry DARLING, « Rapport Darling, Report upon the exact state of the Indian Department and the Indian conditions: Aborigines in British possessions », 1834 [1828], vol. XLIV, *British Parliamentary Papers*, n° 617, section 3, Anthropology/Aborigines, p. 22-31, spé. p. 25. Source non traduite : « The chiefs of the tribe residing in Caughnawagua are considered as the heads of all the Iroquois in Lower Canada. Their great council fires are held here; and in all matters of general interest, the opinion of these chiefs prevail over and direct the others ». Voir aussi, Michel LAVOIE et Denis VAUGEOIS, *L'Impasse amérindienne. Trois commissions d'enquête à l'origine d'une politique de tutelle et d'assimilation. 1828-1858*, Québec, Septentrion, 2010.

<sup>685</sup> *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S.C. 1857, ch. 26. « Votée en 1857, cette loi traduisait clairement la volonté des autorités coloniales d'étendre leur champ de compétence dans les affaires indiennes. Elle officialisait et formalisait, pour la première fois, le statut juridique inférieur des Autochtones, qui, pour s'émanciper, devaient prouver leur capacité à s'intégrer dans la société coloniale. Cette nouvelle loi était le prolongement logique de la recommandation faite 20 ans plus tôt par le comité du Conseil exécutif, qui avait proposé la mise en place d'une tutelle transitoire pour les Autochtones sur des terres réservées à leur intention, qui formeraient en quelque sorte un lieu où ils pourraient s'initier aux réalités du monde colonial sous le regard bienveillant de l'État. En théorie, cette loi ouvrait la porte à l'intégration progressive des Autochtones ; dans les faits, elle instaurait un système qui aurait pour résultat de figer les Autochtones dans un moule, celui des pupilles de l'État, dont il leur sera difficile de sortir ». Voir, Alain BEAULIEU, « La création des réserves indiennes au Québec », *op. cit.*, p. 147.

<sup>686</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.

<sup>687</sup> *Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages*, S.C. 1876, ch. 18.

<sup>688</sup> *Acte relatif aux Sauvages*, S.C. 1880, ch. 28.

<sup>689</sup> *Acte pour amender certaines lois relatives aux Sauvages et pour étendre certaines lois concernant les affaires se rattachant aux Sauvages, aux provinces de Manitoba et de la Colombie-Britannique*, S.C. 1874, ch. 21.

immoralité»<sup>690</sup>. Ces critères restent vagues et leur mise en œuvre, à l'appréciation de l'administration<sup>691</sup>.

**223.** La coutume, soumise elle aussi au contrôle de l'État, n'est reconnue que pour un temps limité : les chefs traditionnels peuvent agir selon les coutumes « jusqu'à leur décès ou résignation, ou jusqu'à ce qu'ils soient démis par le gouverneur pour malhonnêteté, intempérance, immoralité ou incapacité »<sup>692</sup>. L'acte de 1876 ajoute la possibilité de destituer les chefs de bande et les chefs coutumiers pour incapacité, décision qui revient au gouverneur en conseil, et non plus au seul gouverneur<sup>693</sup>. Enfin, l'*Acte de l'avancement des Sauvages* de 1884 étend les compétences accordées au conseil de bande, mais autorise aussi les agents fédéraux à destituer tout chef jugé inapte, empêche la réélection immédiate de ce dernier<sup>694</sup> et réduit le conseil de bande à douze membres<sup>695</sup>. Dans l'idée, toujours, de contrôler l'influence des chefs coutumiers, l'Acte de 1884 interdit la pratique des Potlachs, courantes en Colombie-Britannique<sup>696</sup>.

**224.** Dans les années 1920, les autorités canadiennes vont jusqu'à emprisonner certains chefs traditionnels iroquois pour installer un conseil dont les élections restent scrupuleusement contrôlées, en vertu de la *Loi sur les Indiens*<sup>697</sup>. De cette période, Sol Sanderson témoigne : « des années 1900 aux années 1950, nous avons eu des chefs et des conseils élus conformément à la *Loi sur les Indiens*, et l'agent des Indiens était pleinement responsable de tout. Comme vous le savez, une des raisons qui expliquent cela est que, jusqu'à 1950, la *Loi sur les Indiens* nous interdisait de nous assembler »<sup>698</sup>.

---

<sup>690</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 10.

<sup>691</sup> Jim R. MILLER, *Le Canada et les peuples autochtones, 1867-1927*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>692</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 10 ; et *Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages*, S.C. 1876, ch. 18, art. 62 ; Reconduit dans l'*Acte relatif aux Sauvages*, S.C. 1880, ch. 28, art. 72.

<sup>693</sup> *Acte pour amender et refondre les lois concernant les sauvages*, S.C. 1876, ch. 18, art. 62.

<sup>694</sup> *Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte relatif aux Sauvages, 1884*. S.C. 1884, ch. 27. Ces dispositions furent ensuite intégrées dans la *Loi sur les Indiens* de 1906.

<sup>695</sup> L'objectif était de rendre les représentants reconnaissables et de réduire le nombre de personnes présentes aux assemblées pour éloigner leur fonctionnement des assemblées traditionnelles, comptant souvent beaucoup de monde.

<sup>696</sup> *Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte relatif aux Sauvages, 1884*. S.C. 1884, ch. 27, art. 3. : « Tout Sauvage ou autre personne qui participe ou assiste à la célébration de la fête sauvage désignée sous le nom de la « Potlatch », ou à la danse sauvage désignée sous le nom de « Tamanawas », est coupable de délit et passible d'incarcération, [...] et tout Sauvage ou autre personne qui encourage [...] un Sauvage ou des Sauvages à organiser ou célébrer cette fête ou cette danse [...] est coupable du même délit ». Le Potlatch est un événement où se déroule toute une série de dons, dont les échanges consistent notamment à augmenter le prestige et à valider le titre de celui qui donne, comme de celui qui le reçoit. Voir, Alain TESTART, « Le potlatch entre le lustre et l'usure. Contribution à la sociologie de la Côte nord-ouest », *Journal de la Société des Américanistes*, t. 85, 1999, p. 9-41.

<sup>697</sup> Wendy MOSS et Elaine GARDNER-O'TOOLE, *Les Autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1991, en ligne : <https://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/bp175-f.htm> (consulté le 15.12.2021).

<sup>698</sup> Sol SANDERSON [sénateur de la Fédération des nations autochtones souveraines], dans *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones*, Sénat du Canada, Fascicule n° 25, Témoignages du 19 septembre 2017, en ligne : <https://sencanada.ca/fr/Content/Sen/Committee/421/APPA/25ev-53473-f> (consulté le 15.12.2021).

225. Ainsi, par ces règles, la représentation politique des Indiens par les Indiens est limitée, voire inexistante, puisque la délibération demeure restreinte à peu de domaines<sup>699</sup>. Dans une certaine mesure, elle ne constitue qu'un relais de la politique coloniale, voire un outil de légitimation, puisque les décisions restent toujours soumises à la ratification et à l'approbation du gouverneur. Ce contrôle des territoires et des institutions autochtones ne s'observe d'ailleurs pas seulement au Canada, mais aussi en France.

#### B. La législation française au service du contrôle des institutions représentatives coutumières

226. En Nouvelle-Calédonie, la maîtrise du territoire, préalable au contrôle des institutions représentatives, recouvre des mécanismes d'appropriation similaires à ceux entrepris au Canada. En effet, le 20 janvier 1855, par la *Déclaration de Du Bouzet*, les terres non occupées par les Indigènes sont proclamées propriétés du gouvernement français<sup>700</sup>. Cette déclaration fournit confusément quelques droits aux Mélanésiens, en ce qu'ils sont déclarés titulaires de leurs terres et que ces titres ne peuvent être aliénés ni cédés à des non-autochtones. Le professeur Ghislain Otis considère cet acte juridique comme « l'équivalent de la Proclamation royale de 1763 qui, tout en affirmant la souveraineté de la Couronne britannique sur les autochtones et leurs terres en Amérique du Nord, reconnaît les droits de premier occupant »<sup>701</sup>. Toutefois, au Canada en 1763

---

<sup>699</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 12. L'article 12 cite la compétence d'édicter des règlements dans les domaines suivants, sujets à ratification par le gouverneur en conseil : la salubrité publique, le maintien de l'ordre et du décorum dans les assemblées de la tribu réunie en conseil général, ou en d'autres occasions, la répression de l'intempérance et de l'immoralité ; les mesures à prendre pour empêcher les bestiaux de commettre des dégâts sur la propriété d'autrui ; l'entretien des chemins, ponts, fossés et clôtures, la construction et réparation des maisons d'école, salles de conseil et autres édifices publics appartenant aux « Sauvages » et enfin l'établissement de fourrières et à la nomination de gardiens de fourrières.

<sup>700</sup> Déclaration n° 18 du commandant du Bouzet du 20 janvier 1855, *annulant par la même les contrats passés antérieurement avec les indigènes du territoire*, parfois nommée *Déclaration relative à la propriété Canaque et à l'aliénation des terres*, 20 janvier 1855, B.O.N.C. 1853-1855, p. 26 : « Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages, cette prise de possession annule tous les contrats antérieurs faits par des particuliers avec les naturels de ce pays ; qu'en conséquence, les chefs et les indigènes de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de disposer en tout ou partie du sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière. 2. Le Gouvernement se réserve exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes, et la propriété, comme domaines domaniaux, de toutes les terres non occupées, ainsi que les forêts, bois de construction, mine de toute espèce qu'elles referment. Lui seul pourra en faire la concession aux colons qui viennent s'établir dans ces îles ». Pour une analyse de la déclaration, Voir, Régis LAFARGE, « Le contentieux classique de la terre », dans Étienne CORNUT et Pascale DEUMIER (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 104-143, spé. p. 104-108.

<sup>701</sup> Ghislain OTIS, « Les droits des Kanak sur la terre ancestrale », dans Ghislain OTIS (dir.), *Le titre ancestral kanak dans le droit positif en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 17-63, spé. p. 20-23. Il ajoute : « Tout comme la *Déclaration de Du Bouzet*, la Proclamation royale de 1763 et la *common law* combinent donc la logique de reconnaissance de droits préexistants limités et celle de l'extinction programmée, au moins partielle, de ces droits pour faire place à la colonisation de peuplement ».

comme en Nouvelle-Calédonie en 1855, l'ambiguïté demeure, car les colons se réservent aussi le droit exclusif de pouvoir acheter ces terres occupées<sup>702</sup>. La déclaration concrétise alors « une première tentative de reconfiguration du monde kanak dans le nouveau cadre colonial »<sup>703</sup>.

227. L'attribution des terres se perpétue par l'article 3 de la décision n° 48 du 10 avril 1855, réglementant les concessions de terres et précisant qu'est réservé aux autochtones « un dixième des terrains ruraux destinés à être vendus ; nul ne pouvant prétendre à devenir concessionnaire de ces terrains »<sup>704</sup>. Quatre ans plus tard, un arrêté remplace la formulation des « un dixième » par « seront mis en réserve les terrains reconnus nécessaires pour les besoins des indigènes »<sup>705</sup>, sans pour autant en diminuer la proportion, mais consacrant, de façon similaire au Canada, la création de réserves en Nouvelle-Calédonie<sup>706</sup>. Par la suite, l'arrêté du 24 décembre 1867, fixant l'organisation de la tribu, confirme l'organisation territoriale en ces termes : « les indigènes de la tribu de Pouébo et ceux de toutes les autres tribus reconnues sont sur des territoires qui, en tant qu'occupés par eux à l'époque de notre prise de possession, leur ont été laissés à titre de propriétés incommutables »<sup>707</sup>. Cet arrêté reconnaît aussi l'existence légale de la tribu, « notion éminemment coloniale qui n'a pas d'existence sociologique dans le monde kanak ancien »<sup>708</sup>, à laquelle est attribuée la propriété. Dans ce cadre juridique, la tribu est rendue responsable collectivement des crimes et délits de ses membres. Conséquemment, « en représailles, les terres qui lui seront attribuées pourront être placées sous séquestre et donc spoliées par l'État »<sup>709</sup>. L'organisation du territoire kanak se poursuit par l'arrêté du 6 mars 1876, relatif au cantonnement des Indigènes, reconnaissant la « libre jouissance d'après leurs coutumes » des territoires assignés, « jusqu'au moment où il sera possible de compléter la délimitation par la constitution de la propriété individuelle »<sup>710</sup>. Par la suite, les territoires sont régulièrement réduits<sup>711</sup>.

---

<sup>702</sup> Pour une analyse la question foncière kanak, Voir, Joël DAUPHINÉ, *Les spoliations foncières, 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 54-56.

<sup>703</sup> Isabelle MERLE, « La construction d'un droit foncier colonial », *Enquête*, n° 7, 1999, p. 97-126, spé. p. 104.

<sup>704</sup> Arrêté n° 48 du gouverneur du 10 avril 1855 *portant règlement sur les concessions de terres*, B.O.N.C., 1853-1858, p. 61. La décision du 1er juin 1857 indiquait encore la même proportion fixe de terres réservées aux autochtones. Voir, Maurice H. LENORMAND, « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*, t. 9, 1953, p. 245-299, spé. p. 265.

<sup>705</sup> Arrêté du gouverneur n° 145 du 1<sup>er</sup> octobre 1859, *portant réglementation des concessions de terres*, B.O.N.C., 1859, p. 180.

<sup>706</sup> Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 *relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène*, B.O.N.C., 1868, p. 17 : Les réserves sont des biens collectifs « inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables ».

<sup>707</sup> Arrêté n° 147 du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*, B.O.N.C., 1867, p. 350.

<sup>708</sup> Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 20.

<sup>709</sup> Isabelle MERLE, « La construction d'un droit foncier colonial », *art.cit.*, p. 109.

<sup>710</sup> Arrêté n° 153 du 6 mars 1876 *qui institue le cantonnement des Kanak et règle la procédure de délimitation des réserves*, B.O.N.C., 1876, p. 208-210. La délimitation de leurs espaces est alors plus restrictive. Par ailleurs, dans un jugement du 26 avril 1922, le tribunal de Nouméa affirme que le régime de propriété de la tribu sur les terres n'est qu'un « prêt à usage ». Voir, Tribunal civil de Nouméa, 26 avril 1922, *New Caledonian Meat Company Ltd contre B.*, dans Pierre DARESTE, *Revue de législation et jurisprudence coloniales*, Paris, Marchal & Billard, 1922, p. 234-237, spé. p. 234.

228. Toutefois, les coutumes autochtones ne sont pas réellement prises en compte, puisque Maurice Lenormand précise que, dès 1874, le gouverneur détient la compétence par décret organique « de nommer, de suspendre, de destituer les chefs indigènes et de prononcer leur déchéance ; de délimiter le territoire des tribus et de régler les affaires concernant le domaine et les réserves indigènes »<sup>712</sup>. L'arrêté du 27 octobre 1877 distingue alors les grandes chefferies, les chefs d'arrondissement et les « petits chefs », comme seuls interlocuteurs kanak reconnus par l'administration<sup>713</sup>. Dans ce cadre, la circulaire du 4 décembre 1880 dispose que « tous les chefs indigènes rendent compte directement au chef d'arrondissement de l'état des esprits dans leurs tribus respectives ainsi que des faits et évènements dont ils ont connaissance »<sup>714</sup>. En cela, le chef n'est qu'un porte-parole, chargé de faire remonter certaines demandes des tribus avant que les tensions ne dégénèrent, quand il ne s'agit pas de dénoncer les agissements répréhensibles aux autorités coloniales. Le chef est ainsi chargé de réprimander la nudité<sup>715</sup>, de récolter l'impôt de capitation<sup>716</sup>, et d'organiser les corvées<sup>717</sup> et les sorties de la réserve<sup>718</sup>. *De jure*, les kanak ne peuvent sortir de leurs districts qu'avec l'autorisation du grand chef<sup>719</sup>. Afin que cette forme de gouvernement indirect fonctionne, l'administration s'assure aussi de la fidélité des chefs kanak, en leur accordant certaines terres domaniales en usufruit, « en leur versant une rémunération mensuelle et en établissant une grille de récompenses, cadeaux et médailles »<sup>720</sup>.

229. Par la suite, le décret du 18 juillet 1887 confère au gouverneur la faculté de fixer l'espace territorial assigné à chaque tribu, d'en nommer les chefs et de fixer leurs devoirs et attributions<sup>721</sup>.

---

<sup>711</sup> Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, op. cit., p. 39-40. Éric Rau précise que la procédure du cantonnement se perpétue par l'arrêté du 23 novembre 1897 qui fixe la réserve à trois hectares par Indigène. Voir aussi, la liste des arrêtés de spoliation de janvier 1899 à janvier 1900, d'après les Bulletins officiels de la Nouvelle-Calédonie, 1899 et 1900, rédigés par le Comité de protection et de défense des Indigènes. Voir, COMITE DE PROTECTION ET DE DEFENSE DES INDIGENES, *Spoliations des indigènes de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Imp. Cantant-Laguerre, 1901, p. 14-28.

<sup>712</sup> Maurice H. LENORMAND, « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », art. cit., p. 257.

<sup>713</sup> Par ailleurs, l'article 1 de l'arrêté du 27 octobre 1877 précise « il est établi dans la population indigène de la Nouvelle-Calédonie des grands chefs ayant plusieurs tribus sous leur autorité » et institue dans le même temps les districts. Voir, Arrêté du 27 octobre 1877, *au sujet de l'organisation des tribus indigènes et de l'établissement des grandes-chefferies*, cité par Maurice H. LENORMAND, « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », art. cit., p. 259.

<sup>714</sup> Instruction n° 257 *aux chefs d'arrondissements*, B.O.N.C., 1880, p. 555, art. 128.

<sup>715</sup> Arrêté du 19 août 1872 *sur la police sanitaire*, B.O.N.C., 1872, p. 373.

<sup>716</sup> Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, op. cit., p. 173.

<sup>717</sup> Arrêté du 6 mai 1871 *relatif au recrutement des travailleurs indigènes pour les services publics (corvées)*, B.O.N.C., 1871, p. 213.

<sup>718</sup> Arrêté du 14 avril 1875, B.O.N.C., 1875, p. 281-282.

<sup>719</sup> Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 20.

<sup>720</sup> Benoît TREPPIED, *Une mairie dans la France coloniale. Koné, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, coll. « Recherches internationales », 2010, p. 36. Par ailleurs, l'arrêté du 3 mai 1899 offre une prime d'engagement aux chefs. Voir, Arrêté du 3 mai 1899, B.O.N.C., 1899, p. 286.

<sup>721</sup> Décret du 18 juillet 1887 *portant organisation de l'indigénat et répression des infractions spéciales commises par les indigènes*, B.O.N.C., 1887, p. 512-516. Par la suite, l'arrêté du 27 octobre 1897 reconnaît les grands chefs nommément et liste les tribus sous leur autorité. Voir, Arrêté n°806 du 27 octobre 1897 *au sujet de l'organisation des tribus indigènes*, B.O.N.C., 1897, p. 515-517.



Cette même année, le régime de l'indigénat est adopté pour la Nouvelle-Calédonie<sup>722</sup>. Régime dérogatoire au droit commun prolongeant les précédentes mesures, il s'agit « d'un ensemble de lois articulant une série de droits et de devoirs d'exception au concert général de la loi française ou, plus modestement, aux usages juridiquement retenus en métropoles »<sup>723</sup>. Ainsi, véritable volonté de réorganiser l'espace et la société kanak, les mesures de 1887 conduisent à l'adoption de la décision du gouverneur Feillet du 9 août 1898 qui encadre définitivement l'administration indigène. L'arrêté dispose :

Le territoire de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances est divisé en districts indigènes. Chaque district est soumis à l'autorité d'un grand chef qui est nommé par le Gouverneur [...]. Chaque district est divisé en tribus. Chaque tribu est commandée par un chef de tribu appelé petit chef qui est également nommé par le Gouverneur<sup>724</sup>.

Les articles 22 à 26 de l'arrêté du 9 août 1898 précisent les attributions confiées aux grands chefs et aux petits-chefs, les rendant responsables de l'ordre et de la tranquillité du district ou de la tribu. Pour ces missions, ils sont aidés du conseil des Anciens, d'une commission et d'agents de police indigènes, aux termes des articles 22 et 24. Comme le précise Éric Rau, « les Grands et Petits-Chefs, assistés de leur Conseil des Anciens, sont, comme par le passé, chargés d'administrer - de "commander" - leur circonscription »<sup>725</sup>. Ainsi, le chef de tribu se pose en « responsable de l'application et du respect du code de l'indigénat, ce qui en fait un véritable auxiliaire du pouvoir colonial incarné sur le terrain par la brigade de gendarmerie qui assure la mission de syndic des affaires indigènes et par le service des affaires indigènes »<sup>726</sup>. De façon similaire au Canada, cette pratique est constitutive de *l'Indirect rule* mise en place par les autorités françaises, fondée sur le modèle britannique et visant à s'appuyer sur les représentants locaux plutôt que de les évincer<sup>727</sup>.

**230.** Pourtant, cet appui sur les systèmes de représentation coutumiers met à mal leur autorité et leur habilité à représenter la communauté. En effet, « dans ces conditions l'institution d'une police tribale ne pouvait que porter atteinte au prestige de la chefferie et contribuer à son

---

<sup>722</sup> Intitulé, de façon erronée, le code de l'Indigénat, le régime de l'indigénat « n'a jamais fait l'objet d'un ensemble codifié. Il rassemble en fait des mesures éparses prises antérieurement à 1887 et réunies le 18 juillet de cette même année sous la forme d'un décret ». Voir, Bernard GILLE et Antoine LECA, « Gouvernance politique et Institutions à Tahiti et dépendances et en Nouvelle-Calédonie : perspectives historiques », *Comparative Law Journal Of The Pacific / Journal de Droit comparé du Pacifique*, vol. 18, 2012, p. 67-140, spé. p. 119. Les textes de 1887, pris pour une période de dix ans, ont été prorogés par les décrets du 12 mars 1897, du 23 mars 1907, du 27 mai 1917 jusqu'en 1946.

<sup>723</sup> Louis SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 1987, p. 73.

<sup>724</sup> Arrêté n° 840 du 9 août 1898 *relative à l'organisation du Service des Affaires indigènes*, B.O.N.C., 1898, p. 366-376.

<sup>725</sup> Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, op. cit., p. 70.

<sup>726</sup> Bernard CHERIOUX, « La création d'une police coutumière kanak est-elle possible ? » dans Jean-Yves FABERON et Armand HAGE, *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'harmattan, 2010, p. 73-82, spé. p. 75.

<sup>727</sup> *L'Indirect rule* désigne « la politique théorisée par Frederick Dugard dans les années 1920 à partir de son expérience en tant que Haut-Commissaire britannique au Nigeria septentrional. [...] Cette politique fut également parfois appelée *native polities* dans l'Empire britannique. En France, elle est connue comme la « politique indigène ». Si la théorisation date des années 1920, les pratiques qu'elle désigne date du XIX<sup>e</sup> siècle aussi bien dans le cas britannique que français ». Voir, Christian OLSSON, « De la pacification coloniale aux opérations extérieures. Retour sur la généalogie "des cœurs et des esprits" dans la pensée militaire contemporaine », *art. cit.*, p. 12-13.

déclin»<sup>728</sup>. L'administration coloniale, et plus particulièrement le gouverneur, dispose d'un pouvoir quasi illimité sur les chefs autochtones et leurs conseils, notamment par le pouvoir de destitution. Dans cette volonté de contrôler les tribus, « les décisions unilatérales de l'administration coloniale (notamment en « nommant » des chefs) entraînent la perte des repères pour les populations kanak et constitue un autre volet de la mise à l'écart de celles-ci de la sphère politique »<sup>729</sup>. Le système représentatif coutumier ne remplit plus son rôle,<sup>730</sup> car, dans les cas où il est reconnu, il sert principalement de relais administratif aux autorités coloniales : il ne fait qu'*agir pour* et ne peut réellement *vouloir pour* la communauté.

**231.** Enfin, bien que le gouverneur remplace certains chefs réfractaires, une partie des chefs autochtones continuent à être institués selon les règles traditionnelles de désignation, lequel est validé par l'accord des autorités étatiques. Maurice Lenormand explique :

C'est le Conseil des Anciens ou « Ordre des vieux » qui désigne le candidat. Il avise de sa décision le Syndic des Affaires indigènes<sup>731</sup>. Celui-ci se rend dans la tribu et provoque une assemblée générale de la tribu pour lui demander si elle entérine le choix des Anciens. En cas de contestations, c'est le Syndic qui choisit lui-même le candidat. Dans l'un et l'autre cas, le candidat désigné est proposé à la nomination du Gouverneur et reçoit ensuite l'investiture officielle lors d'une cérémonie d'intronisation<sup>732</sup>.

Dans ce cadre, les interventions des autorités coloniales pour la validation ou la destitution de certains représentants traditionnels perturbent et désorganisent le système coutumier<sup>733</sup>. En effet, les autochtones écoutent encore les décisions des chefs traditionnels, même destitués, qui autorisent ou non « l'exécution des ordres du chef désigné par l'Administration et continu[ent] à accomplir toutes les fonctions que leur conféraient la tradition et la coutume. Le représentant de l'Administration n'[est] ainsi que peu respecté »<sup>734</sup>. Ici, la représentation, celle qui passe par la délibération coutumière et qui incarne la volonté générale de l'entité autochtone n'existe que dans un espace, en deçà de la législation coloniale, où les marges de manœuvre sont extrêmement

---

<sup>728</sup> Bernard CHERIOUX, « La création d'une police coutumière kanak est-elle possible ? », *op. cit.*, p. 75.

<sup>729</sup> Victor DAVID, *Pour une meilleure protection juridique de l'environnement en Nouvelle-Calédonie. Innover par la construction participative du droit*, Paris, Thèse de doctorat disponible en ligne, 2018, p. 88.

<sup>730</sup> Bien qu'il faille se méfier d'un certain ethnocentrisme ou d'un transfert de droit inopportun, Éric Rau explicite le caractère représentatif du mandat du chef, y compris sous la colonisation : « Pour paradoxal qu'il puisse paraître, le Chef, en dépit de sa toute-puissance, est en effet à chaque instant lié par des restrictions légales qui viennent limiter cette toute-puissance. Il ne peut déclarer la guerre, organiser un pilou ou une expédition, en un mot engager la vie de la tribu sans avoir fait connaître publiquement sa volonté, délibéré avec le Conseil des Anciens, reçu des hommages et payé des tributs. Bref, il est, pour tous les actes importants, lié par une théorie d'obligations qui font de lui une sorte de monarque parlementaire ». Voir, Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>731</sup> Le syndic désigne les gendarmes, alors représentants du Service des affaires indigènes. Voir, Benoît TREPIED, *Une mairie dans la France coloniale. Koné, Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>732</sup> Maurice H. LENORMAND, « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 261.

<sup>733</sup> A l'image des chefs Bouarate et Ouarébate qui sont envoyés à Tahiti respectivement en 1857 et en 1867. Cependant, Les transferts s'opéraient dans les deux sens : en 1897, le principal chef de la révolte de Raiatea, Treapoo, est déporté en Nouvelle-Calédonie. Voir, Bernard GILLE et Antoine LECA, « Gouvernance politique et Institutions à Tahiti et dépendances et en Nouvelle-Calédonie : perspectives historiques », *art. cit.*, p. 117.

<sup>734</sup> Maurice H. LENORMAND, « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 262.

réduites. Elle se traduit, à la suite de délibérations<sup>735</sup>, par la désignation coutumière d'un chef ou par la validation *a posteriori* de certaines décisions du chef désigné par l'administration. Isabelle Merle et Adrian Muckle expliquent : « à l'extérieur des réserves, l'indigène est défini par l'indigénat. À l'intérieur, il devient un impensé juridique qui permet aux Kanak de trouver dans la réserve indigène un lieu de préservation de pratiques, de sociabilités, et de coutumes à l'abri du regard européen et de l'imposition de normes juridiques exogènes »<sup>736</sup>.

**232.** Hormis ces espaces restreints où la coutume et ses institutions peuvent encore jouer un rôle limité, les autochtones sont assujettis au régime colonial. Comme l'expose le gouverneur Brunet en 1913, « la Société indigène, elle, n'est pas représentée au sens politique du mot »<sup>737</sup>. L'ensemble de ces procédés entraîne une déstructuration des territoires et des hiérarchies coutumières, une sorte de tremblement de terre pour les institutions traditionnelles de la représentation politique. Il ressort de la comparaison avec d'autres territoires français que le contrôle des autorités coloniales n'a pourtant pas la même envergure en Guyane et aux îles de Wallis et Futuna, notamment car elles ne sont pas des colonies de peuplement.

### C. La législation au service d'un contrôle plus limité des institutions représentatives coutumières

**233.** Par impossibilité géographique ou par volonté politique, un encadrement colonial plus irrégulier et discontinu s'observe pour certains territoires, comme la Guyane (1) et les îles de Wallis et Futuna (2).

#### 1. Le contrôle limité des institutions représentatives coutumières en Guyane

**234.** En Guyane, le contrôle de la colonie se conçoit différemment. Dans les années 1860, la mise en valeur du territoire colonial n'est envisagée que par le prisme du bague de Cayenne,

---

<sup>735</sup> Benoît Trépiéd rapporte que les chefs étaient parfois assistés par des « conseils de chefs » regroupant des personnalités importantes des tribus, bien que cette institution n'ait reçu aucune reconnaissance officielle sous l'indigénat. Voir, Benoît TRÉPIÉD, *Une mairie dans la France coloniale. Koné, Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 36.

<sup>736</sup> Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 21-22. Ils ajoutent : « Les impensés juridiques d'antan sont aujourd'hui des enjeux dont il faut rappeler précisément la genèse pour éclairer les débats contemporains ». Cet espace de conservation des coutumes permet à Éric Rau d'affirmer, non sans un certain biais de confirmation, que « les institutions canaques n'ont pas été tellement modifiées par la colonisation. Le fond est resté le même ; et ce coutumier [...] n'a en somme été altéré qu'en surface ». Voir aussi, Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, op. cit., p. 193.

<sup>737</sup> Auguste BRUNET, Conseil Général de Nouvelle-Calédonie, 4 décembre 1913, p. 230, cité par Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 318.

nouvellement créé, et par la loi du 30 mai 1854 qui officialise les premières déportations<sup>738</sup>. La Guyane n'est pas un territoire qui attire l'immigration et les Amérindiens demeurent une population réduite en raison des épidémies. Concernant la façade atlantique, Jean-Marcel Hurault rapporte qu'«on cessa de s'occuper des quelques centaines d'Indiens qui vivaient encore sur le littoral. Les fonds d'archives, qui nous ont été conservés en totalité, ne contiennent pratiquement pas une ligne à leur sujet de 1815 à 1936»<sup>739</sup>.

**235.** Pour la Guyane non côtière, l'inaccessibilité et la méconnaissance de certains territoires n'entraînent pas un contrôle colonial de la même envergure que celui des colonies de peuplement du Canada et de Nouvelle-Calédonie, puisqu'«entre la fin du XVIII<sup>e</sup> et le XX<sup>e</sup> siècle, les Amérindiens s'installent dans des zones où ils n'ont plus de contacts avec les colons»<sup>740</sup>. Au carrefour des multiples États que sont la France, le Surinam et le Brésil, en pleine forêt amazonienne, les Amérindiens, dont la plupart sont nomades, restent relativement libres de circuler sur ces terres. Dès lors, les autorités françaises se retrouvent dans l'obligation de négocier avec les autorités coutumières, «nation par nation», pour garder un contrôle sur les zones d'intérêts. En 1880, par exemple, le gouverneur de Guyane paye des indemnités au *Gran Man Anato*, installé pourtant sur la rive hollandaise, pour «service rendu sur le fleuve et notamment pour garder la frontière»<sup>741</sup>. En ne disposant ni d'outil juridique adapté ni d'un cadre législatif consacré au niveau national, les autorités coloniales cherchent à «composer avec les logiques propres d'occupation de l'espace des populations amérindiennes, sans toutefois leur reconnaître des droits de propriété»<sup>742</sup>.

**236.** Dans les années 1900, l'État cherche à affirmer l'effectivité de son droit et de son emprise domaniale «en conférant des droits fonciers aux Amérindiens français dans les zones frontalières contestées ou mal contrôlées»<sup>743</sup> : deux réserves foncières sont d'abord attribuées aux Palikur et aux Marouane de l'Oyapock<sup>744</sup>, puis, en 1950, la Préfecture de Guyane «reconnaît une réserve symbolique aux Galibi de la Basse Mana»<sup>745</sup>. Il s'ensuit une reconnaissance de droits fonciers pour le moins limitée, servant plutôt à affirmer la mainmise de l'administration sur certaines zones. Le

---

<sup>738</sup> Loi du 30 mai 1854 *sur l'exécution de la peine des travaux forcés*, J.O.R.F. du 20 août 1944, p. 269.

<sup>739</sup> Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>740</sup> Alexis TIOUKA, «Stratégies amérindiennes en Guyane française», *art. cit.*, p. 200.

<sup>741</sup> André NERON, «Rapport du conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué» dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 25-42, spé. p. 30.

<sup>742</sup> Geoffroy FILOCHE, Damien DAVY, Armelle GUIGNIER et Françoise ARMANVILLE, «La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens», *Critique internationale*, vol. 2, n° 75, 2017, p. 71-88, spé. p. 73.

<sup>743</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>744</sup> Françoise GRENAND et Pierre GRENAND, *Les Amérindiens. Des peuples pour la Guyane de demain*, Paris, Orstom - Institut français de Recherche scientifique pour le Développement en Coopération, 1990, p. 55.

<sup>745</sup> Autrement nommé dans cette recherche, les Kali'na de la Basse Mana. Voir, *Ibid.*, p. 52.

flou juridique perdure puisque, dans un objectif de valorisation économique de la Guyane, le décret du 6 juin 1930 crée le territoire de l'Inini, séparé de la zone côtière, représentant 90 % du territoire et échappant au fonctionnement ordinaire des institutions de la colonie. La compétence des élus du Conseil général ne porte alors que sur la bande littorale. Le territoire de l'Inini recouvre la majorité des sites miniers et forestiers, et la plupart des villages amérindiens et bushinenges, dont la population est évaluée à moins de cinq cents individus, en 1931<sup>746</sup>. Du reste, il apparaît que l'existence des populations tribales, « dont on ignore à peu près tout »<sup>747</sup>, préoccupe très peu les autorités françaises.

**237.** Toutefois, les Boni, population bushinenge, formulent la requête de l'ouverture d'une école illustrant l'idée selon laquelle « une situation coloniale relève rarement d'une seule logique impériale »<sup>748</sup>. En effet, une école « incarne une institution clé du pouvoir européen qui peut s'interpréter comme un prolongement des "tributs" que l'État colonial »<sup>749</sup> est prêt à donner. Cette demande s'ancre ici dans des rivalités autochtones, car les Hollandais ont offert une école aux Ndjuka du Surinam. Autrement formulé, « cet ensemble de requêtes du *Gran Man* Difou correspond à une volonté politique et historique d'obtenir du gouvernement français les mêmes marques de déférence que les Ndjuka ont su arracher au Suriname »<sup>750</sup>. Les autorités françaises accèdent à cette requête, car ils y décèlent leurs intérêts : ceux de maintenir les droits territoriaux de la France dans la région frontalière du Maroni et de s'assurer de l'allégeance des Boni dans le développement de l'Inini<sup>751</sup>. Cet élément montre que les capacités d'action et de décision des représentants autochtones ne sont pas toujours mobilisées en réaction « aux initiatives européennes »<sup>752</sup>.

**238.** Dans ce cadre colonial constamment négocié, le statut des groupements amérindiens ressemble plutôt, en pratique, à celui de nations indépendantes sous protectorat. Comme le précise Jean-Marcel Hurault :

L'administration n'intervenait pas dans les affaires intérieures des villages qui demeurait sous l'autorité exclusive des chefs coutumiers. Ces chefs recevaient une petite solde en argent qui n'était pas une marque de dépendance, mais seulement une marque de distinction. Les Indiens n'étaient

---

<sup>746</sup> AGENCE GENERALE DES COLONIES, *La Guyane française et le territoire de l'Inini*, Melun, Imprimerie administrative, 1933, p. 12.

<sup>747</sup> Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, op. cit., p. 256.

<sup>748</sup> Pierre SINGARAVELOU, « Situations coloniales et formations impériales : approches historiographiques », dans Pierre SINGARAVELOU (dir.), *Les Empires coloniaux (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 2013, p. 9-35, spé. p. 25.

<sup>749</sup> Maurice EDENZ, « Une école malgré tout dans le Territoire de l'Inini (1930-1960) », *Cahiers des Amériques latines*, n° 93, 2020, p. 49-71, spé. p. 59.

<sup>750</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>751</sup> *Ibid.*, p. 65-66.

<sup>752</sup> Bronwen DOUGLAS, « L'histoire face à l'anthropologie : le passé colonial indigène revisité », *Genèses*, vol. 2, n° 23, 1996, p. 125-144, spé. p. 143-144.

pas soumis à la loi civile française [...]. Ils ne payaient pas d'impôts. [...] Ils n'étaient pas astreints à l'état civil<sup>753</sup>.

Par ces relations particulières, les systèmes coutumiers de représentation amérindiens restent donc peu influencés par la législation coloniale. Cette situation peut être comparable à celle de Wallis et Futuna.

## 2. Le contrôle limité des institutions représentatives coutumières à Wallis et Futuna

**239.** Séparées par plus de deux cents kilomètres, Wallis et Futuna, sont initialement deux îles indépendantes. L'aménagement territorial passe donc premièrement par leur unification sous un même protectorat par le décret du 5 mars 1888<sup>754</sup>. Ce statut juridique particulier peut s'analyser selon deux périodes : un isolement des îles entre 1888 et 1918 précède la mise en place d'un pouvoir administratif français plus important entre 1919 et 1941<sup>755</sup>.

**240.** Durant la première période, le protectorat autorise le souverain local à conserver toute son autorité sur les autochtones et permet un certain maintien des coutumes foncières. Dans une certaine mesure, l'organisation spatiale se retrouve modifiée, mais uniquement par l'influence religieuse des Maristes. En effet, « les zones éloignées des églises connaissent un dépeuplement certain, soit par l'abandon progressif de la côte ouest de Wallis, soit par l'abandon de la côte sud-est de l'île de Futuna »<sup>756</sup>. De même, le calendrier grégorien influence l'organisation temporelle faisant de la semaine et du dimanche, les nouveaux repères de la collectivité<sup>757</sup>. Dès lors, les coutumes restent peu modifiées par les missionnaires. Le trop faible nombre d'Européens, l'exiguïté des archipels, l'éloignement de la métropole et le statut de protectorat modèrent l'assimilation du système coutumier au régime colonial<sup>758</sup>.

---

<sup>753</sup> Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, *op. cit.*, p. 256.

<sup>754</sup> Durant le protectorat, l'Archipel s'intitule les « îles Wallis et Horn », Horn désigne les îles d'Alofi et de Futuna. Voir, Hubert JULIEN-LAFERRIÈRE et Jean-Hugues RATENON, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux Outre-mer sur les évolutions institutionnelles dans les Outre-mer*, Assemblée nationale, 21 juin 2018, n° 1104, p. 31.

<sup>755</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « Wallis-et-Futuna (1942-1961) ou comment le fait migratoire transforma le protectorat en TOM », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 122-123, 2006, p. 61-76, spé. p. 62.

<sup>756</sup> Frédéric ANGLEVIEL, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>757</sup> *Ibid.*

<sup>758</sup> En outre, de 1887 à 1909, le protectorat est d'abord financièrement et administrativement rattaché à la Nouvelle-Calédonie, dont le gouverneur exerce alors la fonction de commissaire général de la République dans le Pacifique, que le résident, responsable des relations extérieures, représente sur place. C'est seulement par le décret du 10 juin 1909 que le protectorat de Wallis et Futuna est reconnu indépendamment de la Nouvelle-Calédonie. Voir, Décret n°1909-2350 *régulant l'organisation administrative et financière des îles Wallis et Futuna*, dans les Archives de la délégation de Wallis et Futuna en Nouvelle-Calédonie, cité par Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)*, *op. cit.*, p. 42.

241. Durant la seconde période, l'influence coloniale ne se traduit que par la signature d'un nouveau traité de protectorat pour l'île de Wallis et par le développement des compétences attribuées au résident, représentant de l'État et responsable des relations extérieures. Selon le traité initial, la désignation du résident « sera soumise à l'acceptation de la Reine et même le désir de la Reine serait, tant que cela ne gênera pas les relations internationales, que le résident soit un père de la mission »<sup>759</sup>. À la suite de l'affaire Brochard<sup>760</sup>, le traité de 1910 est signé afin de « renforcer les pouvoirs du résident et de réduire les prérogatives royales ainsi que celles de la mission »<sup>761</sup>. La nouvelle rédaction concernant les institutions locales est la suivante :

Un résident, nommé exclusivement par le gouvernement français sera chargé des affaires concernant les Français ; les sujets étrangers et les sujets wallisiens à l'étranger.

Il sera chargé également de désigner au roi de Wallis la meilleure solution des questions d'intérêt général regardant les Wallis, et, d'une manière générale, le roi devra prendre conseil du résident pour toutes les affaires importantes et s'en remettre à son avis, sauf recours, en cas de désaccord, à la haute autorité de M. le Gouverneur de la Nouvelle-Calédonie et dépendances [...].

À cet effet, le roi devra se rendre à toutes les convocations officielles du résident. Il en sera de même des ministres, soit individuellement, soit en corps, ainsi que des trois pule ou chefs des trois districts de l'île. Le roi pourra solliciter à sa convenance toute audience à la Résidence.

Le résident siègera régulièrement au Conseil des ministres, et la date de chaque séance devra être portée à sa connaissance trois jours auparavant. Le résident sera librement choisi par le gouvernement de la République française, sans qu'il ne puisse jamais être un missionnaire.<sup>762</sup>

Ce texte consacre la présence du résident au conseil des ministres wallisiens et son rôle de conseil auprès du roi. Non appliqué jusqu'en 1933<sup>763</sup>, ce traité représente pourtant une étape vers l'annexion des îles par la France. Trois ans plus tard, le résident Brochard incite le roi de Wallis, Soane Batita, à formellement demander l'annexion. Sur approbation de son Premier ministre, ou *Kivalu*<sup>764</sup>, et surtout « après avoir consulté les chefs réunis en Conseil »<sup>765</sup>, le 12 juin 1913, le roi wallisien signe un acte demandant que son pays ne forme plus qu'un avec la France. Compte tenu de la guerre, un projet de loi est seulement déposé le 3 août 1917, déclarant ces îles colonies françaises<sup>766</sup>. Le 10 juillet 1920, la Chambre des députés vote ce projet, mais en 1924, après avoir débattu de la question, le Sénat rejette cette annexion<sup>767</sup>. Par conséquent, seul « un résident de France est chargé de contrôler le gouvernement et l'administration du pays qu'il doit en même

---

<sup>759</sup> Traité de protectorat du 19 novembre 1886, cité par Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>760</sup> Le docteur Brochard est nommé résident en 1909. Républicain laïc convaincu, il tente d'expulser certains maristes influents tel que le père Bazin. Devant les difficultés que rencontre sa politique, cet évènement est surtout l'illustration de la faiblesse du pouvoir colonial à Wallis. Voir, Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie - Nouvelle-Calédonie - Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 238-241.

<sup>761</sup> Bernard GILLE, « Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna », *op. cit.*, p. 275.

<sup>762</sup> Retranscrit par Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>763</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », dans Paul De DECKKER (dir.), *Les figures de l'État dans le Pacifique*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 49-66, spé. p. 54.

<sup>764</sup> Bernard GILLE, « Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna », *op. cit.*, p. 276.

<sup>765</sup> Éric RAU, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>766</sup> *Documents parlementaires, Projet de loi tendant à déclarer les îles Wallis colonie française*, Chambre des Députés, session ordinaire de 1917, J.O.R.F. n° 3738.

<sup>767</sup> Pierre DARESTE, *Traité de droit colonial*, t. 2, Paris, Imp. rue de la Bienfaisance, 1932, p. 334.

temps représenter dans les relations extérieures»<sup>768</sup>. Cette situation conduit à ce que, à la différence de la Nouvelle-Calédonie mais à l'instar de la Guyane, les lois, les coutumes et les institutions représentatives de Wallis et Futuna ne soient que faiblement influencées par la législation coloniale.

**242.** Dans une certaine mesure, cette situation change avec l'arrivée du résident David en 1933. Il s'accorde « avec les ministres et les chefs pour ne pas élire un nouveau souverain après la mort du roi Tufele »<sup>769</sup>. Pendant plus de sept ans, le résident remplace le roi, nomme les ministres, gouverne Wallis et lance de grands travaux. Il dispose alors, pour une courte période, des institutions représentatives coutumières. En effet, « le Dr David avait tout pouvoir pour destituer tel ou tel [ministre...] et le remplacer par quelqu'un de plus souple. Il lui arriva même, en juin 1936, de faire table rase du Conseil des ministres et d'en choisir un nouveau qu'il jugeait plus apte à faire exécuter ses plans »<sup>770</sup>. Durant cette période dite de l'interrègne, le résident contrôle à la fois l'organisation du territoire et les institutions coutumières. Cependant, l'effectivité de ce contrôle reste à nuancer, car n'ayant pas de pouvoir de contrainte particulier, la poursuite des travaux ne reste possible qu'avec le consentement de la population. L'influence coloniale demeure donc plus nuancée que celles exercées au Canada ou en Nouvelle-Calédonie. En outre, le résident perd une partie de ses pouvoirs en 1941, à la suite de bouleversements liés à la Seconde Guerre mondiale. Leone Manikitoga est alors élu roi, afin « de faire revivre les institutions du protectorat »<sup>771</sup>. Les institutions coutumières en question ne sont donc ni détruites ni profondément modifiées par les autorités françaises durant le protectorat, à l'inverse des institutions autochtones en Nouvelle-Calédonie et au Canada. Pour ces dernières, particulièrement au Canada, le contrôle des institutions traditionnelles s'effectue également par le contrôle des procédures traditionnelles de représentation.

---

<sup>768</sup> Éric RAU, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>769</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>770</sup> Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, *op. cit.*, p. 128.

<sup>771</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie - Nouvelle-Calédonie - Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 243. Leone Manikitoga est roi de Wallis de 1941 à 1947.



## PARAGRAPHE 2 - Le contrôle des procédures coutumières de représentation au Canada

**243.** Au Canada seulement, dès les premières politiques coloniales, le contrôle des systèmes représentatifs coutumiers revêt une dimension particulière qui ne se retrouve pas en France : l'encadrement du mécanisme de désignation des représentants. Outre le contrôle des chefs et des conseils de bande, c'est le mécanisme électoral qui est imposé, au départ avec l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* de 1869, puis par l'article 62 de la loi de 1876, et enfin par les articles 72 à 74 de la loi de 1880. L'élection se fait à la majorité simple des voix de la bande, lors d'un conseil de bande. Si la tenue des conseils peut avoir lieu selon certaines règles déterminées par la bande, le surintendant général reste présent pour assurer la surveillance et la « régularité » des élections. Par ces premières règles, les mandats des chefs et des conseillers sont prévus pour une durée de trois ans, d'où son nom du « système électif triennal ».

**244.** Dès l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages* de 1869, le corps électoral indien est circonscrit comme tel : « les chefs de toute nation, tribu ou peuplade de Sauvages seront élus par les membres du sexe masculin de chaque bourgade sauvage, ayant atteint l'âge de vingt et un ans révolus »<sup>772</sup>. En conséquence, seuls les hommes majeurs peuvent élire leurs représentants, soit les chefs et les membres du conseil de bande, dont le nombre de membres est proportionnel à la population de la réserve. Comme le précisent Alain Beaulieu et Stéphanie Béreau, « chaque deux cents âmes » donne droit à un chef ainsi qu'à deux chefs subalternes ; par ailleurs, toute « tribu comptant trente membres peut avoir un chef »<sup>773</sup>. *De jure*, les femmes sont exclues des institutions représentatives, alors qu'elles jouaient un rôle délibératif important au sein des institutions traditionnelles préconfédératives<sup>774</sup>. En 1880, l'article 72 de la *Loi sur les Indiens* vise expressément le remplacement des chefs traditionnels héréditaires à moins qu'ils ne soient désignés par l'élection : « dans le cas où Son Excellence ordonnera l'élection de chefs par une bande, les chefs à vie ne puissent exercer les pouvoirs de chefs à moins d'être élus à la suite de cet ordre pour exercer ces pouvoirs ». Ainsi, les autorités étatiques essaient de contrôler, voire d'effacer par assimilation, les procédures de désignation coutumières.

**245.** Cependant, dès 1871, le sous-surintendant Spragge rend compte des premières réticences à l'adoption du système électoral :

---

<sup>772</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 10.

<sup>773</sup> Alain BEAULIEU et Stéphanie BÉREAU, « “Voir par eux-mêmes à l'administration de leurs propres affaires” : les Innus de Pointe-Bleue et l'implantation des conseils de bande (1869-1951) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 46, n° 1, 2016, p. 87-102, spé. p. 89-90.

<sup>774</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 10. Cette exclusion des femmes du droit de vote aux élections de bande perdure jusqu'en 1951.

Jusqu'ici, la nouvelle manière de nommer à ces charges n'a pas été généralement acceptée par la population indienne. À l'exception des Mohawks de la Baie de Quinté, elle n'a pas montré qu'elle désirait s'identifier avec le nouvel ordre de choses établies, ni non plus de le mettre à l'effet en demandant l'autorité de faire des élections<sup>775</sup>.

Il impute cette constatation au fait qu'avant d'adopter une institution nouvelle, «le Sauvage [...] donne beaucoup de temps à la discussion et à la réflexion»<sup>776</sup>. Conséquemment, pour surmonter ces réticences, le décret du 15 juin 1895 impose le système électif à quarante-deux bandes en Ontario, six au Québec et sept au Nouveau-Brunswick<sup>777</sup>. Par la suite, le décret du 16 mai 1899 l'élargit à toutes les bandes au Nouveau-Brunswick, à l'île du Prince Édouard, en Nouvelle-Écosse, mais aussi en Ontario et au Québec, l'appliquant donc aux Nations iroquoises<sup>778</sup>.

**246.** Wayne Daugherty et Dennis Madill relèvent l'ensemble des résistances au système électif triennal, considéré par les autochtones comme une «ingérence» coloniale. Par exemple, les Mohawks de St Regis connaissent de nombreux conflits, souvent violents, avec l'administration<sup>779</sup>. Les femmes du clan adressent la pétition suivante au gouverneur général du Canada : «Nous estimons que le système électoral n'est pas destiné aux Indiens et nous reviendrons donc à notre ancienne méthode de sélection des chefs de vie, conformément à notre Constitution du gouvernement iroquois»<sup>780</sup>. En 1902, le ministère autorise la bande à tenir des élections quand les membres le souhaitent, mais finit par revenir sur sa décision en 1908, faisant du conseil de bande élu une institution «représentative» imposée<sup>781</sup>.

**247.** Des résistances s'observent aussi chez les Six Nations à Brantford et les Oneidas de Thames, deux réserves composées de membres des six nations iroquoises. Les difficultés rencontrées ici ont pour origine des désaccords internes, où certains autochtones acceptent la soumission à la législation fédérale, quand d'autres favorisent les institutions représentatives traditionnelles<sup>782</sup>. Par crainte de «répercussions politiques»<sup>783</sup>, le surintendant préconise de

---

<sup>775</sup> PC, Documents de la Session (n° 23) 1871. Rapport de la Division des Affaires des Sauvages, p. 4, cité par Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980, p. 3.

<sup>776</sup> *Ibid.*

<sup>777</sup> APC, RG10, Vol. 7920, dossier 32-1, vol. 1, p. 1, cité dans Clifford SIFTON, *Rapport annuel des Affaires indiennes*, Ottawa, Imp. Parlement, 1897, p. XXVI.

<sup>778</sup> Alain BEAULIEU et Stéphanie BÉREAU, «“Voir par eux-mêmes à l'administration de leurs propres affaires” : les Innus de Pointe-Bleue et l'implantation des conseils de bande (1869-1951)», *art. cit.*, p. 100.

<sup>779</sup> Entraînant notamment le décès d'un autochtone adhérant au système héréditaire, John Ice. Voir, Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>780</sup> Pétition adressée au gouverneur général du Canada par les femmes de Saint-Régis, demandant le rétablissement de la gouvernance autochtone, en 1898, Citée par Joan SANGSTER, *One Hundred Years of Struggle: The History of Women and the Vote in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2018, p. 51.

<sup>781</sup> Ainsi, bien que soumis à un système électif, la bande pouvait organiser des élections seulement à la suite du décès de l'un des chefs, rapprochant le mandat électif de la durée d'un mandat héréditaire.

<sup>782</sup> Au sujet des dissensions internes, Voir, la *Déclaration de la Maison du conseil osbweken des Indiens des Six-Nations*, du 17 août 1876, à l'honorable M. D. Laird, Surintendant des Affaires indiennes : «Nous soussignés, chefs et membres des six nations indiennes unies, alliés du gouvernement britannique et résidant en bordure de la rivière Grand, canton

conserver le conseil héréditaire en parallèle d'un conseil élu qui aurait alors le temps de faire ses preuves. Les deux conseils s'en partageraient l'administration, consacrant une situation de plurijuridisme à l'intérieur même de la bande. Finalement, le 17 septembre 1924, la Partie II de l'*Acte relatif aux Sauvages (Avancement des sauvages)* à propos du système électif s'applique aux Six Nations, par le décret en conseil n° 1629, faisant de cette communauté la dernière bande à laquelle le système électif est imposé<sup>784</sup>.

**248.** Pour autant, cela ne signifie ni que le conseil traditionnel iroquois disparaît ni que les élections suscitent l'adhésion escomptée<sup>785</sup>. Comme l'explique le professeur William Fenton, « les gouvernements sont à la fois électifs, avec une procédure parlementaire, et traditionnels, dépendant de chefs à vie installés par le rituel »<sup>786</sup>. De nombreuses bandes iroquoises conservent, en parallèle, leur système de représentation héréditaire appelé les « maisons longues ». Parfois, les bandes conjuguent également les deux modèles en une seule et même institution, élisant les chefs héréditaires à la faveur de mandat à vie. En effet, durant leur « importation » en système autochtone, les règles et les concepts juridiques évoluent<sup>787</sup>. Il s'agit là d'un exemple de mécanismes juridiques transformés par l'emprunt, et dont l'implantation dans un autre système juridique modifie les rouages. Suivant les propos du professeur Ghislain Otis, les autochtones sont amenés « officieusement à adapter progressivement leurs usages coutumiers aux formes

---

de Tuscarora, Onondaga et Oneida, dans les comtés de Brant et Haldimand, Ontario, à notre Honorable Frère par le traité de paix, nous avons pensé qu'il convenait de porter à votre attention une certaine chose qui cause beaucoup de soucis et d'embarras à notre conseil, car nous croyons ici qu'il est de votre devoir de prendre en considération, avec votre gouvernement, la nécessité d'éliminer ce grand embarras et ces soucis de notre conseil, et dont voici la cause. Certains disent que nous sommes des sujets du gouvernement britannique et que nous devons être contrôlés par les lois qui sont adoptées au Parlement du Dominion par votre gouvernement, par vous-même et par les autres. Nous disons que nous ne sommes pas des sujets, mais des alliés du gouvernement britannique, et nous vous informons maintenant, notre Honorable Frère et votre gouvernement, personnellement, que nous ne nions pas être des alliés, mais que nous serons des alliés du gouvernement britannique comme nos ancêtres l'ont été. Et nous informons encore notre Honorable Frère et son gouvernement que nous nous dissociions maintenant d'eux et qu'à partir de maintenant nous n'aurons plus rien à faire avec ceux-là puisqu'ils veulent être contrôlés par vos lois. Nous les laissons aller maintenant pour devenir comme vos gens, mais en ce qui nous concerne, nous suivrons nos anciennes lois et règles, et nous n'y dérogerons pas. Signé par 33 chefs Onondagas ». Cité dans, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, Ottawa, *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>783</sup> Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, *op. cit.*, 1980, p. 8.

<sup>784</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>785</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 21 : « En 1924, le gouvernement a eu recours au pouvoir que lui confère le paragraphe 74 (1) de la *Loi sur les Indiens* pour remplacer le conseil traditionnel Haudenosaunee de la réserve des Six Nations en Ontario par un chef et un conseil élus sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Un grand nombre de membres des Six Nations se sont opposés à cette mesure. Cela étant, aujourd'hui encore, la vaste majorité des membres des Six Nations ne participent toujours pas aux élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens*. »

<sup>786</sup> William N. FENTON, « The Iroquois in History », dans Eleanor BURKE LEACOCK et Nancy OESTREICH LURIE (eds.), *North American Indians in Historical Perspective*, Illinois, Waveland press, 1971, p. 129-168, spé. p. 162. Source non traduite : « Governments are both elective, with parliamentary procedure, and traditional, dependant on life chiefs installed by ritual ».

<sup>787</sup> Rodolfo SACCO, « Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *art. cit.*, p. 384-385.

électorales sans que celles-ci ne correspondent nécessairement aux prescriptions du régime d'élection étatique »<sup>788</sup>. Le mécanisme électoral s'adapte alors aux cultures juridiques, aux visions du monde et aux catégories coutumières différentes, ce qui l'amène à évoluer. Dans ce cadre, bien que la représentation traditionnelle perdure en deçà des actes coloniaux, la procédure électorale s'impose, tant bien que mal, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle sur la côte Est du Canada, aux Nations iroquoises.

**249.** Similairement à la côte Est, le système électoral rencontre quelques difficultés à se mettre en place en Colombie-Britannique. En effet, le gouvernement considère que les nations, divisées en différentes bandes et réserves n'ont pas encore les « capacités » pour adopter ce système proche d'une municipalité européenne<sup>789</sup>. Le ministère autorise donc les Indiens de Colombie-Britannique, notamment les nations Nisga'a et Wet'suwet'en, « à tenir des élections conformément aux usages de leur propre bande »<sup>790</sup>, dont la durée des mandats demeure indéterminée. Néanmoins, selon l'article 75 de la *Loi sur les Indiens* de 1880, le gouverneur en conseil reste compétent pour destituer les chefs récalcitrants indépendamment de leur structure politique<sup>791</sup>.

**250.** En 1884, l'*Acte conférant certains privilèges aux bandes les plus avancées des Indiens du Canada en vue de les former à l'exercice de pouvoirs municipaux* est adopté et met en œuvre un système électif annuel<sup>792</sup>, mais celui-ci ne s'applique qu'à six bandes en Colombie-Britannique. Si Ottawa autorise une élection selon la coutume à l'Ouest, dans les faits, les chefs élus selon la coutume ont moins d'autorité légale que ceux élus dans les provinces de l'Est et apparaissent comme des « personnes nommées par le gouvernement »<sup>793</sup>. À l'instar de ce que démontre le professeur Ghislain Otis, en conservant certains chefs coutumiers, « le colonisateur a voulu non pas marquer son respect pour

---

<sup>788</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *McGill Law Journal*, art. cit., p. 401.

<sup>789</sup> Keith Thor CARLSON, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, Rapport soumis à la Commission royale, 1993, p. 7 : « Les Autochtones de la Colombie-Britannique étaient considérés comme inférieurs aux tribus des Six Nations et étaient en fait exclus de la nouvelle "Loi sur les Indiens" jusqu'à ce que le gouverneur en conseil soit convaincu qu'ils étaient "suffisamment avancés dans la civilisation" pour être inclus ». Source non traduite : « B.C.'s Aboriginal people were seen as inferior to the Six Nations Tribes and were actually excluded from the new "Indian Act" until such time as the Governor in Council became convinced they were "advanced enough in civilization" to be included ».

<sup>790</sup> Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, op. cit., p. 67.

<sup>791</sup> Keith Thor CARLSON, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, op. cit., p. 7.

<sup>792</sup> *Acte conférant certains privilèges aux bandes les plus avancées des Indiens du Canada en vue de les former à l'exercice de pouvoirs municipaux*, S.C. 1884, ch. 28, art. 7. Connue sous le nom d'Acte de l'avancement des Sauvages, il était au départ destiné aux nations perçues comme « avancées » comme les Six Nations. Toutefois, seules bandes ont été régies par cet acte, dont six en Colombie-Britannique. La première était les Cowichans de l'île de Vancouver. Puis les bandes de Kincolith, Metlakahtla, and Port Simpson en Colombie-Britannique. Voir, Paul MCHUG, *Aboriginal Societies and the Common Law*, op. cit., p. 257-258. En 1906, les systèmes électifs triennal et annuel sont réunis sous un même statut juridique. Voir, *An Act respecting Indians*, R.S.C., 1906, ch. 81, art. 172-194.

<sup>793</sup> Keith Thor CARLSON, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, op. cit., p. 9.

la culture politique ancestrale des autochtones, mais bien instrumentaliser les légitimités traditionnelles jusqu'à ce que leur prégnance fût dissoute au terme d'une acculturation politique »<sup>794</sup>. Dès lors, contraints de manifester leur allégeance à l'administration indienne, les chefs non coopératifs sont régulièrement destitués par le gouverneur en conseil<sup>795</sup>. De nouveau, si les autochtones manœuvrent pour conserver les chefs et les conseils traditionnels, les bandes, notamment celles des Nisga'a et des Wet'suwet'en, adoptent peu à peu le système électif<sup>796</sup>. En particulier, l'amendement à la *Loi sur les Indiens* de 1951 uniformise l'application des règles fédérales. Le rapport annuel des affaires indiennes de 1952 décrit la réforme en ces termes :

Les dispositions relatives aux élections ont été révisées afin d'uniformiser les procédures et la durée des mandats. Le droit de vote aux élections des bandes et aux autres votes prévus par la loi a été étendu à tous les membres d'une bande ayant atteint l'âge de vingt et un ans. Pour la première fois, le droit de vote dans les affaires de la bande est accordé aux femmes. Les femmes indiennes exercent maintenant ce droit, et un certain nombre d'entre elles ont ce droit, et un certain nombre d'entre elles ont déjà été élues à des postes. Le secret du vote a été prévu dans les règlements électoraux. Comme auparavant, les bandes auxquelles les dispositions relatives aux élections n'ont pas été appliquées peuvent choisir leurs chefs et leurs conseillers selon la coutume de la bande. Les pouvoirs des conseils de bande de prendre des règlements ont été élargis pour correspondre de manière générale à ceux exercés par les conseils d'une municipalité rurale<sup>797</sup>.

Après cette réforme, le système électoral achève sa progression. Ainsi, avant 1951, au Canada, 400 bandes désignent leur chef et conseil selon la coutume, 185 bandes utilisent le système électif triennal et 9 utilisent le système électif annuel<sup>798</sup>. Toutefois, en 1971, environ 384 bandes sont placées sous le système triennal, tandis que 169 retiennent les méthodes coutumières<sup>799</sup>.

---

<sup>794</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *McGill Law Journal*, art. cit., p. 400.

<sup>795</sup> Keith Thor CARLSON, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, op. cit., p. 10.

<sup>796</sup> En effet, le professeur Ghislain Otis écrit : « L'élection s'est peu à peu généralisée même dans la pratique dite « coutumière » des communautés [...]. Cette apparente intégration démocratique explique sans doute pourquoi la désignation des dirigeants selon la « coutume » de la bande est encore aujourd'hui reconnue par l'article 2 de la Loi sur les Indiens et pourquoi l'application formelle du régime électoral dicté par cette loi n'a jamais été décrétée dans un certain nombre de communautés ». Voir, Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », art. cit., p. 401.

<sup>797</sup> DEPARTMENT OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION, *Report of the Indian Affairs Branch for the Fiscal year ended, March 31, 1952*, Ottawa, Queen's printer, 1953, p. 43. Source non traduite : « The election provisions have been revised to provide uniform procedures and term of office. The right to vote in band elections and other votes under the Act has been extended to all members of a band of the full age of twenty-one years. This, for the first time, extends the franchise in band affairs to women. Indian women are now exercising this right, and a number of them have already been elected to office. Secrecy of voting has been provided under election regulations. As formerly, those bands to which the election provisions have not been applied may choose their chiefs and councillors according to band custom. The powers of band councils to make by-laws were broadened to correspond in a general way with those exercised by councils in a rural municipality ».

<sup>798</sup> Mary LISTON, « Representing Jurisdiction: Decolonising Administrative Law in a Multijural State », dans Jason VARUHAS et Shona WILSON STARK (dir.), *The Frontiers of Public Law*, New York, Bloomsbury publishing, 2021, p. 177-204, spé. p. 186.

<sup>799</sup> « Dans les deux ans qui ont suivi l'adoption des nouvelles dispositions électorales, 263 bandes environ avaient adhéré au système électif. En 1971 leur nombre avait atteint 384, ce qui signifie que plus de 71 % des bandes indiennes utilisaient le système électif ». Voir, John Leonard TAYLOR, *Politique canadienne relative aux Indiens pendant l'entre-deux-guerres, 1918-1939*, Ottawa, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984, p. 120.

**251.** Au-delà de la procédure de désignation, ce sont aussi les procédures décisionnelles qui sont imposées. Les procédures coutumières autochtones se fondent sur la recherche de consensus et visent l'unanimité, comme cela est notamment précisé dans la constitution iroquoise<sup>800</sup>. Toutefois, l'amendement à la *Loi sur les Indiens* de 1927 précise à l'article 158 que « si une bande a un conseil de chefs ou de conseillers, tout consentement ordinaire requis de la bande peut être accordé par un vote de la majorité de ces chefs ou conseillers, lors d'un conseil convoqué selon ses règles et tenu en présence du Surintendant »<sup>801</sup>. Par conséquent, les procédures délibératives visant au consensus sont remplacées par des procédures décisionnelles majoritaires, que certains autochtones décrivent comme « aliénantes pour le processus de décision »<sup>802</sup>. En effet, en négligeant certaines familles ou certains clans minoritaires dans la procédure de décision, la fonction de représentation du chef et des conseils autochtones s'en trouve encore affaiblie.

**252.** Ainsi, le contrôle des autorités coloniales s'applique à de nombreuses procédures, parmi lesquelles figurent « la substitution de la règle de la majorité à celle de l'unanimité [et] l'élection des chefs par rapport au Conseil de Condolérance »<sup>803</sup>. L'imposition des procédures électorales et majoritaires vise un objectif explicite : l'assimilation. Ces institutions doivent préparer les autochtones à l'exercice des droits et devoirs de citoyens et à l'institution de futures administrations municipales. William Sprague, surintendant adjoint aux Affaires indiennes, écrit à ce sujet :

Les lois de 1868 et de 1869 concernant les Affaires indiennes ont été imaginées afin d'amener, petit à petit, les Indiens à se mêler à la race blanche dans le cadre de besoins quotidiennes. Elles se voulaient un moyen de faciliter l'élection de conseils, pour un temps limité, composés de membres des bandes, conseils qui pourraient veiller aux affaires locales. Ces hommes intelligents et instruits, reconnus comme chefs, pourraient accomplir les souhaits des hommes adultes de chaque bande qui serait ainsi équitablement représentée dans la conduite des affaires intérieures. En remplaçant ainsi un système irresponsable par un système responsable, cette disposition légale était destinée à préparer la voie à l'établissement d'institutions municipales simples<sup>804</sup>.

Par le contrôle des procédures ou des institutions, l'assimilation a pour but d'intégrer progressivement les systèmes coutumiers aux systèmes représentatifs étatiques et de les faire disparaître. Duncan Campbell Scott, surintendant adjoint des Affaires indiennes entre 1913 et 1932, résume en ces termes la politique du Canada lors d'un discours prononcé devant le Comité

---

<sup>800</sup> *Constitution de la Confédération iroquoise Kaianerekowa (Gayanashagowa) ou Grande Loi de la Paix*, art. 10, 11 et 12. Voir aussi, Chapitre 1, Section 1.

<sup>801</sup> *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 158. Source non traduite : « If any band has a council of chiefs or councillors, any ordinary consent required of the band may be granted by a vote of a majority of such chiefs or councillors, at a council summoned according to its rules, and held in the presence of the Superintendent General or his agent ».

<sup>802</sup> Voir, par exemple, Keith Thor CARLSON, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>803</sup> William N. FENTON, « The Iroquois in History », *op. cit.*, spé. p. 161-162. Source non traduite : « the issues were land sales, substitution of majority rule for unanimity, election of chiefs versus the Condolence Council ».

<sup>804</sup> William SPRAGUE au Secrétaire d'État Joseph Howe, 2 février 1871, cité par Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, *op. cit.*, p. 2.

spécial de la Chambre des communes chargé d'examiner les modifications de la *Loi sur les Indiens* : « Je veux me débarrasser du problème indien. [...] Notre objectif est de continuer jusqu'à ce qu'il ne reste aucun Indien au Canada qui n'ait été assimilé à la société, et que disparaissent la question indienne et le ministère des Affaires indiennes »<sup>805</sup>. Les systèmes représentatifs coutumiers doivent peu à peu ressembler à des assemblées municipales élues et responsables, sur le modèle du Parlement de Westminster.

**253.** Les communautés autochtones, qui coexistent à proximité des municipalités et au sein des Provinces, doivent donc entièrement s'assimiler au fonctionnement du système étatique de représentation canadien. En outre, l'imposition de ce mécanisme démontre à quel point l'élection, adoptée dès 1792 et pratiquée de façon continue depuis lors, est plus implantée au Canada qu'en France, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. À l'inverse, en France, les populations autochtones sont situées en outre-mer : l'éloignement peut constituer un facteur d'explication supplémentaire quant au fait que les autorités coloniales n'envisagent pas directement le mécanisme électoral comme un instrument visant l'assimilation. Pour autant, au Canada comme en France, cette assimilation se manifeste paradoxalement par un refus d'appliquer aux autochtones ce qui pourrait être qualifié de « droit commun de la représentation politique ».

**SECTION 2** – Le contrôle étatique de l'accès à la citoyenneté comme corollaire d'une représentation nationale discutée

**254.** Le contrôle de la représentation autochtone par les autorités étatiques se manifeste par l'adoption d'une législation coloniale particulière, mais aussi par le refus de leur appliquer le droit commun de la représentation. Le droit commun est celui de pouvoir participer à la formation de la volonté générale, par le biais de représentants, qu'ils soient nommés ou élus, *voulant et tenant lieu* pour la nation<sup>806</sup>. Durant la période coloniale, toute l'ambivalence relève de l'application des conceptions juridiques étatiques aux systèmes autochtones. Ainsi, bien que les autorités coloniales visent l'assimilation, les autochtones sont intégrés à l'État, mais de façon particulière, les laissant exclus de la citoyenneté. Par conséquent, leur représentation politique, qu'elle soit conçue comme

---

<sup>805</sup> ARCHIVES NATIONALES DU CANADA, *Témoignage de Duncan Campbell Scott, sous-surintendant général des Affaires indiennes, devant le comité spécial de la Chambre des communes qui examinait les modifications de 1920 à la Loi des Sauvages*, Ottawa, RG (groupe d'archives) 10, vol. 6810, dossier 470-2-3, vol. 7, p. 55 (L-3) et 63 (N-3). Source non traduite : « I want to get rid of the Indian problem. [...]. Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department ».

<sup>806</sup> Selon les formulations employées par les professeurs Pierre Brunet et Jean-Marie Denquin. En effet, les règles de droit constitutionnelles sont, pour la plupart, vectrices de la théorie classique de la représentation, soit la conception volitive. Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 9.

volitive ou électorale, est juridiquement aménagée, voire restreinte (**PARAGRAPHE 1**). Cette période d'exclusion du droit commun est suivie d'une uniformisation du régime de représentation politique, particulièrement au bénéfice d'une certaine assimilation des règles aux conceptions étatiques de la représentation (**PARAGRAPHE 2**).

#### **PARAGRAPHE 1** – L'exclusion équivoque des autochtones du système étatique de représentation

**255.** Bien que visés par des objectifs étatiques d'assimilation, les autochtones ne sont intégrés à l'État et à la nation que de façon limitée, voire superficielle, par un régime souvent décrit comme transitoire vers leur « civilisation »<sup>807</sup>. Conséquemment, grâce à l'analyse d'un ensemble d'éléments, il est possible de douter que la représentation étatique volitive des autochtones par les institutions étatiques soit du même ordre en théorie et en pratique (**A**). De même, la dissociation des notions de nationalité et de citoyenneté est révélatrice de l'aménagement du droit commun concernant les autochtones. Bien que l'élection soit, à cette époque, un mécanisme en plein essor pour les citoyens français et les sujets britanniques du Canada, il est notable que les autochtones demeurent exclus, cette fois sans aucune ambiguïté, d'une conception électorale de la représentation (**B**).

#### **A.** L'intégration limitée des autochtones à la représentation étatique volitive

**256.** La représentation politique volitive se résume aux formules de *vouloir pour* ou de *tenir lieu*. Si le professeur Jean-Marie Denquin prend pour synonyme les deux formulations<sup>808</sup>, il est possible de noter certaines différences. Résultant de l'analyse du professeur Pierre Brunet, la première

---

<sup>807</sup> Cet objectif de civilisation demeure prégnant dans les ordres juridiques coloniaux jusque dans les années 30. Au Canada, il est fait référence à cet objectif jusque dans le titre des lois. Voir notamment, *Acte pour encourager la Civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S.C. 1857, ch. 26, dont l'introduction commence ainsi : « Considérant qu'il est désirable d'encourager le progrès de la civilisation parmi les tribus sauvages en cette province, et de faire disparaître graduellement toutes distinctions légales qui existent entre eux et les autres sujets canadiens de Sa Majesté ». Voir aussi, Mark FRANCIS, « The “Civilizing” of Indigenous People in Nineteenth-Century Canada », *Journal of World History*, n° 9, 1998, p. 51-87. En France, c'est aussi dans les arrêts du Conseil d'État qu'il est fait recours au concept de « civilisation » comme justification de la colonisation. Voir, Laurent WAUQUIEZ-MOTTE, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'État », dans Jean MASSOT (dir.), *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français*, Paris, Dalloz, 2007, p. 73-85, spé. p. 83-84.

<sup>808</sup> Il écrit : « un premier sens, “représenter” signifie “tenir lieu de”. C'est le sens donné au terme par les constituants de 1791 : les représentants “veulent pour la nation”, car celle-ci, étant une abstraction, ne peut s'exprimer qu'à travers eux. En pratique ils votent, à la place des citoyens, les lois qui s'appliquent à ceux-ci. ». Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 1-10, spé. p. 6.



formule *vouloir pour* est suivie de « la nation », et la volonté est ainsi « initiale et inconditionnée »<sup>809</sup>. La seconde formule se rapporte à l'idée explicitée par le professeur Jean-Marie Denquin selon laquelle « les parlementaires *tiennent lieu* des citoyens en votant des lois »<sup>810</sup>. Il procède de ces différences que l'entité représentée, la nation ou le citoyen, n'est pas la même et cette différence acquiert toute son importance quand il s'agit de déterminer si les autochtones, souvent nationaux, mais non citoyens, sont politiquement représentés durant la période coloniale.

**257.** « Pour comprendre le droit public constitutionnel, on doit descendre [...] jusqu'au problème de la nationalité », déclare Marcel Prélôt en 1948<sup>811</sup>. En effet, la nationalité, autrement dit l'appartenance à la nation, est révélatrice des spécificités de la représentation des autochtones. Ces derniers, dont les régimes juridiques dépendent de statuts civils particuliers, sont intégrés à l'État et à la nation de façon ambivalente. Par refus de leur accorder certains droits politiques, il s'ensuit une véritable scission entre l'appartenance à l'État et la participation à celui-ci ou, autrement dit, une scission entre la nationalité et la citoyenneté (1). Dans la continuité de cet aménagement juridique, la doctrine des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles peut expliquer l'ambivalence de l'appartenance des autochtones aux nations canadiennes et françaises (2). Il reste que l'appartenance à la nation dépend aussi et surtout du statut colonial des territoires en question (3).

### 1. La dissociation entre nationalité et citoyenneté

**258.** Durant les XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, en France et en Angleterre, la citoyenneté n'est pas incompatible avec la notion de sujet<sup>812</sup>. De même, durant les révolutions anglaise et française, bien que soient distingués les citoyens actifs et passifs, la nationalité et la citoyenneté recouvrent une

---

<sup>809</sup> Pierre BRUNET, « Les grands principes justificatifs : La représentation », dans Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, Paris, Dalloz, 2012, p. 608-641, spé. p. 637 : « le représentant est celui qui veut pour la nation, de façon initiale et inconditionnée ».

<sup>810</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *art. cit.*, p. 326. Voir aussi, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 14.

<sup>811</sup> Marcel PRELOT, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>ère</sup> éd., 1948, p. 12.

<sup>812</sup> « Il n'existe aucune contradiction entre *citoyen* et *sujet* : un individu peut être à la fois citoyen en tant que membre d'une société civile et sujet en tant que soumis à l'autorité d'un roi légitime. Si les deux termes en viennent à être perçus comme incompatibles, c'est parce que la légitimité démocratique tend à s'imposer comme la seule acceptable ». Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Citoyenneté », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 198-200, spé. p. 199. « Sous l'Ancien Régime, les « citoyens », au sens juridique de « naturels » ou de « régnicoles », ne sont pas définis comme des individus égaux devant la loi ou participant à l'exercice de la souveraineté nationale, mais comme des individus bénéficiaires de droits par opposition avec les étrangers (aubains), qui sont frappés d'incapacités légales ». Voir, Gilles HAVARD, « « Les forcer à devenir Citoyens » État, sauvages et citoyenneté en Nouvelle-France (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, vol. 64, n° 5, 2009, p. 985-1018, spé. p. 989-990.

définition similaire<sup>813</sup>. Par la suite, si la France s'écarte de la notion de sujet, la Grande-Bretagne et ses Dominions y restent fortement attachés. En effet, au Canada, les autochtones sont considérés dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle comme des sujets britanniques<sup>814</sup>. Cette qualification justifie alors que les traités passés avec les Premières Nations ne sont pas des traités internationaux, mais plutôt de simples « accords » de droit interne<sup>815</sup>. De cette façon, s'ils ne sont pas des étrangers, ils sont assimilés par le Canada, et surtout, ils sont assujettis à l'autorité de l'État<sup>816</sup>. De même, dès 1791, en Guyane, pour les différencier des anciens esclaves désormais libres, l'assemblée coloniale accorde aux Amérindiens la citoyenneté française<sup>817</sup>. Toutefois, cette disposition n'est jamais vraiment appliquée. En 1848, la Seconde République abolit l'esclavage et accorde aux anciens esclaves la citoyenneté française, entendue comme un statut initialement lié à la nationalité, définie par un ensemble de droits et d'obligations, attribués ou acquis par les personnes elles-mêmes désignées sous le vocable de « citoyen »<sup>818</sup>. À ce titre, les « anciennes colonies », dont la Guyane, envoient des députés à l'Assemblée nationale<sup>819</sup>.

**259.** Cependant, durant la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, les États coloniaux refusent d'accorder automatiquement la citoyenneté aux nationaux de l'Empire, et particulièrement aux

---

<sup>813</sup> Danièle LOCHAK, « La citoyenneté : un concept juridique flou », dans Dominique COLAS, Claude EMERIT et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 179-207, spé. p. 182.

<sup>814</sup> Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, op. cit., chap. VII et VIII, soit p. 163-207.

<sup>815</sup> En 1929, Dans l'affaire *Syliboy*, le juge Patterson de la Cour de comté de Nouvelle-Écosse écrit : « le traité de 1752 n'est absolument pas un traité et il ne doit pas être considéré comme tel ; il s'agit tout au plus d'un simple accord conclu entre le gouverneur et le Conseil et une poignée d'Indiens ordonnant en échange de leur bonne conduite, de la nourriture, des présents et le droit de chasser et de pêcher comme de coutume ». Voir, R. c. *Silyboy*, [1929] 1 D. L. R. 307, traduction de la Cour suprême du Canada, *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, para. 20.

<sup>816</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (dir.), *JurisClasser Québec*, Montréal, LexisNexis, coll. « Droit public - Droit constitutionnel », 2017, p. 15/1 à 15/154, spé. p. 15.

<sup>817</sup> Délibération de l'Assemblée coloniale *au sujet des Indiens*, Cayenne, 4-5 avril 1791, retranscrit par Monique POULIQUEN, *Doléances des peuples coloniaux à l'Assemblée nationale constituante (1789-1790)*, Paris, Archives nationales, 1989, p. 97 : « art. 1er : Tous les Indiens de la Guyane française seront réputés citoyens français pour jouir des bienfaits de la nouvelle Constitution ; n'entendons point comprendre dans cette classe les individus métis provenant du commerce des Indiens avec les négresses et des Indiennes avec les nègres, à quelque degré que ce soit, même au septième mariage. [...] art. 4 : Que dans les quartiers éloignés, les missionnaires les instruiront des droits de citoyen et de tous les principes relatifs à l'ordre établi et aux devoirs de la société. [...] art. 5 : Qu'ils auront le droit de nommer leurs officiers et leurs capitaines, en présence de l'officier municipal, lesquels seront brevetés comme ceux des gardes citoyennes dont ils porteront l'uniforme et les marques distinctives. Enfin les compagnies d'Indiens seront organisées comme celles des blancs. [Texte sanctionné le 8 avril 1791 par le gouverneur intérimaire Henry de Benoist] ». Voir aussi, Yerri URBAN, « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-34.

<sup>818</sup> Élise RALSER, « Citoyenneté », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 72-75, spé. p. 72.

<sup>819</sup> Bien qu'ils soient principalement élus par les colons installés en Guyane. Voir, Isabelle MERLE, « Du sujet à l'autochtone en passant par le citoyen. Les méandres, enjeux et ambiguïtés de la définition du statut des personnes en situation coloniale et post coloniale », dans Elsa FAUGERE et Isabelle MERLE (dir.), *La Nouvelle-Calédonie, nouveaux enjeux, nouveaux terrains*, Paris, Karthala, 2008, p. 19-36, spé. p. 23. La Guyane perd cependant ses deux sièges à l'Assemblée nationale entre 1875 et 1879. Voir, Jacques BINOCHÉ, *Les parlementaires d'outre-mer*, Paris, Edilivre, 2016, p. 17-18.

colonies les plus récentes<sup>820</sup>. L'argument avancé demeure celui d'une trop grande différence de civilisation, de mœurs et de coutumes entre les populations<sup>821</sup>. Cette volonté de différenciation entraîne une dissociation entre les notions de nationalité et de citoyenneté en France, ou une distinction de nature entre les sujets au Canada, applicables aux autochtones.

**260.** Ainsi, sous le Second Empire, le gouvernement français refuse d'appliquer le droit commun, principalement le Code civil, à ses populations en dehors de la métropole. De ce fait, un statut personnel est inventé, celui d'Indigène, «supposé respecter les us et coutumes des peuples assujettis dans le domaine du droit privé au prix de leur intégration pleine et entière dans la cité française»<sup>822</sup>. Ces statuts participent aux évolutions conceptuelles de la nationalité. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la nationalité est synonyme d'appartenance à la nation et se traduit dans le droit comme «le lien de rattachement à un État»<sup>823</sup>. Autrement définie, la nationalité «s'exprime de façon passive [...], elle détermine la souveraineté exercée par un État sur des personnes»<sup>824</sup>. À cette même période, la citoyenneté ne dépend plus de l'appartenance à la nation, mais du statut personnel des Indigènes et des Indiens. Ils sont alors des nationaux ou des sujets, mais sans citoyenneté, c'est-à-dire sans droits politiques<sup>825</sup>.

**261.** Selon une logique similaire, sans créer la catégorie juridique de «nationalité»<sup>826</sup>, les autorités canadiennes établissent une distinction de nature entre les sujets britanniques. François Borrela explique que «le concept de nationalité canadienne n'apparaît clairement que dans la loi sur la citoyenneté canadienne de 1947 et dans la loi actuelle de 1977»<sup>827</sup>. S'il faut donc éviter l'anachronisme des termes, il reste que le Parlement légifère sur le statut des Indiens et leur

---

<sup>820</sup> Par exemple, Victor Schœlcher, député de la Guadeloupe puis de la Martinique, «pour justifier l'octroi des droits politiques aux anciens esclaves, évoque "l'effet moral" que peut avoir la "participation à la confection des lois", et refuse par ailleurs que les indigènes des colonies plus récentes en bénéficient» Voir, Emmanuelle SAADA, «Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale», *Genèses*, vol. 4, n° 53, 2003, p. 4-24, spé. p. 16.

<sup>821</sup> Dans leur précis de législation coloniale, Louis Rolland et Pierre Lampué expliquent à propos de la population indigène : «celle-ci est très différente de civilisation et de formation. Il est d'abord opportun de conserver pendant assez longtemps aux indigènes leurs institutions juridiques. Ces institutions coutumières [...] sont en rapport avec l'état social, les besoins, les conceptions morales et religieuses des indigènes». Voir, Pierre LAMPUE et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale. (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1940, p. 212.

<sup>822</sup> *Ibid.*

<sup>823</sup> François BORRELA, «Nationalité et citoyenneté», dans Dominique COLAS, Claude EMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 209-229, spé. p. 211.

<sup>824</sup> Martine FABRE, «La citoyenneté aux colonies, un concept protéiforme», dans Éric de MARI et Éric SAVARESE (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 41-60, spé. p. 42.

<sup>825</sup> En effet, le professeur François Luchaire définit la citoyenneté comme «une notion interne de droit public : c'est une qualité juridique garantissant à celui qui en est titulaire l'électorat, la jouissance des grandes libertés, et l'admission aux emplois publics». Par opposition, il définit la nationalité comme «une notion de droit international : elle détermine le lien unissant un individu à tel ou tel État reconnu par le droit international». Voir, François LUCHAIRE, *Droit d'outre-mer, op. cit.*, p. 109.

<sup>826</sup> En effet, en anglais, le terme «*Citizenship*» désigne autant la nationalité que la citoyenneté. La distinction entre les sujets canadiens allochtones et les Indiens réside alors dans les différents statuts au sein de la «*Citizenship*».

<sup>827</sup> François BORRELA, «Nationalité et citoyenneté», *op. cit.*, p. 215.

inaptitude politique dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle dans la *Loi sur les Indiens*<sup>828</sup> : ils sont sujets britanniques, mais demeurent privés du droit de vote. Par conséquent, le clivage citoyen *versus* étranger évolue vers le clivage citoyen *versus* non-citoyen, dissociant la nationalité ou la sujétion et la citoyenneté, et créant deux catégories juridiques aux « statuts différenciés »<sup>829</sup>. Concernant la représentation volitive, la question est alors de savoir s'ils font partie de la nation, du peuple, ou même de l'État, et peuvent être considérés comme représentés, bien que dénués de droits politiques. Les auteurs du XX<sup>e</sup> siècle alimentent vigoureusement ce débat doctrinal.

## 2. Les apports doctrinaux sur l'appartenance des autochtones à la nation

**262.** La représentation des Indiens et des Indigènes soulève certaines interrogations : s'ils ne sont pas citoyens, mais restent des nationaux, sont-ils représentés par les assemblées étatiques ? La représentation politique par le Parlement est-elle celle de la nation, de l'État, ou se limite-t-elle aux citoyens ? Raymond Carré de Malberg apporte la réponse selon laquelle la représentation ne serait pas limitée aux seuls citoyens. Cependant, sur la représentation des autochtones au Parlement, il s'oppose à Maurice Hauriou et Léon Duguit, qui eux-mêmes s'avèrent les contradicteurs d'Henry Solus et de Pierre Lampué.

**263.** Pour Raymond Carré de Malberg, « l'État et la nation ne sont que les deux faces d'un même être de droit »<sup>830</sup>. Il apporte ainsi une réponse sur les caractéristiques de la représentation politique, en vertu de laquelle les parlementaires « représentent non pas la totalité des citoyens pris individuellement, mais leur collectivité indivisible et extra-individuelle »<sup>831</sup>. Précisément, il écrit :

La nation, c'est donc l'ensemble d'hommes et de populations concourant à former un État et qui sont la substance humaine de l'État. Et quant à ces hommes pris individuellement, ils portent le nom de nationaux ou encore de citoyens au sens romain du mot *civis* : expression qui désigne précisément le lien social qui [...] rattache tous les membres de la nation à un corps unique de société publique<sup>832</sup>.

Par cette affirmation, il assimile nationalité et citoyenneté et semble définir la nation comme composée de citoyens. Cette synonymie s'explique par le fait que les nationaux et les citoyens sont

---

<sup>828</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte, trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 13. Le droit de vote est alors lié à leur émancipation du statut d'Indien et à la propriété dont ils bénéficient sur leurs terres.

<sup>829</sup> C'est ainsi que le professeur Jean-Marie Denquin définit initialement la citoyenneté : elle est « un statut juridique différentiel ». Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Citoyenneté », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 198-200, spé. p. 198.

<sup>830</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 2, *op. cit.*, p. 187.

<sup>831</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>832</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 1, Paris, Sirey, 1<sup>ère</sup> éd., 1920, p. 2-3.

régulièrement assimilés par la doctrine du XX<sup>e</sup> siècle<sup>833</sup>. Toutefois, ces concepts restent indépendants des droits politiques qui en découlent, et notamment celui d'être électeur. En effet, citant l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789, Raymond Carré de Malberg poursuit : « chaque citoyen — qu'il soit ou non électeur [...] — se trouve représenté dans l'acte de confection des lois ; il y est représenté, non pas il est vrai comme individualité distincte et singulière, mais comme partie composante du tout indivisible nation. Et c'est là pour tout Français un droit proprement dit, découlant de sa qualité de citoyen »<sup>834</sup>. Ainsi, dès lors que la nationalité serait acquise, dès lors que l'on appartient à la nation, il serait possible d'être citoyen même sans être électeur, donc d'être représenté au Parlement. L'auteur ajoute même « la représentation passive est un droit absolu »<sup>835</sup>. En suivant ce raisonnement, il serait donc possible de conclure que les autochtones, alors nationaux des États du fait de la conquête, seraient représentés « passivement » au sein des parlements nationaux. Cependant, Raymond Carré de Malberg, lui-même, n'adhère pas à cette idée. Il ressort de ses écrits que les Indigènes seraient uniquement « sujets de la puissance française »<sup>836</sup> et donc n'appartiendraient pas à la nation. Ils ne seraient ni nationaux ni citoyens et se verraient imposer une volonté extérieure à eux qui ne serait pas « leur » volonté générale. Par conséquent, ils resteraient exclus de la représentation volitive et parlementaire.

**264.** Cette exclusion se retrouve chez Léon Duguit, sans pour autant que celui-ci n'assimile nationalité et citoyenneté. Ce dernier défend la thèse d'une dualité de territoire entre l'Empire et la métropole, et par conséquent une dualité de nationalité. Il écrit dans son *Traité de droit constitutionnel* :

La puissance des gouvernants s'exerce sur beaucoup d'individus qui ne font pas véritablement partie de la nation considérée. [...] beaucoup d'individus peuvent être et sont en fait sujets d'un pays sans être nationaux de ce pays. En considérant particulièrement la France, tous les indigènes des colonies sont sujets, mais non-citoyens français, tant que le caractère de citoyens ne leur a pas été expressément reconnu, suivant certaines règles spéciales déterminées par notre législation coloniale. Il y a donc là une quantité considérable d'individus qui sont subordonnés à la puissance publique française, mais qui ne font point partie de la nation française<sup>837</sup>.

---

<sup>833</sup> Yerri URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, Varenne, coll. « Collection des thèses », 2011, p. 450-452.

<sup>834</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 2, *op. cit.*, p. 434. Dans les pages suivantes, l'auteur fait référence aux hommes privés de l'exercice du droit électoral et aux femmes et distingue alors les citoyens actifs, qui participent, sous la forme électorale, à l'exercice de la souveraineté, et les citoyens passifs, distinction qui ne serait pas à rapprocher de la distinction entre citoyen et sujet.

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 437. En cela, il fait référence à la représentation politique (volitive) des citoyens dits « passifs ».

<sup>836</sup> Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 1, *op. cit.*, p. 246, note 24. Il écrit : « des indigènes des colonies qui sont sujets de la puissance française, sans être Français ou en tout cas sans être citoyens français ». La note telle que rédigée laisse deviner l'approximation qu'il peut y avoir à la qualification du statut des Indigènes.

<sup>837</sup> LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, Tome II : La théorie générale de l'État*, Paris, Ancienne librairie Fontemoing & C<sup>e</sup> Éditeurs, Emile de Boccard, Successeur, 2<sup>e</sup> éd., 1923, p. 15.

Les Indigènes seraient alors des sujets sans faire partie de la nation, c'est-à-dire sans être nationaux français et *ipso facto*, sans être représentés par le Parlement, bien que sa législation leur soit applicable. Dans la continuité de cette analyse, Maurice Hauriou affirme lui aussi :

Le droit de vote n'appartient, par conséquent, ni à l'étranger qui n'est pas sujet de la France ni à l'indigène des colonies et de l'Algérie non naturalisé, qui est sujet de la France, mais qui n'est pas sujet français ; ni à la femme française, qui a bien la qualité de sujet français, mais qui, jusqu'à présent, n'a pas à tout égard celle de citoyen français<sup>838</sup>.

Selon le doyen Hauriou, le « sujet de la France » ne serait pas un national. En d'autres termes, il serait soumis à l'autorité de l'État sans lui appartenir. *A contrario*, la femme, elle, appartiendrait à la nation : elle serait sujet français, mais non citoyenne. Suivant ce raisonnement, la législation s'applique à tous, sans que les Indigènes ne soient représentés, même « passivement » au Parlement, à l'inverse des femmes qui sont bien françaises, mais qui n'ont simplement pas le droit de vote.

**265.** Il ressort de ce débat certaines difficultés à traiter de la diversité des statuts des populations colonisées. La qualification binaire entre les nationaux et les « subordonnés à la puissance étatique », repose sur une certaine incohérence et ne permet pas « de formuler clairement une distinction entre l'appartenance à l'État et l'appartenance à la nation »<sup>839</sup>. Ces trois positions doctrinales démontrent, bien que les autochtones soient nationaux, toutes les réticences qui persistent à les intégrer sur un pied d'égalité à la « nation », pour mieux les reléguer au rang de « sujets de la France » mais non français. Dans ce cadre, en France comme au Canada, certains auteurs acceptent mal l'idée que plusieurs « nations », présentant des différences culturelles trop exacerbées, puissent coexister au sein d'un même État, et par conséquent puissent être représentés sur les mêmes bancs parlementaires. Toutefois, les doctrines visant à exclure les autochtones de la représentation volitive trouvent des contradicteurs.

**266.** S'appuyant sur la jurisprudence, Henry Solus explicite dans son *Traité sur la condition des Indigènes en droit privé* que « les indigènes sujets français sont français, [faisant] partie intégrante du territoire français, [...] se séparent des indigènes des pays placés sous protectorat ou sous mandat français et des étrangers. Du fait de l'annexion, ils ont acquis la nationalité française »<sup>840</sup>. La question de leur nationalité ne fait donc plus débat pour cet auteur : les populations des territoires annexés acquièrent par définition la nationalité de l'État colonisateur.

---

<sup>838</sup> Maurice HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1930, p. 217.

<sup>839</sup> Yerri URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, *op. cit.*, p. 450. Il écrit par exemple à propos de Léon Duguit : « il est incapable, du fait de sa manière de traiter la nationalité, de formuler clairement une distinction entre l'appartenance à l'État et l'appartenance à la nation, ou entre l'appartenance à l'État métropolitain et l'appartenance aux colonies ».

<sup>840</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, *op. cit.*, p. 35.

267. Tenant compte de cette caractéristique, Pierre Lampué et Louis Rolland proposent une autre analyse du statut des populations colonisées, plus adaptée aux réalités de l'Empire. En effet, pour les territoires colonisés, ils expliquent que « les nationaux se divisent en deux catégories : les citoyens, dont le statut juridique et politique se rapproche de celui des habitants de la métropole, et les non-citoyens, ou sujets français, dont le statut est assez sensiblement différent »<sup>841</sup>. Cela permet à Pierre Lampué d'affirmer sans contradiction que « la représentation des indigènes a été organisée dans des assemblées locales, ou centrales, sans que cette représentation implique, en principe, la jouissance des droits politiques métropolitains »<sup>842</sup>. Le territoire de l'Empire est donc un seul et même territoire, il n'y a ni dualité de nationalité ni dualité de représentation. Par là même, le fait que « la législation coloniale [soit] élaborée par les organes constitutionnels qui siègent dans la métropole »<sup>843</sup>, renforce l'idée d'une représentation politique unitaire exercée par les assemblées législatives et constituantes. Sa réflexion s'étend même aux territoires n'étant pas annexés, puisqu'il écrit que l'Empire est « soumis, dans son entier, avec des nuances et des modalités diverses, au pouvoir de décision des organes de l'État. C'est cette existence d'un pouvoir politique commun qui fait son unité »<sup>844</sup>. Avec Pierre Lampué, il est donc possible de conclure à l'unité du pouvoir politique de l'Empire et donc à la représentation des autochtones au sein des parlements nationaux, tout du moins dans son sens volitif.

268. Ce constat se retrouve dans les propos d'Albert Duchêne. À ce titre, il affirme le lien à la fois politique et juridique de la France et de ses colonies, lesquelles s'assemblent selon le principe de l'unité nationale et constituent une « patrie commune » :

La souveraineté qui se manifeste aux colonies est la souveraineté générale de l'État français. [...] Ce lien] existe pour les départements de la France continentale, il se confond avec le principe de l'unité nationale qui empêche de se désagréger, en Europe et hors d'Europe, les différentes parties du territoire français. S'il est parfois nécessaire de l'accentuer davantage pour les colonies, c'est que celles-ci surtout, déjà séparées en fait du reste de la France, peuvent toujours avoir la tentation de se séparer en droit, c'est que là surtout il est utile de manifester et de sauvegarder le sentiment d'une patrie commune<sup>845</sup>.

Dans le même sens, le professeur René Maunier de la chaire de droit colonial à la faculté de droit de Paris exprime cette même conception de l'Empire comme « un corps, ainsi que l'est une Nation »<sup>846</sup>. Il soutient :

---

<sup>841</sup> Pierre LAMPUE et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1931, p. 199. Voir, dans le même sens, les analyses contemporaines de Yerri Urban, YERRI URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, *op. cit.*, p. 444-445.

<sup>842</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1945-1946, 3<sup>e</sup> année de licence*, Paris, Les Cours de droit, 1946, p. 386.

<sup>843</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence*, Paris, Les Cours de droit, 1946, p. 110.

<sup>844</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>845</sup> Albert DUCHÈNE, *Du régime législatif des colonies*, Paris, Rousseau, 1893, p. 109-110. À ce sujet, Voir l'analyse d'Emanuelle Saada, Emmanuelle SAADA, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *art. cit.*, p. 4-24.

<sup>846</sup> René MAUNIER, *L'empire français : propos et projets*, Paris, Sirey, 1943, p. 24.

La colonie requiert une emprise de droit, un lien de sujétion entre elle et le pays d'où sont issus les émigrés ; c'est la notion de métropole ou de mère-patrie. [...] Par le fait seul que les colons sont rattachés à la mère-patrie, les indigènes lui sont rattachés ; ils sont sujets de cet État, qui a sur eux de pleins pouvoirs<sup>847</sup>.

Au sujet de l'Empire français et particulièrement de la représentation politique des colonies, il ajoute : « la législation et l'administration [des colonies] sont données surtout par la mère-patrie. Ce n'est pas à Dakar, ce n'est pas à Alger et ce n'est pas à Hanoï qu'on fait les lois pour les pays de l'outre-mer ; c'est à Paris et toujours à Paris ! [...] Ces lois sont faites et sont données par le "Législateur", résidant à Paris, qui est le Parlement et le chef de l'État »<sup>848</sup>.

**269.** Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la nationalité de la population colonisée, corollaire de l'annexion du territoire, reste la nationalité de l'État central<sup>849</sup>. Ce même raisonnement s'applique en France et au Canada. En effet, « en 1848, lorsque le suffrage s'universalise, les "indigènes" sont majoritairement considérés comme juridiquement français. Et cette nationalité ne va quasiment pas être contestée par la suite »<sup>850</sup>. De façon similaire, au Canada, les Indiens sont considérés dès 1867 comme les sujets britanniques du Dominion<sup>851</sup>. Par conséquent, selon une conception volitive de la représentation, les autochtones sont représentés par le Parlement fédéral et par les Législatures. Autrement dit, le Parlement *veut pour* la nation à laquelle les populations colonisées appartiennent. Pourtant, cette représentation volitive reste différemment aménagée en fonction des territoires.

### 3. L'intégration différenciée des autochtones à la représentation volitive en fonction des territoires

**270.** Les autochtones s'avèrent représentés aux parlements étatiques de façon différenciée en fonction des territoires coloniaux. La représentation volitive diffère en France, au Canada et pour les protectorats, que ces derniers résultent d'un statut de fait ou soient consacrés par le droit.

---

<sup>847</sup> René MAUNIER, *Sociologie coloniale*. t. 1. *Introduction à l'étude du contact des races*, Paris, Montchrestien, 1932, p. 31.

<sup>848</sup> René MAUNIER, « Les caractères de l'Empire colonial français », dans John Maynard KEYNES et *al.*, *Mélanges économiques et sociaux offerts à Emilie Witmeur*, Paris, Sirey, 1939, p. 239-256, spé. p. 254.

<sup>849</sup> Comme le résume le professeur Olivier Beaud pour la situation française, « la nationalité de l'Indigène est une nationalité française d'une certaine manière, par ricochet, parce que les ressortissants de ces populations colonisées sont entrés, contre leur gré, dans l'orbite de la domination impériale française ». Voir, Olivier BEAUD, « Préface » dans Yverri URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, Varenne, coll. « Collection des thèses », 2011, p. XV-XXIV, spé. p. XIX.

<sup>850</sup> Sahia M. CHERCHARI, « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, vol. 4, n° 60, 2004, p. 741-770, spé. p. 743.

<sup>851</sup> Michel MORIN, *L'usurpation de la souveraineté autochtone*, *op. cit.*, chap. VII et VIII, soit p. 163-207.



271. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, les Kanak sont des sujets français<sup>852</sup>. Par conséquent, ils appartiennent à l'État et sont nationaux français. Reprenant les conclusions du professeur Pierre Lampué, il est possible de souligner que les Kanak sont politiquement représentés. Au niveau national, ils sont représentés par le Parlement. Bien que la Nouvelle-Calédonie n'ait pas de député à l'Assemblée nationale avant 1945, cela n'empêche nullement les parlementaires français de délibérer au sujet de ce territoire et de ses populations, comme pour tout autre territoire de l'Empire. Par ailleurs, le Conseil supérieur des colonies, organe consultatif, assiste le Parlement à ce sujet en donnant son avis sur les projets de lois ou de décrets relatifs aux colonies<sup>853</sup>. Partant, la Nouvelle-Calédonie est régie par les lois de la métropole.

272. Cependant, un ensemble d'éléments viennent nuancer cette affirmation. Le premier élément est le principe de spécialité législative : pour qu'une loi s'applique en Nouvelle-Calédonie, il faut qu'«une mention de son applicabilité aux colonies soit faite dans la loi ou dans un texte ultérieur»<sup>854</sup>. Cette spécialité législative ne concerne pas les lois constitutionnelles qui s'appliquent de plein droit<sup>855</sup>. Malgré cela, l'étendue de la compétence législative sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie reste limitée, et par conséquent, la représentation politique aussi. En effet, en 1887, le décret sur l'Indigénat place les autochtones dans beaucoup de domaines sous la tutelle directe de l'administration des Affaires indigènes, en dehors du régime législatif de droit commun<sup>856</sup>. Le second élément tient à ce que, en matière coloniale, le rôle des décrets est beaucoup plus important. Le domaine restreint de la loi donne plus de compétences au pouvoir réglementaire du Chef de l'État sous la III<sup>e</sup> République, que le professeur Lampué qualifie de «législateur colonial»<sup>857</sup>. Cependant, le décret ne relève généralement pas du domaine législatif, la valeur

---

<sup>852</sup> Confirmé par la majorité de la doctrine et notamment par Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé, op. cit.*, p. 48.

<sup>853</sup> Cet organe prenait de l'importance notamment lorsque les colonies ne pouvaient pas encore désigner de membres au Parlement. C'est le cas de la Nouvelle-Calédonie où le premier député calédonien est élu en 1945, et le premier Sénateur en 1947. Bien qu'exerçant une faible influence, cet organe se réunissait sous la convocation du Ministre responsable des colonies et organisait la représentation des intérêts coloniaux auprès des pouvoirs exécutif et législatif. Voir, Pierre LAMPUE et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1931, p. 125-126.

<sup>854</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence, op. cit.*, p. 95. Cependant, «la jurisprudence atténuera autant que possible le champ de cette spécificité législative». Voir, Bernard PACTEAU, «Colonisation et justice administrative», dans Jean MASSOT (dir.), *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVII<sup>e</sup> siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, p. 49-71, spé. p. 66. Il cite notamment l'arrêt, CE 8 avril 1911, *Blaquière*, retenant que des lois sont au moins implicitement étendues aux colonies pourvu qu'il y ait une promulgation locale.

<sup>855</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence, op. cit.*, p. 102-103.

<sup>856</sup> Décret du 18 juillet 1887, B.O.N.C., 1887, p. 512-516.

<sup>857</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence, op. cit.*, p. 110. Le professeur François Luchaire précise que «des décrets du chef de l'État pouvaient étendre les lois métropolitaines purement et simplement ou en les modifiant, ou même pouvaient édicter des mesures différentes de celles prévues par les lois non étendues par le législateur. [...] Le chef de l'État n'était donc pas, malgré une terminologie malheureuse, législateur colonial ; il ne pouvait aller à l'encontre des lois applicables aux colonies ; ses décrets étaient susceptibles de recours en excès de pouvoir». François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine, op. cit.*, p. 103.

juridique et la procédure délibérative de ce dernier n'étant pas la même. La représentation volitive de la Nouvelle-Calédonie s'arrête donc là où s'arrête la loi. Somme toute, la représentation nationale des Kanak au Parlement est limitée.

**273.** Par effet de langage, il est souvent aussi question d'une représentation locale, bien que celle-ci ne soit pas fondée sur la loi et l'expression de la volonté générale. Ainsi, en 1885, le Conseil général de Nouvelle-Calédonie est mis en place à cet effet, même si celui-ci ne constitue pas une représentation selon la théorie classique, mais seulement au sens local<sup>858</sup>. Ce conseil délibère de sujets relevant du territoire<sup>859</sup>. Cependant, soutenir l'idée d'une représentation des Kanak au Conseil général ne semble guère plus approprié, même en se fondant sur une conception électorale de cette dernière. En effet, les quinze membres de l'institution ne sont élus que par les citoyens français de la colonie. Comme le précise le gouverneur Brunet en 1913, cette assemblée représente « la Société des colons », tandis que « la Société indigène, elle, n'est pas représentée au sens politique du mot ; elle est représentée par l'Administration dans les conditions où le mineur est représenté par le tuteur avec en plus l'idée de domination et de devoirs moraux qui en découle »<sup>860</sup>.

**274.** Ainsi, selon une conception volitive, les Kanak sont représentés par le Parlement de la métropole. Dans ce cas, la représentation concerne la nation, en tant qu'entité abstraite. Pour les Indigènes, le lien national se concrétise par l'idée selon laquelle les Kanak, en tant que sujets français, font, sans aucun doute, partie de l'État. Si ce lien juridique existe en théorie ou en « fiction » comme nuance le professeur Georges Scelle<sup>861</sup>, il reste que, selon les professeurs Louis Rolland et Pierre Lampué, le lien national entre métropole et colonies concerne d'abord les colons à leur État d'origine<sup>862</sup>. C'est toute la difficulté qu'il subsiste à concevoir, selon la théorie classique, la représentation d'une entité abstraite telle que la nation, sans prendre en compte l'individualité

---

<sup>858</sup> En effet, c'est seulement dans ses décisions des 8 et 23 août 1985 que le Conseil constitutionnel considère que l'organe délibérant d'un territoire d'outre-mer est « représentatif du territoire et de ses habitants », en se fondant sur une conception électorale de la représentation : « pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ». Voir, CC, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 8 août 1985, p. 9125. Voir aussi, CC, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 24 août 1985, p. 9814.

<sup>859</sup> Décret portant institution d'un conseil général à la Nouvelle-Calédonie. XII, B. CMXXVI, 2 avril 1885, n° 15, p. 448, disponible au recueil Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, 1885, p. 196-203.

<sup>860</sup> Auguste BRUNET, Conseil Général de Nouvelle-Calédonie, 4 décembre 1913, p. 230, cité par Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèse dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 318.

<sup>861</sup> « M. Georges Scelle fait remarquer que c'est par une fiction (qu'indique d'ailleurs bien l'expression assimilation) que le territoire colonial est assimilé au territoire métropolitain ; sur chacun d'eux vivent des sociétés fort différentes. Or, le droit est l'expression de rapports humains. Ainsi, tant que les hommes ne sont pas assimilés, toute assimilation d'autre chose que les individus et une fiction ». Voir, François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 95.

<sup>862</sup> Louis ROLLAND et Pierre LAMPUE, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1940, p. 4-5.

du représenté, c'est-à-dire sans considérer ni ses droits politiques ni la représentativité de l'assemblée<sup>863</sup>. *In fine*, les Kanak sont théoriquement représentés au Parlement, mais dans la pratique ils demeurent totalement exclus de la vie politique nationale.

**275.** Un raisonnement similaire peut s'appliquer aux Indiens du Canada considérés comme des sujets britanniques. La compétence législative en matière de naturalisation est notamment reconnue aux colonies britanniques par une loi impériale de 1847<sup>864</sup>. Si les autochtones sont des nationaux canadiens, leur appartenance à l'État peut être nuancée. En effet, dès 1852, dans la décision *Sheldon c. Ramsay*, la Cour du Banc de la Reine du Haut-Canada affirme que les Indiens forment « une “race distincte”, soumise au droit anglais, sans gouvernement ni institutions, et que la Couronne [tient] à leur égard le rôle de parent et de gardien »<sup>865</sup>. Lors de l'adoption de la *Loi sur les Indiens* en 1869, les Indiens deviennent, selon les termes du gouvernement de Macdonald, « des personnes mineures, incapables de gérer leurs propres affaires » dont le gouvernement doit assumer la « lourde charge [...] de les prendre sous sa tutelle »<sup>866</sup>. Ainsi, la législation attribuée aux Premières Nations un rôle de pupilles mis sous tutelle jusqu'à leur assimilation<sup>867</sup>.

**276.** En 1876, le rapport du département de l'Intérieur décrit les relations aux autochtones en ces termes : « Notre législation au sujet des Sauvages, repose sur le principe que les naturels du pays doivent être tenus en état de tutelle, et qu'ils doivent être traités comme des pupilles et des enfants de l'État »<sup>868</sup>. Durant cette période, le député du Parlement de l'Ontario, John Milloy, parle d'une seule nation, mais de « deux voies » :

La nation a pris une caractéristique marquée ; un dualisme fondamental a été planté au cœur du fédéralisme canadien. Deux voies ont été tracées et maintenues indéfectiblement jusqu'après la Seconde Guerre mondiale : l'une pour les Canadiens non autochtones de pleine participation aux

---

<sup>863</sup> Le professeur Jean-Marie Denquin définit la représentation comme un « mixte précaire qui juxtapose l'objectivité de la ressemblance et la subjectivité de la confiance » entre représentant et représentés. Il s'agit du troisième sens possible de la représentation politique. En effet, la représentation consiste à *tenir lieu de*, *être le porte-parole de* ou *ressembler à*, et c'est ce dernier sens dont il est ici question. Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 5.

<sup>864</sup> Patrice GARANT, « Le cadre constitutionnel de la citoyenneté au Canada », dans Dominique COLAS, Claude EMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 261-272, spé. p. 261.

<sup>865</sup> *Sheldon c. Ramsay* (1852), 9 U.C.Q.B. 105, 1 C.N.L.C. 439, para. 467-468. Voir aussi, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>866</sup> CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes, Première session, première législature*, 31 Victoria, Période comprise entre le sixième jour de novembre 1867 et le vingt-deuxième jour de mai 1868, 1868, p. 200, en ligne : [https://parl.canadiana.ca/view/oop.debate\\_CDC0101\\_02/222?r=0&s=1](https://parl.canadiana.ca/view/oop.debate_CDC0101_02/222?r=0&s=1) (consulté le 21.12.2021) : « Le Gouvernement entend assumer la lourde charge d'assurer la protection des Indiens contre les blancs et de les prendre sous sa tutelle en tant que personnes mineures incapables d'administrer leurs propres affaires ».

<sup>867</sup> L'interprétation donnée par la Cour suprême affirme que « le langage de la [loi sur les Indiens] incarne l'opinion acceptée selon laquelle ces autochtones sont, en fait, des pupilles de l'État, dont les soins et le bien-être sont une obligation politique de la plus haute importance ». Voir, *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. Le Roi*, [1950] R.C.S. 211, p. 219. Source non traduite : « The language of the [Indian act] embodies the accepted view that these autochtones are, in effect, wards of the state, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation ».

<sup>868</sup> DÉPARTEMENT DE L'INTÉRIEUR, *Rapport annuel pour l'année expirée le 30 juin 1876*, Parlement, Documents de la Session n° 11, 1877, p. XVII, cité COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, *op.cit.*, p. 400.

affaires de leur communauté, de leur province et de leur nation et l'autre pour les Premières Nations privées du pouvoir d'autodétermination, séparées de la vie provinciale et nationale et vivant dans des communautés dont la colonisation était profonde et immuable<sup>869</sup>.

Dès lors, les Indiens restent des nationaux « de seconde zone », n'étant ni vraiment étranger ni totalement citoyen, restreint à un statut décrit comme transitoire vers une assimilation.

**277.** Malgré cela, leur qualité de sujet britannique leur confère une représentation politique à la fois au Parlement fédéral et aux Législatures provinciales. L'article 91 (24) de la Loi constitutionnelle de 1867 reconnaît la compétence du Parlement fédéral sur « les Indiens et les terres réservées aux Indiens ». En tant que résidents des provinces, les Indiens restent également assujettis aux lois provinciales, à moins qu'une application excluant ces derniers soit expressément mentionnée. Le principe législatif n'est pas similaire à celui appliqué en Nouvelle-Calédonie puisque, depuis 1907, le principe est l'application directe des lois provinciales aux Indiens si celles-ci n'empiètent pas sur les compétences fédérales<sup>870</sup>. Par ailleurs, l'amendement à la *Loi sur les Indiens* de 1951 vient nuancer le « monopole » fédéral et précise l'étendue des lois provinciales d'application générale<sup>871</sup>. Cet amendement intègre les lois provinciales générales portant sur une question non régie par la *Loi sur les Indiens* : à la faveur de cette disposition, « les provinces ont pu faire une première intrusion dans ce qui avait été, jusque-là, un domaine du ressort fédéral »<sup>872</sup>.

**278.** Il reste que, similairement aux Indigènes de Nouvelle-Calédonie, les Indiens ne sont représentés au sein des parlements fédéral et provinciaux qu'au titre des mineurs, jugés incapables de participer aux affaires de la nation. À cette époque, les autochtones sont traités comme « des immigrants arrivant dans des terres qui auraient été inhabitées avant d'être occupées par des

---

<sup>869</sup> John MILLOY, *Indian Act Colonialism : A Century Of Dishonour, 1869-1969*, Montréal, Research Paper for the National Centre for First Nations Governance, 2008, p. 8-9. Source non traduite : The nation assumed a marked characteristic ; a fundamental dualism was planted at the core of Canadian federalism. Two paths were laid out and maintained unquestioningly until after the Second World War: one for non-Aboriginal Canadians of full participation in the affairs of their community, province and nation and one for First Nations people stripped of the power of self-determination, separated from provincial and national life and existing in communities whose colonization was profound and immutable.

<sup>870</sup> Établi dès 1907 en Ontario, dans l'affaire *R. c. Hill, R. v. Hill*, [1907] O. J. n° 78 (Ont. C.A.) (QL/LN). Réitéré par la Cour suprême notamment dans l'affaire *R. c. Francis, R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025. Voir aussi, José GERVAIS, *Le partage de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail pour les entreprises et services dont les activités et la vocation sont intimement liées aux Autochtones*, Université de Montréal, Mémoire présenté à la Faculté de droit, 2013, version en ligne, p. 25.

<sup>871</sup> *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 87, aujourd'hui devenu art. 88 : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des Premières Nations ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou texte législatif d'une bande pris sous leur régime, et sauf dans la mesure où ces lois provinciales contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou la Loi sur la gestion financière et statistique des Premières Nations ou sous leur régime ». Voir l'analyse de José Gervais, José GERVAIS, *Le partage de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail pour les entreprises et services dont les activités et la vocation sont intimement liées aux Autochtones*, op. cit., p. 25-28.

<sup>872</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, op. cit., p. 423. Par ailleurs, « Cette disposition est fort critiquée par ces derniers qui accusent le gouvernement fédéral d'avoir presque complètement abdiqué son rôle de protecteur de l'autonomie des Indiens face aux provinces ».

colons britanniques»<sup>873</sup>. La représentation volitive des autochtones, combinée à leur exclusion de la vie politique, donne lieu à des situations cocasses, puisque « les parlementaires de la Colombie-Britannique — où, en 1870, les 10 000 colons étaient dépassés par environ 40 000 autochtones — prétendaient représenter la population autochtone tout en niant ses droits à avoir son mot à dire dans cette représentation »<sup>874</sup>. Enfin, bien que représenté selon une conception volitive, il reste tout aussi complexe de concevoir leur représentativité politique et la prise en compte de leurs intérêts puisque, au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'objectif reste toujours de faire « disparaître le problème indien »<sup>875</sup>.

**279.** Ainsi, la représentation volitive, liée à l'extension de la nationalité coloniale, « bricolage juridique complexe »<sup>876</sup>, concerne d'une façon limitée les sujets des différents États, c'est-à-dire les nationaux non citoyens. Cette conception du pouvoir étatique et de la représentation justifie surtout qu'une législation puisse être imposée aux autochtones, sans pour autant qu'ils ne participent à la vie politique. Si cette distinction entre nationalité et citoyenneté s'applique à la plupart des territoires britanniques et français colonisés, la représentation politique des autochtones semble aussi influencée par le statut juridique particulier du territoire occupé, et dont dépendent les populations sur place.

**280.** Obéissant à ses particularités géographiques, la reconnaissance de l'appartenance à l'État des Amérindiens de Guyane répond à des enjeux plus politiques. Par les lois du 24 avril 1833 et le décret d'abolition de l'esclavage de 1848, les autochtones de Guyane sont considérés comme citoyens français. Dès cette époque, le territoire participe même à la désignation de députés à l'Assemblée nationale. Cependant, jusqu'en 1960, les Amérindiens sont plutôt traités comme des populations indépendantes et des nations autonomes, de façon semblable à un protectorat<sup>877</sup>. Ce statut n'est toutefois pas consacré par les textes. Les Amérindiens ne sont français qu'en théorie puisque les populations de l'intérieur du territoire ne sont ni soumises à l'impôt ni à l'État civil<sup>878</sup>.

---

<sup>873</sup> Enakshi DUA, « Le passage de sujets à étrangers : les immigrants indiens et la racialisation de la citoyenneté canadienne », *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n° 2, 1999, p. 145-162, spé. p. 149.

<sup>874</sup> Diane KIRKBY et Catherine COLEBORNE (eds.), *Law, History, Colonialism. The reach of empire*, Manchester, Manchester University Press, 2001, p. 82. Source non traduite : « Parliamentarians in British Columbia – where, in 1870, the 10,000 settlers were outnumbered by an estimated 40,000 indigenous peoples – claimed to represent the indigenous population while denying its rights to have a say in that representation ».

<sup>875</sup> Selon les termes de Duncan Campbell Scott, Voir, ARCHIVES NATIONALES DU CANADA, *Témoignage de Duncan Campbell Scott, sous-surintendant général des Affaires indiennes, devant le comité spécial de la Chambre des communes qui examinait les modifications de 1920 à la Loi des Sauvages*, Ottawa, RG (groupe d'archives) 10, vol. 6810, dossier 470-2-3, vol. 7, p. 55. Source non traduite : « I want to get rid of the Indian problem. [...] Our objective is to continue until there is not a single Indian in Canada that has not been absorbed into the body politic and there is no Indian question, and no Indian Department ». Voir aussi, Brian E. TITLEY, *A narrow vision : Duncan Campbell Scott and the Administration of Indian Affairs in Canada*, Vancouver, UBC Press, 1986, p. 50.

<sup>876</sup> Yerri URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, op. cit., p. 35.

<sup>877</sup> Jean-Marcel HURAUULT, « Pour un statut des populations tribales de Guyane française (1968-1984) », *Ethnies*, vol. 1, n° 1-2, 1985, p. 42-53.

<sup>878</sup> Jean-Marcel HURAUULT, *Français et Indiens en Guyane*, op. cit., p. 256.

Ils ne sont pas non plus astreints au service militaire<sup>879</sup>. Du reste, comme le précise Lucien Vochel, premier sous-préfet de l'arrondissement de l'Inini, « aucune de nos lois françaises ne leur est appliquée intégralement »<sup>880</sup>.

**281.** Ce statut ambigu s'étend en 1860 aux populations originaires de la Guyane néerlandaise. Les colonies françaises et néerlandaises, jouant sur les clivages entre Boni et Djuka, utilisent les communautés marronnes par le biais d'allégeances politiques<sup>881</sup>. À ce titre, les Boni prêtent allégeance à la France en 1860 contre l'obtention, en 1888, « de la nationalité française leur ouvrant les droits de navigation sur le Maroni »<sup>882</sup>. À l'instar des propos formulés par Sahia M. Cherchari concernant les colonies acquérant la citoyenneté française à la suite de contingences particulières, ces allégeances illustrent l'idée selon laquelle « en présence d'autres forces et d'autres rapports, une solution différente aurait donc été envisageable, nationalité et citoyenneté auraient pu se confondre, rester couplées »<sup>883</sup>. C'est pourquoi, en Guyane, l'appartenance à l'État n'est pas envisagée au prisme de la représentation nationale, mais répond plutôt aux enjeux territoriaux et frontaliers de la colonie. Ainsi, les Amérindiens et les Bushinenges, nationaux et citoyens français *de jure*, ne le sont que peu dans les faits, étant donné leur défaut d'inscription à l'état civil.

**282.** Enfin, dans les territoires de protectorat comme Wallis et Futuna, l'Indigène bénéficie du statut de « protégé français » et n'acquiert pas de plein droit la nationalité du pays « protecteur ». Comme le précise Éric Rau, « les îles Wallis continuent à posséder leurs couleurs nationales (pavillon rouge portant au centre une croix de Malte blanche) écartelées seulement au coin du drapeau français »<sup>884</sup>. De plus, le traité de protectorat de 1910 mentionne explicitement « les sujets wallisiens ». Dans ce cadre, la souveraineté interne du territoire est maintenue, et les insulaires ne peuvent prétendre « à l'exercice des droits civils, civiques et politiques que la France ne reconnaît qu'à ses seuls nationaux »<sup>885</sup>. Les insulaires de Wallis et Futuna conservent donc leurs coutumes, « bien qu'aucune disposition législative n'ait jamais aux Wallis expressément garanti le Droit

---

<sup>879</sup> Effectivement, le service militaire « devenu universel en 1905, reposait sur une idée d'égalité entre les citoyens et liait « l'idée d'accession à la citoyenneté à l'acquisition d'un savoir-faire militaire », cependant un service militaire adapté n'est mis en place qu'en 1962 en Guyane. Voir, Sylvain MARY, « La genèse du service militaire adapté à l'Outre-Mer. Un exemple de rémanence du passé colonial dans la France des années 1960 », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 132, n° 4, 2016, p. 97-110, spé. p. 97-98.

<sup>880</sup> Courrier du sous-préfet Lucien Vochel au directeur de la Caisse générale de sécurité sociale, 3 avril 1953, cité par Stéphanie GUYON, « Des "Primitifs" aux "Autochtones". Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *Genèses*, vol. 2, n° 91, 2013, p. 49-70, spé. p. 54.

<sup>881</sup> Voir, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1, para. 165.

<sup>882</sup> Frédéric PIANTONI, *Histoire et mémoire des immigrations en région et dans les départements d'outre-mer*, Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, Rapport final de recherche – L'ACSé, marché n° 200635, 2008, p. 30.

<sup>883</sup> Sahia M. CHERCHARI, « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *art. cit.*, p. 756.

<sup>884</sup> Éric RAU, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>885</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, *op. cit.*, p. 49.

indigène»<sup>886</sup>. Le pouvoir législatif appartient au souverain local, même si les dispositions législatives adoptées n'entrent en vigueur qu'une fois approuvées par le représentant de la France, le résident<sup>887</sup>. Le professeur René Maunier le confirme : « c'est un attribut des protectorats que la législation en soit élaborée et promulguée dans le pays »<sup>888</sup>. Cette autonomie implique qu'il n'y ait pas de représentation des insulaires de Wallis et Futuna au Parlement français. La situation ne change qu'en 1959, avec l'annexion du territoire.

**283.** Toutefois, le professeur Henry Solus apporte une nuance selon laquelle la qualité de protégé français ne se limite pas à la question de la nationalité. Selon lui, si les protégés n'acquièrent pas la nationalité et ne sont pas représentés au Parlement, ils n'en sont pas des étrangers pour autant, en témoigne la façon dont les tribunaux les traitent en ne les soumettant pas à l'obligation de fournir la *cautio judicatum solvi*, en ce qu'ils ne peuvent pas faire l'objet d'une procédure d'extradition, ou en ce qu'ils ne peuvent acquérir une nationalité étrangère sans l'accord du gouvernement français<sup>889</sup>. Bien que non nationaux, ils ne sont pas sans lien avec la France. Pierre Lampué conclue que, à la fois sujets de l'État local, mais aussi protégés et, au sens large, ressortissants français, ils ne sont pas des étrangers ordinaires, « et ils ne sont pas traités, ni par la législation ni par la jurisprudence, comme des étrangers ordinaires »<sup>890</sup>. Cela vient donc nuancer l'inexistence de la représentation politique concernant les protégés.

**284.** Somme toute, la représentation volitive des autochtones interroge les liens institutionnels entre les parlements et les territoires annexés. Certes, la représentation politique existe au sein des parlements nationaux. Elle reste toutefois liée aux statuts juridiques des territoires, s'appliquant aux colonies, mais non aux protectorats, et semble liée à certains enjeux politiques et territoriaux en Guyane. De plus, la conception classique de la représentation est d'autant plus mise en avant par les autorités étatiques, que l'exclusion des autochtones de la conception électorale de la représentation est, elle, sans aucune ambiguïté. En effet, la période coloniale instaure une scission entre nationalité et citoyenneté. Tout du moins, le statut de l'Indigène comme de l'Indien sont amputés, pour reprendre les termes du professeur Olivier Beaud, « de la part la plus noble du droit politique : le droit de la citoyenneté »<sup>891</sup>. À rebours de la conception électorale de la représentation

---

<sup>886</sup> Éric RAU, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>887</sup> *Traité de protectorat de 1910* : « Un résident, nommé exclusivement par le gouvernement français sera chargé des affaires concernant les Français ; les sujets étrangers et les sujets wallisiens à l'étranger. Il sera chargé également de désigner au roi de Wallis la meilleure solution des questions d'intérêt général regardant les Wallis, et, d'une manière générale, le roi devra prendre conseil du résident pour toutes les affaires importantes et s'en remettre à son avis ». Voir, Alexandre PONCET, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>888</sup> René MAUNIER, « Les caractères de l'Empire colonial français », dans John Maynard KEYNES et al., *Mélanges économiques et sociaux offerts à Emilie Witmeur*, *op. cit.*, p. 254-255.

<sup>889</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, *op. cit.*, p. 51-52.

<sup>890</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>891</sup> Olivier BEAUD, « Préface » *op. cit.*, p. XX.

qui s'élabore à cette même période en faveur des « véritables citoyens »<sup>892</sup>, les sujets dénués de droits politiques restent paradoxalement définis par leur soumission à la souveraineté et par leur non-participation à l'exercice de celle-ci<sup>893</sup>.

## B. L'exclusion de la représentation étatique électorale

**285.** La dissociation entre nationalité et citoyenneté, véritable « monstruosité juridique » de la période coloniale selon Dominique Schnapper<sup>894</sup>, permet que les autochtones soient qualifiés de nationaux ou de sujets, sans pour autant qu'ils ne bénéficient des droits politiques liés à la citoyenneté, et notamment celui de désigner leur représentant par l'élection. Définie par la qualité de sujets de l'État sans pouvoir en désigner les représentants, l'exclusion des autochtones illustre une certaine conception de l'électorat-fonction où le vote n'est pas un droit, mais une fonction obéissant à des critères prédéterminés. Au Canada et en Nouvelle-Calédonie, l'exclusion des autochtones de la représentation électorale suit alors la même logique juridique. En lien avec leur statut personnel d'Indien ou d'Indigène, les autochtones voient leurs droits politiques se restreindre au fil des législations, alors même que la citoyenneté est en pleine construction pour les citoyens pleinement reconnus par l'État.

**286.** Pour commencer, au Canada, les premières législations excluent seulement indirectement les Indiens, puisque le vote est réservé aux propriétaires, et les réserves sont considérées comme des propriétés de la Couronne<sup>895</sup>. Seuls quelques-uns réussissent à voter au début du XIX<sup>e</sup> siècle, et notamment deux cents Mohawks de Kahnawaké – à propos desquels le doute persiste quant à leur possession foncière - pour l'élection de 1824 du comté de Huntingdon<sup>896</sup>. Hormis ces exceptions, le droit de vote devient rapidement dépendant du statut personnel. En 1857, la législation du Canada-Uni prévoit que les Indiens émancipés de leur statut selon certains critères obtiendront un titre de propriété d'une terre de la réserve (imposable) et, par conséquent, le droit de voter<sup>897</sup>. Après le changement de régime de 1867, durant lequel le Parlement fédéral reste

---

<sup>892</sup> Voir, Introduction, Section 1, Paragraphe 3.

<sup>893</sup> Emmanuelle SAADA, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *art. cit.*, p. 17.

<sup>894</sup> Dominique SCHNAPPER, « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, vol. 1, n° 160, p. 61-71, spé. p. 62. De même, le professeur Pierre-François Godinec écrit : hors exceptions, « tous les ressortissants des colonies [...] étaient des sujets, nationaux français, mais non citoyens. Comment justifiait-on cette distinction ? ». Voir, Pierre-François GODINEC, *Droit d'outre-mer*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1959, p. 117.

<sup>895</sup> *Reprinted Statutes Upper and Lower Canada*, 1859, ch. 6, n°4. Voir aussi, Wendy MOSS et Elaine GARDNER-O'TOOLE, *Les Autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit*, *op. cit.*

<sup>896</sup> Renaud SEGUIN, « Pour une nouvelle synthèse sur les processus électoraux du XIX<sup>e</sup> siècle québécois », *Revue de la Société historique du Canada*, vol. 16, n° 1, 2005, p. 75-100, spé. p. 86.

<sup>897</sup> *Acte pour encourager la civilisation graduelle des tribus sauvages en cette Province, et pour amender les lois relatives aux Sauvages*, S.C. 1857, ch. 26. Voir aussi, Michel MORIN, « L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de



compétent concernant la citoyenneté<sup>898</sup>, cette législation perdue sous une loi fédérale<sup>899</sup>, puis s'étend à tout homme indien « à raison du degré de civilisation qu'il aura atteint et de la réputation d'intégrité et de sobriété dont il jouit, semblera mériter de devenir propriétaire de terre »<sup>900</sup>. Du reste, le droit de vote au niveau fédéral reste tributaire des conditions fixées au niveau provincial<sup>901</sup>. Celui-ci étant conditionné à la perte de leur statut, les Indiens capables « d'assumer les devoirs et les responsabilités de la citoyenneté »<sup>902</sup> sont alors coupés de tout lien avec leurs communautés. Ceci explique que la procédure d'émancipation soit rarement sollicitée durant la période coloniale<sup>903</sup>. Devant la faible effectivité de cette législation, l'octroi de droits politiques est donc détourné vers des objectifs d'assimilation. Par exemple, des administrateurs des Affaires indiennes « conspire[nt] pour accorder le droit de vote à Frank Loft, fondateur de la *League of Indians*, après qu'il se fut révélé un critique très convaincant et un organisateur efficace dans son opposition au ministère »<sup>904</sup>. Cette mesure vise à priver certains autochtones de leur statut d'Indien.

**287.** Par la suite, l'Ontario refuse explicitement le droit de vote aux autochtones en 1874<sup>905</sup>, suivi de la Colombie-Britannique en 1875<sup>906</sup>, et plus tard du Québec en 1915<sup>907</sup>. Plusieurs actes excluent les Indiens du droit de vote, mais aussi les personnes d'origine chinoise ou japonaise. Bien que discriminatoires et fondées sur la race, les lois de Colombie-Britannique sont toutefois

---

l'Amérique du Nord britannique, de 1758 à nos jours», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 39, n° 1-2, 2008-2009, p. 153-222, spé. p. 196.

<sup>898</sup> Cette compétence est reconnue *a posteriori* dans la décision *Morgan c. PG Ile-du-Prince-Édouard* : « Bien que la citoyenneté ne soit pas nommément mentionnée dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, personne au cours des débats n'a mis en doute que, soit implicitement par le paragraphe 25 de l'article 91, soit par la disposition générale du début de l'article 91, le Parlement seul a compétence pour définir la citoyenneté, ses modes d'acquisition et de perte ». Voir, *Morgan c. PG Ile-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349.

<sup>899</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte, trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 13.

<sup>900</sup> *Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte, trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, art. 13.

<sup>901</sup> La province conserve sa compétence sur les propriétés, l'acquisition de terrains, et les droits civils. La compétence fédérale sur la citoyenneté est donc « sujet à une prépondérance du droit provincial ». Voir, Patrice GARANT, « Le cadre constitutionnel de la citoyenneté au Canada », *op. cit.*, p. 264.

<sup>902</sup> Selon la formule utilisée. Voir, Pierre LEPAGE, *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, Québec, Institut Tshakapesh et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 3<sup>e</sup> éd., 2019, p. 30.

<sup>903</sup> Selon Joseph Carens, « De 1876 jusqu'à 1920, seuls 250 Indiens sont parvenus à faire approuver leur demande d'émancipation ». Voir, Joseph CARENS, *Culture, Citizenship, and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 186.

<sup>904</sup> « Loft a violemment dénoncé cette mesure [...] disant qu'il s'agissait d'une dénationalisation ». Voir, Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *Revue parlementaire canadienne*, vol. 39, n° 2, 2016, p. 24-33, spé. p. 25.

<sup>905</sup> *An Act to Further Amend the Laws Affecting the Elections of Members of the Legislative Assembly and the Trial of Such Elections*, S.O. 1874, ch. 3, art. 15.

<sup>906</sup> *An Act to Make Better Provisions for the Qualifications and Registration of Voters*, S.B.C. 1875, ch. 2.

<sup>907</sup> *Loi modifiant la Loi électorale du Québec*, S.Q. 1915, ch. 17, art. 5.

validées par le Comité judiciaire du Conseil privé<sup>908</sup>. Par ailleurs, les individus exclus du droit de vote au niveau provincial le sont souvent également au niveau fédéral<sup>909</sup>. À ce titre, la professeure Mylène Jaccoud souligne la rupture « entre l'Amérindien et le citoyen majoritaire canadien, faisant du premier un citoyen de seconde zone »<sup>910</sup>. En 1885, la discrimination s'inscrit dans la loi fédérale par le biais de l'*Acte du cens électoral* qui perdure jusqu'en 1898<sup>911</sup>. Les autochtones restent exclus du droit de vote au niveau fédéral jusqu'en 1960<sup>912</sup>, et au Québec jusqu'en 1969<sup>913</sup>.

**288.** Parallèlement, la citoyenneté canadienne est en pleine élaboration : la législation sur la qualité de tous les sujets britanniques s'élabore avec une loi britannique en 1870, reprise et votée en 1881 par le Parlement canadien<sup>914</sup>. Le terme « citoyen canadien » apparaît pour la première fois dans la *Loi sur l'immigration* de 1910<sup>915</sup>. Puis, la Loi des ressortissants du Canada de 1927 « vient conférer aux Canadiens un statut distinct de celui de sujet britannique, afin de justifier l'appartenance du Canada à la Société des Nations »<sup>916</sup>. Ces évolutions législatives révèlent toute l'ambivalence qu'il y a à construire l'indépendance du Canada vis-à-vis du Royaume-Uni par la construction d'une citoyenneté distincte, tout en excluant de ce processus les populations originelles du territoire, en se fondant sur leur statut différencié.

**289.** Pour la France, la négation des droits politiques apparaît tout autant fondée sur le statut de l'Indigène. Deux auteurs permettent d'illustrer cette idée. Henry Solus, premièrement, soutient qu'il est excessif « de vouloir soumettre en même temps un indigène à des institutions de droit public d'un côté et à des institutions de droit privé de l'autre qui, les unes et les autres

---

<sup>908</sup> *Cunningham v. Tomey Homma*, [1903] A.C. 151, p. 155-156. Le cas concerne un Canadien d'origine japonaise qui souhaitait pouvoir voter.

<sup>909</sup> Michel MORIN, « L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de l'Amérique du Nord britannique, de 1758 à nos jours », *art. cit.*, p. 213. À l'exception des élections fédérales entre 1885 et 1898. « En effet, le gouvernement conservateur de John A. Macdonald réforma considérablement l'accès au droit de vote dans l'objectif d'uniformiser et de moderniser le système électoral. Dans ce contexte, les Autochtones inscrits comme « Indiens » en Ontario, au Québec et dans les Maritimes furent autorisés à voter au fédéral s'ils répondaient aux mêmes conditions de genre, d'âge et de richesse que les électeurs « blancs ». ». Voir, Justin Richard DUBE, « L'octroi du droit de vote universel autochtone aux élections fédérales », *Revue de la Société historique du Canada*, vol. 31, n° 2, p. 25-53, spé. p. 28-29.

<sup>910</sup> Mylène JACCOUD, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones », *art. cit.*, p. 226.

<sup>911</sup> *Acte du cens électoral*, S.C. 1885, ch. 40, art. 2 et 11. Cette loi autorise les Indiens de l'ouest du Canada à voter aux élections fédérales à condition d'occuper une propriété foncière évaluée à au moins cinquante dollars. De façon inégalitaire, les Indiens de l'ouest n'ont pas eu ce droit puisque selon, l'ancien ministre des Affaires indiennes, David Mills, il aurait fallu admettre qu'ils puissent « entre deux massacres aller aux bureaux de votation ». La loi est ensuite abrogée en 1898, « privant ainsi tous les Indiens du droit de vote aux élections fédérales, cette question étant de nouveau régie par les lois provinciales ». Voir, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>912</sup> *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C., 1960, ch. 7.

<sup>913</sup> *Loi modifiant la Loi électorale*, L.Q., 1969, ch. 13, art. 1.

<sup>914</sup> *Naturalization Act, 1870, An act to amend the Law relating to the Legal Condition of Aliens and British Subjects*, 33 and 34 Vict., 1870, ch. 14. Repris par, *An Act respecting Naturalization and Aliens*, 44 Vict., 1881, ch. 13. s. 4. En 1881, la première loi de naturalisation précisait qui était inapte à devenir citoyen, soit toute personne ayant le statut d'enfant, d'aliéné, d'idiot ou de femme mariée.

<sup>915</sup> François BORRELA, « Nationalité et citoyenneté », *op. cit.*, spé. p. 215.

<sup>916</sup> Patrice GARANT, « Le cadre constitutionnel de la citoyenneté au Canada », *op. cit.*, spé. p. 262.

correspondent à des civilisations et à des organisations sociales profondément différentes»<sup>917</sup>. En effet, comme l'affirme aussi Pierre Daresté, il est inconcevable, à ce moment-là, qu'un Indigène suive « des règles diamétralement opposées au Code civil et cependant [ait la faculté] de recevoir sa carte d'électeur, d'influer par son vote sur le choix des députés, des conseillers généraux et municipaux, même de briguer le mandat de ces députés et conseillers et de siéger dans des assemblées françaises où se discutent journallement la confection et l'application des lois auxquelles il se soustrait »<sup>918</sup>. Le statut personnel est alors perçu comme un obstacle aux droits de la citoyenneté. À ce titre, aucune procédure ne permet à l'Indigène de Nouvelle-Calédonie d'être « naturalisé ». Ce dernier reste alors « rivé et enchaîné » à son statut personnel<sup>919</sup>.

**290.** De façon contradictoire, le refus d'accorder la citoyenneté n'empêche pas la capitation des autochtones. En Nouvelle-Calédonie notamment, par le décret du 12 septembre 1895, tous les hommes entre 21 et 55 ans sont astreints à l'impôt de capitation, y compris les Indigènes. Supprimé une année plus tard, puis réinstauré en 1898 pour les Indigènes uniquement, le Kanak est la seule personne sur laquelle repose l'impôt sur le revenu, le forçant à travailler pour les colons, bien qu'il ne puisse, paradoxalement, pas participer à la vie politique de la colonie par le vote<sup>920</sup>. À l'inverse du syntagme « *no taxation without representation* », les Kanak subissent seuls la charge des taxes quand, paradoxalement, ils se voient refuser leurs droits politiques. Ces contradictions s'analysent comme un « révélateur des tensions liées à la fabrique conjointe d'une nation et d'un Empire au XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>921</sup>. Toute l'ambivalence du droit français appliqué aux Indigènes est décrite par Hélé Béji en ces termes : « Le colonialisme [...] fut l'œuvre de démocraties, de nations parlementaires. [...] À mesure que les modernes forgeaient leurs droits politiques, ils nous les refusaient à nous, indigènes »<sup>922</sup>.

**291.** Localement, la représentation électorale des colons et des citoyens français non indigènes peine également à se construire. La volonté de mettre en place une représentation par des élus se heurte à l'obstacle d'une très faible population d'origine européenne. Malgré de nombreuses tentatives pour l'institution d'un conseil municipal<sup>923</sup>, le premier maire en Nouvelle-Calédonie

---

<sup>917</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., p. 135.

<sup>918</sup> Pierre DARESTE, « Les nouveaux citoyens français », *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniale*, t. II, 1916, p. 1-16, spé. p. 8.

<sup>919</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., p. 151.

<sup>920</sup> Bernard GILLE et Antoine LECA, « Gouvernance politique et Institutions à Tahiti et dépendances et en Nouvelle-Calédonie : perspectives historiques », art. cit., p. 123.

<sup>921</sup> Isabelle MERLE et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français, pratiques en Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 14.

<sup>922</sup> Hélé BEJI, *Nous, décolonisés*, Paris, Arléa, 2008, p. 23.

<sup>923</sup> « Le 1er juin 1859, un Conseil municipal nommé avait été temporairement mis en place à Nouméa, mais l'expérience avait vite avorté. Une deuxième tentative intervint le 5 octobre 1874, toujours sans aucune élection. Plusieurs pétitions circulèrent pour obtenir une assemblée élue, comme en Métropole et dans les vieilles colonies. Les signataires durent attendre le décret du 8 mars 1879 qui fit de Nouméa une commune de plein exercice, la première

n'est élu qu'en 1882. Dans la continuité, le Conseil général est institué par le décret du 2 avril 1885. Les Kanak ne peuvent y désigner des élus locaux qu'à partir de 1946. Ainsi, au Canada et en Nouvelle-Calédonie, les vicissitudes du droit de la citoyenneté, lié aux statuts particuliers d'Indien et d'Indigène, suivent pratiquement les mêmes voies sur les chemins de l'exclusion. En revanche, l'octroi de la citoyenneté aux autochtones de Guyane et de Wallis et Futuna suit des progressions différentes.

**292.** Pour la « vieille colonie » de la Guyane, la citoyenneté française est, en théorie, un concept ancien. En effet, les lois du 24 avril 1833 applicables au territoire instituent des conseils coloniaux élus et proclament l'égalité politique<sup>924</sup>. Le suffrage reste toutefois restreint « à cause de la faiblesse numérique des hommes de couleur libres et du régime censitaire »<sup>925</sup>. Ensuite, par l'effet de l'abolition de l'esclavage et de l'instauration du suffrage universel, il y a, dès 1848, « des colonisés citoyens, mais sans que le législateur l'ait voulu »<sup>926</sup>. Au surplus, l'article 109 de la Constitution de 1848 précise que « le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré territoire français, et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale les place sous le régime de la présente Constitution » : le régime applicable est donc toujours celui des lois de 1833. Par conséquent, comme le précise le professeur Henry Solus, les Amérindiens, alors citoyens français, ne peuvent prétendre à un statut personnel coutumier<sup>927</sup>.

**293.** Cependant, en réalité, cette citoyenneté n'est pas effective « soit parce qu'ils sont explicitement exclus des cadres juridiques, soit parce que le droit ne s'applique pas du fait de sa totale déconnexion avec la réalité du territoire. Les Amérindiens sont dans les limbes juridiques »<sup>928</sup>. Ce cadre d'autonomie particulier, par ailleurs jugé approprié à la situation et aux

---

donc et longtemps la seule en Nouvelle-Calédonie. Son premier maire élu fut, en 1882, le républicain Eugène Porcheron, décédé l'année suivante ». Voir, Bernard GILLE et Antoine LECA, « Gouvernance politique et Institutions à Tahiti et dépendances et en Nouvelle-Calédonie : perspectives historiques », *art. cit.*, p. 115.

<sup>924</sup> Loi du 24 avril 1833 *concernant l'exercice des droits civils et politiques dans les colonies*, disponible au recueil Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, t. 33, 1834, p. 104. Ainsi l'article 1 de la loi du 24 avril 1833 dispose que « toute personne née libre ou ayant acquis légalement la liberté jouit dans les colonies françaises : 1) des droits civils ; 2) des droits politiques dans les conditions prescrites par la présente loi ». Le même jour, le Parlement vote une seconde loi sur le régime législatif des colonies instituant des conseils coloniaux, équivalents de parlements locaux, selon Arthur Girault. Voir, Arthur GIRAULT, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. 1, Paris, Librairie de la Société générale du recueil des lois et des arrêts, 1904 [1895], p. 346. Voir, Loi du 24 avril 1833 *concernant le régime législatif des colonies*, dans Bulletin des lois du royaume de France, IX<sup>e</sup> série, t. V, 1<sup>ère</sup> partie, Paris, Impr. roy., août 1833, bull. n° 94 du 28 avril 1833, texte n° 216, p. 117-127.

<sup>925</sup> Sylvie GUILLAUME, « Citoyenneté et colonisation », dans Dominique COLAS, Claude EMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 123-136, spé. p. 126.

<sup>926</sup> Pierre GUILLAUME, « Nationalité et citoyenneté en France, au Québec et au Canada. Approche historique », dans Dominique COLAS, Claude EMERI et Jacques ZYLBERBERG (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 103-110, spé. p. 106.

<sup>927</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé, op. cit.*, p. 16-19.

<sup>928</sup> Geoffroy FILOCHE, Damien DAVY, Armelle GUIGNIER et Françoise ARMANVILLE, « La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens », *art. cit.*, p. 76. En effet, « Même lorsque l'État entendait donner à cette citoyenneté tout son contenu, la pratique administrative ne pouvait se concevoir sans que les règles en soient très largement aménagées, au profit d'une reconnaissance de fait du statut personnel dont

coutumes par Jean-Marcel Hurault<sup>929</sup>, conduit à ce que les Amérindiens de Guyane ne soient pas traités en citoyens, mais plutôt comme des nations autonomes. Il est régulièrement fait référence à ces populations comme à des protégés français<sup>930</sup>. Le régime particulier de l'Inini instauré en 1930 renforce alors l'organisation amérindienne coutumière et permet aux populations de concevoir leur système de représentation « en marge du système juridique et conformément à leur droit coutumier, notamment en matière d'état des personnes »<sup>931</sup>. Ce refus de considérer la citoyenneté des « colonisés » s'applique aussi aux Wallisiens et aux Futuniens, dont le statut de « protégé français » conduit à les exclure de la citoyenneté et de la nationalité française.

**294.** Il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'autochtone, Indigène ou Indien, sujet britannique ou français, reste exclu d'une conception électorale de la représentation, à la suite d'une dissociation entre la nationalité ou la sujétion et la citoyenneté. Celui-ci n'a accès à la citoyenneté et aux droits politiques qui en résultent que de façon limitée, souvent conditionné à la perte de son statut coutumier et à la rupture du lien avec sa communauté. Depuis lors, la dissociation entre nationalité et citoyenneté perdure, impliquant des effets variables dans le droit positif mais, semble-t-il, toujours liés aux problématiques d'exclusion et d'inclusion<sup>932</sup>.

**295.** L'imposition de la souveraineté étatique, tout en refusant aux autochtones le droit d'y participer d'une quelconque manière, demeure une caractéristique des processus coloniaux, dont la contradiction avec le projet même des démocraties modernes est relevée par Dominique Schnapper. En effet, la société coloniale est fondée sur « l'inégalité de statut juridique, politique et social des membres qui la composaient, alors que la légitimité de la démocratie moderne consiste à accorder à tous l'égalité du statut politique et juridique, c'est-à-dire la citoyenneté universelle »<sup>933</sup>. Pourtant, si ces régimes particuliers — ceux de l'indigénat, du protectorat ou de la mise sous tutelle — prennent fin après la Seconde Guerre mondiale, l'évolution des règles se fait néanmoins

---

bénéficiaient les Amérindiens : l'administration renonçait ainsi à prélever les impôts locaux dans les villages et ne sanctionnait pas le non-respect de l'obligation scolaire ; plus encore, elle acceptait de remettre en question cette disposition hautement symbolique qu'était en France l'appel sous les drapeaux, en le limitant aux jeunes amérindiens francophones qui en faisaient explicitement la demande ». Voir, Gérard COLLOMB, « Une "citoyenneté" kali'na ? Constructions citoyennes, affirmations identitaires, jeux de niveau en Guyane française », *Citizenship Studies*, vol. 15, n°8, 2011, p. 981-991, spé. p. 984.

<sup>929</sup> Jean-Marcel HURULT, « Pour un statut des populations tribales de Guyane française (1968-1984) », *art. cit.*, p. 42.

<sup>930</sup> Stéphanie GUYON, « Des "Primitifs" aux "Autochtones". Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *art. cit.*, p. 55.

<sup>931</sup> Valérie DOUMENG, « L'état civil des populations marginales de la Guyane française », *Bulletin de la Société d'Histoire de la Guadeloupe*, n° 146-147, 2007, p. 149-165, spé. p. 151.

<sup>932</sup> En effet, la citoyenneté est « le lien qui manifeste l'appartenance des individus à une communauté, appartenance entraînant la possession d'un ensemble de droits (dits droits civiques et/ou politiques), d'un statut juridique qui fait de celui qui en bénéficie un citoyen. Parce que la citoyenneté est une appartenance statutaire, elle produit nécessairement, comme son double inversé, le *non-citoyen* ». Voir, Camille AYNES, « La double face de la citoyenneté. Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme*, n° 22, 2022, p. 1-6, spé. p. 1. Voir aussi, Jules LEPOUTRE, « Citoyenneté et nationalité, deux types d'appartenance distincts ? », *La Revue des droits de l'homme*, n° 22, 2022, p. 1-20.

<sup>933</sup> Dominique SCHNAPPER, « Nationalité et citoyenneté », *art. cit.*, p. 63.

au profit des normes étatiques de la représentation politique, et particulièrement au profit d'une conception électorale de la représentation.

## PARAGRAPHE 2 – La mise en place progressive d'un système uniforme de représentation

296. Dans sa globalité, avec les premières lois de 1850 sur les Indiens au Canada et le *Sénatus-consulte* de 1865 pour l'Algérie française, le conditionnement de la citoyenneté à la perte du statut coutumier pour les autochtones dure une centaine d'années. Dès lors, la Première, puis la Seconde Guerre mondiale constituent deux moments de rupture et conduisent à une meilleure intégration des autochtones au sein des ordres étatiques. En lien avec les évolutions du droit international, les autochtones sont peu à peu intégrés aux modèles étatiques de la représentation politique, en vertu d'une meilleure représentation volitive et électorale (A). Même si cette intégration ne vise pas l'assimilation des différences, elle est parfois perçue comme une uniformisation des conceptions<sup>934</sup> et rencontre certaines oppositions, auxquelles l'historique des confrontations coloniales donne un sens (B).

### A. L'intégration progressive des autochtones aux modèles électoral et volitif de la représentation

297. Des droits politiques sont progressivement accordés aux autochtones. Dans les ordres juridiques canadien et français, les différentes évolutions législatives semblent obéir, au départ, à

---

<sup>934</sup> Le rapport de José Martinez Cobo pour les Nations Unies définit l'intégration comme « un processus par lequel des éléments divers sont combinés en une unité tout en conservant leur identité de base. Il n'y a pas d'insistance sur l'uniformité ou l'élimination de toutes les différences, à l'exception de celles de chaque élément constitutif qui perturberaient ou inhiberaient l'unité totale. L'intégration, par opposition à l'assimilation, est un processus à double sens qui n'entraîne pas la disparition des institutions et des traditions autochtones. Elle implique de s'abstenir consciemment de faire pression sur les groupes indigènes pour qu'ils abandonnent leur culture. Elle peut néanmoins devenir un processus d'assimilation, même si elle est susceptible de se poursuivre comme un processus d'intégration en constante adaptation, ou de déboucher sur une fusion ». Voir, José Martinez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter IX: Fundamental policy*, 10 juin 1983, E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.1, para. 17-26, p. 5-8. Source non traduite : « A process by which diverse elements are combined into a unity while retaining their basic identity. There is no insistence upon uniformity or elimination of all differences, other than those differences of each component part which would disturb or inhibit the total unity. Integration, as differentiated from assimilation, is a two-way process which does not entail the disappearance of indigenous institutions and traditions. It implies consciously refraining from bringing pressure upon indigenous groups to abandon their culture. It can, nevertheless, become a process of assimilation, although it is likely to continue as a constantly adapting process of integration, or result in fusion ». Par ailleurs, le professeur Norbert Rouland ajoute que l'intégration « n'implique que la suppression des spécificités qui, dans chaque culture, constituent des obstacles à l'unité de l'ensemble. Elle repose sur l'élimination des clivages purement ethniques, l'égalité juridique de tous les citoyens, à quelque groupe qu'ils appartiennent. Mais on peut observer que, dans la pratique, l'intégration est soumise à des rapports de force (les cultures en présence sont rarement sur un pied d'égalité *in concreto*), et a donc tendance à se muer en forme plus progressive d'assimilation ». Voir, Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUmarede, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 399.

un processus similaire qui consiste à « récompenser » de la citoyenneté les autochtones méritants, c'est-à-dire ceux ayant acquis un certain degré de civilisation, bien que ces derniers conservent leur statut personnel. Par exemple, la participation des autochtones à l'effort de guerre conduit notamment à leur octroyer le droit de vote. Puis, dans un cadre international renouvelé après 1945, la création de l'Organisation des Nations Unies favorise une réflexion sur les droits humains et l'égalitarisme. Par la suite, l'intégration aux modèles étatiques de la représentation se traduit plus largement et de façon similaire au Canada (1) et en France (2).

### 1. L'intégration au système de représentation canadien

**298.** Au Canada, en 1917, le droit de voter aux élections fédérales est d'abord octroyé aux Indiens ayant servi l'armée durant la Première Guerre<sup>935</sup>. En 1920, il est accordé aux Indiens émancipés ou non, vivant en dehors des réserves, et à tous ceux ayant servi dans l'armée, la marine ou l'aviation canadienne entre 1914-1918<sup>936</sup>. À partir de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, les autochtones sont reconnus comme citoyens canadiens sans pour autant obtenir le droit de vote<sup>937</sup>. Par un renversement du syntagme « *no taxation without representation* » à « *no representation without taxation* », l'exclusion de la représentation se fonde sur l'exemption fiscale dont bénéficient les réserves<sup>938</sup>. En 1950, le droit de vote aux élections fédérales est accordé à ceux vivant dans les réserves, mais renonçant aux exonérations d'impôts<sup>939</sup>. Dans la continuité de ces évolutions, un comité mixte est mis en place pour réformer la *Loi sur les Indiens*, aboutissant à la révision de 1951<sup>940</sup>. Les femmes, qui avaient toujours été exclues du droit de vote, y compris lors des élections des conseils de bande, obtiennent le droit de voter dans les réserves. L'interdiction des Potlachs est également levée. C'est uniquement en 1960 que le Parlement fédéral accorde le droit de vote aux Indiens inscrits<sup>941</sup>. Plusieurs facteurs contribuent à ce changement, et notamment ceux, la même année, de la réprobation internationale de la ségrégation aux États-Unis et de l'adoption fédérale de la *Déclaration canadienne des droits*<sup>942</sup>.

**299.** Cependant, même à la suite de l'obtention de ce droit au niveau fédéral, la force électorale des autochtones reste limitée, compte tenu de leur inégale répartition sur le territoire et de leur

---

<sup>935</sup> *Loi des électeurs militaires*, S.C. 1917, ch. 34, art. 2.

<sup>936</sup> *Loi des élections fédérales*, S.C. 1920, ch. 46, art. 29 (1).

<sup>937</sup> *Loi concernant la citoyenneté, la nationalité et la naturalisation, ainsi que le statut des étrangers*, S.C. 1946, ch. 15.

<sup>938</sup> Justin Richard DUBE, « L'octroi du droit de vote universel autochtone aux élections fédérales », *art. cit.*, p. 30.

<sup>939</sup> *Loi modifiant la Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1950, ch. 35, art. 1.

<sup>940</sup> *Loi modifiant la Loi des élections fédérales, 1938, et changeant son titre en Loi électorale du Canada*, S.C. 1951 (2<sup>e</sup> session), ch. 3, art. 6.

<sup>941</sup> Le syntagme « Indien inscrit » désigne les personnes qui sont inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>942</sup> Lesley A. JACOBS, *Portrait de la conscience juridique des électeurs des Premières Nations : comprendre l'exercice du droit de vote*, Toronto, *Élection Canada*, 2009, p. 16-17.

faiblesse numérique<sup>943</sup>. En 1961, le bilan du comité mixte brosse d'ailleurs un portrait plutôt négatif des nouvelles mesures : les lourdeurs administratives, l'augmentation des émancipations involontaires, la dégradation des conditions de vie dans les réserves continuent de limiter le poids politique des autochtones<sup>944</sup>. Le comité formule les objectifs politiques visés en ces termes :

Très bientôt les Indiens pourront assumer la responsabilité que comporte le statut intégral de citoyen canadien et en accepter les avantages. C'est ce que le Comité n'a pas perdu de vue en présentant ses recommandations, destinées qu'elles sont à assurer assez de souplesse pour favoriser les divers stades de l'évolution des Indiens au cours de la période de transition<sup>945</sup>.

En effet, il ressort des termes employés que l'objectif reste « l'évolution des Indiens », tout autant que leur intégration à la société canadienne. Si le vocabulaire évolue, les visées intégratives ne sont pas si éloignées des visées assimilationnistes et civilisatrices de la colonisation<sup>946</sup>.

**300.** Par ailleurs, dans les provinces, nombre de lois excluent encore expressément les Indiens des droits politiques. Pour les provinces où vivent les Nations Nisga'a, Wetsuwet'en et iroquoises, le droit de vote est accordé en Colombie-Britannique en 1949<sup>947</sup>, en Ontario en 1954<sup>948</sup> et au Québec en 1969<sup>949</sup>. Les autochtones peuvent alors désigner des représentants aux Législatures provinciales et au Parlement fédéral. À ce titre, le premier élu autochtone à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique est le chef héréditaire nisga'a Frank Calder, en 1949.

**301.** Dans la continuité de ces mesures d'intégration, en 1969, le gouvernement fédéral présente au Parlement sa politique indienne, avec le document du *Livre blanc*<sup>950</sup>. L'objectif du gouvernement consiste à sortir graduellement « les Indiens de leur statut différent et leur permettr[e] de participer à part entière au développement social, économique et politique de la société canadienne »<sup>951</sup>. Ainsi, les mesures envisagées sont la suppression du statut d'Indien, de la *Loi sur les Indiens* et du ministère des Affaires indiennes, la taxation des réserves, de même que leur suppression au profit de la propriété individuelle, et enfin, le transfert de la compétence relative aux affaires indiennes aux provinces. Si les objectifs de lutte contre les discriminations semblent, de prime abord, relativement louables, les autochtones du Canada rejettent massivement cette politique au motif

---

<sup>943</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir, op. cit.*, p. 334.

<sup>944</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>945</sup> James GLADSTONE et Lucien GRENIER, *Comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'enquêter sur les Affaires indiennes, Procès-verbaux et témoignages, fascicule 16, Séances du Mardi 30 mai au vendredi 7 juillet 1961*, 24<sup>e</sup> Législature, 4<sup>e</sup> Session, p. 5.

<sup>946</sup> Anne Fournier souligne que, pour les autochtones, « une fois incorporés à la masse, ils deviennent des citoyens « comme les autres », ce qui tend à occulter leurs aspirations et leurs besoins singuliers. Le droit constitue alors un outil d'intégration et d'assimilation, voire d'exclusion ». Voir, Anne FOURNIER, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 169-192, spé. p. 179.

<sup>947</sup> *Provincial Elections Act Amendment Act*, 1949, S.B.C. 1949, ch. 19, art. 2 et 3.

<sup>948</sup> *Ontario*, S.O. 1954, ch. 25.

<sup>949</sup> *Loi modifiant la Loi électorale*, L.Q., 1969, ch. 13, art. 1.

<sup>950</sup> Intitulé, en anglais *1969 White Paper* qui désigne officiellement, la politique indienne du gouvernement du Canada de 1969. Le *Livre blanc* est présenté au Parlement du Canada par le député ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, Jean Chrétien, et par le premier ministre du Canada Pierre Elliott Trudeau.

<sup>951</sup> Jean CHRETIEN, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, p. 6.



de l'assimilation induite sous les visées intégratives. Par exemple, le *Livre blanc* préconise aussi : « à long terme il y a lieu de faire disparaître de la constitution toutes les allusions à l'Indien, faute de quoi on ne saurait supprimer la distinction juridique actuelle entre lui et les autres Canadiens »<sup>952</sup>. Le rapprochement avec les termes prononcés par Duncan Campbell Scott en 1920 visant à « faire disparaître le problème indien » est rapidement fait par les autochtones qui s'opposent à ces mesures.

**302.** Ainsi, les acquis politiques et les projets pour l'avenir entraînent un constat ambigu. En effet, bien que les mesures mises en place visent à l'égalité et à l'intégration, elles sont également constitutives d'une certaine uniformité par laquelle la représentation politique est principalement envisagée par les institutions étatiques et selon le système électoral. La Commission royale sur les peuples autochtones en témoigne, « jusqu'en 1969, l'objectif d'assimilation continuait de dominer la politique fédérale, bien que le gouvernement fédéral ait pris soin d'utiliser des termes comme « égalité » et « citoyenneté » au lieu du langage brutal d'autrefois »<sup>953</sup>. Un même constat s'observe en France pour la Nouvelle-Calédonie et la Guyane.

## 2. L'intégration au système de représentation français

**303.** En France, l'octroi des droits politiques aux populations autochtones obéit à la même progression. En effet, les droits politiques sont d'abord accordés à ceux qui ont combattu pour la France<sup>954</sup>. Par le décret du 3 septembre 1932, la nationalité française et le droit de vote sont attribués « aux Kanak, anciens combattants, ou ayant dix ans d'armée ou de fonction publique, à la condition toutefois qu'ils sachent lire et écrire le français »<sup>955</sup>. Ensuite, pour augmenter le nombre d'inscrit sur les listes électorales calédoniennes, le décret du 19 avril 1933 accorde la citoyenneté

---

<sup>952</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>953</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir*, *op. cit.*, p. 424.

<sup>954</sup> Selon Éric Rau, « pendant la Grande Guerre, les 1107 Canaques qui avaient contracté un engagement volontaire dans l'armée française, conformément au décret du 9 octobre 1915, se sont conduits avec la plus grande bravoure. Ils se sont tout particulièrement illustrés dans l'attaque du village de Vesle-et-Gaumont où leur bataillon fut l'objet, de la part de Maréchal Pétain, d'une citation très élogieuse. Le cri de guerre qu'ils poussaient dans les corps à corps avait le don de jeter la panique dans les rangs ennemis ». Voir, Éric RAU, *Institutions et Coutumes canaques*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>955</sup> Décret du 3 septembre 1932, *sur l'accession des indigènes à la qualité de français promulgué par arrêté du 18 octobre 1932*, J.O.N.C. du 5 novembre 1932. Les conditions alternatives sont les suivantes : « Avoir pendant dix ans servi la France avec mérite et dévouement, soit dans les armées de terre et de mer, soit dans un emploi ou fonction civile ; Etre décoré de la Légion d'honneur ou avoir rendu à la France des services exceptionnels ; Avoir obtenu un diplôme de l'enseignement secondaire ou un brevet de l'enseignement primaire supérieur ; Avoir épousé une Française si un enfant est issu du mariage ; Être titulaire de la carte de combattant, avoir été nommé sous-officier ou avoir reçu, pour fait de guerre, la médaille militaire ou la croix de guerre. ». Voir, Yéri URBAN, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, *op. cit.*, p. 425. Le passage d'une catégorie juridique à une autre résultait d'une décision administrative individuelle, car elle était prononcée par un décret portant « admission à la jouissance des droits de citoyens français ». Voir, Guy AGNIEL, « Les adaptations juridiques des particularismes sociologiques locaux », dans Paul de DECKKER (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 52-79, sp. p. 55.

française aux Indigènes qui en font la demande. Cependant, cet octroi est conditionné au renoncement à son statut personnel, ce qui se produit donc rarement puisque les Kanak ne souhaitent pas perdre les droits sur les terres qu'ils occupent dans les réserves.

**304.** Par ailleurs, les Calédoniens dans leur ensemble doivent attendre l'ordonnance du 22 août 1945 pour obtenir un siège de député à l'Assemblée nationale<sup>956</sup>, où le premier élu est alors Roger Gervolino. L'ordonnance accorde, par la même occasion, le droit de vote à certains autochtones comme les anciens combattants, les chefs coutumiers, les pasteurs et les moniteurs de l'enseignement<sup>957</sup>. Le premier conseiller de la République calédonien, Henri Lafleur, est ensuite élu en 1947, par un collège électoral composé des dix-neuf membres du Conseil général<sup>958</sup>.

**305.** À cette même période, le régime de l'indigénat est aboli par l'adoption de deux principaux textes : l'ordonnance du 7 mars 1944 supprimant le statut pénal de l'Indigénat<sup>959</sup>, précède la loi *Lamine Gueye* du 7 mai 1946 octroyant la citoyenneté française aux Indigènes<sup>960</sup>. La loi du 7 mai 1946 dispose que « tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyens, au même titre que les nationaux français de la métropole et des territoires d'outre-mer »<sup>961</sup>. Elle ajoute « des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens ». La Constitution du 27 octobre 1946 reproduit cette disposition en son article 80. Cependant, deux collèges électoraux, l'un composé des citoyens de statut civil français, l'autre des autochtones, restent dissociés<sup>962</sup>. L'article 82 de la Constitution de 1946 conserve l'existence d'un statut civil personnel, par opposition au « statut civil français » et prévoit seulement la possibilité de passer du premier au second<sup>963</sup>.

---

<sup>956</sup> Ordonnance n° 45-1874 du 22 août 1945 *fixant le mode de représentation à l'Assemblée nationale constituante des territoires d'outre-mer relevant du ministère des colonies*, J.O.R.F. du 23 août 1945, p. 5266 : « Art. premier. Tous les territoires d'outre-mer relevant du ministère des Colonies seront représentés à l'Assemblée nationale Constituante. Art. 2. Les électeurs et électrices citoyens français inscrits sur les listes électorales à la Martinique, à la Guadeloupe, à la Réunion, à la Guyane française, à Saint-Pierre et Miquelon, dans les établissements français de l'Océanie, les électeurs et électrices inscrits sur les listes électorales dans les établissements français de l'Inde éliront des représentants en nombre prévu par l'article 12 ci-après au suffrage universel direct. [...] Art. 6. À la Nouvelle-Calédonie, les listes électorales seront celles dressées pour les élections au conseil général, complétées par la liste des électeurs autochtones non citoyens qui sera dressée dans les mêmes conditions, les délais de procédure étant fixés par arrêté du gouverneur ».

<sup>957</sup> Seuls 1 144 sur 10 000 électeurs obtiennent pour la première fois ce droit. Voir, Isabelle LEBLIC, « Chronologie de Kanaky Nouvelle-Calédonie (1774-2018). Version revue et augmentée en 2018 », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 147, 2018, p. 529-564, spé. p. 532.

<sup>958</sup> Patrick O'REILLY, *Calédoniens : répertoire bio-bibliographique de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Musée de l'Homme, 1953, p. 141.

<sup>959</sup> Ordonnance du 7 mars 1944 *relative au statut des Français musulmans d'Algérie*, J.O.R.F. (édition d'Alger) n° 24 du 18 mars 1944, p. 217.

<sup>960</sup> Loi n° 46-940 du 7 mai 1946 *tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer*, J.O.R.F. du 8 mai 1946, p. 3888.

<sup>961</sup> *Ibid.*

<sup>962</sup> Martine FABRE, « La citoyenneté aux colonies, un concept protéiforme », *op. cit.*, p. 51.

<sup>963</sup> Constitution du 27 octobre 1946, art. 82 : « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». « Aujourd'hui ce statut ne subsiste plus que dans l'archipel de Wallis et Futuna, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie ; depuis la loi organique du 19 mars 1999, le statut civil applicable aux Kanaks est le statut civil coutumier, ce qui permet de le distinguer du statut civil particulier dont bénéficient

306. Dans ce cadre constitutionnel renouvelé, le texte de 1946 transforme également les colonies en départements d'outre-mer, notamment la Guyane, ou en territoires d'outre-mer, notamment la Nouvelle-Calédonie, regroupés sous l'appellation de « l'Union française » qui devait aboutir, à long terme, à une union fédérale<sup>964</sup>. À ce titre, l'Assemblée de l'Union française, instituée par les articles 66 à 71 de la Constitution, donne son avis sur les projets et propositions de loi qui lui sont soumis par l'Assemblée nationale, le gouvernement de la République française ou les gouvernements des États associés<sup>965</sup>, et concourt à l'amélioration de la représentation des territoires ultramarins<sup>966</sup>.

---

Wallisiens, Futuniens ou Mahorais ». Voir, Guy AGNIEL, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue Aspects*, n° 3, 2008, p. 81-95, spé. p. 83. Par ailleurs, l'article 82 est repris par l'article 75 de la Constitution de 1958. Le statut civil français devient cependant le « statut civil de droit commun ».

<sup>964</sup> Le député Yves Angeletti résume les objectifs de l'Union française : Notre double souci [...] sera, d'une part, de maintenir partout la présence de la France, d'autre part, ce qui n'est pas contradictoire mais, au contraire, complètement lié, de fonder l'Union française sur l'adhésion libre et volontaire des populations qui la composent. L'Union française devait être, à long terme, « un cadre propre à assurer l'évolution la plus souple, la plus pacifique vers le système fédéral que nous voulons tous ». C'est pourquoi, poursuit Yves Angeletti, « on ne prévît pas dans la Constitution — c'était l'avis de la commission lors des premières discussions — d'une manière rigide, les statuts, les organes directeurs d'une fédération qui n'existe pas encore et qui ne peut pas exister », Voir, J.O.R.F, *Débats parlementaires*, Assemblée nationale constituante, Séance du 18 septembre 1946, p. 3797. Voir aussi, le préambule de la Constitution de 1946 : « L'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus ». De même, le professeur François Luchaire précise : « Cette idée, d'abord énoncée par le général de Gaulle, était certainement « dans l'air », mais le plus souvent on n'envisageait qu'un des aspects du fédéralisme. Ainsi, la Conférence de Brazzaville (30 janvier à 8 février 1944) et les débats de l'Assemblée consultative d'Alger du 23 janvier 1944 envisagent la création d'un Parlement et même d'un gouvernement fédéral. Par contre on n'envisage pas de faire des différents territoires de l'Empire de véritables États, mais de simples collectivités décentralisées ». François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine, op. cit.*, p. 81-82. Voir enfin, Général CATROUX, « L'Union française : Son concept, son état, ses perspectives », *Politique étrangère*, vol. 18, n° 4, 1953, p. 233-266, spé. p. 238.

<sup>965</sup> Constitution française du 27 octobre 1946, art. 71, al. 1. Selon l'alinéa 2, L'Assemblée de l'Union française peut aussi « faire des propositions au Gouvernement français et au Haut Conseil de l'Union française ». L'assemblée est supprimée en 1958.

<sup>966</sup> René Pinon écrit : « Les articles de la constitution qui organisent l'Assemblée de l'Union française, quoi qu'ils aient été visiblement inspirés par l'idée d'une construction sur le modèle du Conseil de la République, portent la marque de la volonté de donner à cette création nouvelle un caractère fédéral ; elle fait penser à ces bâtiments neufs qui semblent trop grands pour l'organisme naissant qui s'y installe mais dont les proportions appellent des développements prochains ». Si cet organe œuvre à la représentation des colonies, elle est aussi envisagée comme une assemblée où pourront, à terme, être discutées toutes les questions intéressant l'outre-mer, sans empiéter sur les prérogatives des autres chambres du Parlement. En effet, René Pinon écrit aussi : « La représentation de toutes les populations d'outre-mer au Parlement métropolitain s'est développée dans la nouvelle constitution et a pris des proportions inquiétantes. On voit venir le moment où un quart ou un tiers de l'Assemblée nationale serait constitué par des députés venus d'outre-mer. Ils sont déjà 58 qui participent au vote de lois qui ne sont pas applicables à leurs électeurs et qui établissent des impôts qu'ils ne payent pas. Il est arrivé que de graves décisions qui n'intéressent nullement les Territoires d'outre-mer aient été prises grâce à l'appoint de leur représentation. C'est un scandale et un danger qui inquiètent à juste titre les Français qui ont le souci du vote régulier des lois et de l'avenir du gouvernement parlementaire ». Voir René PINON, « Un nouvel organe constitutionnel, l'Assemblée de l'Union française », *Revue des deux mondes*, n° 2 d'avril, 1949, p. 724-739, spé. p. 737-738

**307.** *A priori*, cet organe est assimilé à une assemblée parlementaire, au même titre que l'Assemblée nationale et le Conseil de la République<sup>967</sup>. C'est du moins ce que laisse entendre initialement la jurisprudence du Conseil d'État de 1950 en affirmant que « le fonctionnement de l'Assemblée de l'Union française est assuré selon les règles en usages dans les assemblées parlementaires ; qu'ainsi les règlements établis à cette fin n'émanent pas d'une autorité administrative »<sup>968</sup>. Toutefois, il revient sur ce qualificatif à propos du Conseil économique de la IV<sup>e</sup> République, en expliquant que « s'il participe à la fonction législative en formulant des avis sur les projets et propositions de lois il n'a pas, en cette matière, plus de pouvoirs que de nombreuses assemblées et commissions d'ordre administratif, notamment le Conseil d'État, la seule particularité étant qu'il peut être saisi directement par l'Assemblée nationale »<sup>969</sup>. Ainsi, à l'instar de ce que démontre Romain Vincent, il ressort de ces éléments la conclusion suivante :

La qualification d'assemblée parlementaire ne pouvait pas résulter d'une prescription, fût-elle constitutionnelle, mais, pour être en cohérence avec le système de gouvernement, elle devait répondre à des critères liés à une participation décisive au processus d'expression législative ou constituante de la volonté générale<sup>970</sup>.

Autrement dit, l'Assemblée de l'Union française, bien que participant indirectement à l'exercice du pouvoir législatif, ne peut être considérée comme une institution représentative selon le sens volitif que lui donne la théorie classique de la représentation. Elle est toutefois vectrice d'une certaine mise en valeur de l'outre-mer. D'ailleurs, afin d'œuvrer à une certaine représentativité de l'Union française, cette assemblée consultative est composée « pour moitié, de membres représentant la France métropolitaine et, par moitié, de membres représentant les départements et territoires d'outre-mer et les États associés »<sup>971</sup>. Les modes d'élections des représentants de l'outre-mer varient selon les territoires, mais demeurent indirects pour la plupart.

**308.** Dans ce cadre renouvelé, malgré l'octroi du droit de vote par la loi du 7 mai 1946, il demeure que peu de Kanak en disposent effectivement. En effet, « seuls 267 membres de l'élite mélanésienne obtiennent effectivement le droit de voter en 1946, puis la loi du 23 mai 1951 élargit

---

<sup>967</sup> Comme en témoigne l'article 70 de la Constitution selon lequel « les règles des articles 8, 10, 21, 22, et 23 sont applicables à l'Assemblée de l'Union française dans les mêmes conditions qu'au Conseil de la République ».

<sup>968</sup> CE, Sect., 26 mai 1950, *Sieur Vouters*, concl. Agid, Rec. p. 316. Dans sa décision, le Conseil d'État se fonde sur deux lois rapprochant le statut de l'Assemblée de l'Union française à celui d'assemblée parlementaire. Voir, Loi n° 49-179 du 9 février 1949 *fixant le statut financier de l'Assemblée de l'Union française*, J.O.R.F, *Lois et décrets*, 10 février 1949, p. 1499 ; Loi n° 50-10 du 6 janvier 1950 *portant modification et codification des textes relatifs aux pouvoirs publics*, J.O.R.F. du 7 janvier 1950, p. 215.

<sup>969</sup> HEUMANN, Concl., sur CE, 17 mai 1957, *Sieur Simonet*, Rec. p. 318.

<sup>970</sup> Romain VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 454. Le professeur François Luchaire relevait déjà : « La Constitution a donné le jour à un organe ayant l'Aspect, mais non les pouvoirs d'un Parlement ». Voir aussi, François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>971</sup> Constitution française du 27 octobre 1946, art. 66. Sur la représentativité des membres de l'Assemblée, Voir, Maria ROMO-NAVARRETE et Sarah MOHAMED-GAILLARD, « Les représentants de l'Outre-mer dans les assemblées de la IV<sup>e</sup> République (1946-1958). Approche prosopographique », *Outre-Mers*, vol. 98, n° 370, 2011, p. 135–147.

le collège électoral indigène à 60 % des Mélanésiens en âge de voter»<sup>972</sup>. En 1951, le député Maurice Lenormand, fondateur du parti autonomiste de l'Union calédonienne, est élu avec le slogan «deux couleurs, un seul peuple». En 1953, l'Union calédonienne, sort également majoritaire des urnes lors de l'élection du Conseil général. Toutefois, le suffrage universel n'est véritablement mis en place qu'avec le décret du 22 juillet 1957<sup>973</sup>, pris en application de la loi-cadre *Defferre* de 1956, qui «crée dans les territoires d'outre-mer des Conseils de gouvernements élus au suffrage universel et permet au pouvoir exécutif local d'être plus autonome à l'égard de la métropole»<sup>974</sup>. Par ailleurs, lors du référendum du 28 septembre 1958 relatif à l'adoption de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, le vote se transforme en plébiscite sur le maintien ou non dans la République française<sup>975</sup> : les Calédoniens, alors majoritairement composés de Kanak, votent pour le oui à 98 %<sup>976</sup>. La Nouvelle-Calédonie devient un territoire d'outre-mer. Par la nouvelle constitution, l'Assemblée de l'Union française devient également le Sénat des communautés, mais cette institution ne concerne que la représentation du continent africain.

**309.** Il ressort de l'ensemble de ces évolutions que les Kanak peuvent progressivement voter aux élections législatives entre 1946 et 1957, aux suffrages, même indirects, de l'Assemblée de l'Union française entre 1946 et 1958, aux élections présidentielles à partir de 1962, et aux élections locales, pour le Conseil municipal et le Conseil général. Toutefois, de façon similaire au Canada, ces acquis politiques engendrent un constat discuté. Comme le formule Yerri Urban, «malgré l'instauration progressive de l'égalité juridique sous les IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> Républiques, elle [la coutume] est toujours pensée comme ayant vocation à disparaître soit par l'indépendance, soit par l'assimilation, ce qui n'est rien d'autre que les deux aboutissements possibles de la "mission

<sup>972</sup> HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALÉDONIE, «L'histoire de la Nouvelle-Calédonie», *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, 2021, en ligne : <https://www.elections-nc.fr/histoire/l-histoire-de-la-nouvelle-caledonie> (consulté le 23.12.2021).

<sup>973</sup> Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un Conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 23 juillet 1957, p. 7252.

<sup>974</sup> Éric SORIANO, «Le jeu des droits indigènes. Des "Blancs" pour une citoyenneté indigène dans la Nouvelle-Calédonie de l'après indigénat (1948-1963)» dans Éric de MARI et Éric SAVARESE (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 63-77, spé. p. 68.

<sup>975</sup> L'enjeu ne résulte pas d'un texte juridique mais seulement «des déclarations, non publiques, de De Gaulle devant le CCC [Comité consultatif constitutionnel] le 8 août 1958 («le référendum a pour objet de vérifier [...] si partout, et en particulier dans les territoires d'Afrique, à Madagascar aussi et ailleurs, l'idée de sécession l'emporte ou non) et, ensuite, de façon publique, de ses discours de sa tournée malgache et africaine du 21 au 29 août 1958». Voir, Didier MAUS, «La mise en œuvre institutionnelle de la Communauté», dans Philippe OULMONT et Maurice VAISSE (dir.), *De Gaulle et la décolonisation de l'Afrique subsaharienne*, Paris, Karthala, 2014, p. 43-54, spé. p. 45. Ainsi, «en disposant que le projet de nouvelle Constitution qui serait soumis pour acceptation au Peuple français devrait «permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés», la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 [...] ouvrirait ainsi le champ de l'émancipation probable des territoires d'outre-mer d'Afrique et de Madagascar». Voir, Stéphane DIEMERT, «L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la V<sup>e</sup> République», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 7-23, spé. p. 7. Seule la Guinée choisit alors la solution de l'indépendance.

<sup>976</sup> Jean-Yves FABERON, «Conflits et consensus en Nouvelle-Calédonie : des occasions manquées à l'accord de Nouméa», dans Armand HAGE et Jean-Yves FABERON (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'harmattan, 2010, p. 103-108, spé. p. 104.

civilisatrice<sup>977</sup>». En outre, la loi de 1956 transfère la compétence pour réglementer le statut personnel des autorités coutumières à l'Assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie<sup>978</sup>. Ce changement perpétue « les conditions d'une profonde acculturation des coutumes en donnant compétence aux assemblées territoriales pour toute modification des coutumes, car ces instances relevaient de modèles étatiques et occidentaux qui n'avaient rien d'autochtone »<sup>979</sup>. Ainsi, bien que le vocabulaire employé soit différent et que l'égalité juridique soit consacrée, les mesures restent vectrices d'une certaine uniformité juridique au bénéfice des conceptions étatiques.

**310.** L'uniformisation juridique s'observe aussi en Guyane, département d'outre-mer depuis 1946, où l'octroi de droits politiques suit sa propre progression. En effet, les Amérindiens, citoyens français dans les textes, traités en nations autonomes dans les faits, ne sont astreints ni aux impôts ni aux obligations de l'état civil. La volonté d'intégrer effectivement les Amérindiens à la citoyenneté se manifeste pourtant dans les années 1960<sup>980</sup>. Dès lors, l'état civil se construit sur de simples recensements, agrémentés de la question : « es-tu pour la France, le Brésil ou pour le Surinam ? »<sup>981</sup>. Seulement, « à aucun moment, l'administration ne les a avertis qu'une réponse positive entraînait l'acceptation du statut de citoyen »<sup>982</sup>. En 1964, à la suite de ces recensements, l'administration française distribue massivement des cartes d'identité nationale<sup>983</sup>. Il s'agit du début de la politique de francisation<sup>984</sup>. À ce titre, « entre 1967 et 1969, environ 65 % des Amérindiens

---

<sup>977</sup> Yerri URBAN, « Coutume et citoyenneté, des colonies aux collectivités d'outre-mer : Le point de vue du Droit », dans Nicolas ADELL (dir.), *Justices ultramarines*, Paris, PUF, 2018, p. 27-36, spé. p. 35.

<sup>978</sup> Loi n° 56-619 du 23 juin 1956 *autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer*, JORF n° 0146 du 24 juin 1956, p. 5782, art. 1 à 4. Laquelle est modifiée par une loi de 1957. Voir, Loi n°57-702 du 19 juin 1957 *modifiant l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 56-619 du 23 juin 1950 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0141 du 20 juin 1957, p. 6179. En vertu des articles 1 à 4, est pris le décret de 1957, lequel donne compétence à l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie pour le domaine coutumier. Voir, Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n°0169 du 23 juillet 1957, p. 7252, art. 40 : L'assemblée prend des délibérations portant réglementation territoriale dans les matières ci-après : [...] 4° Statut civil coutumier et réglementation de l'état civil dans le cadre des lois qui l'organisent ; 5° Constatation, rédaction et codification des coutumes ; adaptation des coutumes à l'évolution sociale ».

<sup>979</sup> Norbert ROULAND, « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », dans Anne-Marie LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel local*, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145-226, spé. p. 202.

<sup>980</sup> « Les Amérindiens et les Marrons ne commenceront à être intégrés dans la citoyenneté française qu'à partir des années 1960 ». Voir, Yerri URBAN « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? », *art. cit.*, p. 11.

<sup>981</sup> Frédéric PIANTONI, *Histoire et mémoire des immigrations en régions et dans les départements d'Outre-mer*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>982</sup> *Ibid.*

<sup>983</sup> Stéphanie GUYON, « Des "Primitifs" aux "Autochtones". Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *art. cit.*, p. 60.

<sup>984</sup> Cette politique s'accompagne depuis 1950 d'une volonté d'évangélisation des Amérindiens. En effet, la loi de séparation de l'église et de l'État de 1905 ne s'applique pas en Guyane. En 1949, ouvre à Mana le premier des neuf pensionnats, appelés « Homes Indiens » où les religieuses catholiques se chargent de l'éducation des enfants amérindiens jusqu'en 1980. Les Bushinenges se retrouvent dans le Home de Maripasoula. L'« éducation » pratiquée par ces établissements est vectrice d'une uniformisation des cultures et d'une assimilation forcée à la culture française. Si la plupart de ces établissements ont fermé, le Home de Saint-Georges est toujours en activité aujourd'hui, même si son fonctionnement a pu évoluer. Voir, Hélène FERRARINI, *Allons enfants de la Guyane. Éduquer, évangéliser, coloniser les*

acquissent la citoyenneté française sans comprendre ce que cela signifiait »<sup>985</sup>. Bénéficiant du droit de suffrage, certains autochtones s'inscrivent toutefois sur les listes électorales : en 1965, le *Gran man* Tolinga, chef des chefs coutumiers noirs-marrons boni, en fait la demande pour « lui et les siens »<sup>986</sup>, démontrant que tous les Amérindiens ne s'opposent pas nécessairement à leur intégration au sein du système représentatif étatique.

**311.** Le décret du 17 mars 1969 met ensuite fin au régime particulier de l'Inini<sup>987</sup>, puis divise le territoire guyanais en cinq communes : Maripasoula et Camopi sont alors essentiellement occupées par les Indiens wayanas et wayapis, tandis que la commune de Grand Santi-Papaïstou essaie de regrouper en une seule unité les Marrons boni et ndjuka<sup>988</sup>. L'intégration des autochtones au système étatique de représentation se poursuit progressivement jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

**312.** À Wallis et Futuna, l'intégration des îles à l'ordre juridique français passe premièrement par l'octroi de la nationalité française puis, deuxièmement, par la citoyenneté. Or, le projet d'annexion est rejeté par le Sénat en 1924. En tant que protectorat, le territoire n'est donc concerné que par très peu de législations nationales et des mesures s'appliquant à l'outre-mer. Deux décennies plus tard, lors de la Seconde Guerre mondiale, le territoire wallisien, *via* le résident Vrignaud, reste d'abord fidèle au gouvernement de Vichy. Dans ce cadre, un nouveau roi est élu, Leone Manikitoga, pour faire « revivre les institutions du protectorat »<sup>989</sup>. Ce n'est qu'en 1942 que s'installe une base militaire américaine, faisant passer les insulaires d'une économie de subsistance à un certain salariat régulier.

**313.** L'évolution de Wallis et Futuna est donc assez singulière, parfois à contre-courant des autres territoires français. En effet, l'annexion s'organise à un moment où la Nouvelle-Calédonie et la Guyane revendiquent une certaine autonomie respectivement mise en œuvre par la loi-cadre *Defferre* et le régime de l'Inini. Dans le même temps, les autres protectorats français accèdent peu à peu à l'indépendance. Cependant, en 1959, sur ces îles du Pacifique, une demande de changement de statut est exprimée par « trois motions présentées les 10 et 27 juin 1959 par les trois rois, tant en leur nom personnel qu'en celui de leurs ministres et des chefs et notables placés sous leur

---

*Amérindiens dans la République*, Toulouse, Anarchasis, 2022, p. 19-25. À ce sujet, le professeur Jean-Pierre Massias mène une réflexion en vue de déterminer l'utilité d'une commission vérité et réconciliation consacrée aux Hommes indiens.

<sup>985</sup> Sabine MIÉVILLY, « Les Amérindiens de Guyane : entre l'inexistence et la sous citoyenneté », dans CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES CARAÏBÉENNES (dir.), *Servitude et oppression dans les Amériques de la période coloniale à nos jours*, Paris, Karthala, 2000, p. 211-233, spé. p. 214.

<sup>986</sup> Stéphanie GUYON, « Des "Primitifs" aux "Autochtones". Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *art. cit.*, p. 61.

<sup>987</sup> Décret n° 69-261 du 17 mars 1969, *portant réorganisation administrative du département de la Guyane*, J.O.R.F., du 26 mars 1969, p. 2995.

<sup>988</sup> Frédéric PIANTONI, *Histoire et mémoire des immigrations en régions et dans les départements d'Outre-mer*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>989</sup> Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie - Nouvelle-Calédonie - Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 243.

autorité »<sup>990</sup>. Toutefois, les représentants wallisiens et futuniens souhaitent malgré tout « une certaine autonomie de gestion et d'administration propre aux caractéristiques particulières du territoire, ainsi qu'au respect des coutumes et institutions traditionnelles »<sup>991</sup>.

**314.** Conséquemment, la même année, un décret organise un référendum portant sur la question suivante : « Désirez-vous que les îles Wallis et Futuna fassent partie intégrante de la République française sous la forme d'un territoire d'outre-mer ? »<sup>992</sup>. Le oui est univoque<sup>993</sup> et l'intégration au système de représentation français se fait sans attendre. Prenant acte de ce résultat, la loi du 29 juillet 1961 confère aux îles de Wallis et Futuna un statut de territoire d'outre-mer particulier, dont les termes, négociés par Alexandre Poncet, reconnaissent la coutume. Partant, les insulaires deviennent nationaux et citoyens français, tout en ayant la possibilité de conserver leur statut personnel<sup>994</sup>. En son article 1, le statut législatif de 1961 prévoit la représentation du territoire au Parlement national. La création de la circonscription précède donc les premiers députés et sénateurs élus en 1962. De même, le statut consacre les fonctions de l'administrateur supérieur, assisté d'un conseil territorial, responsable d'une partie du pouvoir exécutif, réduisant certaines des prérogatives des trois rois coutumiers. Enfin, les articles 11 à 13 instituent une Assemblée territoriale, composée de membres élus, dont les délibérations sont soumises à l'approbation de l'administrateur supérieur. Comme en témoigne ce dernier, une telle assemblée élue existe car celui-ci se donne « beaucoup de mal au cours de nombreux palabres pour faire admettre aux Wallisiens et Futuniens le principe même des élections, lequel [est] contraire à leurs

---

<sup>990</sup> Hubert JULIEN-LAFERRIÈRE et Jean-Hugues RATENON, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux Outre-mer sur les évolutions institutionnelles dans les Outre-mer*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>991</sup> *Ibid.* Cela est précisé dans le décret de 1959, Voir, Décret n°59-1364 du 4 décembre 1959 *tendant à organiser une consultation des populations des îles Wallis et Futuna devant se prononcer sur la transformation de ces îles en un territoire d'outre-mer de la République française*, J.O.R.F. du 6 décembre 1959, p. 11666 : « les signataires, parlant au nom des populations des royaumes, demandent notamment que : [...] - les territoires relevant de ces royaumes et leurs ressortissants gardent le bénéfice d'une commune autonomie de gestion et d'administration au sein de la République, — les ressortissants des royaumes conservent celles de leurs coutumes et de leurs institutions traditionnelles qui ne s'opposeront pas à l'évolution de leur pays ». De même, un an avant, en 1958, avant de démissionner, la reine de Wallis et son gouvernement contestaient le défaut d'autonomie du traité de protectorat de 1910 : « Nous ne voulons plus de cette convention parce que, au moment où elle a été signée, nos grands-pères étaient ignorants et ne savaient ni lire ni écrire ; nous n'acceptons pas davantage que ce soit le résident qui commande ; nous refusons enfin de soumettre la désignation du roi à l'approbation du résident et du gouverneur à Nouméa, comme le prévoit le traité de 1910 ». Voir, Rapport du résident de France aux îles Wallis et Futuna fait au haut-commissaire de la République dans l'océan Pacifique, le 6 septembre 1958, Archives de l'administration supérieure à Wallis, cité par Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>992</sup> Décret n°59-1364 du 4 décembre 1959 *tendant à organiser une consultation des populations des îles Wallis et Futuna devant se prononcer sur la transformation de ces îles en un territoire d'outre-mer de la République française*, J.O.R.F. du 6 décembre 1959, p. 11666-11667, Art. 2 : « Pour faciliter aux électeurs l'exercice de leur droit de vote, chaque bulletin de vote comportera, au verso, la traduction en wallisien et en futunien de la question posée et celle de la réponse ».

<sup>993</sup> 4307 voix sur 4564, soit 94,37 %, selon Bernard Gille et Antoine Leca. Voir, Antoine LECA et Bernard GILLE, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie — Nouvelle-Calédonie — Wallis et Futuna*, *op. cit.*, p. 243. Les votants se trouvent alors à Wallis, à Futuna, en Nouvelle-Calédonie et aux Nouvelles-Hébrides.

<sup>994</sup> Loi n°61-814 du 29 juillet 1961, *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019. La nationalité, la citoyenneté française et la conservation du statut personnel sont mentionnées à l'article 2. Le respect de la coutume est mentionné à l'article 3.



coutumes »<sup>995</sup>. Trois ans plus tard, l'administrateur supérieur suivant précise le système institutionnel par arrêté : parmi d'autres mesures, les circonscriptions administratives sont réorganisées et le suffrage universel tente, sans succès, d'être instauré pour la nomination des chefs de village<sup>996</sup>. Ainsi, malgré les rares exceptions coutumières notamment pour les rois et les chefs de village, le mécanisme électoral fait donc partie intégrante de la vie juridique des insulaires de Wallis et Futuna.

**315.** Avec les évolutions législatives du XX<sup>e</sup> siècle relatives aux autochtones, il s'observe donc ce qui se constate également au sein des institutions étatiques quelques décennies plus tôt<sup>997</sup> : l'émergence de la conception électorale de la représentation fait concurrence à une conception fondée sur la volonté générale, quitte à ce que cette nouvelle conception devienne même prépondérante. En effet, les principaux défenseurs d'une représentation politique des autochtones militent majoritairement en faveur du droit de vote. Par exemple, Pierre Lampué et Louis Rolland défendent pour certains autochtones, le droit de prendre part à la désignation des membres de certains organes locaux et le droit de cité au niveau national<sup>998</sup>. La représentation des autochtones s'avère fondée sur une conception électorale, notamment lorsque les deux professeurs souhaitent que ceux-ci, même en tant que non citoyens, *a minima* « prennent part à la désignation des membres des assemblées représentatives locales ou des organismes consultatifs »<sup>999</sup>. La confusion entre représentation et élection se poursuit en 1946, lorsque Pierre Lampué écrit : « les indigènes non citoyens participent partout à la représentation, soit qu'ils constituent des collèges électoraux séparés élisant des représentants distincts, soit qu'ils fassent partie du même collège que les citoyens »<sup>1000</sup>.

---

<sup>995</sup> Jean PERIE, *Administrateur des colonies, non repenti - Souvenirs*, Paris, Pensée universelle, 1994, p. 354.

<sup>996</sup> Arrêté n° 19, du 20 mai 1964, *portant organisation des circonscriptions administratives*, en ligne : <https://www.wallis-et-futuna.gouv.fr/content/download/2167/17894/file/Arr%C3%AAt%C3%A9%20n%C2%B0%2019%20du%2020%20mai%201964%20portant%20organisation%20des%20circonscriptions%20administratives.pdf> (consulté le 26.01.2022). Art. 16 : « Le village est administré par un chef de village élu au suffrage universel, au scrutin uninominal à deux tours. La durée du mandat est de quatre ans. Dans la semaine qui suit les élections, le chef est mis en place selon les règles prévues par la coutume. » Inappliquée, la mesure est abrogée en 1976 au profit d'un retour à la nomination selon la procédure traditionnelle. Voir, Chapitre 5, Section 2, Paragraphe 1, para. 674.

<sup>997</sup> Voir, Introduction, Section 1, Paragraphe 3.

<sup>998</sup> Pierre LAMPUE et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, *op. cit.*, p. 200 : « Parmi les indigènes non citoyens, certains ont atteint un degré de civilisation leur permettant de participer à la gestion de leurs intérêts ; ils peuvent être appelés à prendre part à la désignation des membres de certains organes locaux. Parfois même, il est possible de leur conférer des attributs importants du droit de cité français, et de leur donner ainsi une sorte de statut mixte ».

<sup>999</sup> *Ibid.*, p. 210. Voir aussi, Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, *op. cit.*, p. 129-130.

<sup>1000</sup> Pierre LAMPUE, *Législation coloniale, année 1945-1946, 3<sup>e</sup> année de licence*, *op. cit.*, p. 217. Quelques lignes après, Pierre Lampué souligne tout de même que les critiques relatives à la représentation coloniale, ne portent en fait que sur l'aménagement du corps électoral, qui constitue « une question entièrement différente ».

**316.** Ainsi, le citoyen, même anciennement Indigène ou Indien, est d’abord envisagé comme un électeur<sup>1001</sup>. Parallèlement aux évolutions conceptuelles étatiques, c’est donc par le prisme de la conception électorale qu’est pensée la représentation politique autochtone. Hormis pour certaines institutions de Wallis et Futuna, les institutions représentatives coutumières restent donc, pour le moment, exclues de l’ordre juridique. Pour autant, compte tenu de la persistance pendant plus de cent ans de « citoyennetés différenciées », l’investissement des autochtones dans les institutions étatiques de la représentation reste limité.

## B. Les limites de l’intégration aux systèmes de représentation étatique

**317.** Dès la fin de la colonisation, les limites de l’intégration des autochtones aux systèmes étatiques canadien et français de représentation émanent des mêmes facteurs. Ils peuvent se résumer aux refus d’une certaine intégration aux institutions étatiques de représentation (1) et à la procédure du vote, que ce soit pour les élections ou les référendums (2).

### 1. Le refus d’une intégration aux institutions étatiques de représentation

**318.** En 1921, le ministre français des Colonies, Albert Sarraut, affirme : « [...] adapter de force tous nos protégés aux conditions de « cité française », selon la vieille erreur assimilatrice, [...] nous aurions tort de vouloir transformer ou bouleverser en leur imposant des « décalques » de nos formes démocratiques [...] »<sup>1002</sup>. Bien que les objectifs du ministre soient ici tout autres et malgré la teinte coloniale que prend la citation dans son entière retranscription, la citoyenneté peut déjà

---

<sup>1001</sup> Éric de MARI, « Conclusion », dans Éric de MARI et Éric SAVARESE (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 185-187, spé. p. 187.

<sup>1002</sup> Albert SARRAULT, « Exposé des motifs du projet de loi fixant un programme de mise en valeur des Colonies françaises », dans J.O.R.F., *Documents parlementaires, Rapport sur le projet de loi fixant un programme de mise en valeur des Colonies françaises*, Chambre des députés, Session ordinaire de 1921, n° 2449, p. 43. La citation entière, plus révélatrice du climat colonial de 1921 est la suivante : « Au lieu d’adapter de force tous nos protégés aux conditions de « cité française », selon la vieille erreur assimilatrice, il faut se décider à comprendre enfin que leur évolution doit, sous notre tutelle, se poursuivre dans le plan de leur civilisation, de leur tradition, de leur milieu, de leur vie sociale, de leurs institutions séculaires qu’ils nous appartient sans doute d’améliorer, de vivifier par la pénétration intelligente de la nôtre, par l’infusion utile et sage des principes du progrès moderne, mais que nous aurions tort de vouloir transformer ou bouleverser en leur imposant des « décalques » de nos formes démocratiques, susceptibles, parmi eux de prendre figure de caricatures beaucoup plus que de copies fidèles et heureuses du modèle ». Par ailleurs, selon Albert Sarraut, le colonisateur est le plus à même d’apprécier « quand, comment et à quelles conditions les « protégés » dont il a la charge pourront, sans danger pour l’ordre public colonial, être élevés à la condition de citoyen ». Pour l’analyse de la pensée de Albert Sarraut, Voir, Olivier LE COUR GRANDMAISON, « De l’« extermination » à la « mise en valeur » des colonies : le triomphe de l’exception française (1885-1931) », dans Amaury LORIN (éd.), *Nouvelle histoire des colonisations européennes (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles). Sociétés, cultures, politiques*, Paris, PUF, coll. « Le Nœud Gordien », 2013, p. 153-166.

être appréhendée dans cet extrait comme une assimilation et l'imposition d'une certaine « forme démocratique ». Par la suite, le professeur Henry Solus reconnaît lui-même que l'octroi de la citoyenneté entraîne, selon ses termes, « l'altération et la déformation des coutumes, voire même leur disparition »<sup>1003</sup>. En effet, explique-t-il :

En facilitant toujours davantage l'octroi de la qualité de citoyen français aux indigènes et en encourageant ceux-ci à l'obtenir, le législateur colonial, sans contredire ouvertement au principe du maintien des institutions juridiques indigènes, contribue cependant à mettre celles-ci en péril. Car, en diminuant le nombre de sujets de droit relevant des coutumes et lois indigènes, on porte atteinte à la vitalité de celles-ci. Certains statuts de droit privé indigène ont disparu du fait que les indigènes ont été déclarés en bloc citoyens français<sup>1004</sup>.

L'octroi de la citoyenneté, vectrice d'une uniformisation des statuts, est donc parfois décrite comme une continuité de la politique assimilationniste.

**319.** De façon semblable, au Canada, la citoyenneté, accompagnée de procédures et institutions politiques imposées, est pensée dès le début de la colonisation comme un objectif à atteindre et un instrument d'assimilation<sup>1005</sup>. En 1969, la mise en place d'un statut unique de la citoyenneté est donc paradoxalement perçue comme un processus d'unification nationale, mais dont l'enjeu serait la réduction des pluralismes<sup>1006</sup>. Le chef cri Harold Cardinal dépeint le *Livre blanc* comme un « génocide culturel » et un « programme à peine voilé d'extermination par le biais de l'émancipation »<sup>1007</sup>. En vertu d'une contreproposition, l'Association des Indiens d'Alberta rédige le *Livre rouge*, remis au Parlement fédéral en 1970. Officiellement intitulé *Citizen plus*, ce livre reprend l'une des mesures proposées par le rapport gouvernemental Hawthorn-Tremblay de 1966, selon lequel il est recommandé, non pas la suppression du statut des Indiens, mais leur reconnaissance en tant que « citoyens avantagés », puisqu'en plus « des droits et des devoirs qui découlent normalement de la citoyenneté, les Indiens détiennent certains droits supplémentaires en leur qualité de membres privilégiés de la collectivité canadienne »<sup>1008</sup>. Dans ce cadre, le maintien

---

<sup>1003</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., p. 426.

<sup>1004</sup> *Ibid.*, p. 427. Il fait référence en dernier lieu à Tahiti et à Sainte-Marie de Madagascar.

<sup>1005</sup> En effet, « l'introduction des règles démocratiques, électives, qui étaient tenues à l'époque pour un signe de progrès et de civilisation, devait être l'un des aspects importants de ce projet d'assimilation. Le gouvernement estimait que l'introduction d'une administration élue amènerait les Indiens à abandonner leurs institutions tribales traditionnelles, qui étaient différentes dans tout le pays et qui étaient considérées comme des obstacles au progrès des Indiens ». Voir, Wayne DAUGHERTY et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens et les pouvoirs du conseil de bande (1868-1951)*, op. cit., p. 2. Voir, Robert G. MOORE, *Historique de la Loi sur les Indiens*, Ottawa, Centre de recherches historiques et d'étude des traités, Orientations générales, Affaires indiennes et du Nord, 1980, p. 68-70.

<sup>1006</sup> Mylène JACCOUD, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones », art. cit., p. 227.

<sup>1007</sup> Harold CARDINAL, *The Unjust Society. The Tragedy of Canada's Indians*, Seattle, University of Wahington Press, 1969, p. 1.

<sup>1008</sup> Harry D. HAWTHORN, *A Survey of Contemporary Indians of Canada. Economic, Political, Educational Needs and Policies*, Ottawa, Indians Affairs Branch, Queen's Printer, vol. 1, 1966, p. 13. Recommandation 7 du rapport commandé par le Gouvernement : « Les Indiens doivent être considérés comme des "citoyens plus" ; en addition aux droits et devoirs normaux de la citoyenneté, les Indiens possèdent certains droits supplémentaires en tant que membres fondateurs de la communauté canadienne ». Source non traduite : « Indians should be regarded as "citizens plus" ; in addition to the normal rights and duties of citizenship, Indians possess certain additional rights as charter members of the Canadian

du statut d'Indien ne serait nullement discriminatoire, car « l'égalité en fait peut impliquer la nécessité d'un traitement différent afin d'obtenir un résultat qui établit un équilibre entre différentes situations »<sup>1009</sup>. Le document propose toutefois une réforme de la *Loi sur les Indiens* et une revalorisation des traités conclus avec les autochtones.

**320.** Cette même année, la *Déclaration des droits des Indiens : la position des Indiens de la Colombie-Britannique*, intitulé le *Livre Brun* de 1970, se présente comme une seconde réponse autochtone au *Livre Blanc*. Il résulte d'une conférence organisée par l'*Indian Homemaker Association*, la *Southern Vancouver Island Tribal Federation*, et la *North America Indian Brotherhood*, réunissant des représentants des cent quarante bandes de la province<sup>1010</sup>. Les signataires du *Livre brun*, constitués en l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique (UBCIC), rejettent la politique assimilatrice du Livre blanc et demande « le droit de déterminer notre propre destin sans mettre en péril nos droits autochtones et notre relation spéciale avec le gouvernement fédéral »<sup>1011</sup>. Ils ajoutent : « en tant que conseils de bande responsables, en tant que représentants responsables au Conseil des chefs, nous voulons contribuer à nos propres améliorations personnelles et collectives, et nous voulons coopérer avec les gouvernements pour déterminer la meilleure façon de résoudre nos nombreux problèmes »<sup>1012</sup>.

**321.** À la suite de ces réactions, les autochtones les plus attachés aux institutions traditionnelles refusent d'être intégrés à l'ordre étatique canadien, que ce soit selon une conception électorale ou volitive de la représentation. Par exemple, Nancy Oestreich Lurie explique à propos des « autochtones traditionalistes » du Canada :

Ils [...] considèrent que l'octroi de la citoyenneté aux Indiens des États-Unis en 1924 et aux Indiens du Canada en 1951 est une autre abrogation de leurs droits issus de traités et un complot visant à détruire l'identité indienne par décret. Pour les traditionalistes, le « patriotisme » apparent des

---

community ». Le document précise ensuite : « Nous discutons du conflit possible entre le statut de *citoyen plus* et les attitudes égalitaires des Blancs et des Indiens. Par ailleurs, le statut inverse des Indiens, celui de *citoyens moins*, qui est tout aussi répugnant pour une société fortement égalitaire, a été toléré pendant longtemps, peut-être parce qu'il était hors de vue et donc hors de l'esprit de la plupart des gens ». Source non traduite : « We discuss the possible conflict between the status of *citizens plus* and the egalitarian attitudes both Whites and Indians hold. On the other hand, the reverse status Indians have held, as *citizens minus*, which is equally repugnant to a strongly egalitarian society has been tolerated for a long time, perhaps because it was out of sight, and so out of mind of most people ». Voir, *Ibid.*, p. 6.

<sup>1009</sup> INDIAN CHIEFS OF ALBERTA, « Foundational Document. Citizen plus », *Aboriginal Policy Studies*, vol. 1, n° 2, 2011 [1970], p. 188-281, spé. p. 193. Source non traduite : « Equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to obtain a result, which establishes an equilibrium between different situations ». L'un des principaux rédacteurs du document reste le chef Harold Cardinal.

<sup>1010</sup> Oscar MEJIA MESA, « Le livre blanc et l'autodétermination des peuples autochtones au Canada », dans Stéphane GUIMONT MARCEAU, Jean- Olivier ROY et Daniel SALEE (dir.), *Peuples autochtones et politiques au Québec et au Canada. Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 113-134, spé. p. 117.

<sup>1011</sup> UNION DES CHEFS INDIENS DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, *A Declaration of Indian Rights : The B.C. Indian Position Paper*, Vancouver, Union Of B.C. Indian Chiefs, 1970, p. 2. Source non traduite : « We demand the right to determine our own destiny without jeopardizing our aboriginal rights and our special relationship with the Federal government ».

<sup>1012</sup> *Ibid.*, p. 4. Source non traduite : « Above all, we as responsible individual citizens, as responsible band councils, as responsible representatives on the Chief's Council want to contribute to our own personal and co-operative group improvements, and want to co-operate with governments in determining how best to solve our many problems ».

volontaires indiens lors de la Première Guerre mondiale, qui leur a valu le droit de vote aux États-Unis, était une obligation conventionnelle d'alliés loyaux<sup>1013</sup>.

À ce titre, de nombreux autochtones, tels que l'ancienne ministre de la Justice Jody Wilson-Raybould, prônent « des relations politiques de nation à nation »<sup>1014</sup>, ce à quoi ne correspond pas toujours l'intégration des autochtones à la représentation politique des institutions canadiennes.

**322.** Dans ce contexte parfois conflictuel, la citoyenneté est une notion discutée. Le professeur John Borrows décrit la citoyenneté des autochtones comme une « citoyenneté incertaine », dont l'incertitude résulte de l'assimilation et des politiques coloniales : « ils étaient vaguement associés à la communauté politique canadienne, mais se voyaient refuser les institutions, les droits et/ou les ressources nécessaires pour participer de manière significative à la vie du pays, que ce soit collectivement ou individuellement »<sup>1015</sup>. Ainsi, que ce soit par les populations canadiennes ou françaises, la citoyenneté est parfois refusée. Dans son étude, Audra Simpsom affirme que, « comme de nombreux autres peuples iroquois, les Mohawks de Kahnawà:ke refusent d'être canadiens ou américains. Ils refusent les « cadeaux » de la citoyenneté américaine et canadienne ; ils insistent sur l'intégrité de la gouvernance Haudenosaunee »<sup>1016</sup>. Particulièrement, des professeurs d'université autochtones, comme les professeurs mohawks Patricia Monture-Angus et

---

<sup>1013</sup> Nancy OESTREICH LURIE, « The Contemporary American Indian Scene », dans Eleanor BURKE LEACOCK et Nancy OESTREICH LURIE (eds.), *North American Indians in Historical Perspective*, Illinois, Waveland press, 1971, p. 418-480, spé. p. 454. Source non traduite : « The traditionalists see no point in the Indian Bureau and consider the granting of citizenship to United States Indians in 1924 and to Canadian Indians in 1951 another abrogation of their treaty rights and a plot to destroy Indian identity by fiat. To the traditionalists, the apparent “patriotism” of Indian volunteers in World War I, which got them the vote in the United States, was a treaty obligation of loyal allies ».

<sup>1014</sup> Jody WILSON-RAYBOULD, « Discours : Notes pour une allocution par l'honorable Jody Wilson-Raybould, C.P., c.r., députée Ministre de la Justice et procureur général du Canada », Conférences de Cambridge Walnut Tree Court Université de Cambridge, Le 3 juillet 2017, *Gouvernement du Canada*, en ligne : [https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2017/07/pour\\_une\\_relationdenationanationaveclespeuplesautochtonesducanad.html](https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2017/07/pour_une_relationdenationanationaveclespeuplesautochtonesducanad.html) (consulté 23.12.2021). La ministre prône ainsi « un Canada où la relation de nation à nation est à l'intérieur des frontières d'un Canada uni, où des groupes de personnes ayant des traditions juridiques différentes coexistent côte à côte dans un cadre constitutionnel transformé ». Elle nuance toutefois le refus de l'intégration aux systèmes étatiques par l'idée d'une nécessaire coopération : « la réalité d'aujourd'hui est un Canada à niveaux multiples de gouvernance, où les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et, désormais, les nouveaux gouvernements autochtones se partagent le pouvoir et les décisions; où les principes juridiques existants et changeants, comme le fédéralisme coopératif, guident de plus en plus le réseau complexe des pouvoirs des gouvernements de faire des lois souvent dans le même domaine pour une gouvernance efficace. Dans notre cheminement vers la reconnaissance, il devient de plus en plus important de comprendre cela ». Sur la relation de nation à nation, Voir aussi, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Un passé, un avenir, op. cit.*, p. 333. Au titre de leur relation de nation à nation, en 1942, la Confédération iroquoise est par exemple, la seule nation autochtone à déclarer la guerre aux nations de l'Axe.

<sup>1015</sup> John BORROWS, « Uncertain citizens: Aboriginal peoples and the supreme Court », *La revue du Barreau canadien*, vol. 80, p. 15-41, spé. p. 17. Source non traduite : « They were loosely associated with the Canadian political community but denied the institutions, rights and/or resources necessary to meaningfully participate in the life of the country, either collectively or as individuals ».

<sup>1016</sup> Audra SIMPSOM, *Mohawk Interruptus. Political life across the borders of settler states*, Durham, Duke University press, 2014, p. 7. Source non traduite : « Like many other Iroquois people, the Mohawks of Kahnawà:ke refuse [...] to be Canadian or American. They refuse the “gifts” of American and Canadian citizenship; they insist upon the integrity of Haudenosaunee governance. Moreover, some in this study answer only to that governmental authority ».

Gerald T. Alfred, déclinent également la citoyenne canadienne<sup>1017</sup> et certains autochtones vont jusqu'à refuser l'utilisation du passeport canadien<sup>1018</sup>. Loin d'être des cas isolés, un même phénomène s'observe chez les populations autochtones françaises<sup>1019</sup>.

**323.** En Guyane, par exemple, en 1969, lors de la création des communes succédant au territoire de l'Inini, les Wayana refusent la nationalité et la citoyenneté françaises<sup>1020</sup>. Pour les populations amérindiennes, la citoyenneté française reste «un statut imposé, mais bien imparfaitement mis en œuvre. C'est une citoyenneté formelle, qui reconnaît l'individu, mais ignore l'appartenance au groupe, et qui est pour cela mal comprise et mal acceptée»<sup>1021</sup>. En Nouvelle-Calédonie, la plupart des Kanak redoutent également les « effets de la "citoyenneté intégrale" et l'assimilation juridique qui en découlerait, et tiennent au maintien d'un statut particulier kanak qui leur offrira une protection contre le risque de disparaître en tant que peuple autochtone dans un peuple de citoyens français »<sup>1022</sup>.

**324.** Ainsi, ces éléments expliquent qu'à la suite de l'octroi d'une citoyenneté pleine et entière, les autochtones investissent de façon ambivalente les institutions étatiques de la représentation. Ces derniers semblent partagés entre, d'un côté, la volonté de «jouer le jeu» de la représentation et d'être reconnu aux niveaux nationaux et international, et, d'un autre côté, le défaut de représentativité et du sentiment d'appartenance envers un système qui n'a jamais été le leur. Comme le précise Michael Morden, «les peuples autochtones au Canada n'ont pas fait une priorité de la réforme des institutions politiques centrales»<sup>1023</sup>. De façon similaire, en Guyane, «les Amérindiens ne maitris[ent] pas pour autant toutes les logiques de cette appartenance

---

<sup>1017</sup> Patricia MONTURE-ANGUS, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax, Fernwood Publishing, 1995. Voir aussi, Gerald Taiaiake ALFRED, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, Wendake, Les éditions Hannenorak, 2014 [1999], p. 25 : « Notre principal engagement devrait être de résister aux notions étrangères de pouvoir et de contrôle, non seulement quant à notre position dans nos relations avec l'État, mais également dans la façon dont nos gouvernements communautaires traitent les nôtres. Le pouvoir de l'État, y compris des concepts européens tels que la "fiscalité", la "citoyenneté", l'"autorité exécutive" et la "souveraineté", doit être éradiqué des politiques dans les communautés autochtones ».

<sup>1018</sup> Audra SIMPSON, *Mohawk Interruptus. Political life across the borders of settler states*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>1019</sup> Si le phénomène s'observe aussi en Guyane, il ne semble pas y avoir de cas de refus de la citoyenneté par les insulaires de Wallis et Futuna. Pour ces derniers, la citoyenneté française est même souhaitée pour plus facilement voyager en Nouvelle-Calédonie où une grande majorité des Wallisiens et Futuniens émigrent.

<sup>1020</sup> Frédéric PIANTONI, *Histoire et mémoire des immigrations en régions et dans les départements d'Outre-mer*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>1021</sup> Gérard COLLOMB, « Une « citoyenneté » kali'na ? Constructions citoyennes, affirmations identitaires, jeux de niveau en Guyane française », *art. cit.*, p. 984.

<sup>1022</sup> Joseph CONFAVREUX, *Une Décolonisation au présent - Kanaky Nouvelle-Calédonie : notre passé, notre avenir*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>1023</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 24.

citoyenne»<sup>1024</sup>. Pour la Nouvelle-Calédonie, la population kanak préfère «jouer le jeu des institutions représentatives bien qu'elle n'en contrôlât ni les rouages ni les débats»<sup>1025</sup>.

**325.** L'investissement envers les modèles européens et leurs institutions reste donc limité, ce qui peut ébranler la stabilité des systèmes juridiques. Outre la réticence à être représenté par des institutions étatiques, les autochtones refusent également de restreindre le système représentatif au vote.

## 2. Le refus d'une adoption de la procédure du vote

**326.** Le professeur Guy Agniel questionne les changements de modèles de représentation dans le Pacifique en ces termes : «L'instabilité politique et institutionnelle d'aujourd'hui n'est-elle pas simplement la conséquence logique sinon du rejet, tout au moins de l'accoutumance délicate et périlleuse au greffon démocratique?»<sup>1026</sup>. Selon la même idée, le professeur Ghislain Otis s'interroge quant aux autochtones du Canada : «devraient-ils invariablement, au nom de la modernité politique et de la bonne gouvernance, choisir leurs dirigeants dans le plus strict respect de la mécanique électorale progressivement aménagée dans le cadre étatique occidental?»<sup>1027</sup>.

**327.** Au Canada particulièrement, où le système électif est pensé durant la colonisation comme un instrument d'assimilation<sup>1028</sup>, «l'absence du droit de vote n'[est] donc pas seulement perçue comme une privation ou un élément marginalisant, mais [est] aussi considérée comme une forme de privilège par les leaders»<sup>1029</sup>, comme le reflet de leur autonomie. L'octroi généralisé du droit de vote en 1960, que les Indiens n'ont pas particulièrement appelé de leurs vœux, est reçu avec un certain scepticisme. En effet, le droit de vote «a pour effet de légitimer, au moins aux yeux de certains, le pouvoir des représentants élus d'établir des politiques ayant une incidence sur eux, alors que le nombre relativement peu élevé des électeurs indiens et leur dispersion garantit qu'ils n'auront guère d'influence réelle sur les résultats des élections»<sup>1030</sup>. Ils redoutent également

---

<sup>1024</sup> Gérard COLLOMB, «Une «citoyenneté» kali'na? Constructions citoyennes, affirmations identitaires, jeux de niveau en Guyane française», *art. cit.*, p. 983.

<sup>1025</sup> Christine DEMMER, «Éric Soriano, La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique, 1946-1976», *Notes de lecture de la revue Le Mouvement social*, n° 252, 2015, en ligne : <https://lms.hypotheses.org/3711> (consulté le 23.12.2021).

<sup>1026</sup> Guy AGNIEL, «Démocratie et colonialisme dans le Pacifique», *art. cit.*, p. 137.

<sup>1027</sup> Ghislain OTIS, «Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada», *McGill Law Journal*, *art. cit.*, p. 395.

<sup>1028</sup> *Ibid.*, p. 400 : «Dès le départ, les autorités étatiques firent du système électif de sélection des dirigeants, calqué sur le modèle de Westminster de scrutin majoritaire uninominal à un tour, un élément important de leur stratégie d'assimilation des autochtones au sein de la société majoritaire».

<sup>1029</sup> Cassandre ROY DRAINVILLE, «*Nous sommes une nation*». *Émergence de nouvelles structures politiques autochtones au Québec, 1943-1969*, Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 2019, version en ligne, p. 43.

<sup>1030</sup> Joseph H. CARENS, *La citoyenneté et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Publications Gouvernement Canada, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones,

l'imposition du vote obligatoire<sup>1031</sup>. Certains autochtones craignent encore que ces droits politiques aient pour objectif de remettre en cause les relations avec l'État canadien fondées sur les traités<sup>1032</sup>. D'autres remettent en question le mécanisme en lui-même, que ce soit lors des élections ou des référendums : « Nous craignons vraiment que les autochtones assimilent de plus en plus la “démocratie” à l'acte de voter », affirme un membre du conseil des Anciens interrogé par la Commission royale sur les peuples autochtones du Canada<sup>1033</sup>.

**328.** Par le refus du vote, c'est aussi la procédure majoritaire, remplaçant les procédures traditionnelles plus consensuelles, qui est parfois rejetée. En effet, la forme kanak de la délibération politique consiste en la recherche constante du consensus<sup>1034</sup>. Dans la même idée, les procédures décisionnelles de la Confédération iroquoise sont celles du consensus et de l'unanimité<sup>1035</sup>. Le vote majoritaire remplace ainsi progressivement ces procédures coutumières.

**329.** En conséquence, l'abstention est plus forte chez les populations autochtones<sup>1036</sup>. En France, elle est plus élevée en outre-mer<sup>1037</sup>, et au Canada, dans les réserves autochtones<sup>1038</sup>. Du reste, au-delà de l'abstention passive, l'action même de voter, pour les élections comme pour les référendums, est régulièrement débattue à l'occasion des suffrages. Par exemple, les Amérindiens de Guyane s'interrogent sur le sens à donner à leur participation électorale : « les Wayapi s'étonnent qu'on ait besoin d'eux pour élire un Président »<sup>1039</sup>. De même, au-delà de certains référendums massivement boycottés par les Kanak, un autre exemple est celui d'Eloi Machoro,

---

1995, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-106-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-106-fra.pdf) (consulté le 23.12.2021).

<sup>1031</sup> Par exemple, le député Rodolphe Leduc soutient que les membres de la communauté algonquienne de Maniwaki sont « opposés au droit de vote. Ils sont méfiants, ils craignent le droit de vote, parce qu'on leur dit que c'est un privilège qu'on leur accorde, privilège que les Indiens de Maniwaki, du moins, ne demandent pas. Je crois que le gouvernement aurait été bien avisé, avant de présenter ce projet de loi, de tenir un référendum ou un plébiscite chez les Indiens et de leur demander ainsi s'ils veulent réellement le privilège de voter. Aujourd'hui, on lui dit que c'est un privilège qu'on lui accorde ; mais rien ne garantit à l'Indien que dans dix, dans quinze, vingt ans ou plus, le vote au pays ne sera pas obligatoire comme il l'est dans certains pays du monde, et que l'Indien sera alors obligé de voter », Voir, Rodolphe LEDUC, *Débats de la Chambre des communes*, 24<sup>e</sup> Législature, 3<sup>e</sup> Session, vol. 2, p. 2026. Le Comité consultatif des Indiens de l'Ontario aurait les mêmes craintes quant au vote obligatoire. Voir, Justin Richard DUBE, « L'octroi du droit de vote universel autochtone aux élections fédérales », *art. cit.*, p. 36.

<sup>1032</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 25.

<sup>1033</sup> COUNCIL OF ELDERS, « A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario », mémoire présenté à la CRPA, 1993, reproduit dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir : première partie*, *op. cit.*, p. 201

<sup>1034</sup> Christine DEMMER, *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>1035</sup> *Constitution de la Confédération iroquoise* ou *Kaianerekwona (Gayanashagowa)*, art. 10, 11, et 12.

<sup>1036</sup> Un tel constat peut s'observer en France et au Canada, mais aussi dans d'autres États. Voir, Kiera L. LADNER et Michael MCCROSSAN, *La participation des Autochtones aux élections*, Ottawa, Élections Canada, Documents de travail sur la participation électorale et les pratiques de rayonnement, directeur général des élections du Canada, 2007, p. 35-38.

<sup>1037</sup> Bien que le décalage horaire puisse être un facteur de ce phénomène. Certains territoires votaient ainsi après la l'Hexagone, les résultats étaient alors déjà connus. Aussi, à moins d'un *boycott* explicite, l'abstention aux référendums calédoniens reste peu élevée pour les Kanak puisque l'enjeu politique local est particulièrement important.

<sup>1038</sup> Kiera L. LADNER et Michael MCCROSSAN, *La participation des Autochtones aux élections*, *op. cit.*, p. 35-38. Voir aussi, Kiera L. LADNER, « Désaffection et nation les facteurs de la participation électorale autochtone », *Perspectives électorales*, vol. 5, n° 3, 2003, p. 24-30.

<sup>1039</sup> Françoise GRELAND et Pierre GRELAND, « Les amérindiens de Guyane française aujourd'hui : éléments de compréhension », *Journal de la Société des Américanistes*, t. 66, 1979, p. 361-382, spé. p. 371.



qui brise une urne avec une hache, le 18 novembre 1984, à la mairie de Canala pour s'opposer aux élections territoriales. Ce n'est pas tant le vote ou la citoyenneté française qui est refusée que la définition par l'État du corps électoral local. L'urne représente ici aussi « le symbole de la tutelle française »<sup>1040</sup>. Ailleurs et bien plus tard, mais tout aussi révélateur des questionnements qui subsistent, en 2015, Perry Bellegarde, chef de l'Assemblée des Premières Nations du Canada, s'est publiquement exprimé de façon équivoque, se demandant s'il devait voter ou non aux élections fédérales<sup>1041</sup>. La légitimité du scrutin, électoral ou référendaire, peut ainsi être régulièrement questionnée au regard de la période coloniale ou des coutumes traditionnelles.

**330.** Ces éléments de représentation électorale restent indissolument liés à la représentation volitive puisque le refus explicite du vote ou l'abstention électorale entraînent une sous-représentation des autochtones au sein des parlements étatiques, ou plus exactement, le défaut d'une représentativité autochtone parmi les parlementaires pouvant mettre à mal la coexistence des différents systèmes juridiques. De même, il ressort de l'ensemble de ces contestations que l'effectivité des règles de droit relatives à la représentation politique est à relativiser et que les conceptions étatiques sont remises en cause sur ce fondement.

---

<sup>1040</sup> Les termes « symbole de la colonisation française » sont aussi employés. Une fois l'urne brisée, Éloi Machoro a mis le feu aux bulletins. Cette action s'ancre dans le cadre d'un boycott actif des élections. Voir, Michel LEVALLOIS, « L'outre-Mer français. Les défis d'une décolonisation dans la République », dans Philippe BONNICHON, Pierre GENY et Jean NEMO (dir.), *Présences françaises outre-mer (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles). Tome I — Histoire : périodes et continents*, Paris, Karthala, 2012, p. 873-902, spé. p. 889

<sup>1041</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 25.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**331.** Le processus de colonisation développé à partir du XIX<sup>e</sup> siècle se caractérise par deux principaux mécanismes, desquels il ressort que la représentation politique est un enjeu central. Le premier est celui d'une véritable ingérence dans les systèmes coutumiers de représentation. En effet, les autorités, ici canadiennes et françaises, quadrillent l'organisation spatiale, administrent la répartition des terres et le cantonnement des autochtones. Ils tentent ensuite de contrôler les institutions représentatives des différentes communautés autochtones. Au Canada, en Nouvelle-Calédonie, en Guyane, à Wallis et Futuna, et sûrement dans d'autres territoires colonisés, les autorités s'associent avec certains chefs et tentent au mieux d'influencer les conseils coutumiers. Dans un même objectif, les chefs peu coopératifs sont destitués. Au-delà d'une maîtrise des institutions représentatives, ce sont les procédures de la représentation qui sont également modifiées. Au sein des réserves du Canada, la délibération consensuelle évolue vers des procédures majoritaires. Aussi, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, bien qu'ils soient paradoxalement exclus du corps électoral national, de nombreux Indiens se voient contraints d'adopter le mécanisme électoral pour le chef et le conseil de bande.

**332.** Ainsi, d'abord au nom de l'assimilation, puis au nom d'une intégration aux modèles étatiques, les autorités tentent de contrôler les rouages des systèmes représentatifs coutumiers. Pour autant, cela ne signifie pas que leur assimilation est totale. Au Canada et en Nouvelle-Calédonie par exemple, de nombreuses communautés conservent leur système coutumier, parfois en parallèle du système de représentation colonial ou parfois en détournant les règles imposées. De même, certains statuts coloniaux, comme le protectorat de Wallis et Futuna ou les relations de fait qui s'établissent avec les Amérindiens de Guyane, semblent moins enclins au contrôle étatique des systèmes coutumiers de représentation.

**333.** Si les autorités étatiques oscillent entre une autonomie restreinte pour certains territoires et une assimilation contrainte pour d'autres, les processus de domination restent typiques du colonialisme. Ces politiques durent non moins de cent cinquante ans. Le paradoxe réside alors dans le fait que, concomitamment, les nations canadiennes et françaises forgent leurs démocraties et construisent un modèle étatique caractérisé par l'exercice de droits politiques réputés universels. Dans ce cadre en constantes évolutions, malgré la volonté politique explicite d'assimilation et de civilisation, les autochtones restent exclus de la citoyenneté. S'ils sont théoriquement représentés par les parlements nationaux, ils ne peuvent en désigner les membres.

**334.** À la suite des deux guerres mondiales, les « récompenses » aux autochtones s'envisagent donc par l'octroi généralisé de droits politiques, et notamment par l'octroi du droit de vote. Cela a

pour conséquence de renforcer la confusion, déjà faite pour les citoyens de longue date, entre élection et représentation, renforçant la prédominance d'une conception électorale de la représentation. Il n'en reste pas moins que l'octroi de la citoyenneté et du droit de vote aux autochtones est parfois perçu comme la continuité des politiques d'assimilation. Entre l'exclusion délibérée ou l'assimilation imposée qu'ils ont subies, certains autochtones cultivent une réelle méfiance à l'égard des institutions représentatives étatiques. La remise en cause de la représentation parlementaire, la contestation de la citoyenneté, le refus de voter, ou l'abstention passive, sont autant d'éléments à la fois révélateurs des tensions dues aux confrontations historiques de deux systèmes de représentation, mais aussi d'éléments annonciateurs des conflits politiques qui voient le jour dès la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

**335.** Si l'on considère le caractère juridique de l'ensemble du processus colonial, celui-ci semble assez déroutant. En effet, il ne constitue ni une assimilation totale ni une autonomie particulière. Il n'est pas non plus un refus de reconnaître les systèmes juridiques colonisés. Il est plutôt une ambivalence entre, d'un côté, l'appui nécessaire des autorités sur des systèmes de représentation coutumiers et, d'un autre côté, la volonté politique de les transformer, de les assimiler, voire surtout de les contrôler dans l'intérêt colonial. Cependant, ces objectifs ne peuvent être atteints sans une compréhension aiguë et une reconnaissance circonstanciée desdits systèmes coutumiers, des institutions qui en assurent la représentation et des procédures qui en coordonnent le fonctionnement. Le paradoxe est donc celui d'une reconnaissance des systèmes coutumiers comme préalable à leur déstructuration.

**336.** Dès lors, il s'ensuit plus de trois cents années de confrontations entre systèmes étatiques et traditionnels, au départ plutôt pacifiques, puis marquées par la contrainte et l'assimilation forcée. Finalement, ces confrontations juridiques aboutissent à ce que, dans les textes juridiques, les conceptions s'uniformisent, et plutôt en faveur d'une conception électorale de la représentation. En effet, le mécanisme électoral est imposé pour les bandes indiennes, de même qu'il est le mécanisme privilégié pour l'octroi de « récompenses » aux Indiens émancipés et aux Indigènes français naturalisés ou accédant à la citoyenneté.

**337.** Pour autant, l'uniformisation progressive des règles de la représentation par les États ne signifie pas que les coutumes disparaissent. Elles subsistent parfois, en deçà de la législation coloniale ou dans l'aménagement des mécanismes imposés. Cette survivance est alors le présage des conflits et des enjeux juridiques qui apparaissent lors de la décolonisation.

## TITRE 2 - LES LIMITES A L'UNIFORMISATION DES CONCEPTIONS DE LA REPRESENTATION

---

**338.** À l'issue de la période coloniale, certaines coutumes sont modifiées, assimilées, et vont parfois jusqu'à disparaître. Dans le même sens, le délitement des unités politiques et familiales entraîne une remise en question des systèmes coutumiers. Parfois assimilés de façon coercitive, parfois intégrés de façon volontaire, les systèmes autochtones de la représentation évoluent. Ils se mêlent alors aux systèmes étatiques, auxquels ils empruntent des conceptions, des modèles institutionnels et même des procédures. Parmi ceux-là, le mécanisme électoral tend à s'imposer comme un acquis de la représentation politique. Parallèlement, la conception volitive de la représentation chez les autochtones décline : ces derniers, encadrés par des régimes d'autonomies unilatéraux, ne sont plus habilités à *vouloir pour* eux-mêmes. En conséquence, au regard de la théorie classique, les autochtones ne sont plus représentants parce que, soumis à l'administration centrale, ils ne décident plus en dernier ressort<sup>1042</sup>.

**339.** Toutefois, en deçà d'une soumission aux normes étatiques, il subsiste certaines coutumes relatives à la représentation, dont le fonctionnement laisse présager une origine précoloniale. Ces coutumes s'observent autant dans le contenu des droits revendiqués par les autochtones que dans la forme que prennent ces revendications. Elles sont parfois reconnues par l'État et présentent un intérêt juridique certain pour la présente recherche, tant elles semblent renouveler certaines approches du droit positif. Il s'ensuit un va-et-vient entre la revendication, l'usage et la reconnaissance juridique des coutumes relatives à la représentation, permettant de démontrer qu'une représentation politique coutumière survit, tant bien que mal, après la colonisation (**CHAPITRE 3**). De la survivance des coutumes, il résulte certaines ambiguïtés entre le droit positif

---

<sup>1042</sup> Selon la théorie classique et la conception volitive de la représentation, celle-ci est irrémédiablement liée au concept de souveraineté et à la production souveraine de la volonté générale. En effet, le professeur Jean-Marie Denquin explique : « C'est le Parlement qui, dans la tradition constitutionnelle française, est le titulaire de la fonction législative consistant précisément à voter la loi, expression de la volonté générale. Cette dernière sera imputée au titulaire de la souveraineté afin qu'il soit, en dernière analyse, le seul sujet de ces règles censées exprimer des choix collectifs ». Voir, Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 2. Si les nations autochtones pouvaient être considérées comme souveraines durant la période précoloniale, ce n'est plus le cas après la colonisation, du moins si la souveraineté est envisagée comme étant indivisible, ainsi que le soutient la doctrine internationaliste à cette période. *A minima*, la souveraineté autochtone préexistante doit désormais se conjuguer avec les souverainetés canadienne ou française, en fonction des territoires. Toutefois, la souveraineté, définie comme « la compétence de la compétence » ou « la capacité à décider unilatéralement en dernier ressort », paraît un concept peu adapté à la réalité de la coexistence entre les systèmes représentatifs étatiques et coutumiers et aux situations dans lesquelles les États, les provinces et les communautés autochtones négocient entre eux et concluent de nombreux accords gouvernementaux. La souveraineté se concevrait plutôt ici comme la capacité de négocier et de participer au contrat social au sein de l'État. Sur ce point, Voir, Chapitre 7, Section 2, para. 854-857.

applicable à la représentation des autochtones et le droit réellement appliqué. Il coexiste ainsi plusieurs règles particulières. D'une part, il existe le droit positif d'origine étatique, dont la validité ne soulève de question que lorsque la règle peine à être effective et appliquée. D'autre part, il se construit un droit coutumier de la représentation, c'est-à-dire des règles d'origine coutumière, codifiées ou modifiées par leur intégration à l'ordre juridique étatique. Enfin, il subsiste encore les normes coutumières, dont la source se situe au sein de la communauté autochtone elle-même. Ces normes, aux origines et aux légitimités différentes, entraînent des situations de plurijuridisme, où apparaissent des tensions à la fois à l'intérieur, mais aussi entre les différents systèmes de représentation (**CHAPITRE 4**).

**340.** L'histoire coloniale ressemble à un accordéon : par la conquête, elle s'impose bruyamment et voudrait assimiler le droit de l'entière des territoires sous une seule et même musique, mais, par conséquent, tout ce qui survit continue irrémédiablement à jouer une tout autre mélodie. Il est alors intéressant de se pencher sur ces mouvements oscillants entre l'uniformisation et la survivance des conceptions, des particularités et des traditions. Pourtant, écrit Jean-Marie Tjibaou, « le retour à la tradition, c'est un mythe. Nul peuple ne l'a jamais vécu. La recherche d'identité, le modèle, pour moi il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente. Et je dirais que notre lutte actuelle, c'est de pouvoir mettre le plus d'éléments appartenant à notre passé, à notre culture, dans la construction du modèle d'homme et de société que nous voulons pour l'édification de la cité. Notre identité, elle est devant nous. Enfin, quand nous serons morts, les gens prendront notre image, la mettront dans des niches, et ça leur servira à construire leur propre identité »<sup>1043</sup>. Cet extrait illustre toutes les difficultés qui subsistent à (re)mettre en œuvre les coutumes après la période coloniale : faut-il réinvestir les coutumes ancestrales ou renouveler ces dernières au regard des évolutions sociétales ?

**341.** Dans les années 1960, les systèmes représentatifs coutumiers de l'époque précoloniale n'existent plus : durant la colonisation, ils subissent une certaine assimilation juridique et sont ensuite influencés par leur intégration aux modèles étatiques dominants. Les reconstruire selon leurs modalités originelles semble bordé des illusions que Jean-Marie Tjibaou dénonce. De même, ces systèmes coutumiers doivent désormais coexister sur des territoires où s'impose la souveraineté de l'État canadien ou français. Dans ce cadre, les représentants autochtones sont soumis à l'ordre juridique étatique, ils ne décident plus, ne « veulent plus » pour eux-mêmes, en dernier ressort<sup>1044</sup>. Dans le meilleur des cas, la latitude dont ils disposent est fortement contrainte. Si une autonomie administrative, voire politique ou gouvernementale, leur est concédée, c'est bien souvent le fruit d'une décision unilatérale, sur laquelle l'État peut toujours revenir. La représentation politique des autochtones évolue donc irrémédiablement : elle est locale<sup>1045</sup> et liée à

---

<sup>1043</sup> Jean-Marie Tjibaou, « Notre identité est devant nous », *op. cit.*, p. 210-211.

<sup>1044</sup> Sur l'inadaptation du concept de souveraineté à l'analyse de la coexistence entre l'État et les communautés autochtones, Voir, Chapitre 7, Section 2, para. 854-857.

<sup>1045</sup> Les termes « représentation locale » peuvent être considérés comme inappropriés. En effet, selon la théorie classique de la représentation, les organes délibératifs locaux ne sont pas souverains puisque leur existence résulte d'une délégation de pouvoir unilatérale, tantôt administrative en France, tantôt fédérale ou provinciale au Canada. De plus, le corps électoral local ne saurait être considéré comme un représentant du peuple. Toutefois, sans en confondre les définitions, il est possible de désigner ici par « représentation locale », toutes les assemblées délibératives et décisionnelles locales qui aspirent à une autonomie politique renforcée, voire à être souveraine. Par ailleurs, les assemblées « locales » qui concernent les autochtones bénéficient souvent de statuts particuliers, différents du statut des principales assemblées locales, qu'il est donc intéressant d'étudier dans cette recherche. Enfin, ces assemblées

des intérêts particuliers, ceux des populations autochtones. Par une « reformulation permanente », par des usages renouvelés, par des pratiques revendiquées, les coutumes autochtones démontrent ainsi leur survivance.

**342.** Sur la scène internationale et devant les institutions étatiques, les coutumes s'observent autant dans le contenu des revendications que dans les formes prises par celles-ci. En effet, les autochtones demandent la reconnaissance de leurs institutions représentatives et de leur mode de désignation, souvent en usant de leurs propres coutumes. Dans ces manifestations politiques particulières, se jouent à la fois la construction juridique de l'autochtonie, la reconnaissance d'une représentation politique fondée sur la coutume et la revendication de pouvoir participer aux décisions étatiques et donc d'être politiquement représenté. Aux côtés des représentations électorale et volitive, ils demandent ainsi la reconnaissance d'une représentation coutumière. Dans la même veine, ils aspirent à passer d'une représentation locale à une représentation autonome, voire totalement souveraine. Pourtant, ces revendications s'inscrivent aussi dans le cadre d'ordres juridiques étatiques préexistants. Dans ce contexte, il est alors possible de parler de résistance reculturée : « cette reformulation de la contestation selon les codes de la société dominante est d'ailleurs ce qui explique en grande partie leur réussite »<sup>1046</sup>. Pour le professeur Norbert Rouland, il s'agit là de la preuve « que le renouveau des coutumes est moins dans un retour au passé que dans sa réinterprétation »<sup>1047</sup>.

**343.** L'analyse se porte donc sur les revendications, les manifestations, les pratiques qui démontrent la survivance d'une représentation politique coutumière et dont ils résultent une certaine reconnaissance par le droit positif<sup>1048</sup>. À ce titre, pour les autochtones du Canada et de France, la survivance d'une représentation coutumière se manifeste tant au niveau international (**SECTION 1**), qu'aux niveaux nationaux (**SECTION 2**).

---

demeurent pertinentes à analyser au titre de la « représentativité » qu'elle apporte aux intérêts particuliers autochtones. C'est l'objet sur lequel porte ce chapitre.

<sup>1046</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019, p. 111. Voir aussi une thèse soutenue sur ce sujet, Guntram WERTHER, *Self-Determination in Western Democracies: Aboriginal Politics in a Comparative Perspective*, Londres, Greenwood Press, 1992.

<sup>1047</sup> Norbert ROULAND, « La coutume et le droit », dans Paul de DECKKER (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 19-48, spé. p. 39.

<sup>1048</sup> Pour rappel, la professeure Albane Geslin définit la reconnaissance en droit comme le « constat d'un existant, constat auquel l'ordre juridique dans lequel évolue son auteur entendrait faire produire des effets de droit ». Voir, Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 139-140.



## SECTION 1 – La survivance d’une représentation coutumière au niveau international

344. L’histoire des relations entre les systèmes de représentation étatiques et autochtones reste indissolument liée à celles des règles de droit international. Initialement fondé aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles sur le *jus gentium*<sup>1049</sup>, vecteurs de normes dites universelles ou « naturelles », ce droit se transforme, au XIX<sup>e</sup> siècle, vers une conception positiviste où seuls les États souverains sont des sujets de droit international. Or, cette conception évolue encore progressivement après la Seconde Guerre mondiale, période où les relations entre les États et les communautés autochtones commencent à être étudiées autrement que par le prisme étatique. Dans ce cadre, les organes internationaux apparaissent comme les premiers associés aux revendications et aux pratiques autochtones liées à la représentation : ils sont aussi les premiers à les prendre en compte (**PARAGRAPHE 1**). Il résulte de la prise en compte des spécificités autochtones, des textes internationaux aux dispositions novatrices, mais dont la portée normative et l’application rencontrent certaines limites (**PARAGRAPHE 2**).

### **PARAGRAPHE 1 – Des revendications autochtones au cœur de l’élaboration des normes internationales**

345. Les autochtones n’attendent nullement l’après-1945 pour porter leurs revendications devant les institutions internationales. Par exemple, dès 1923, les Iroquois, par la venue du chef coutumier Deskaheh, demandent auprès de la Société des Nations la reconnaissance de leur souveraineté sur le territoire accordé par le roi George V<sup>1050</sup>. Cependant, sur la scène

---

<sup>1049</sup> Voir, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1050</sup> Kayoga DESKAHEH, *Lettre à l’Honorable James Eric Drummond, K.C.M.G., C.B.*, Secrétaire général de la Société des Nations, Genève, 8 août 1923, en ligne : <https://cendoc.docip.org/collect/deskaheh/index/assoc/HASH9252/c582fe50.dir/R612-11-28075-30035-6.pdf> (consulté le 28.01.2022) C’est le chef Kayoga Deskaheh de la Confédération Iroquoise qui, après avoir épuisé les recours internes et avoir rencontré le Roi en Angleterre, se rend à la Société des Nations, en tant que « porte-parole », ou plutôt, selon la signature du document, en tant que « Député unique et orateur du Conseil des Six Nations ». En 1924, « alors qu’il représente sa nation auprès de la Société des Nations, le gouvernement fédéral profite de l’absence du chef Deskaheh pour organiser une élection visant à élire un nouveau conseil de bande dans sa communauté et ainsi le déclarer inapte à cette représentation ». Voir, Pierre LEPAGE, « Les Premières Nations ont aussi une riche histoire à découvrir », *Histoire Canada*, 2019, en ligne : <https://www.histoirecanada.ca/consulter/premieres-nations-inuit-et-metis/les-premieres-nations-ont-aussi-une-riche-histoire-a-decouvrir> (consulté le 04.02.2022). Il faut souligner qu’aujourd’hui, « Deskaheh est évoqué par des autochtones du monde entier qui ne savent pas ce qu’est la Fédération iroquoise des six nations (Haudenosaunee). [...] Également célébré dans les discours des secrétaires généraux de l’ONU, depuis Kofi Annan qui, en 2006, rendit hommage à la détermination des peuples autochtones, Deskaheh occupe une place privilégiée dans un imaginaire partagé par l’institution et les militants ». Voir, Irène BELLIER, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale*, vol. 54, n° 1, 2012, p. 61-80, spé. p. 73. Moins connu, en 1925, l’Assemblée de la Société des Nations refuse aussi de recevoir le chef spirituel maori T. W. Ratana, souhaitant porter réclamation sur la violation du traité de

internationale, les revendications commencent à n'être entendues, progressivement, qu'après la Seconde Guerre mondiale. La reconnaissance en droit international se fonde initialement sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et sur l'accès à l'indépendance, c'est-à-dire, sur la capacité « à agir à l'extérieur et à l'intérieur de son territoire et à exercer ses propres fonctions telles que l'établissement de sa constitution, sa législation et ses institutions et en toute liberté sans aucune ingérence d'une autorité étrangère »<sup>1051</sup>. Dans ce premier cadre, les revendications indépendantistes réclament la sécession de leur territoire et une représentation politique souveraine (A). Ensuite seulement, le droit international élabore un cadre normatif fondé sur une autonomie politique renforcée à l'intérieur d'un ordre juridique préexistant. Dans ce second cadre, les revendications se fondent sur les spécificités autochtones, l'autodétermination interne et le droit de choisir ses propres institutions représentatives (B).

**A.** La prise en compte initiale des revendications indépendantistes et d'une représentation politique souveraine

**346.** Adoptée en 1945, la *Charte des Nations unies* se fonde sur l'égalité des droits des peuples et exclut, à l'article 78, les régimes de tutelle d'un État membre de l'organisation sur un autre<sup>1052</sup>. De même, l'article 73 précise que « les Membres des Nations Unies qui ont ou qui assument la responsabilité d'administrer des territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes [...] acceptent [...] de développer leur capacité de s'administrer elles-mêmes, de tenir compte des aspirations politiques des populations et de les aider dans le développement progressif de leurs libres institutions politiques ». Dans la continuité, en 1952, une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies recommande :

Les États membres de l'Organisation des Nations Unies responsables de l'administration des territoires non autonomes et des territoires sous tutelle prendront des mesures pratiques, en attendant la réalisation du droit à l'autodétermination et en s'y préparant, pour assurer la participation directe des populations autochtones aux organes législatifs et exécutifs du gouvernement de ces territoires, et pour les préparer à une complète autonomie ou indépendance<sup>1053</sup>.

---

Waitangi en Nouvelle-Zélande. Voir, Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 102.

<sup>1051</sup> Jean SALMON, « Indépendance », dans *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 571.

<sup>1052</sup> *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, Article 78 : « Le régime de tutelle ne s'appliquera pas aux pays devenus Membres des Nations Unies, les relations entre celles-ci devant être fondées sur le respect du principe de l'égalité souveraine ».

<sup>1053</sup> ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *The right of peoples and nations to self-determination, Résolution 637 (VII)*, 16 Décembre 1952, A/RES/637. Source non traduite : « every Member of the United Nations, in conformity with the Charter, should respect the maintenance of the right of self-determination in other States ».

Ces mesures relatives à l'autodétermination des États colonisés atteignent leur paroxysme en 1960, quand l'Assemblée générale adopte la résolution 1514 (XV) contenant la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* qui demande « de mettre rapidement et inconditionnellement fin au colonialisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations »<sup>1054</sup>. La thèse belge revendique alors l'extension du concept de « territoires non autonomes » pour y inclure « les peuples autochtones privés de leurs droits et vivants à l'intérieur des frontières d'États indépendants, en particulier si la race, la langue et la culture de ces peuples diffèrent de celles de la population dominante »<sup>1055</sup>. Toutefois, le paragraphe 6 de la Déclaration s'y oppose, en précisant que « toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts et les principes de la Charte des Nations unies »<sup>1056</sup>.

**347.** Ainsi, l'analyse à laquelle se rallient les Nations Unies et la majorité des États diffère de la thèse belge : il ressort de l'article 73 de la *Charte des Nations unies* et du paragraphe 6 de la Résolution 1514 (XV) que les uniques détenteurs du droit à l'autodétermination restent considérés par le prisme de l'intégrité territoriale. Les Nations Unies adhèrent à la thèse selon laquelle une frontière naturelle, souvent un océan, doit exister entre la colonie et la métropole pour être éligible à la décolonisation, d'où le nom de cette doctrine : la théorie de l'eau salée<sup>1057</sup>. Le critère d'une discontinuité géographique exclut *a fortiori* « la possibilité d'appliquer le droit des peuples à l'autodétermination à une portion territoriale qui serait contiguë » à l'État, voire enclavée à l'intérieur même de l'État à l'encontre duquel ce droit serait invoqué<sup>1058</sup>. L'objectif reste d'éviter un démembrement interne des États.

**348.** En vertu de cette doctrine, la Nouvelle-Calédonie et la Guyane française sont inscrites en 1946 sur la liste des territoires non autonomes par l'ONU<sup>1059</sup>. Wallis et Futuna, en tant que simple protectorat, ne sont alors pas mentionnés. La Guyane française et la Nouvelle-Calédonie se voient

---

<sup>1054</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 1514 (XV)*, 14 décembre 1960, UN Doc. GAOR Supp (n° 16), p. 66-67. L'autodétermination n'est plus simplement un principe, mais devient un droit. La résolution est aussi nommée la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*. Par ailleurs la résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960 précise en annexe, à quels États membres s'applique l'obligation de communiquer des renseignements en vertu de l'article 73 de la Charte.

<sup>1055</sup> Micha POMERANCE, *Self-Determination in Law and Practice*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 82. Source non traduite : « The Belgium thesis would have “extended the concept of “Non -Self-Governing Territories” to include disenfranchised indigenous peoples living within the borders of independent states, especially if the race, language, and culture of these peoples differed from those of the dominant population ».

<sup>1056</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 1514 (XV)*, 14 décembre 1960, *préc.*, p. 66-67.

<sup>1057</sup> Ou *test de l'eau salée*, ou *thèse de l'eau salée*. *Blue Water Thesis* ou *SaltWater Thesis* en anglais. Cette thèse a notamment été critiquée pour son caractère rigide et arbitraire. Voir, Daniel TURP, « Le droit de sécession en droit international public », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 20, 1983, p. 24-78.

<sup>1058</sup> Olivier CORTEN, « Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une approche critique », *Civitas Europa*, vol. 32, n° 1, 2014, p. 93-111, spé. p. 100.

<sup>1059</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 66 (I)*. *Transmission des renseignements visés à l'Article 73° de la Charte*, 14 décembre 1946, A/RES/66 (1).

retirées de la liste en 1947 en raison de leur changement de statut. Par la « doctrine Capitant », la France adhère à l'idée selon laquelle seuls les territoires d'outre-mer peuvent devenir indépendants<sup>1060</sup>. Ainsi, le droit à l'autodétermination s'exercerait sur le fondement de l'article 53, alinéa 3 de la Constitution de 1958, en assimilant cession et sécession, interprétation d'ailleurs reprise par le Conseil constitutionnel en 1975<sup>1061</sup>. Selon une telle hypothèse, les Calédoniens et les Kanak pourraient alors décider souverainement de leur représentation politique.

**349.** Dans cet objectif, en 1987, le FLNKS dépose à l'ONU son projet de Constitution et obtient la réinscription de la Nouvelle-Calédonie sur la liste des territoires non autonomes, par la résolution 41/41 qui rappelle les dispositions du chapitre XI de la *Charte des Nations unies* (articles 73 et 74) et les résolutions 1514 (XV) et 1541 (XV)<sup>1062</sup>. Le préambule du projet précise que « la coutume concourt à l'expression de la souveraineté populaire ». De même, le texte fondamental envisage « la représentation des institutions coutumières kanak par le Sénat »<sup>1063</sup> et la possibilité, pour une partie de la population, de révoquer le titulaire d'un mandat électif au suffrage direct<sup>1064</sup>. L'objectif de ce document est alors de montrer que « Kanaky » est prête pour l'indépendance et conçoit même la coexistence d'une pluralité de modèles représentatifs : une représentation coutumière coexisterait avec une représentation élue qui délibéreraient de façon souveraine.

**350.** De même, en 1996, Sir Julius Chan, le Premier ministre de la Papouasie déclare à l'ONU que Wallis et Futuna devraient également être inscrits sur cette liste. À l'inverse des militants kanak, le député de Wallis et Futuna dénonce ici « une ingérence inadmissible dans les affaires

---

<sup>1060</sup> « Cette lecture a été exposée pour la première fois par René Capitant, [...] en 1966, à l'occasion de la discussion du projet de loi organisant la consultation de la population de la Côte française des Somalis. En vertu de cette « doctrine Capitant », les TOM – et seulement eux – n'avaient pas perdu le droit à l'autodétermination avec l'extinction des mécanismes transitoires ». Voir, Jean-Pierre THIELLAY, *Le droit des outre-mers*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 42. Voir aussi, René CAPITANT, *Rapport sur le projet de loi, Document Assemblée nationale n° 2199*, 1<sup>e</sup> session de 1966-1967, p. 1005 et s.

<sup>1061</sup> CC, Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, *Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores*, J.O.R.F. du 3 janvier 1976, p. 182. Le Conseil précise : « les dispositions de cet article [53, al. 3] doivent être interprétées comme étant applicables non seulement dans l'hypothèse où la France céderait à un État étranger ou bien acquerrait de celui-ci un territoire, mais aussi dans l'hypothèse où un territoire cesserait d'appartenir à la République pour constituer un État indépendant ou y être rattaché ». Par une interprétation jurisprudentielle, le Conseil étend l'hypothèse constitutionnelle de cession, au cas de la sécession. Le droit à l'autodétermination est ensuite étendu à toutes les collectivités ultramarines en 2000. Voir, Félicien LEMAIRE, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 95-109, spé. p. 100.

<sup>1062</sup> L'Assemblée générale des Nations unies adopte, à la majorité des trois cinquièmes de ses États membres, la résolution 41/41A affirmant « le droit inaliénable du peuple de la Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance ». Voir, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, Résolution 41/41*, 2 décembre 1986, A/RES/41/41/A/B, p. 50-51. Voir aussi, Daniel TURP, « Le droit à l'indépendance du peuple kanak selon le droit international », *L'Action nationale*, vol. CVIII, n° 8, 2018, p. 82-87.

<sup>1063</sup> Jean-Yves FABERON, « Le projet de Constitution de la République kanak du 19 janvier 1987 », dans Jean-Marc REGNAULT (dir.), *François Mitterrand et les territoires français du Pacifique (1981-1988)*, Paris, Les Indes savantes, 2003, p. 289-300, spé. p. 290.

<sup>1064</sup> *Ibid.*, p. 297.

internes de notre territoire», ajoutant que «c'est aux Wallisiens et Futuniens de décider de leur sort... Jusqu'à preuve du contraire, aucun mouvement indépendantiste ne s'est jusqu'à présent manifesté à Wallis et Futuna»<sup>1065</sup>. Bien que liées, les trajectoires des deux territoires du Pacifique ne sont donc pas similaires au niveau international.

**351.** Si la doctrine de l'eau salée prend en compte les objectifs indépendantistes, il demeure une autre alternative pour les autochtones. En effet, il s'agit soit de «l'indépendance statutaire et la création d'un nouvel État pour le peuple qui le réclame, soit [de] promouvoir, à l'intérieur du cadre national existant, non seulement l'effectivité des droits individuels communs à tous les citoyens, mais aussi la reconnaissance de droits collectifs spécifiques réservés aux seuls peuples autochtones»<sup>1066</sup>. Or, la doctrine de l'eau salée et la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux* ne prévoient pas la seconde possibilité ni ne se fondent sur la reconnaissance de l'autochtonie ou d'une représentation autochtone particulière au sein des États. Elles ne concernent pas les populations autochtones enclavées à l'intérieur des territoires, comme le sont les communautés autochtones du Canada. À l'instar de ce qu'affirme le professeur Emmanuel Decaux, compte tenu de la compétence exclusive des États sur leurs affaires internes, «les communautés traditionnelles échappant au “moule étatique” n'étaient pas prises en compte par un droit international établi par les États et pour les États»<sup>1067</sup>.

**352.** Parallèlement à la question de l'indépendance, entre les années 1960 et 1980, le reste des normes internationales ne mentionne pas particulièrement les autochtones ni leurs institutions coutumières. La Déclaration universelle de 1948 et les pactes suivants s'appliquent aux autochtones, au même titre qu'à tous les êtres humains. Par exemple, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* dispose que «toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis»<sup>1068</sup>. Ainsi, l'égalité politique est consacrée par le texte, sans qu'il ne soit question d'une autonomie politique particulière ni de la reconnaissance d'une représentation coutumière<sup>1069</sup>.

---

<sup>1065</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «Vie politique, insularité et traditions. L'exemple du TOM de Wallis et Futuna», dans Dominique GUILLAUD, Christian HUETZ DE LEMPS et Olivier SEVIN (dir.), *Îles rêvées. Territoires et identités en crise dans le Pacifique insulaire*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2003, p. 179-193, spé. p. 181.

<sup>1066</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, J.O.R.F. du 12 mars 2017, texte n° 33, p. 3. Expliqué également par Paul MCHUG pour les systèmes de *common law*. Voir, Paul MCHUG, *Aboriginal Societies and the Common Law*, *op. cit.*, p. 318-319.

<sup>1067</sup> Emmanuel DECAUX, «Le droit international et les populations autochtones», *Inuit Studies*, vol. 16, n°1/2, 1992, p. 291-299, spé. p. 292.

<sup>1068</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 217 (III) A, Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 8 décembre 1948, A/RES/217 A (III), art. 21 (1).

<sup>1069</sup> En effet, la seule mention des autochtones dans les textes internationaux de cette période intervient en 1949, date à laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies demande la création d'une étude relative aux conditions de vie des autochtones du continent américain, mais cela n'entraînera quasiment aucune conséquence. Voir, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 275*, 18 mai 1949, UN Doc. A/900, p. 19.

**353.** En 1957, la Convention n° 107 *relative aux populations autochtones et tribales* de l'Organisation internationale du Travail pourrait constituer une sorte de parenthèse dans le contexte international, en appliquant spécifiquement les droits humains aux peuples autochtones et en reconnaissant partiellement les coutumes<sup>1070</sup>. Toutefois, cette reconnaissance est considérée comme transitoire et reste «éclipsée par une déférence persistante et même une préférence pour les programmes nationaux d'intégration et d'assimilation non coercitive»<sup>1071</sup>. En effet, en visant explicitement «leur intégration progressive dans leurs communautés nationales respectives»<sup>1072</sup>, cette Convention reflète la continuité des politiques intégratives, qui ne sont alors pas décorréelées des politiques appliquées aux niveaux nationaux<sup>1073</sup>. L'article 5 de la Convention précise *a fortiori* que les gouvernements devront «encourager par tous les moyens possibles parmi lesdites populations le développement des libertés civiques et l'établissement d'institutions électives ou la participation à de telles institutions»<sup>1074</sup>, confirmant une certaine adhésion à la conception d'une représentation électorale, alors dominante. Bien que l'article 7 concède que «ces populations pourront conserver celles de leurs coutumes et institutions qui ne sont pas incompatibles avec le système juridique national ou les objectifs des programmes d'intégration»<sup>1075</sup>, ce droit demeure conditionné à sa conformité à l'ordre juridique. De même, si «le concours de ces populations et de leurs représentants»<sup>1076</sup> est recherché, il n'est question, à aucun moment, de reconnaître une représentation politique coutumière.

**354.** Enfin, dans ce texte, la conception de l'autochtonie et le vocabulaire employé paraissent datés<sup>1077</sup>, voire anachroniques<sup>1078</sup>. Le professeur James Anaya souligne :

L'univers de valeurs qui a favorisé l'émancipation des territoires coloniaux au milieu de ce siècle a simultanément favorisé l'assimilation des membres des groupes indigènes culturellement distincts dans les ordres politiques et sociaux dominants qui les ont engloutis. L'assimilation et les droits de

---

<sup>1070</sup> La Convention n'a été ratifiée ni par le Canada ni par la France. Seuls vingt-sept États l'avaient ratifié en 1981.

<sup>1071</sup> James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 44.

<sup>1072</sup> Selon les termes relatifs aux autochtones, utilisés dans le préambule de la Convention. La Convention s'applique alors aux «aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, dont les conditions sociales et économiques correspondent à un stade moins avancé que le stade atteint par les autres secteurs de la communauté nationale», et «aux membres des populations tribales ou semi-tribales dans les pays indépendants, qui sont considérées comme autochtones du fait qu'elles descendent des populations qui habitaient le pays, [...] à l'époque de la conquête ou de la colonisation et qui, [...] mènent une vie plus conforme aux institutions sociales, économiques et culturelles de cette époque». Le vocabulaire utilisé augure de l'objectif d'assimilation sous-jacent. De même, la reconnaissance des coutumes apparaît temporaire : l'article 3 précise que «des mesures spéciales devront être adoptées pour protéger les institutions, les personnes, les biens et le travail des populations intéressées aussi longtemps que leur situation sociale, économique et culturelle les empêchera de jouir du bénéfice de la législation générale du pays auquel elles appartiennent».

<sup>1073</sup> Paul MCHUG, *Aboriginal Societies and the Common Law*, *op. cit.*, p. 298.

<sup>1074</sup> ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Convention n° 107 *relative aux populations autochtones et tribales*, 1957, art. 5.

<sup>1075</sup> *Ibid.*, art. 7.

<sup>1076</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>1077</sup> Emmanuel DECAUX, «Le droit international et les populations autochtones», *art. cit.*, p. 292.

<sup>1078</sup> James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 47.

citoyenneté à part entière ont été utilisés pour faire entrer dans le giron de l'autonomie les groupes autochtones vivant dans les États indépendants et nouvellement indépendants<sup>1079</sup>.

Les textes précités ne sont donc que les prémisses du régime normatif œuvrant à la construction juridique de l'autochtonie et à une représentation politique marquée des spécificités autochtones. Si les premières approches internationalistes visent les hypothèses de décolonisation, les revendications pour la prise en compte des coutumes, et notamment celles relatives à la représentation, connaissent de véritables répercussions après les années 1970.

#### **B. La prise en compte renouvelée des revendications autochtonistes et d'une représentation politique autodéterminée**

**355.** À partir des années 1970, les autochtones s'affirment peu à peu comme les acteurs directs de leurs demandes. Les objectifs sont d'œuvrer à l'autodétermination interne des communautés autochtones, à l'intérieur de territoires enclavés : dans un ordre juridique préexistant, il s'agit du droit de choisir comment la communauté est gouvernée et selon quels mécanismes de représentation politique.

**356.** Dans cet objectif, de nouvelles associations se créent afin de porter leurs intérêts devant les institutions, qu'elles soient nationales ou internationales. Par exemple, à l'échelle nationale, le Conseil national des Indiens du Canada, créé en 1961, se scinde en deux en réaction au *Livre blanc* de 1969, avec la Fraternité nationale des Indiens du Canada (FNI) pour la défense des droits des Indiens inscrits, puis, avec le Conseil national des Autochtones du Canada, pour la défense des autochtones non-inscrits et des Métis. Concernant les provinces ici ciblées, l'Association des Indiens du Québec est créée en 1965. En 1969, se constitue l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique. Dans un autre domaine, en 1968, Mary Two-Axe Earley, Mohawk de Kahnawake crée l'association Droits égaux pour femmes indiennes<sup>1080</sup>. De même, en 1971 et en 1974, sont respectivement créées l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association des femmes autochtones du Québec<sup>1081</sup>. En 1982, la Fraternité nationale des Indiens du Canada devient l'Assemblée des Premières Nations (APN) qui représente les Premières

---

<sup>1079</sup> James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 44. Source non traduite : « The universe of values that promoted the emancipation of the colonial territories during the middle part of this century simultaneously promoted the assimilation of members of culturally distinctive indigenous groups into dominant political and social orders that engulfed them. Assimilation and rights of full citizenship were used to bring within the fold of self-government indigenous group living in independent and newly independent states ».

<sup>1080</sup> Carole LEVESQUE, Viviane MICHEL et Carole BUSSIERES, *Femmes autochtones du Québec, 1974-2019*, Montréal, Institut national de la recherche scientifique-Dialog, 2019, p. 3.

<sup>1081</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

Nations du Canada. Enfin, est créée en 1985 l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador (APNQL), comme composante régionale de l'APN.

**357.** Sur le territoire français, en 1981, est aussi créée l'Association des Amérindiens de Guyane (AAGF) par les Kali'na, pour centraliser les associations de villages amérindiens et défendre les droits des Amérindiens aux niveaux départemental, national, européen et international<sup>1082</sup>. L'AAGF organise en juillet 1992 la première conférence régionale des Amérindiens de Guyane qui rassemble la majorité des associations représentant les diverses communautés amérindiennes et devient, dans les mois qui suivent, la Fédération des Organisations autochtones de Guyane (FOAG)<sup>1083</sup>. De même, afin d'augmenter leur influence, ces formations rejoignent également des organisations plus importantes, notamment afin de se rattacher sur la scène onusienne à un caucus régional. La FOAG adhère ainsi en 1992 au *caucus* latino-américain, la Coordination des organisations autochtones du bassin amazonien (COICA).

**358.** En Nouvelle-Calédonie, les organisations politiques kanak apparaissent durant ces mêmes années. Elles se forment en réaction à l'indépendance de nombreux archipels du Pacifique sud<sup>1084</sup>. La stratégie diffère et se concrétise surtout par des revendications indépendantistes. Cependant, ces dernières restent fortement liées à l'autochtonie kanak. Par exemple, le FLNKS formé en 1984, se rend régulièrement à l'ONU. Tourné vers des revendications sécessionnistes, l'objectif reste la saisine du Comité de décolonisation<sup>1085</sup>. De même, les organisations et partis kanak se rattachent au *caucus* régional mélanésien du Fer de lance, créé en 1988, dont les objectifs initialement indépendantistes évoluent depuis les années 1990 vers une coopération économique<sup>1086</sup>.

**359.** À la même période se forment des institutions transnationales pour représenter les ensembles régionaux, voire internationaux, des peuples autochtones. Par exemple, en 1968, l'*International Working Group for Indigenous Affairs* (IWGIA) est créé afin de tisser des liens entre différentes communautés autochtones<sup>1087</sup>. Ensuite, en 1974, quatre-vingt-huit nations autochtones

---

<sup>1082</sup> GROUPE INTERNATIONAL DE TRAVAIL POUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, « Organisations amérindiennes de Guyane française », *GIPTA*, en ligne : [https://gitpa.org/Coordination%20GITPA%20400/GITPA%20500-2\\_org.htm](https://gitpa.org/Coordination%20GITPA%20400/GITPA%20500-2_org.htm) (consulté le 17.02.2022).

<sup>1083</sup> Gérard COLLOMB, « De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 31, n° 3, 2001, p. 37-47, spé. p. 38.

<sup>1084</sup> Les Samoa occidentales en 1962, Nauru en 1968, Fidji et Tonga en 1970, la Papouasie-Nouvelle-Guinée en 1975, les îles Salomon et Tuvalu en 1978, Kiribati en 1979 et le Vanuatu en 1980. Voir Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)*, *op. cit.*, p. 428.

<sup>1085</sup> Jean-Marc REGNAULT, « France et ONU : deux conceptions de la décolonisation des îles océaniques peu conciliables et que le temps ne rapproche pas », *Outre-Mers*, t. 106, n° 396-397, 2018, p. 217-234, spé. p. 226.

<sup>1086</sup> Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, *op. cit.*, p. 155-156.

<sup>1087</sup> Il s'agit de la seule ONG citée qui n'est pas formée par des autochtones, mais par des anthropologues. Helge Kleivan, secrétaire général de l'organisation, « était convaincu qu'il fallait tisser des liens entre peuples autochtones afin de les réunir au sein d'associations internationales et, qu'ainsi, ils pourraient devenir une force politique. Il écrivait en 1973 : "On the day it becomes clear to their leaders that the difference between the world's aboriginal peoples are



du continent américain forment le Conseil International des Traités Indiens (IITC)<sup>1088</sup>. En 1975, le Conseil Mondial des Peuples autochtones (WCIP) se forme en Colombie-Britannique lors de la première conférence internationale des peuples autochtones<sup>1089</sup>. En 1981, l'*Indigenous World Association* est fondée par Kimberly Terrance, Mohawk d'Akwesasne<sup>1090</sup>. Certaines de ces formations obtiennent un statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations unies, dont notamment la Fraternité nationale des Indiens du Canada en 1974<sup>1091</sup>, le Conseil international des traités indiens en 1977, le Conseil mondial des peuples autochtones en 1981, le Grand Conseil des Cris du Québec en 1987, l'*Indigenous World Association* en 1985 et l'Assemblée des Premières Nations en 2002. Il ressort de l'octroi de ces accréditations l'idée selon laquelle l'ONU, pourtant centrée sur les États, choisit alors « d'assouplir ses normes pour pouvoir donner la parole aux autochtones et les faire intervenir dans les débats »<sup>1092</sup>.

**360.** Comme le souligne Irène Bellier, aux tribunes onusiennes peuvent se succéder, « des individus de diverses qualités (témoin, porteur de projet, représentant d'un peuple, porte-parole d'une organisation, mais aussi délégué d'État, fonctionnaire international, juriste, expert indépendant) et des problématiques spécifiques (l'autodétermination, la propriété des territoires et ressources, la protection des savoirs, langues et traditions) »<sup>1093</sup>. De même, certains délégués autochtones sont des élus locaux, des parlementaires ou des chefs coutumiers, tandis que d'autres sont portés par « des organisations à base ethnique ou locale »<sup>1094</sup>. Devant les instances internationales, c'est donc une tout autre conception de la représentation qui se met en place. Sur les problématiques autochtones, il s'agit de représenter les intérêts particuliers des populations

---

essentially less than their similarities on account of their historical fate in a world of conquerors and conquered... these people will become a political force" ». Voir, Françoise MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *Parcours anthropologiques*, n° 5, 2005, p. 35-42, spé. p. 36.

<sup>1088</sup> En anglais, *International Indian Treaty Council*. Voir, Françoise MORIN, *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à l'épreuve du temps (2007-2012)*, Montréal, Cahier DIALOG n° 2012-05, 2012, p. 4.

<sup>1089</sup> Soit le *World Council of Indigenous Peoples*. La rencontre est financée par le Canada, Guyana, la Norvège et le Danemark, mais aussi l'IWGIA. Cinquante-deux chefs coutumiers autochtones sont présents et partagent leurs expériences. Il conclut les échanges par une déclaration commune se terminant par « Nous, Peuples autochtones du monde... nous engageons à reprendre en main et contrôler notre propre destinée ». Voir, Françoise MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 37.

<sup>1090</sup> INDIGENOUS WORLD, *Site officiel*, 2021, en ligne : <https://indigenousworld.org/about-indigenous-world/> (consulté le 17.02.2022).

<sup>1091</sup> Pierre LEPAGE, « Les Premières Nations ont aussi une riche histoire à découvrir », *Histoire Canada*, 2019, en ligne : <https://www.histoirecanada.ca/consulter/premieres-nations-inuit-et-metis/les-premieres-nations-ont-aussi-une-riche-histoire-a-decouvrir> (consulté le 17.02.2022).

<sup>1092</sup> Françoise MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 37. Pour l'évolution des statuts des intervenants à l'ONU, Voir, Irène BELLIER, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *art. cit.*, p. 67-68. Par exemple l'*International Indian Treaty Council* a été successivement classé comme « Organisation de Peuple Autochtone à statut consultatif », puis comme « ONG à statut consultatif » et enfin comme « Organisation de Peuple Autochtone ».

<sup>1093</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », dans Catherine NEVEU, *Cultures et pratiques participatives : Perspectives comparatives*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 175-192, spé. p. 177.

<sup>1094</sup> *Ibid.*, p. 186.

concernées, et principalement par des autochtones eux-mêmes. En effet, ils leur importent de présenter, « à partir de leur participation aux travaux onusiens, un rapport différent au monde, lequel s'exprime en la personne des délégués par un discours articulé sur la demande de droits, et par la gestuelle, le costume, la prière rituelle, la croyance en la Terre mère, ou l'engagement vis-à-vis des générations futures »<sup>1095</sup>. Illustrant cette même idée, la professeure Françoise Morin écrit :

Bien qu'ils vivent dans des contextes socio-politiques très variés, qu'ils parlent des langues différentes et qu'ils sont les porteurs de cultures très diversifiées, les autochtones se rendent compte qu'ils souffrent de la même domination étatique, partagent les mêmes valeurs collectives, croient dans les mêmes principes démocratiques qui reposent sur le consensus et le rejet de toute mesure coercitive<sup>1096</sup>.

**361.** Le fait que les « représentants autochtones » ressemblent aux représentés sur le critère primordial de leur autochtonie permet d'affirmer que la conception dont il est ici question relève plutôt de la représentativité. Le professeur Jean-Marie Denquin décrit cette conception en ces termes : « de la ressemblance est implicitement tirée une présomption de solidarité. Quelqu'un qui me ressemble connaît mes problèmes et ne me trahira pas : il est mon représentant légitime parce qu'il est présumé apte à me représenter »<sup>1097</sup>. Il explique que « le développement de ce thème est dû notamment à l'affirmation des revendications de minorités diverses, ce qui permet d'ailleurs de mieux comprendre la portée de l'idée »<sup>1098</sup>. Ici particulièrement, confirme Irène Bellier, « la représentativité résulte d'un mouvement d'auto-identification et d'affirmation culturelle »<sup>1099</sup>. Suivant l'idée d'une représentativité, les autochtones d'Amérique du Nord et d'ailleurs deviennent aptes à représenter, à s'exprimer, tantôt pour les nations autochtones de leur État, tantôt pour l'ensemble des autochtones du monde. De conception renouvelée, cette « représentation » ne se rencontre plus uniquement dans les parlements nationaux, mais aussi, et surtout lors des rencontres internationales organisées pour les concernées. En outre, cette représentativité se fonde sur la similarité des revendications. En effet, hormis certaines particularités, au regard de leur expérience commune de la colonisation, les groupements nationaux, régionaux et internationaux autochtones demandent leur reconnaissance en tant que communautés distinctes, avec des cultures, des institutions politiques et des droits fonciers historiquement fondés<sup>1100</sup>. Dans ce cas, bien que la représentation se conçoive par la ressemblance, autrement dit par la représentativité, l'enjeu reste bien le passage à une représentation autonome, voire souveraine,

---

<sup>1095</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », dans Catherine NEVEU, *Cultures et pratiques participatives : Perspectives comparatives*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>1096</sup> Françoise MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 35.

<sup>1097</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 11.

<sup>1098</sup> *Ibid.*

<sup>1099</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », *op. cit.*, p. 186.

<sup>1100</sup> James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 46.

caractérisée par la production souveraine de l'intérêt général et leur capacité à *vouloir pour eux-mêmes*. Les communautés souhaitent choisir les modalités institutionnelles et processuelles de leur représentation, selon laquelle les représentants veulent et tiennent lieu pour la communauté, c'est-à-dire délibèrent et adoptent la loi ou la coutume en dernier ressort, sans contrôle de l'ordre juridique étatique. L'objectif est donc bien l'évolution d'une représentativité à une représentation autonome, voire souveraine. À la fin des années 1970, un véritable dialogue s'engage donc à ce sujet entre les organisations internationales, les organisations non gouvernementales et les États.

**362.** Les autochtones participent et présentent leurs coutumes à de nombreux événements à forte résonance juridique. Par exemple, en 1977, à Genève, une conférence sur les discriminations envers les autochtones du continent américain est organisée par le Sous-Comité sur le racisme, la discrimination raciale, l'apartheid et la décolonisation du Comité spécial des organisations internationales non gouvernementales pour les droits de l'Homme. À côté de deux cent cinquante participants de quinze pays différents, les Iroquois, particulièrement convaincus que la communauté internationale peut les assister dans leurs démarches<sup>1101</sup>, se rendent en Suisse au moyen d'un passeport propre à leur Confédération<sup>1102</sup>. À la tribune, devant des représentants de cinquante ONG et d'une quarantaine d'États membres de l'ONU, ils affirment ceci : « Notre confédération a 1000 ans. La représentation du peuple n'a rien de nouveau pour nous, car c'est ce que nous représentons »<sup>1103</sup>. De même, le rapport officiel de l'évènement rend compte des faits suivants : « Aujourd'hui, les conseils traditionnels iroquois continuent d'exercer l'intégralité de leur système de lois et de coutumes. Au sein des populations indigènes, le taux de criminalité est assez faible lorsque les systèmes traditionnels mis en place par les chefs sont en vigueur »<sup>1104</sup>. En conséquence, ces chefs requièrent que les systèmes traditionnels soient reconnus par les ordres international et nationaux. La conférence s'achève par l'adoption de la *Déclaration de principes pour la défense des nations et des peuples autochtones de l'hémisphère occidental*. Ce texte demande la reconnaissance des nations autochtones comme sujets du droit international, car elles répondraient aux critères requis : une population permanente, un territoire défini, un gouvernement et la capacité à entrer

---

<sup>1101</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 2.

<sup>1102</sup> INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, « The Geneva Conference », *Special Issue : Treaty Council news*, vol. 1, n° 7, Octobre 1977, p. 1-38, spé. 3-6. Le rapport officiel indique : « The 24 Iroquois delegates and participants travelled on their own Six Nations passports which were accepted by the Swiss and U.S. Customs authorities. The Iroquois remembered that 53 years ago their Cayuga Chief, Deskaheh, had gone to Geneva to the League of Nations. Though not allowed to address the League, Hoyaneh Deskaheh was honored by the Canton of Geneva and is well remembered ». Ils ajoutent à la tribune : « It is strange indeed that we have to travel this far to the east, to the European continent, to turn and face the president of the US and ask him about our human rights ».

<sup>1103</sup> *Ibid.*, p. 6. Source non traduite : « Our confederacy is 1000 years old. The representation of the people is nothing new to us because that is who we represent ».

<sup>1104</sup> *Ibid.*, p. 19. Source non traduite : « Today the Iroquois traditional councils continue to exercise their full system of law and custom. Within the indigenous populations the crime rate is quite low where the traditional systems as set up by the Chiefs are in effect, but the judicial forums of the traditional legal systems are not recognized by the legal system of the States ».

en relation avec d'autres États<sup>1105</sup>. Les nations revendiquent également le droit de décider elles-mêmes qui sont leurs citoyens et la révision de la Convention 107 de l'OIT, afin de supprimer les références aux visées intégratives.

**363.** En 1981, une autre conférence internationale sur « les peuples autochtones et la terre » est organisée. Si plus de cent trente délégués autochtones font le déplacement, d'importantes nations, comme les États-Unis, boycottent l'évènement<sup>1106</sup>. Cependant, les conférences de 1977 et 1981 aboutissent en 1982 à la création d'un Groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA) rattaché à la Commission des droits de l'homme de l'ONU<sup>1107</sup>. Ce groupe, fondé sur la participation de représentants autochtones, est destiné à « mettre sur pied les normes nécessaires à la protection de ces peuples [et à] identifier les mécanismes institutionnels susceptibles d'inciter les États à mettre en œuvre des réformes significatives »<sup>1108</sup>.

**364.** Sur la même période, le Conseil économique et social de l'ONU autorise une *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, par le rapporteur de la Sous-Commission, José Martinez Cobo<sup>1109</sup>. Commencée en 1971, cette étude dure treize ans et se conclut par un rapport de 1400 pages abordant l'essentiel des aspects de la question autochtone à l'échelle mondiale<sup>1110</sup>, en incluant au sein de ses analyses les autochtones du Canada et de la Guyane française<sup>1111</sup>. Le chapitre 18 aborde les droits politiques et la représentation des autochtones, qui sont avant tout considérés par le prisme d'une conception électorale. Les conclusions sont ainsi formulées :

Les autochtones sont, partout, de plus en plus nombreux à participer aux élections, comme électeurs et comme candidats. [...] Toutefois, la représentation des autochtones reste insuffisante, quand elle n'est pas purement symbolique. Il y a lieu de prendre les mesures voulues pour que les autochtones soient effectivement représentés et de façon plus équitable dans les fonctions et les charges publiques<sup>1112</sup>.

---

<sup>1105</sup> INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, « The Geneva Conference », *art. cit.*, p. 25.

<sup>1106</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>1107</sup> Le terme peuple est volontairement évité pour contourner toute référence à un droit à l'autodétermination. De même, « cette traduction de *indigenous peoples/pueblos indigenas* a été choisie pour contourner l'inadéquation du mot « indigène » hérité du statut personnel concédé aux populations locales par la France coloniale ». Voir, Irène BELLIER, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *art. cit.*, p. 70.

<sup>1108</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », *op. cit.*, p. 175-192, sp. p. 178.

<sup>1109</sup> CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Résolution 1589 (L), Étude spéciale sur la question de la discrimination raciale dans les domaines politique, économique, social et culturel*, 21 mai 1971, Doc. E. 5044.

<sup>1110</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 6. Entre 1973 et 1980, José Martinez Cobo présente de nombreux rapports intérimaires. Le rapport final s'achève en 1986.

<sup>1111</sup> Le choix du rapporteur José Martinez Cobo s'est fondé sur la potentielle accessibilité des données. Pour la France, seule la Guyane a été retenue. Voir, José Martinez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples*, Introduction, 30 juillet 1981, E/CN.4/Sub.2/476, para. 7, p. 2.

<sup>1112</sup> José Martinez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter XXI-XXII: Conclusions, proposals and recommendations*, 30 septembre 1983, E/CN.4 Sub.2/1983/21/Add.8, para. 260-261, p. 34.

**365.** Bien que centré sur la représentation électorale, le rapport mentionne ensuite la représentation coutumière. Il souligne l'effet déstabilisant et dévastateur des « interférences dans les traditions organisationnelles et culturelles des nations et des peuples indiens »<sup>1113</sup>. Ces interférences entraînent de nombreuses conséquences, comme celles de « perturber leur organisation interne, modifier leurs schémas de contrôle interne ou leur imposer une manière étrangère de choisir les autorités indigènes, mesures qui, en définitive, les privent, dans la pratique, de l'autodétermination qui leur a été ostensiblement accordée »<sup>1114</sup>. Les analyses à ce sujet se fondent sur les données transmises par les États. Le gouvernement du Canada transmet ainsi des données relatives à l'autonomie des réserves et des conseils de bande, et surtout, il conclut que l'autonomie administrative de ces derniers évoluera prochainement : « Il est prévu que l'autonomie locale des conseils de bande dans les réserves devienne à peu près équivalente à celle des conseils municipaux dans d'autres communautés au Canada »<sup>1115</sup>.

**366.** Plus généralement, il ressort de l'ensemble des données transmises à cette période que le Mexique, le Pakistan, le Surinam, la Nouvelle-Zélande, la Finlande, la Malaisie et l'Inde reconnaissent et autorisent l'existence de systèmes représentatifs coutumiers<sup>1116</sup>. En Inde par exemple, la loi consacre pour les villages Panchayats des « sphères d'autorité traditionnelles » dotées d'une autonomie et d'une représentation particulières. La Finlande réalise l'expérimentation d'un Parlement lapon. De même, l'*Ordonnance sur les peuples autochtones* de Malaisie admet l'autorité des chefs héréditaires dans les domaines de la coutume. Enfin, en Nouvelle-Zélande, la *Loi sur le bien-être des Maoris* de 1962 dispose que le Conseil maori, les conseils maoris de district et les comités maoris constitutifs disposent de certains pouvoirs pour réglementer la conduite des Maoris dans leurs localités<sup>1117</sup>. Le rapport cite enfin en exemple les « plus vieux États indépendants d'Europe » que sont les « mini-États » de Monaco, d'Andorre, du Liechtenstein, de

---

<sup>1113</sup> José Martínez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter XVIII: Political rights*, 24 mai 1984, E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.6, para. 155, p. 42. Source non traduite : « Interference in the organizational and cultural traditions of Indian nations and peoples, whether by State authorities, representatives and organizations of the predominant groups or transnational organizations, always had a devastating effect on indigenous communities which were thus destabilized ».

<sup>1114</sup> *Ibid.*, para. 160, p. 44. Source non traduite : « In some cases, indigenous populations may have been given the power of self-government but subject to limitations, restrictions or interferences that may have disrupted their internal organization, altered their internal control patterns or imposed on them an alien manner of choosing the indigenous authorities, measures which ultimately deny them, in practice, the self-determination that has ostensibly been granted them ».

<sup>1115</sup> *Ibid.*, para. 177, p. 50. Source non traduite : « The Government of Canada has stated that: "On the local level, an evolving system of Band management is increasing the autonomy of Indians on reserves. The Band Council system was introduced in 1871, and the procedure for democratic election is contained in the Indian Act. It is anticipated that the local autonomy of the Band Councils on reserves will become roughly equivalent to that of municipal councils in other communities in Canada" ». Par ailleurs, bien que sollicitée, la France n'a pu communiquer aucune information relative aux Amérindiens de Guyane, Voir, *Ibid.*, para. 187, p. 54.

<sup>1116</sup> *Ibid.*, para. 186 et s., p. 54 et s. Par ailleurs, si ces systèmes sont reconnus par le droit positif de ces États, il est alors plus adapté de parler de « systèmes de représentation de droit coutumier ».

<sup>1117</sup> *Ibid.*, para. 208, p. 58.

San Marino et du Vatican : de tels modèles pourraient être intéressants en ce qu'ils combinent une certaine indépendance et une souveraineté substantielle avec des accords et des traités négociés avec leurs plus grands voisins<sup>1118</sup>. Le fait que ni le Canada ni la France ne soit mentionnée dans cette partie du rapport démontre alors leur réticence à reconnaître la survivance d'une représentation coutumière et à en organiser la coexistence avec les modèles étatiques de représentation.

**367.** Soulevant plusieurs hypothèses d'évolution, le rapport Cobo conclut à l'importance de la reconnaissance *de facto* ou *de jure* de l'existence des communautés autochtones en tant qu'entités politico-administratives locales ou régionales, sans interférence ni déséquilibre dans les formes traditionnelles d'organisation et de représentation politiques<sup>1119</sup>. Le respect des processus décisionnels traditionnels compte parmi «les préalables indispensables de toutes dispositions visant à assurer une participation appropriée des communautés autochtones à toutes les questions intéressant leur avenir»<sup>1120</sup>. Ainsi sont les termes utilisés pour décrire les objectifs visés par le droit international quant à la représentation des autochtones dans les années 1980.

**368.** Le rapport Cobo, tout comme les réunions régulièrement organisées du groupe de travail contribuent à l'avancée de la protection des droits. S'ils apparaissent comme des «bénéficiaires potentiels de l'action internationale»<sup>1121</sup>, les autochtones se présentent également comme de nouveaux acteurs sur la scène onusienne. Effectivement, ces événements d'envergure internationale ont pour conséquence d'apporter une nouvelle visibilité à la représentation coutumière et ses coutumes. À partir de 1982, par des réunions annuelles, le groupe de travail se constitue en «forum parallèle» au sein des Nations unies, ce qui conduit à «en faire un véritable contre-pouvoir, ouvert aux ONG et à une "logique de la base" venant interférer avec la "logique du sommet" traditionnelle dans les organisations internationales»<sup>1122</sup>. L'objectif est de permettre la participation la plus large possible de représentants autochtones<sup>1123</sup>. De plus, en étant ouvert à tout représentant d'une organisation autochtone désireuse de prendre la parole, le groupe de travail échappe aux règles qui prévalent dans les autres structures onusiennes où seuls les États et

---

<sup>1118</sup> José Martínez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter XVIII: Political rights*, para. 214, p. 60.

<sup>1119</sup> *Ibid.*, p. 43 et p. 59. Source non traduite : «Respect and support for the indigenous peoples own internal organization and their cultural manifestations was a sine qua non for any arrangements conducive to the appropriate participation of indigenous communities in all matters that would affect their destiny».

<sup>1120</sup> José Martínez COBO, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Vol. 5, Conclusions, propositions et recommandations*, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, para. 268, p. 22.

<sup>1121</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones, op. cit.*, p. 8.

<sup>1122</sup> Emmanuel DECAUX, «Le droit international et les populations autochtones», *art. cit.*, p. 295.

<sup>1123</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones, op. cit.*, p. 101. «Représentant» est ici employé selon la conception précédemment décrite, c'est-à-dire au sens de «représentativité».

les ONG accréditées peuvent participer<sup>1124</sup>. Les autochtones semblent alors vecteurs, une nouvelle fois, d'une certaine évolution des normes au sein des institutions internationales<sup>1125</sup>.

**369.** Par la suite, les autochtones réussissent aussi à mettre en place, « par la force de la coutume, deux modalités de participation dans les groupes de travail »<sup>1126</sup>. La première modalité est celle des assemblées générales, aussi nommées *caucus*, durant lesquelles les informations s'échangent et l'ordre du jour est discuté. La seconde modalité est le principe de la décision par consensus, « par lequel rien ne peut être adopté sans l'assentiment de la totalité des organisations présentes, ce qui donne force à la voix autochtone et conforte le sentiment de son unité auprès des observateurs extérieurs »<sup>1127</sup>. Le consensus n'est pas le seul mécanisme à s'immiscer dans ces sommets annuels. En effet, les réunions internationales restent l'occasion d'affirmer et de montrer aux yeux des gouvernants certaines coutumes diplomatiques ancestrales<sup>1128</sup>. Par exemple, le 20 septembre 1977, lors de leur entrée au Palais Wilson, les autochtones nord-américains « avançaient lentement au rythme d'un grand tambour de *ponnow*, [...] chargés de pipes sacrées »<sup>1129</sup>. En outre, pendant plus de dix ans, les sessions du groupe de travail débutent et se terminent par une prière, prise en charge par « un *leader* spirituel [...] en évoquant les aînés, les ancêtres et les

---

<sup>1124</sup> Le premier président élu du Groupe de travail en 1982 témoigne ainsi : « À cette époque, toutefois, presque aucune organisation autochtone n'avait de statut consultatif auprès de l'ECOSOC, ce qui rendait difficile leur participation. [...] Or les meilleurs experts étaient les représentants autochtones eux-mêmes. Bien que cela constituât une rupture complète avec la tradition et rencontrât quelques objections, le Néerlandais Theo Van Boven, alors directeur du Centre des Nations unies pour les droits de l'homme, nous soutint. Le groupe de travail fut ainsi ouvert au représentant autochtone et, au fil des années, ceux-ci vinrent en grand nombre du monde entier. Avec le recul, il est clair que la voie a ainsi été ouverte à l'émergence d'un mouvement autochtone mondial ». Voir, Asbjorn EIDE, « Les peuples autochtones, le Groupe de travail sur les populations autochtones et l'adoption de la déclaration des nations sur les droits des peuples autochtones », dans Claire CHARTERS et Rodolfo STAVENHAGEN (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones : genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 36-50, spé. p. 38.

<sup>1125</sup> La première évolution des normes internationales du fait des autochtones concerne l'accréditation des organisations autochtones comme consultants auprès de l'ECOSOC, alors que très peu d'organisations non gouvernementales bénéficiaient de ce statut à l'époque, constituant en une volonté d'assouplissement pour pouvoir leur donner la parole.

<sup>1126</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », *op. cit.*, p. 187.

<sup>1127</sup> *Ibid.*, p. 187-189. Le consensus est à relativiser, car « lorsque des divergences irréductibles apparaissent, une solution de compromis est proposée qui prend deux formes. La première qui n'a pas les faveurs du caucus est de faire apparaître les signatures des organisations qui soutiennent une position majoritaire. La seconde consiste à demander aux organisations en désaccord de ne pas signaler cette position en séance plénière afin de marquer toujours aux yeux des États l'idée d'une communauté de vues autochtone malgré la diversité des expressions ».

<sup>1128</sup> Pour une description ethnographique de la scène onusienne dédiée aux questions autochtones, voir, Irène BELLIER, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *art. cit.*, p. 65-66. L'auteure rapporte : « la file se reforme à l'intérieur du sas de contrôle où, en ce jour d'ouverture de la dixième session de l'Instance permanente sur les questions autochtones (ci-après l'Instance), chacun se défait, comme dans les aéroports, de ses bijoux, plumes, perles, clochettes, couteaux cérémoniels, tambours, chapeaux, ceintures et pochettes ». Elle ajoute : « es négociations internes ont eu lieu, en 2007, qui permettent depuis à une Kichwa de l'Équateur de garder son chapeau pour la photo du badge, à un Mapuche du Chili de soustraire son tambour sacré du passage aux rayons X, à des Papous d'introduire des lances dans l'enceinte, à une délégation nord-amérindienne de réaliser un rituel de fumigation... Quelle importance faut-il accorder à ces pratiques ? À première vue, elles peuvent paraître folkloriques, mais l'enquête montre qu'elles se combinent avec des prises de parole très politiques, des manières originales de faire consensus et des analyses techniques pointues ».

<sup>1129</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 8.

esprits, afin qu'ils éclairent leur travail»<sup>1130</sup>. De même, les prises de parole obéissent à des rituels coutumiers, où le représentant commence par quelques mots dans sa langue, puis « s'adresse à la Présidente et à ses "frères et sœurs" autochtones, en parlant au nom de sa communauté ou de son groupe pour bien souligner la dimension collective de son propos »<sup>1131</sup>. Ce vocabulaire renforce l'idée d'une représentativité de tous par chacun. De surcroît, les autochtones présentent à l'ONU des *wampums*<sup>1132</sup>, ce qui conduit « en 1999 le rapporteur spécial Miguel Alfonso Martinez à utiliser la glose assez longue de « traités, accords et autres arrangements constructifs, pour rappeler l'existence, la diversité et la validité internationale de tels documents »<sup>1133</sup>.

**370.** Ainsi, les procédés coutumiers de la représentation survivent dans l'enceinte du Palais des Nations. Pour parler de l'ONU, Irène Bellier va jusqu'à employer les termes « d'indigénisation des espaces dédiés aux questions autochtones »<sup>1134</sup>. Dans ce cadre institutionnel, l'auteure explique que « la volonté d'inclusion des autochtones à des fins de dialogue s'appuie aussi sur la constitution de délégations représentant la diversité du monde autochtone et stimule la construction de Parlements et de réseaux transnationaux »<sup>1135</sup>. Elle associe donc l'ensemble des mécanismes permettant l'association des autochtones à la décision aux procédures de démocratie participative<sup>1136</sup>. Pour autant, il ne s'agit pas ici de procédures de démocratie directe : la décision revient toujours finalement aux États membres de l'ONU dans le cadre de l'Assemblée générale ou de la Commission des Droits de l'Homme.

**371.** Ayant atteint sa mission, le groupe de travail est dissous en 2007 et remplacé par le Mécanisme d'experts subsidiaire au Conseil des droits de l'homme avec un mandat spécifique<sup>1137</sup>. Cependant, depuis 2000, la présence des autochtones est pérenne avec la création de l'Instance permanente sur les questions autochtones, réunissant annuellement seize experts, huit nommés

---

<sup>1130</sup> Françoise MORIN, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 39.

<sup>1131</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>1132</sup> Pour la définition et l'utilisation des *wampums*, Voir, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, para. 138.

<sup>1133</sup> Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>1134</sup> Irène BELLIER, « La performativité de la Déclaration des droits des peuples autochtones », *Cultures-Kairós*, n° 4, 2014, p. 1-14, spé. p. 4.

<sup>1135</sup> Irène BELLIER, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *art. cit.*, p. 75.

<sup>1136</sup> Irène BELLIER, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », *op. cit.*, p. 179.

<sup>1137</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Résolution 6/36, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 14 décembre 2007, A/HRC/RES/6/36. Mandat modifié par, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Résolution 33/25, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 5 octobre 2016, A/HRC/RES/33/25. Le deuxième rapport du mécanisme d'expert concerne d'ailleurs le droit des peuples autochtones à participer dans les prises de décisions. Voir, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 17 août 2011, A/HRC/18/42.



par les autochtones, huit par les États, et des centaines de délégués d'ONG<sup>1138</sup>. De même, la journée internationale des peuples autochtones du 9 août permet des déclarations et manifestations coutumières au Palais des Nations<sup>1139</sup>. Les décennies 1995-2004 et 2005-2014 sont nommées décennies des populations — puis des peuples — autochtones<sup>1140</sup>. En outre, un rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones est nommé à l'ONU en 2001, afin de veiller à l'effectivité des droits énoncés<sup>1141</sup>. La représentativité et la représentation des intérêts particuliers des autochtones semblent donc assurées au niveau international, ce qui contribue grandement à la reconnaissance formelle d'une représentation coutumière. C'est pourquoi, parallèlement à l'ensemble des outils juridiques précités, il ne faut pas négliger l'adoption de deux textes internationaux majeurs, même si leur effectivité sur les systèmes de représentation autochtones reste à relativiser.

**PARAGRAPHE 2** – L'analyse des textes internationaux relatifs aux spécificités autochtones de la représentation

**372.** L'approche internationaliste conduit à l'adoption de textes, au contenu parfois controversé, visant à protéger les droits des autochtones et reconnaissant la pluralité des conceptions de la représentation politique. Ces textes contribuent à la survivance des coutumes, et notamment de la représentation coutumière, dans la mesure où ils constituent la consécration d'une certaine reconnaissance juridique au niveau international (A). Du reste, la portée et l'incidence normatives du texte adopté par le Canada et la France, la *Déclaration des Nations unies sur le droit des peuples autochtones*, demeurent l'objet de débats (B).

---

<sup>1138</sup> CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Résolution 2000/22, Création d'une instance permanente sur les questions autochtones*, 28 juillet 2000, E/2000/INF/2/Add.2, p. 50. Il s'agit d'un organe consultatif, « chargé d'examiner les questions autochtones relevant du mandat du Conseil en matière de développement économique et social, de culture, d'environnement, d'éducation, de santé et de droits de l'homme ».

<sup>1139</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 49/214, Décennie internationale des populations autochtones*, 17 février 1995, A/RES/49/214, spé. p. 1.

<sup>1140</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 48/163, Décennie internationale des populations autochtones*, 18 février 1994, A/RES/48/163. Voir aussi, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 56/140, Décennie internationale des populations autochtones*, 19 décembre 2001, A/RES/56/140. La Décennie a pour objectif de « renforcer la coopération internationale comme moyen de résoudre les problèmes qui se posent aux communautés autochtones sur le plan des droits de l'homme et dans les domaines de l'environnement, du développement, de l'éducation et de la santé ». La seconde décennie des peuples autochtones dure de 2005 à 2014. Voir encore, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 59/174. Deuxième Décennie internationale des populations autochtones*, 24 février 2005, A/RES/59/174.

<sup>1141</sup> Le dernier mandat renouvelé date de 2019, avec la nomination en 2020 de Francisco Calí Tzay. Voir, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Résolution 42/20, Droits de l'homme et peuples autochtones : mandat de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones*, 26 septembre 2019, A/HRC/RES/42/20.

## A. La pluralité des conceptions de la représentation consacrée par les textes internationaux

**373.** Les principaux textes internationaux relatifs aux autochtones<sup>1142</sup> sont notamment la Convention n° 169 *concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, instrument juridique contraignant, mais peu ratifié (1), et la *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones* (DNUDPA), une déclaration à l'élaboration complexe, non contraignante, mais porteuse d'effets juridiques (2).

### 1. Le caractère contraignant mais limité de la Convention n° 169 de l'OIT

**374.** Dans le contexte international, l'Organisation internationale du Travail compte parmi les premières à protéger le travailleur autochtone<sup>1143</sup>. Toutefois, en réponse aux nombreuses revendications et aux demandes de révision, la première Convention de 1957 est modifiée en 1989, lors des 75<sup>e</sup> et 76<sup>e</sup> sessions de la Conférence internationale du travail<sup>1144</sup>, par la Convention n° 169 *concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*.

**375.** Bien que soumise aux autorités compétentes, la Convention n'est ratifiée ni par le Canada ni par la France. Pourtant, à cette période, le texte accorde une place importante aux spécificités de la représentation autochtone et contribue à l'évolution des normes internationales. L'absence de ratification n'empêche pas de souligner le caractère innovant et symbolique de ce texte pour l'époque. En effet, balayant la « perspective assimilationniste »<sup>1145</sup>, le préambule reconnaît : « l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions » et note que « leurs lois, valeurs, coutumes et perspectives ont souvent subi une érosion ». Afin de mettre un terme à

---

<sup>1142</sup> Il existe en effet, d'autres textes internationaux faisant mention de la non-discrimination à l'égard des populations autochtones, et notamment les déclarations et les programmes d'action adoptés lors des Conférences mondiales de Rio de Janeiro en 1992 et de Vienne en 1993, au Caire en 1994, à Copenhague en 1995, à Pékin en 1995, à Istanbul en 1996, à Rome en 1996, à Durban en 2001 et à Johannesburg en 2002. De même, la Recommandation générale n° 23 (51) *sur les populations autochtones* adoptée par le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale en 1997 et le document du Comité des droits de l'enfant sur les droits des enfants autochtones adopté en 2003 concernent spécifiquement les autochtones.

<sup>1143</sup> Voir les instruments juridiques adoptés par l'Organisation internationale du Travail de façon pionnière, notamment la Convention n° 50 *concernant le recrutement des travailleurs indigènes* en 1936, la Convention n° 64 *concernant les contrats de travail des travailleurs indigènes* en 1939, la Recommandation n° 104 *relative aux populations autochtones et tribales* en 1957 et enfin la Convention n° 107 *relative aux populations autochtones et tribales* de 1957.

<sup>1144</sup> Lors des réunions conduisant à l'adoption du texte, des dispositions particulières sont mises en place pour autoriser la participation limitée des représentants autochtones aux délibérations, mais la plupart y assistent en tant que simples observateurs. Voir, James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, *op. cit.*, p. 48. Voir aussi, Françoise MORIN, « Les Nations Unies à l'épreuve des peuples autochtones », dans Christian GROS et Claude STRIGLER (dir.), *Être indien dans les Amériques*, Paris, Éditions de l'Institut des Amériques et de l'IHEAL, 2006, p. 43-54, spé. p. 51.

<sup>1145</sup> OIT, Convention n° 169 *concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 1989, préambule : « Étant donné l'évolution du droit international depuis 1957 et l'évolution qui est intervenue dans la situation des peuples indigènes et tribaux dans toutes les régions du monde, il y a lieu d'adopter de nouvelles normes internationales sur la question en vue de supprimer l'orientation des normes antérieures qui visaient à l'assimilation ».

l'érosion mentionnée, l'article 8 de la Convention explicite la prise en compte des coutumes et du droit coutumier. Il s'agit toutefois plutôt d'un idéal, puisque le texte émet une condition à la conservation des institutions et coutumes mentionnées : celle de la compatibilité avec les droits humains reconnus aux niveaux nationaux et international. En renvoyant régulièrement aux « procédures appropriées établies par la législation nationale », la première partie de la Convention réaffirme la soumission de la coexistence des droits au principe de la hiérarchie des normes. Elle illustre ainsi « la primauté qui revient, en matière de droits autochtones, aux institutions dominantes et au *statu quo* : logique étatique, intégrité territoriale, développement national »<sup>1146</sup>. Comme l'explique le professeur Emmanuel Decaux, en raison de la logique étatique de l'ordre juridique international, « le débat est ainsi renvoyé aux rapports de force collectifs dans le cadre interne propre à chaque État, et au souci d'une coexistence harmonieuse entre les diverses composantes historiques de la population »<sup>1147</sup>. C'est principalement par rapport à ces éléments, irrémédiablement liés à la structure internationale, que le texte fait l'objet de critiques par les autochtones, révélant la « démarche consciencieuse » d'éviter l'affirmation du droit à l'autodétermination en faveur des États signataires<sup>1148</sup>.

**376.** En outre, l'article 6 porte sur la garantie d'une représentation politique : « les gouvernements doivent : (a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement ». Les alinéas (b) et (c) garantissent respectivement la participation des peuples tribaux et indigènes aux institutions électives et la mise en place de moyens permettant le développement des institutions et initiatives propres à ces peuples. La garantie d'une représentation politique des autochtones est souvent décrite comme la pierre angulaire de la Convention<sup>1149</sup>. Plusieurs conceptions de la représentation ressortent donc de ce même article. Par l'alinéa (a), une première conception, proche de l'idée de représentativité, s'assure que les intérêts particuliers des autochtones sont pris en compte lors de l'adoption de mesures législatives et administratives. Une deuxième conception, résultant du développement de « leurs institutions représentatives », reconnaît et protège l'idée d'une

---

<sup>1146</sup> Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, *La question des peuples autochtones*, op. cit., p. 129.

<sup>1147</sup> Emmanuel DECAUX, « Le droit international et les populations autochtones », art. cit., p. 296.

<sup>1148</sup> Les MALEZER, « Perspective on the Convention 169: its significance to Aboriginal peoples », *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n° 2-3, 2020, p. 297-299. Voir aussi, Sharon VENNE, « The new language of Assimilation. A brief analysis of ILO Convention 169 », *Without Prejudice*, vol. II, n° 2, 1989, p. 53-67.

<sup>1149</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, 2001, GB.282/14/4, para. 31. Voir aussi, OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF)*, 2009, GB.304/14/7, para. 44.

représentation coutumière. Enfin, en garantissant la participation autochtone lors des élections, l'alinéa (b) renvoie finalement à une conception électorale de la représentation.

**377.** À ce titre, les sanctions adressées aux États parties prises par l'OIT sur le fondement de cet article 6 précisent les conditions requises pour la protection de ces droits. Ainsi, l'OIT indique qu'elle n'impose aucun modèle de représentation aux institutions coutumières, l'important étant que la représentation soit «le résultat d'un processus mené par les peuples autochtones eux-mêmes»<sup>1150</sup> ou le résultat d'une élection<sup>1151</sup>. Cette représentation doit pouvoir s'exprimer sur ce qui affecte plusieurs dimensions fondamentales des communautés autochtones<sup>1152</sup>. Par ailleurs, la participation des autochtones aux processus décisionnels étatiques doit nécessiter un temps suffisant<sup>1153</sup>, doit être libre<sup>1154</sup> et effective à chaque étape des mesures prévues par la Convention<sup>1155</sup>. Enfin, surtout, elle doit être conforme aux traditions culturelles et sociales des populations concernées<sup>1156</sup>.

---

<sup>1150</sup> OIT, *Representation alleging non-observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by nine workers' organizations*, 2004, GB.289/17/3, p. 102. Source non traduite : « In view of the diversity of the indigenous peoples, the Convention does not impose a model of what a representative institution should involve, the important thing is that they should be the result of a process carried out by the indigenous peoples themselves. But it is essential to ensure that the consultations are held with the institutions that are truly representative of the peoples concerned ».

<sup>1151</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Argentina of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Education Workers Union of Río Negro (UNTER), local section affiliated to the Confederation of Education Workers of Argentina (CTERA)*, 2008, GB.303/19/7, para. 75. Source non traduite : « The Committee considers [...] considers that the indigenous peoples have the right to elect their own representative institutions ».

<sup>1152</sup> Alexandra TOMASELLI, « Political participation, the International Labour Organization, and Indigenous Peoples: Convention 169 "participatory" rights », *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n° 2-3, 2020, p. 127-143, spé. p. 133.

<sup>1153</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT)*, 2009, GB.282/14/3, para. 79.

<sup>1154</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, 2001, GB.282/14/2, para. 31 (1).

<sup>1155</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF)*, 2009, GB.304/14/7, para. 43. Source non traduite : « The governmental authority responsible for the matters covered in this Convention shall ensure that agencies or other appropriate mechanisms exist to administer the programmes affecting the peoples concerned. These programmes shall include: (a) the planning, coordination, execution and evaluation, in cooperation with the peoples concerned, of the measures provided for in this Convention; (b) the proposing of legislative and other measures to the competent authorities and supervision of the application of the measures taken, in cooperation with the peoples concerned. In sum, Articles 2 and 33 of the Convention provide for coordinated and systematic action by governments, with the participation of the peoples concerned, to protect the rights of these peoples and to guarantee respect for their integrity, and for such participation, from the conception to the evaluation stage, of the measures provided for in the Convention ».

<sup>1156</sup> OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT)*, 2009, GB.282/14/3, para. 79. Source non traduite : « Sufficient time must be given to allow the country's indigenous peoples to engage their own decision-making processes and participate effectively in decisions taken in a manner consistent with their cultural and social traditions. Although the Committee does not claim that these traditions are the only ones that can serve as a basis for consultations in accordance with the Convention, it does consider that if

**378.** Dans un autre registre, en son article 1, la Convention introduit une différence entre les peuples indigènes et tribaux. Les peuples indigènes, *a contrario* des peuples tribaux, descendent « des populations qui habitaient le pays, [...] à l'époque de la conquête ou de la colonisation »<sup>1157</sup>. Si ces définitions s'appliquaient à la Guyane française, les Noirs-marrons ou Bushinenges seraient des peuples tribaux, quand les Amérindiens seraient des peuples autochtones. Cependant, l'Organisation des Nations autochtones de Guyane récusé cette différence en soulignant que « cette distinction terminologique est le résultat de pressions exercées par certains États nouvellement indépendants qui, soulevant que toute la population sur leur territoire est autochtone de la région, et “craignant pour leur unité nationale relativement neuve” auraient imposé le qualificatif de tribal »<sup>1158</sup>. Cet élément terminologique présenterait ainsi un caractère partiellement inopérant et « largement artificiel »<sup>1159</sup>. *A fortiori*, la professeure Albane Geslin relève que ces populations ont été et continuent d'être définies selon des critères exogènes, par rapport au « moment où l'histoire occidentale a heurté la leur », au travers d'une seule catégorie juridique uniformisante<sup>1160</sup>. Enfin, l'usage des termes « peuples indigènes » par la Convention révèle un vocabulaire *franglais* inadapté, selon le professeur Emmanuel Decaux, tout autant qu'une confusion sur le sens à donner au mot « peuple » en droit international<sup>1161</sup>. S'il s'agit du premier texte juridique international qui nomme les autochtones sous le vocable de « peuples », cette appellation reste de faible portée puisque l'article 1 (3) précise que cet usage « ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international ».

**379.** Pendant longtemps, la Convention n° 169 constitue le seul instrument juridique contraignant portant sur les peuples autochtones. Elle est aujourd'hui ratifiée par vingt-quatre

---

they are not taken into consideration, it will be impossible to meet the fundamental requirements of prior consultation and participation ».

<sup>1157</sup> OIT, Convention n° 169 *concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, 1989, art. 1.1 : « La présente convention s'applique (a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale ; (b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles ».

<sup>1158</sup> Karine RINALDI, « Examen de la France, Prise en compte des droits différenciés des femmes autochtones dans la liste des questions à traiter », *Organisation des Nations autochtones de Guyane*, 2015, en ligne : [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/FRA/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_FRA\\_22250\\_F.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/FRA/INT_CEDAW_NGO_FRA_22250_F.pdf) (consulté le 11.02.2022).

<sup>1159</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUmarede, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 442.

<sup>1160</sup> Albane GESLIN, « L'apport des *postcolonial studies* à la recherche en droit international », dans Albane GESLIN, Carlos Miguel HERRERA et Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 159-186, spé. p. 164-165.

<sup>1161</sup> Emmanuel DECAUX, « Le droit international et les populations autochtones », *art. cit.*, p. 293.

États, dont le dernier en date est l'Allemagne, pour qui l'entrée en vigueur date du 23 juin 2022. Bien que cette Convention ne soit toujours pas ratifiée ni par le Canada ni par la France et qu'elle n'engage donc pas ces deux États, elle peut constituer une déclaration à la fois symbolique et politique. À la date de sa rédaction, elle permet de sensibiliser à la question autochtone et à la survivance d'une représentation coutumière. Pour le professeur Paul McHug, c'est à partir des années 1990, après la Convention n° 169, que « l'attention s'est déplacée de la reconnaissance des droits des autochtones, où le changement de paradigme fondamental au sein du système juridique s'est produit, à l'intégration et à la gestion de ces droits au sein du système juridique »<sup>1162</sup>. Ces évolutions conduisent, en 2007 à l'adoption de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*.

## 2. L'élaboration complexe de la DNUDPA

**380.** En 2007, l'Assemblée générale des Nations Unies adopte la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>1163</sup>. L'essentiel de ces dispositions fait l'objet de discussions par le Groupe de travail sur les populations autochtones. Dès 1988, le groupe propose à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités un avant-projet de déclaration sur le droit des peuples autochtones, qui sert ensuite de base aux négociations<sup>1164</sup>. Un avant-projet définitif est arrêté en 1993<sup>1165</sup>. En 1994, un premier projet est adopté par la Sous-Commission<sup>1166</sup>. Un an plus tard, le Conseil économique et social autorise la création du Groupe de travail sur le projet de Déclaration (GTPD), chargé de l'adoption par l'Assemblée générale durant la Décennie internationale des populations autochtones<sup>1167</sup>. Après de

---

<sup>1162</sup> Paul MCHUG, *Aboriginal Societies and the Common Law*, *op. cit.*, p. 321. Source non traduite : « The focus had moved from the recognition of aboriginal rights, where the fundamental paradigm shift within the legal system had occurred, to the integration and management of those rights inside the legal system ».

<sup>1163</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, A/RES/61/295.

<sup>1164</sup> SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITES DES NATIONS UNIES, *Discrimination against indigenous populations, Report of the Working Group on Indigenous Populations on its six<sup>th</sup> session*, 24 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/25.

<sup>1165</sup> SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITES DES NATIONS UNIES, *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Document de travail révisé présenté par le Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene Daes, en application de la résolution 1992/33 de la Sous-Commission et de la résolution 1993/31 de la Commission des droits de l'homme*, 8 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26.

<sup>1166</sup> SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITES DES NATIONS UNIES, *Rapport de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les travaux de sa quarante-sixième session*, 28 octobre 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/56.

<sup>1167</sup> CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES, *Résolution 1995/32, Création d'un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 1994*, 3 mars 1995, E/1995/23, p. 21.

longues négociations<sup>1168</sup>, le 13 septembre 2007, l'Assemblée générale adopte la résolution 61/295, contenant la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Des premières réunions du groupe de travail en 1982 à l'adoption définitive de la déclaration, le processus prend plus de vingt-cinq ans. Si une majorité de cent quarante-trois pays vote pour et onze s'abstiennent, quatre États, les États-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, s'opposent à l'adoption, bien que leurs positions aient toutes évoluées depuis.

**381.** Les réticences de ces États reposent notamment sur le droit à l'autodétermination et à ses conséquences possibles sur l'intégrité territoriale<sup>1169</sup>. En effet, parmi ses 46 articles, l'article 3 affirme le droit à l'autodétermination, élément qui n'est pas étranger à la question de la représentation politique qui en résulte : « en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culture »<sup>1170</sup>. Cet article est relié au suivant qui dispose que « les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'autodétermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer des moyens de financer leurs activités autonomes ». Renouvelée à l'article 46 (1), la doctrine onusienne de l'intégrité territoriale n'évolue pas particulièrement, puisque ces dispositions doivent se lire comme ne pouvant « amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant »<sup>1171</sup>. En outre, « jusqu'à la dernière minute, des guillemets accompagnaient l'expression "peuples autochtones", et un astérisque renvoyait en à l'information suivante [...] : L'expression peuples autochtones dans ce document ne peut être entendue comme ayant une implication quant aux droits attachés à ce terme en droit international »<sup>1172</sup>. Enfin, l'ONU admet que l'autodétermination se compose de deux aspects. Un premier aspect externe qui signifie qu'un peuple a le droit de décider de son statut international et peut revendiquer

---

<sup>1168</sup> Voir notamment, Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, op. cit., p. 26-52.

<sup>1169</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. S. James Anaya, 11 août 2008, A/HRC/9/9, para. 35. Voir aussi, Dominic O'SULLIVAN, « *We Are All Here to Stay* ». *Citizenship, Sovereignty and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Canberra, Australian University Press, 2020, p. 69.

<sup>1170</sup> L'octroi de ce droit n'est pas nouveau et se retrouve dans l'article 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP) dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (PIDESC) et dans la Résolution 1514 *relative à la décolonisation*. Cependant, devant les réticences des États, l'article 3 doit se lire en combinaison avec l'article 46 (1) de la DNUDPA, précisant que : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un peuple, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte contraire à la Charte des Nations unies, ni considérée comme autorisant ou encourageant aucun acte ayant pour effet de détruire ou d'amoindrir, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'un État souverain et indépendant ».

<sup>1171</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., art. 46 (1).

<sup>1172</sup> Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, op. cit., p. 27.

l'accès à l'indépendance, mais aussi un second aspect interne qui, au sens de la Déclaration, a trait « au choix du système politique et administratif et à la nature profonde du régime choisi [...] comme le droit d'un peuple de choisir son propre régime politique, d'influer sur l'ordre politique de la région dans laquelle il vit et de sauvegarder son identité culturelle, ethnique, historique ou territoriale »<sup>1173</sup>. Ces articles peuvent donc s'interpréter comme encourageant les « structures de gouvernance autonomes des peuples autochtones »<sup>1174</sup>. À tout le moins, selon l'article 18 de la Déclaration, il est reconnu aux autochtones le droit à une autodétermination interne et à la représentation politique, c'est-à-dire le droit de participer à la prise de décision politique, de choisir les procédures de désignation de leurs représentants et enfin, de développer leurs institutions décisionnelles<sup>1175</sup>. De même, les États coopèrent avec les autochtones concernés, « par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives »<sup>1176</sup>. En lien avec l'article 5<sup>1177</sup> et réaffirmé dans les avis n° 2 et n° 4 du Conseil des droits de l'homme<sup>1178</sup>, ce droit inclut aussi le droit de participer au processus de décision étatique.

**382.** Similairement à la Convention n° 169 de l'OIT, il coexiste plusieurs conceptions de la représentation dans une même résolution, soit la consécration d'une certaine représentativité (par la prise en compte des intérêts particuliers, par une consultation obligatoire), d'une représentation électorale lors des élections étatiques, donc d'une participation à l'élaboration de la loi, et d'une représentation coutumière par les institutions représentatives autochtones. Selon l'union interparlementaire de l'ONU, un organe serait d'ailleurs à privilégier concernant la représentation étatique : les comités parlementaires sur les droits des peuples autochtones<sup>1179</sup>. Ces comités peuvent rassembler l'ensemble des conceptions de la représentation politique. En effet, ils sont

---

<sup>1173</sup> SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITÉS DES NATIONS UNIES, *Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Établie par Erica-Irene A. Daes, Présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones*, 19 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, para. 17-19.

<sup>1174</sup> Selon les termes employés par l'Union interparlementaire qui travaille en collaboration avec les Nations Unies. Voir, UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones. Guide pour les parlementaires n° 23*, Genève, Union interparlementaire, 2014, p. 15.

<sup>1175</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, préc.*, art. 18 : « Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles »

<sup>1176</sup> *Ibid.*, art. 19.

<sup>1177</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, préc.*, art. 5 : « Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État ».

<sup>1178</sup> Voir respectivement, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones. Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, 17 août 2011, A/HRC/18/42. Voir ensuite, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives*, 16 août 2012, A/HRC/21/55.

<sup>1179</sup> UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones. Guide pour les parlementaires n° 23, op. cit.*, p. 19.



composés d'élus, parfois autochtones eux-mêmes, ils participent à l'élaboration de la loi et donc à la production de la volonté générale, et ils œuvrent également à la prise en compte d'intérêts particuliers. L'objectif reste de s'assurer que « les peuples autochtones, outre une représentation numérique (en tant que représentants parlementaires), jouissent d'une représentation de fond réel (voix dans les commissions parlementaires) avec la capacité d'influencer, de s'approprier et de prendre part à la prise de décision »<sup>1180</sup>. Par ailleurs, si une définition onusienne des « peuples autochtones » existe depuis le rapport Cobo<sup>1181</sup>, les rédacteurs ont préféré ne pas l'inclure dans la Déclaration, afin que les États ne puissent se fonder sur ces critères pour en écarter l'application<sup>1182</sup>.

**383.** Dans ce cadre, il reste encore à préciser les processus d'application prévue par la Déclaration elle-même. En effet, celle-ci ne mentionne qu'une signature sans ratification : cet *instrumentum* fait de la déclaration un texte juridique non contraignant<sup>1183</sup>. Toutefois, une norme de *soft law* peut être assortie de certains effets juridiques<sup>1184</sup>. Initialement, la Déclaration dispose d'un effet interne limité aux institutions internationales, et, plus particulièrement, à l'égard des organes des Nations Unies<sup>1185</sup>. Elle constitue une source formelle du droit international<sup>1186</sup>. Par exemple, les instances et les mécanismes des droits de l'homme de l'ONU peuvent toujours « se fonder sur la Déclaration pour aborder les questions posées par sa mise en œuvre dans le cadre de leurs

---

<sup>1180</sup> UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones. Guide pour les parlementaires n° 23*, op. cit., p. 20.

<sup>1181</sup> « Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, s'estiment distinctes des autres segments de la société qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Elles constituent maintenant des segments non dominants de la société et elles sont déterminées à préserver, développer et transmettre aux futures générations leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuples, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques ». Il ressort de cette définition quatre critères cumulatifs soit l'antériorité sur un territoire, l'expérience de la conquête ou de la colonisation, la situation minoritaire et la revendication identitaire. Voir, José Martínez COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, Conclusions, propositions et recommandations*, préc.

<sup>1182</sup> Albane GESLIN, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de Droit international*, vol. 56, 2011, p. 658-687, spé. p. 667-668.

<sup>1183</sup> Selon le professeur Jean Salmon, l'*instrumentum* désigne « l'acte formel opposé à l'acte substantiel », le *negotium*. Voir Jean SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 588.

<sup>1184</sup> Luc LERICHE, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020, p. 33.

<sup>1185</sup> Notamment dans la mesure où l'article 42 dispose : « L'Organisation des Nations Unies, ses organes, en particulier l'Instance permanente sur les questions autochtones, les institutions spécialisées, notamment au niveau des pays, et les États favorisent le respect et la pleine application des dispositions de la présente Déclaration et veillent à en assurer l'efficacité ». Voir, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, préc., art. 42.

<sup>1186</sup> Albane GESLIN, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », art. cit., p. 669-670.

mandats respectifs »<sup>1187</sup>. La Déclaration est donc susceptible de revêtir une force contraignante par des actions intentées devant les organismes créés en vertu d'instruments eux-mêmes contraignants. En outre, le rapporteur spécial James Anaya considère que le texte n'ajoute aucun nouveau droit, mais ne fait qu'appliquer des droits universels aux contextes autochtones<sup>1188</sup>. En conséquence, il soutient que le *negotium* de la Déclaration, soit le contenu de l'acte<sup>1189</sup>, serait une codification de certaines normes de droit international coutumier, et donc, serait en partie contraignante à l'égard des États<sup>1190</sup>. Enfin, si l'application de la Déclaration n'est pas perçue comme obligatoire par les États, alors, sa mise en œuvre n'apparaît que comme la démonstration d'une adhésion volontaire plus profonde, relève Luc Leriche<sup>1191</sup>. Cette adhésion se manifeste notamment lorsque la Déclaration est citée par les juridictions nationales, mais aussi intégrée, totalement ou partiellement dans les législations internes, ce à quoi œuvrent progressivement le Canada et difficilement la France.

## B. La portée relative de la DNUDPA

**384.** L'engagement national apparaît comme le niveau opportun pour de réelles avancées juridiques en faveur des populations autochtones, plutôt que la méthode consistant à « imposer des standards internationaux à des États ambivalents, selon un processus qui typiquement conduit à la création de droits de papier qui font peu pour la protection des peuples autochtones sur le

<sup>1187</sup> Boris MARLIN, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue québécoise de droit international*, n° 21.1, 2008, p. 212-242, spé. p. 230.

<sup>1188</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. S. James Anaya, *préc.*, para. 40 : « La Déclaration n'affirme ni n'établit de droits spéciaux distincts des droits fondamentaux réputés être d'application universelle ; en revanche elle précise ces derniers en les situant dans les sphères culturelle, historique, sociale et économique propres aux peuples autochtones ».

<sup>1189</sup> Selon Boris Marlin, en l'espèce, l'*instrumentum* est, « le support formel de l'acte, c'est-à-dire la résolution (recommandatoire) n°61/295 et son *negotium* consiste dans le contenu de l'acte c'est-à-dire les dispositions de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ». Voir, Boris MARLIN, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *art. cit.*, p. 217.

<sup>1190</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones*, M. S. James Anaya, *préc.*, para. 41 : « [d]ès lors qu'ils se rapportent à une pratique internationale et étatique constante, certains éléments des dispositions de la Déclaration peuvent aussi être considérés comme reflétant des normes de droit international coutumier ». Cela est déjà affirmé par Siegfried WIESSNER, « Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis » *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 57-128, spé. p. 109-110. Source non traduite : « Today, many of these proposed or actual prescriptions, coinciding, as they do, with domestic state practice as documented above, have created a new set of shared expectations about the legal status and rights of indigenous people that has matured and crystallized into customary international law ». Selon lui, le droit, pour les autochtones, de pratiquer leurs traditions et coutumes, de même que s'auto-gouverner fait partie des normes de droit international coutumier. Voir aussi, Boris MARLIN, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *art. cit.*, p. 237-240.

<sup>1191</sup> Luc LERICHE, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, *op. cit.*, p. 35.

plan national »<sup>1192</sup>. Aux niveaux nationaux, il reste que les effets de la Déclaration ne sont pas pris en compte de la même façon selon les ordres juridiques dualiste ou moniste. De même, la tradition constitutionnelle de chaque État explique les difficultés qui subsistent à reconnaître des droits collectifs. Par conséquent, la portée normative de la DNUDPA se distingue au Canada (1) et en France (2).

### 1. L'intégration progressive de la DNUDPA dans l'ordre juridique canadien

**385.** Dès 1999, la Cour suprême du Canada admet que « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois »<sup>1193</sup>. Ainsi, avant même l'adoption définitive de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, certaines juridictions y font déjà référence. En 2001 notamment, la Cour suprême s'appuie sur le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* pour interpréter les droits ancestraux dans l'affaire *Mitchell c. Ministre du Revenu national*<sup>1194</sup>. Sa valeur reste toutefois interprétative. Après son adoption à l'ONU, en 2009, la Cour d'appel du Québec affirme l'intérêt interprétatif de certains articles de la Déclaration, malgré le fait qu'elle ne soit pas ratifiée<sup>1195</sup>. La Cour fédérale privilégie également une interprétation des lois conforme à la Déclaration<sup>1196</sup>. De même, la Cour suprême de la Colombie-

---

<sup>1192</sup> Stephen ALLEN, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context », dans Stephen ALLEN et Alexandra XANTHAKI (dir.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart publishing, 2011, p. 225-256, spé. p. 225. Source non traduite : « The essay suggests that political engagement at a national level is more likely to generate the political will needed to operationalise indigenous rights (thereby closing the existing “implementation gap”) than the currently preferred route of trying to impose international standards on ambivalent States, a process which typically leads to the creation of paper rights that do little to protect indigenous peoples in national settings ».

<sup>1193</sup> *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, para. 69-70.

<sup>1194</sup> *Mitchell c. ministre du Revenu national*, 2001 CSC 33, para. 80-83. La Cour s'appuie sur le *Projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, soit le projet de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, la Résolution 1994/45, art. 35. La Cour suprême s'appuie aussi sur la Convention n° 169 de l'OIT et le *Projet de la Déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*.

<sup>1195</sup> *Adoption – 09201*, 2009 QCCA 1583, note de bas de page 24 : « Je ne parlerai pas ici de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones puisque cette déclaration n'a pas été ratifiée par le Canada (qui s'est même opposé à son adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies), malgré qu'une motion ait été adoptée par la Chambre des Communes, le 8 avril 2008, priant le gouvernement de procéder à cette ratification. Il peut néanmoins être intéressant de signaler les articles 7, para. 2, 9 et 18 ».

<sup>1196</sup> En 2012, dans l'affaire *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada*, 2012 C.F. 445, para. 353, la Cour fédérale écrit : « Les instruments internationaux comme la DNUDPA et la Convention relative aux droits de l'enfant peuvent être pris en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois ». De même, en 2013, dans l'affaire *Simon c. Canada (Procureur général)*, la Cour fédérale écrit : « Les demandeurs invoquent la DNUDPA, dont il faudrait tenir compte dans le cadre de l'approche contextuelle de l'interprétation des lois... En fait, même si cet instrument ne crée pas de droits matériels, la Cour privilégie néanmoins une interprétation correspondant aux valeurs qui y sont décrites ». Voir, *Simon c. Canada (Procureur général)*, 2013 C.F. 1117, para. 121. Voir aussi, *Nunatukavut Community Council Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2015 F.C. 981, para. 96 : « Le conseil de la communauté du Nunatukavut (CCN) a également soutenu que l'obligation de consultation et d'accommodement du ministre devrait être lue à la lumière de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. GA 61/295, Doc. off., 61e session, suppl. n° 49, vol. III, Doc. NU A/61/49 (2007) (“la

Britannique explicite l'importance du droit international pour le cas en l'espèce et souligne l'utilité, parmi d'autres textes, de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* à des fins interprétatives<sup>1197</sup>. Toutefois, à cette période, de nombreux tribunaux opposent la non-ratification par le Canada à l'applicabilité du texte<sup>1198</sup>.

**386.** En 2010, le gouvernement de Stephen Harper appuie le texte avec de nombreuses réserves, en affirmant que «le Canada peut interpréter les principes de la Déclaration de façon conforme à sa Constitution et à son cadre juridique»<sup>1199</sup> : c'est la Déclaration qui sera interprétée à l'aune du droit canadien et non l'inverse. En 2013, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies rapporte que le Canada considère toujours la Déclaration «comme un instrument non contraignant, qui exprime une aspiration»<sup>1200</sup>. Par une conception commune aux systèmes juridiques de *common law* où la loi est souveraine, le Canada adhère à une tradition dualiste : une loi incorporant le texte international reste nécessaire à son effectivité dans l'ordre juridique interne.

**387.** Le 21 avril 2016, Romeo Saganash, député autochtone, dépose à la Chambre des communes le projet de loi C-262 *visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Ce texte a pour objectif que «les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones»<sup>1201</sup>. Après une troisième lecture validée à la Chambre des communes en 2018, le projet reste bloqué au Sénat<sup>1202</sup>. Malgré cela, le 10 mai 2016, le Canada appuie sans réserve et entérine définitivement la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*<sup>1203</sup>. La

---

DNUDPA»), que le Canada a approuvée le 12 novembre 2010. Les valeurs reflétées dans le droit international des droits de la personne peuvent contribuer à éclairer l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire (Baker, par. 70) et, bien qu'il ne soit pas exécutoire, le droit international contribue à l'interprétation du droit interne en vertu de la présomption de conformité».

<sup>1197</sup> *Inglis v. British Columbia*, 2013 BCSC 2309, au para. 361. Voir aussi, Ghislain OTIS et Charlotte CHICOINE-WILSON, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, Ottawa, Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 2014, p. 13.

<sup>1198</sup> Voir notamment la décision de la Cour canadienne de l'impôt, *Sackaney c. La Reine*, 2013 CCI 303, para. 35.

<sup>1199</sup> AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, «Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones», *Site officiel du gouvernement du Canada*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1309374239861/1621701138904> (consulté le 17.02.2022). Voir aussi, Karine GENTELET, Doris FARGET, et Christopher CAMPBELL-DURUFLE, «Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence», *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 23, n°1, 2010, p. 130–136.

<sup>1200</sup> CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, Canada, Additif, Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements et réponses de l'État examiné*, 17 septembre 2013, A/HRC/24/11/Add.1, au para. 19.

<sup>1201</sup> Projet de loi C-262, *Loi visant à assurer l'harmonie des lois fédérales avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 42<sup>e</sup> législature, 1<sup>re</sup> session, 3 décembre 2015 au 11 septembre 2019, art. 4.

<sup>1202</sup> Pour rappel, dans les systèmes de *common law*, et particulièrement au Canada, les lois sont d'abord adoptées par une chambre, puis une autre. La navette parlementaire n'obéit pas aux mêmes modalités qu'en France.

<sup>1203</sup> AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, «Le Canada appuie maintenant la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve», *Site officiel du gouvernement du Canada*, 10 mai 2016, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/le-canada-appuie-maintenant-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-sans-reserve.html> (consulté le 15.02.2022).

ministre des Affaires autochtones et du Nord annonce alors : « Nous ne visons rien de moins que l'adoption et l'application de la Déclaration, conformément à la Constitution canadienne »<sup>1204</sup>.

**388.** Dans le même temps, plusieurs lois fédérales<sup>1205</sup> et provinciales<sup>1206</sup> œuvrent progressivement à inclure des références à la Déclaration des Nations Unies. Le 26 novembre 2019, la Colombie-Britannique est la première province à adopter la *Loi mettant en œuvre la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones*, inspirée de la loi C-262. Cette loi prévoit la vérification de la conformité de l'ensemble des lois existantes et à venir à la Déclaration<sup>1207</sup>. Dans la continuité de ces mesures, le Parlement fédéral adopte la *Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, entrée en vigueur le 21 juin 2021. Celle-ci prévoit que « le gouvernement du Canada, en consultation et en collaboration avec les peuples autochtones, prend toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la Déclaration »<sup>1208</sup>. Ainsi, elle n'impose des obligations légales qu'au « gouvernement du Canada »<sup>1209</sup> afin qu'il établisse un plan d'action et présente le suivi de sa mise en œuvre<sup>1210</sup>. Ce plan d'action est déposé au Parlement le 21 juin 2023 et prévoit notamment que le Gouvernement du Canada prenne les mesures visant à « cerner et classer par ordre de priorité les lois fédérales existantes en vue d'une révision et d'une éventuelle modification »<sup>1211</sup>, ce qui pourrait aboutir, à terme, à une modification de la *Loi sur les Indiens*. L'harmonisation des normes étatiques à la DNUDPA est un long processus, mais cet objectif devrait concourir au respect des droits des autochtones et à la reconnaissance d'une représentation politique fondée sur les principes de l'autodétermination interne, c'est-à-dire sur un libre choix des autochtones quant aux modalités institutionnelles.

---

<sup>1204</sup> Carolyn BENNETT (ministre des Affaires autochtones et du Nord), « Discours prononcé devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones », New York, Le 10 mai 2016, *Gouvernement du Canada*, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/discours-livre-a-l-instance-permanente-des-nations-unies-sur-les-questions-autochtones-new-york-le-10-mai-2016.html> (consulté le 15.02.2022).

<sup>1205</sup> Voir, *Loi sur la gestion des terres des Premières Nations*, L.C. 1999, ch. 24 (la référence à la Déclaration est insérée par une révision en 2018) ; *Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, ch. 25 ; *Loi sur le ministère des Femmes et de l'Égalité des genres*, L.C. 2018, ch. 27, art. 661 ; *Loi sur le ministère des Services aux Autochtones*, L.C. 2019, ch. 29, art. 336 ; *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art. 1 ; *Loi sur le ministère des Relations Couronne-Autochtones et des Affaires du Nord*, L.C. 2019, ch. 29, art. 337 ; *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*, L.C. 2019, ch. 28, art. 10 ; *Loi sur les langues autochtones*, L.C. 2019, ch. 23 ; *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24 ; *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, ch. 29. La Déclaration est souvent citée en préambule en ces termes : « Attendu que le gouvernement du Canada s'est engagé à mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* ».

<sup>1206</sup> Pour la Colombie-Britannique par exemple, Voir, *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2018, c. 51, s. 2 ; *Poverty Reduction Strategy Act*, S.B.C. 2018, c. 40, s. 4.

<sup>1207</sup> Bien que l'Assemblée nationale du Québec ait reconnu certains principes de la Déclaration, pareille loi n'existe pas encore au Québec.

<sup>1208</sup> *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.C. 2021, ch. 14, art. 5.

<sup>1209</sup> *Ibid.*, art. 4 et 5.

<sup>1210</sup> *Ibid.*, art. 6.

<sup>1211</sup> SECRETARIAT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI SUR LA DÉCLARATION DES NATIONS UNIES, *Plan d'action de la Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2023, p. 24.

## 2. L'intégration complexe de la DNUDPA dans l'ordre juridique français

**389.** La France adopte la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007. De tradition moniste, le jour de l'explication du vote relatif à l'adoption, le représentant français s'exprime toutefois en ces termes devant l'Assemblée générale de l'ONU :

Au niveau national, la France, directement concernée par les populations autochtones de ses collectivités territoriales d'outre-mer, conduit les programmes de soutien à leur développement économique et social dans un cadre adapté aux spécificités de ces populations, ainsi qu'à leur expression culturelle. [...] Pour la France, en vertu du principe d'indivisibilité de la République et conformément au principe fondamental d'égalité et de son corollaire, le principe de non-discrimination, des droits collectifs ne peuvent prévaloir sur les droits individuels. Un traitement particulier peut cependant être accordé à des populations autochtones sur une base territoriale. Le droit à l'autodétermination, tout comme les consultations et référendums locaux, évoqués dans les articles 3, 4, 19, 20 et 30 de la Déclaration s'exercent conformément aux normes constitutionnelles nationales, comme le prévoit l'article 46 de la présente Déclaration »<sup>1212</sup>.

**390.** Cette position est d'ailleurs réaffirmée à l'occasion de la réponse à une question écrite en 2013. Le ministère des Affaires étrangères assure que « la France s'est engagée à respecter ses dispositions sur l'ensemble de son territoire, y compris dans les collectivités d'outre-mer. Elle s'attache donc à prendre en compte les aspirations exprimées par les populations autochtones, dans le respect du principe constitutionnel d'égalité des citoyens »<sup>1213</sup>. En effet, si elle adopte la Déclaration dès 2007, selon le professeur Laurent Sermet, la France reste « convaincue de l'absence de force juridique de l'acte déclaratoire onusien »<sup>1214</sup>. Ainsi, voter en faveur du texte lui apporte le gain politique d'appartenir au groupe des « États parrains et du groupe des États favorables majoritaires »<sup>1215</sup>, sans pour autant que sa mise en œuvre ne devienne une priorité nationale.

**391.** Pourtant, appliquant la définition onusienne, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) considère, au regard des quatre critères cumulatifs de l'autochtonie, que les Kanaks de Nouvelle-Calédonie et les Amérindiens de Guyane sont les « peuples

---

<sup>1212</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Intervention prononcée par le représentant de la France, à l'occasion de l'adoption de la Déclaration sur les Droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, New York, A/61/PV.108, p. 11.

<sup>1213</sup> MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Réponse*, J.O.R.F. Sénat du 26 décembre 2013, p. 3716. Pour la question, voir, Jean-Étienne ANTOINETTE, *Question écrite n° 09601*, J.O.R.F. Sénat du 5 décembre 2013, p. 3459.

<sup>1214</sup> Laurent SERMET, « Normativité, juridicité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones » dans Ghislain OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 201-243, spé. p. 203.

<sup>1215</sup> *Ibid.* De même, le rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, écrit que « La France a voté en faveur de cette Déclaration quand elle a été adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007, comme l'a fait l'écrasante majorité des États membres. Si le texte envisage essentiellement les droits des peuples autochtones dans les pays indépendants, les principes qu'il consacre s'appliquent avec autant de force à la Nouvelle-Calédonie, comme l'a reconnu le Gouvernement français au Rapporteur spécial ». Cet extrait démontre encore les ambivalences des autorités françaises par rapport à la DNUDPA. Voir, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6., para. 15.

autochtones » de France<sup>1216</sup>. À ce titre, elle recommande une reconnaissance statutaire de ces deux populations afin d'être en conformité avec la Déclaration. De même, elle incite la France à ratifier la Convention 169 de l'OIT.

**392.** À la suite de la position retenue par la France, l'application de la Déclaration demeure limitée et n'est pas mise en œuvre par l'octroi de droits collectifs. Bien que cela n'empêche pas l'aménagement du droit interne de façon favorable à certaines coutumes, la France considère que la reconnaissance de droits collectifs à des « peuples autochtones » serait inconstitutionnelle au regard de l'article 1 de la Constitution. Cette conception unitaire du peuple français, érigée en « valeur constitutionnelle »<sup>1217</sup>, met en échec la reconnaissance d'autres « peuples », selon la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991<sup>1218</sup>. Cependant, la prise en compte des spécificités autochtones reste susceptible d'évolutions sous l'influence du droit international. En effet, dans cette même décision, le Conseil reconnaît aussi que « la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination »<sup>1219</sup>. De la même façon, lors de ses réponses aux questionnaires adressées au Mécanisme d'experts des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la France écrit que « le territoire de la République française comprend des populations qui correspondent à la définition de “populations autochtones”, indigènes ou aborigènes, qui selon les travaux des Nations Unies se distinguent des “minorités” par leur présence sur une terre depuis des temps immémoriaux et par le fait qu'ils sont “liés par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés pré-coloniales” »<sup>1220</sup>. La contribution française cite le rapport Cobo et poursuit : « Ces populations autochtones vivent en outre-mer, principalement en

---

<sup>1216</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, préc. p. 1.

<sup>1217</sup> Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *art. cit.*, p. 11.

<sup>1218</sup> Comme le « peuple corse ». Voir, CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale Corse*, préc. Cette position a été réaffirmée en décembre 2013 : « À la question posée par le sénateur de la Guyane, M. Jean-Étienne Antoinette, au ministre des Affaires étrangères sur les raisons de l'absence de ratification par la France de la convention 169 de l'OIT, le ministre a rappelé le principe traditionnel de l'indivisibilité du peuple français et le refus de toute discrimination personnelle entre citoyens ». Voir, Serge LARCHER, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer (1) comportant les actes du colloque organisé le 10 avril 2014 sur « Un kaléidoscope de l'autonomie locale : théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines »*, Sénat, 11 avril 2014, n° 452, p. 166.

<sup>1219</sup> *Ibid.* Les termes « peuples d'outre-mer » étaient aussi usités dans le préambule de la Constitution de 1946 et les termes « peuples des territoires d'outremer » figuraient dans le préambule originel de la Constitution de 1958. La référence a été supprimée par la révision constitutionnelle du 4 août 1995. Voir, Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires, J.O.R.F. n° 181 du 5 août 1995, p. 11744. Dès les années 2000, le Conseil constitutionnel n'emploie cependant plus que les termes « populations d'outre-mer », Voir, CC, Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, J.O.R.F. n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19830 et s.

<sup>1220</sup> MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L'OFFICE DES NATIONS UNIES A GENEVE, *Questionnaire sur les meilleures pratiques pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Contribution de la France en réponse au questionnaire du Mécanisme d'experts*, février 2015, en ligne : <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Health/France.pdf> (consulté le 02.02.2022).

Amérique du Sud (Guyane), en Océanie (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis et Futuna) et dans l’Océan indien (Mayotte) »<sup>1221</sup>.

**393.** Il reste à préciser que les difficultés à appliquer la Déclaration et à reconnaître la terminologie internationaliste ne sont pas nécessairement en contradiction avec la mise en œuvre de mesures nationales visant à préserver les droits des populations autochtones, et notamment leur droit à une représentation politique. C’est notamment ce dont se défend le ministère des Affaires étrangères dans sa réponse à la question écrite de 2013, affirmant que l’incompatibilité des droits collectifs et des principes constitutionnels d’égalité et d’indivisibilité « n’a cependant jamais constitué un obstacle à l’adoption de politiques ambitieuses en faveur des peuples autochtones. Dans les départements et les collectivités d’outre-mer, la France a adopté des mesures pour assurer la participation pleine et entière des peuples autochtones à la prise de décisions qui concernent directement ou indirectement leurs modes de vie »<sup>1222</sup>. Ainsi, au prix de certaines ambiguïtés terminologiques, les textes juridiques, par exemple, « encouragent le respect des communautés autochtones et locales »<sup>1223</sup>, parlent de « peuple kanak »<sup>1224</sup>, reconnaissent des droits d’usage collectifs aux « communautés d’habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt »<sup>1225</sup>. La reconnaissance constitutionnelle se traduit également par le maintien de statuts personnels particuliers<sup>1226</sup>.

**394.** Dans ce cadre, les autorités françaises sont parfois sommées par les comités onusiens de s’expliquer. Par exemple, en 2018, le Comité pour l’élimination de la discrimination raciale (CERD) s’inquiète d’un irrespect du droit international<sup>1227</sup>, en lien avec l’article 32 de la Déclaration selon lequel « les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent

---

<sup>1221</sup> MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L’OFFICE DES NATIONS UNIES A GENEVE, *Questionnaire sur les meilleures pratiques pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Contribution de la France en réponse au questionnaire du Mécanisme d’experts*, op. cit.

<sup>1222</sup> MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Réponse*, J.O.R.F. Sénat du 26 décembre 2013, p. 3716.

<sup>1223</sup> Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d’orientation pour l’outre-mer, préc.*, art. 33 : « L’État et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondées sur leurs modes de vie traditionnels et qui contribuent à la conservation du milieu naturel et l’usage durable de la diversité biologique ».

<sup>1224</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, p. 8039.

<sup>1225</sup> Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 *modifiant le Code du domaine de l’État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l’État en Guyane en vue de l’exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F. du 16 avril 1987, p. 4316. Ce qui conduit la professeure Geneviève Koubi à dire en 1995 que « le concept de peuple autochtone s’inscrit en filigrane dans les discours du droit ». Voir, Geneviève KOUBI, « Droit et minorités dans la République française », dans Alain FENET, Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF, et Geneviève KOUBI (dir.), *Le droit et les minorités, analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 197-250, spé. p. 232.

<sup>1226</sup> Constitution française de 1958, art. 75. En effet, le professeur Olivier Gohin écrit : « L’uniformité politique qui est de droit constitutionnel ne conduit pas, pour autant, à l’uniformité juridique, en général, parce qu’elle laisse sa place à la différenciation des droits civils, selon des modalités qui peuvent être notablement différentes d’une population d’outre-mer à l’autre, au titre des dispositifs fort complexes et mal identifiés qui trouvent leur fondement dans les règles d’un Islam particulier à Mayotte ou dans les règles de coutumes spécifiques en Guyane, en Nouvelle-Calédonie ainsi qu’à Wallis-et-Futuna ». Voir, Olivier GOHIN, « La citoyenneté dans l’outre-mer français », art. cit., p. 77-78.

<sup>1227</sup> COMITE DES NATIONS UNIES POUR L’ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Lettre adressée à la mission française de l’ONU à Genève*, 14 décembre 2018, CERD/EWUAP/France/2018/JP/ks.



avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources »<sup>1228</sup>. Les craintes portent sur le projet de la « Montagne d'or », pour une future mine industrielle dans la forêt de Guyane. Pourtant, le rapport de la Commission nationale du débat public mentionne que « les représentants des populations amérindiennes, associatifs ou chefs coutumiers, ont généralement exprimé leur opposition à ce projet »<sup>1229</sup>. Ces termes, outre la mention d'une représentation qui adopterait deux conceptions, l'une dite associative, l'autre coutumière, démontrent aussi que, sous l'influence du droit international, la prise en compte des intérêts autochtones se développe ou, à tout le moins, que leur désaccord est mentionné<sup>1230</sup>.

**395.** Ainsi, bien que de portée normative relative, les normes internationales restent vectrices de quelques améliorations pour les populations autochtones. La tribune onusienne contribue tant à la visibilité des revendications, qu'à la reconnaissance d'une représentation coutumière, et donc indissolument, à la survivance de cette conception. En 2010, par exemple, le rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, James Anaya, se rend en visite officielle en Nouvelle-Calédonie<sup>1231</sup> et formule plusieurs recommandations afin de promouvoir les droits des Kanak,

---

<sup>1228</sup> Camille LANTE, « La France rappelée à l'ordre sur la question des droits des peuples autochtones », *Observatoire Pharos*, 2019, en ligne : <https://www.observatoirepharos.com/pays/guyane-francaise/la-france-rappelee-a-lordre-sur-la-question-des-droits-des-peuples-autochtones-fr/> (consulté le 18.02.2022).

<sup>1229</sup> Chantal JOUANNO (dir.), *Débat public sur le projet Montagne d'Or en Guyane*, Paris, Commission nationale du débat public, 2018, p. 1.

<sup>1230</sup> Au demeurant, de nombreuses associations autochtones et chefs coutumiers de Guyane française restent opposées à ce projet industriel. La recherche du consentement de ces populations, « donné librement et en connaissance de cause », considérée comme obligatoire selon l'article 32 de la Déclaration, n'emporte pas nécessairement leur adhésion. Les controverses sur le projet ont été relancées quand les membres de la Convention citoyenne pour le climat ont voté pour l'« adoption d'un moratoire sur l'exploitation industrielle minière en Guyane ». Cependant, ce moratoire n'a pas été transcrit juridiquement et ne se retrouve pas non plus dans le projet de loi Climat. Le projet a été remplacé par la réforme du Code minier qui ne prévoit pas l'interdiction de mines industrielles en Guyane. Voir, Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 *portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, J.O.R.F. n° 0196 du 24 août 2021, texte n° 1, art. 61-80. Voir aussi, Hélène FERRARINI, « En Guyane, le combat contre les mines d'or industrielles continue », *Reporterre*, 2021, en ligne : <https://reporterre.net/En-Guyane-le-combat-contre-les-mines-d-or-industrielles-continue> (consulté le 18.02.2022). Enfin, le 18 février 2022, le Conseil constitutionnel a rendu une décision dans laquelle il affirme que la prolongation automatique des concessions minières sans que l'autorité administrative n'ait à prendre en compte les effets sur l'environnement constitue une méconnaissance des exigences découlant des articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 de la *Charte de l'environnement*. Il s'agit de la première application des articles 1<sup>er</sup> et 3 de ce texte. Cette décision pourrait freiner le projet de la Montagne d'or. Voir, CC, Décision n° 2021-971 QPC du 18 février 2022, *France nature environnement*, J.O.R.F. n°0042 du 19 février 2022, texte n° 67.

<sup>1231</sup> En Nouvelle-Calédonie, il est notamment reçu par « les autorités et les membres de plusieurs communautés kanak, dont les conseils et chefs coutumiers d'Ajië Aro, Hoot ma Waap et Paici-Camuki [...] des représentants de plusieurs associations kanak, dont le Conseil national pour les droits des peuples autochtones (NCPDA), les associations de quartier de Montravel, Tindu et Nouville, Nouméa, le Comité de revendication indigène (CRI), l'Association des 33 communes, le Groupe dynamique autochtone LKS, l'Union nationale du peuple Kanak (UNPK), l'Association de la renaissance culturelle, plusieurs Groupes de droit particulier local (GDPL), le Conseil féminin de la Province Nord et des îles Loyauté et plusieurs associations représentant la jeunesse kanak. Il s'est aussi entretenu avec des membres des partis politiques, à savoir le Front de libération nationale kanak socialiste (FLNKS) et le Parti travailliste (PT), des syndicats, dont l'Union des syndicats des travailleurs kanak et des exploités, la Confédération

notamment par le renforcement des compétences attribuées à la représentation coutumière<sup>1232</sup>. Parallèlement, les populations autochtones revendiquent régulièrement à la tribune onusienne une reconnaissance plus élargie. En 2019, Christophe Yanuwana Pierre, vice-président du Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges et Subama Mapou, Kanak de Nouvelle-Calédonie, se sont exprimés devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, demandant notamment la prise en compte des autochtones lors de l'adoption des législations et la reconnaissance des institutions traditionnelles<sup>1233</sup>. Il ressort de ces récentes allocutions qu'une marge de progression semble encore possible. De surcroît, dans les années 1980, à la période où les autochtones commencent à revendiquer la survivance de leurs coutumes au niveau international, des revendications similaires sont également portées aux niveaux nationaux, au Canada et en France.

## SECTION 2 – La survivance d'une représentation coutumière aux niveaux nationaux

**396.** Parallèlement aux revendications puis à la reconnaissance des autochtones au niveau international, des processus similaires se déroulent aux niveaux nationaux, au Canada et en France. Ils constituent la démonstration de la survivance de conceptions coutumières de la représentation. La chronologie reste semblable : aux revendications politiques, à l'appel aux représentants des autochtones et à l'usage des coutumes (**PARAGRAPHE 1**), succède la prise en compte par le droit de certaines de ces coutumes (**PARAGRAPHE 2**).

---

nationale des travailleurs du Pacifique et le Syndicat autonome des policiers de Nouvelle-Calédonie, des Services fiscaux de la Nouvelle-Calédonie, de l'Union des groupements des parents d'élève (EGPE) et des associations écologistes dont Corail vivant, Réveil quotidien et Sauvegarde de la nature néo-calédonienne. Enfin, il a pu rencontrer des représentants des intérêts miniers de Koniambo et Vale-New Caledonia et s'est rendu à la prison du Camp Est de Nouméa ». Il a aussi été reçu par les autorités françaises métropolitaines. Voir, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6., para. 3 et 4.

<sup>1232</sup> *Ibid.* para. 73. Par exemple, le point 73 mentionne : « il faudrait envisager de donner au Sénat coutumier un peu plus d'autorité – et même un pouvoir de contrainte dans certaines matières - sur les décisions qui sont prises dans des domaines qui intéressent le peuple kanak ».

<sup>1233</sup> Lors de ces allocutions, il est possible d'observer les coutumes employées devant les instances onusiennes, à savoir l'expression en langue autochtone et en habits traditionnels. Pour la retranscription, voir, FRANCE LIBERTES, « L'urgence de la reconnaissance par la France des peuples autochtones », *Fondation Danielle Mitterrand*, 2019, en ligne : <https://www.france-libertes.org/fr/lurgence-de-reconnaissance-france-de-communaute-peuples-autochtones/> (consulté le 18.02.2022).

**PARAGRAPHE 1 - Des revendications autochtones au cœur de l'élaboration des normes nationales**

**397.** L'attention doit être portée sur les revendications, les manifestations et les pratiques qui démontrent la survivance de coutumes relatives à la représentation politique et dont ils résultent une reconnaissance par le droit positif interne. Similairement à l'ordre international, la représentation coutumière s'observe à la fois dans les revendications formulées par les autochtones (**A**), mais aussi dans l'utilisation de coutumes lors de cette résistance (**B**).

**A. Les différentes stratégies revendicatives pour une reconnaissance de la représentation**

**398.** Préalablement, il importe de distinguer les autodéterminations externe et interne de l'autonomie gouvernementale. L'autodétermination externe s'apparente à l'indépendance d'un État. Ce régime de droit international, selon la doctrine de l'eau salée précitée, ne s'applique pas aux nations autochtones enclavées. Cependant, en se fondant sur les listes des territoires non autonomes, il peut concerner la Nouvelle-Calédonie. Dans ce cas, la revendication porte sur la reconnaissance d'une représentation politique souveraine, qui *tient lieu*, décide et *veut pour* elle-même. En revanche, l'autodétermination interne désigne « le droit d'une nation autochtone de choisir comment elle sera gouvernée : de déterminer, par exemple, si elle devrait se doter d'institutions gouvernementales distinctes ou se joindre aux gouvernements populaires qui regroupent tant des autochtones que des non-autochtones »<sup>1234</sup>. Dans ce cadre, l'autonomie gouvernementale n'est qu'une des options de l'exercice du droit à l'autodétermination interne, soit « le droit des peuples d'exercer leur autonomie politique »<sup>1235</sup>. Autrement formulée, « l'autodétermination fait référence au pouvoir collectif de choisir, tandis que l'autonomie gouvernementale est l'une des conséquences de ce choix »<sup>1236</sup>. Pour ce dernier cas, les revendications autochtones portent sur le libre choix du modèle de représentation politique.

**399.** Ainsi, dans le cadre des revendications relatives à l'autodétermination, de façon similaire à l'ordre juridique international, il existe principalement deux alternatives pour les communautés autochtones. La première alternative est celle d'une revendication sécessionniste en faveur de la

---

<sup>1234</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, op. cit., p. 238.

<sup>1235</sup> *Ibid.*

<sup>1236</sup> *Ibid.*

création d'un État, même associé<sup>1237</sup>, distinct du premier. La seconde alternative consiste à requérir, à l'intérieur du cadre national existant, des droits particuliers pour les populations autochtones. Il ressort du choix entre ces différentes alternatives que les revendications quant à la représentation politique seront différentes. Ainsi, à l'échelle nationale, les revendications d'une autodétermination externe et d'une représentation politique souveraine sont privilégiées par les Kanak de Nouvelle-Calédonie (1), quand les demandes se fondent sur le droit à une autodétermination interne et un libre choix de modèle de représentation politique pour les Amérindiens de Guyane<sup>1238</sup>(2) et les autochtones du Canada (3).

### 1. Des revendications fondées sur l'autodétermination externe et une représentation souveraine

**400.** En Nouvelle-Calédonie, les revendications kanak sont initialement autonomistes. C'est du moins l'objectif qui ressort du slogan de l'Union calédonienne : «deux couleurs, un seul peuple»<sup>1239</sup>. Si la loi-cadre *Defferre* permet en 1956 une autonomie de gestion, celle-ci est remise en cause par les réformes statutaires suivantes<sup>1240</sup>. En conséquence, dans le contexte international d'une vague d'indépendances et après mai 68, les revendications évoluent vers le droit à l'autodétermination, portées par le Groupe 1878, en référence à la révolte d'Ataï<sup>1241</sup>, et par les Foulards Rouges animés par Nidoisch Naisseline, fils du grand chef coutumier du district de

---

<sup>1237</sup> Sur ce point, développé plus tard dans la présente recherche, Voir, Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique sud*, op. cit. Voir, Chapitre 7, Section 1, Paragraphe 1, para. 822-832.

<sup>1238</sup> Pour Wallis et Futuna, la situation est un peu différente. En effet, par l'isolement géographique des deux archipels, la coutume est préservée. De plus, ayant rejoint la France bien plus tard et selon leur volonté, la loi de 1961 laisse une place aux institutions autochtones et leur octroie une certaine marge de manœuvre. Minoritaires au sein de la République française, mais majoritaires sur les îles, les représentants coutumiers partagent leurs compétences de façon équilibrée et pacifiée avec les représentants élus. Cette coexistence avec le droit républicain sera explicitée dans les chapitres suivants. Du reste, pour ce chapitre, l'analyse d'une survivance des coutumes au sein de potentielles revendications wallisiennes et futuniennes aurait ici peu d'intérêt.

<sup>1239</sup> Stéphanie Graff cite aussi le programme de l'Union Multiraciale pour les élections législatives du 4 et 11 mars 1973. Voir, Stéphanie GRAFF, «Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie», *Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, p. 61-83, spé. p. 64.

<sup>1240</sup> Notamment avec l'adoption de la loi Jacquinot qui supprime le Conseil de gouvernement et les ministres instaurés par la loi-cadre Defferre et les lois Billotte, par lesquelles l'État reprend la gestion des communes et du domaine minier. Voir, Loi n° 63-1246 du 21 décembre 1963 *portant réorganisation du Conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 22 décembre 1963, p. 11451. Voir, Loi n° 69-4 du 3 janvier 1969 *modifiant la réglementation minière en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 4 du 5 janvier 1969, p. 169. Voir aussi, Loi n° 69-5 du 3 janvier 1969 *relative à la création et à l'organisation des communes dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 4 du 5 janvier 1969, p. 196-197. Ces dernières sont qualifiées localement de «lois scélérates», y compris par le Sénateur conservateur Henri Lafleur. Voir, Maurice H. LENORMAND, «Décolonisation ratée, indépendance avortée», *Journal de la Société des océanistes*, n° 92-93, 1991, p. 141-155, spé. p. 143-145. Maurice Lenormand rapporte que «chaque remaniement de statut fut une duperie pour les Kanaks, un pas en arrière vis-à-vis de l'émancipation, un pas en avant vers l'étatisation et vers une départementalisation déguisée».

<sup>1241</sup> Voir, Chapitre 1, Section 2.

Guahma<sup>1242</sup>. Dans cet objectif, l'Union Multiraciale de Nouvelle-Calédonie (UMNC) se forme en 1970 et l'Union progressiste mélanésienne (UPM) en 1974. L'Union Multiraciale devient ensuite le Front Uni de Libération Kanake (FULK) et le 22 juin 1975, l'ensemble de ces élus et groupements effectuent une déclaration commune en faveur de l'indépendance kanak<sup>1243</sup>.

**401.** Cette même année 1975, le festival culturel « Mélanésia 2000 » réunit plus de deux mille participants kanak et réalise plus de cinquante mille entrées<sup>1244</sup>. L'évènement constitue l'occasion d'une affirmation identitaire et culturelle, confirmant, bien que l'indépendance reste le discours dominant, l'idée selon laquelle l'autochtonie n'est pas non plus absente des revendications<sup>1245</sup>. Jean-Marie Tjibaou « donne à voir » la coutume<sup>1246</sup>, mais ce qui importe ce sont « les chemins de paille », c'est-à-dire l'emprunt de sentiers coutumiers, pour aller solliciter la participation à l'évènement des chefs coutumiers, de village en village. Il s'agit bien d'« une réactivation permanente des alliances entre les lignées, liée à leurs enjeux politiques au sein de la société traditionnelle »<sup>1247</sup>. Quarante ans après, le Sénat coutumier se réclame de cet acte fondateur<sup>1248</sup>. Comme l'explique Caroline Graille, les traditions et les coutumes permettent autant un rassemblement sous l'identité kanak, qu'elles donnent un contenu matériel et « tangible » aux revendications indépendantistes<sup>1249</sup>.

**402.** En 1979, la lutte kanak se poursuit par la création du Front indépendantiste regroupant l'Union calédonienne, le Palika, l'UPM, le FULK et le Parti socialiste calédonien. En 1980, lors du XI<sup>e</sup> Congrès de l'Union calédonienne, un « top 82 » est lancé, symbole du décompte pour une

---

<sup>1242</sup> Ces deux groupes fusionnent en 1975 lors du congrès de Temala pour former le *Parti de Libération Kanak* (Palika).

<sup>1243</sup> Isabelle LEBLIC, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 302.

<sup>1244</sup> Philippe MISSOTTE, « Le Festival Mélanésia 2000 - septembre 1975 », *Journal de la Société des océanistes*, vol. 100-101, n° 1-2, 1995, p. 59-100, spé. p. 80-83.

<sup>1245</sup> Le discours autochtoniste concurrence d'ailleurs « depuis quelques années le discours de l'indépendance, jusqu'alors dominant ». Voir, Benoît TREPIED, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? », *La vie des idées*, 2012, en ligne : <https://lavedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html> (consulté le 02.02.2022).

<sup>1246</sup> Ce festival rencontre alors quelques oppositions, dénonçant la folklorisation des coutumes, matérialisées par le tract distribué par le Groupe 1878 : « Où est la différence entre les bons esclaves qui chantent pour le bon plaisir de leur maître [...] et des Kanaks payés pour prostituer leurs coutumes, chants et danses dans un immense folklore caricaturant ce qui leur reste de leur civilisation ancestrale ? », reproduit par, Caroline GRAILLE, « 1975-2015 : retour sur Mélanésia 2000, symbole de la renaissance culturelle kanak », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 142-143, 2016, p. 73-98, spé. p. 80.

<sup>1247</sup> Philippe MISSOTTE, « Le Festival Mélanésia 2000 - septembre 1975 », *art. cit.*, spé. p. 71.

<sup>1248</sup> « Nous affirmons tous ici que l'adoption de la *Charte du peuple kanak* est un acte historique fondateur sur le plan coutumier et sociétal, [...] comme fut « Mélanésia 2000 » en 1975 organisé par Jean-Marie Tjibaou qui mobilisa avec « le chemin de la paille » et pour la première fois à Nouméa, les chefferies de la Grande Terre et des Îles ». Voir, Luc WEMA, « La Parole du sénat coutumier. À l'occasion de la proclamation et de la publication de la charte du peuple kanak, lors du Congrès du Pays kanak », dans SENAT COUTUMIER, *Charte du Peuple Kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, Nouméa, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, 2014, p. 35.

<sup>1249</sup> Ainsi, Jean-Marie Tjibaou entend « forger l'image d'un peuple kanak enraciné dans l'histoire ancienne de la Nouvelle-Calédonie et rassemblé autour de quelques valeurs précisément choisies : attachement à la terre ancestrale, sens de l'échange et du dialogue, puissance fondatrice de la tradition orale ». Voir, Caroline GRAILLE, *Des Militants aux Professionnels de la Culture : les représentations de l'identité kanak en Nouvelle-Calédonie (1975-2015)*, Thèse de doctorat Université Paul Valéry Montpellier III, 2015, version en ligne, p. 294.

indépendance en 1982<sup>1250</sup>. Toutefois, dès les années 1980, les tensions et les conflits violents se multiplient<sup>1251</sup>. Pour apaiser la situation, la table ronde de Nainville-les-Roches rassemble Georges Lemoine, Hilarion Vendegou, représentant du Conseil des grands chefs<sup>1252</sup>, mais aussi les représentants de l'État, du Front Indépendantiste (FI), du Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR) et de la Fédération pour une Nouvelle Société calédonienne (FNSC). Elle aboutit à l'adoption, en 1983, d'une déclaration finale qui reconnaît d'une part, la civilisation mélanésienne et « la manifestation de sa représentativité par la coutume dans les institutions à définir » et, d'autre part, « un droit inné et actif à l'indépendance, dont l'exercice doit se faire dans le cadre de l'autodétermination prévue et définie par la Constitution de la République française »<sup>1253</sup>. Cette autodétermination doit alors passer par un statut d'autonomie interne, sans qu'il ne soit encore question de la souveraineté de la représentation politique calédonienne.

**403.** C'est durant l'année particulière de 1984 que la loi du 6 septembre, dit Statut Lemoine, en faveur d'une autonomie renforcée est adoptée. Elle met en place les institutions nouvelles, négociée l'année précédente, et divise le territoire en six « Pays », dont le découpage tient compte des aires coutumières. L'Assemblée territoriale continue d'assurer la représentation locale et les autorités du territoire se voient attribuer la compétence de droit commun<sup>1254</sup>. En outre, la représentation coutumière est assurée à travers l'Assemblée de Pays, seconde chambre consultative, composée, selon l'article 73, de « vingt-quatre représentants de la coutume et de vingt-quatre représentants des communes »<sup>1255</sup>, constituant à la fois la chambre coutumière et le collègue des élus. Par ailleurs, l'article 74 précise que les représentants coutumiers sont désignés selon les usages reconnus par la coutume du pays<sup>1256</sup>. Enfin, la loi prévoit la consultation

---

<sup>1250</sup> Isabelle LEBLIC, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 303.

<sup>1251</sup> Pour ne citer que quelques exemples, le 19 septembre 1981, Pierre Declercq, secrétaire général de l'UC, est assassiné. En Janvier 1983, par suite d'un conflit « opposant les Kanaks de Koindé-Ouipouin à un entrepreneur, deux gendarmes sont tués ». De même, le 5 décembre 1984, a lieu le massacre de Hienghène : « lors d'une embuscade, des loyalistes assassinent dix Kanaks de Tiendanite (Hienghène), dont deux frères de Jean-Marie Tjibaou ». Voir, Isabelle LEBLIC, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 303-304.

<sup>1252</sup> « Le conseil des grands chefs, organisation coutumière rassemble les grands chefs de 49 districts ». Voir, Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *Annuaire des collectivités locales*, t. 9, 1989, p 61-79, spé. p. 66. Son existence coutumière est ancienne, mais sa consécration officielle date du Congrès du Pays kanak de septembre 2022.

<sup>1253</sup> Déclaration de Nainville-les-Roches du 12 juillet 1983, reproduit en annexe dans Alexandre JUSTER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, Paris, Les éditions de Moana, 2018, p. 149-150. Il est à note que le RPCR ne signe pas la déclaration, opposé à au processus d'autodétermination.

<sup>1254</sup> Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F. du 7 septembre 1984, p. 2840. La compétence de droit commun est à l'article 4. L'article 5 exclut les compétences de souveraineté habituelles, alors au bénéfice de l'État, tel que les relations extérieures, le contrôle de l'immigration, les communications extérieures, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles, la monnaie, les relations financières avec l'étranger, la défense, le maintien de l'ordre et la nationalité.

<sup>1255</sup> *Ibid.*, art. 73.

<sup>1256</sup> *Ibid.*, art. 74.

référendaire des Calédoniens, cinq ans après, sur le maintien du statut, sa transformation, ou l'indépendance<sup>1257</sup>.

**404.** Néanmoins, le parti loyaliste du RPCR autant que les partis indépendantistes s'opposent à ce statut. Pour les seconds, le désaccord porte principalement sur la composition — trop large — du corps électoral prévue lors du scrutin d'autodétermination. C'est pourquoi, en novembre 1984, le Front indépendantiste devient le Front de Libération nationale Kanak et Socialiste (FLNKS) excluant le Parti socialiste, mais incluant désormais le Rassemblement démocratique océanien (RDO) représentant les intérêts des communautés wallisiennes et futuniennes du Caillou favorables à l'indépendance. Ce rassemblement de partis politiques appelle au boycott actif des élections de l'Assemblée territoriale du 18 novembre 1984<sup>1258</sup>. Sans surprise, le RPCR sort donc fortement majoritaire des urnes<sup>1259</sup>.

**405.** L'ensemble de ces événements conduit à une situation insurrectionnelle. En décembre 1984, le FLNKS, présidé par Jean-Marie Tjibaou, proclame un gouvernement provisoire, sous les couleurs du drapeau de Kanaky récemment adopté, revendiquant l'indépendance et une représentation politique souveraine sur le territoire<sup>1260</sup>. Les « événements » de Nouvelle-Calédonie se déroulent dans un cadre juridique instable<sup>1261</sup>. En 1985, le Plan Pisani propose l'organisation prématurée du référendum d'autodétermination, « ouvert aux citoyens français ayant trois ans de résidence minimum en Nouvelle-Calédonie »<sup>1262</sup>. Sur le fondement de l'article 88 de la Constitution, les électeurs auraient le choix entre le maintien du statut ou la « constitution de la Calédonie en un État indépendant associé à la France »<sup>1263</sup>. Cependant, suivant la persistance des conflits et la déclaration de l'état d'urgence<sup>1264</sup>, ce plan est modifié par la loi du 23 août 1985, dit Statut Fabius-Pisani<sup>1265</sup>. Le nouveau dispositif aménage les institutions en faveur d'une

---

<sup>1257</sup> Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *préc.*, art. 1.

<sup>1258</sup> Stéphanie GRAFF, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 72.

<sup>1259</sup> Alexandre JUSTER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>1260</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 68.

<sup>1261</sup> Les « événements » désignent la période de 1984 à 1988 en Nouvelle-Calédonie, durant lesquels plus de 79 personnes sont tuées.

<sup>1262</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 68.

<sup>1263</sup> *Ibid.*

<sup>1264</sup> Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 *proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.N.C. du 15 janvier 1985, p. 47. Il est suivi d'un arrêté d'application. Voir, Arrêté n° 85-036 du 12 janvier 1985 *prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre public en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.N.C. du 15 janvier 1985, p. 47. Ensuite, la loi du 25 janvier 1985 ne proroge pas l'état d'urgence, mais le « rétablit », selon le professeur Olivier Beaud. Enfin, la décision du 25 janvier 1985 marque l'histoire de l'état d'urgence « en accréditant l'idée que puissent coexister, dans le droit positif français, deux types de régimes d'exception, l'un constitutionnel et l'autre législatif ». Voir, Olivier BEAUD, *L'état d'urgence et l'État de droit*, Nouméa, *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, Conférence faite à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, 2016, p. 21. Voir, Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 *relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F. du 26 janvier 1985, p. 1087.

<sup>1265</sup> Loi n° 85-892 du 23 août 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 22 du 24 août 1985, p. 977.

régionalisation en quatre collectivités. Un conseil consultatif coutumier est également institué dans chaque collectivité et les quatre conseils coutumiers forment le conseil coutumier territorial. Si une représentation coutumière est instituée, ce statut est considéré comme transitoire jusqu'au référendum dont l'issue est l'accession à l'indépendance. C'est pourquoi, parallèlement, la loi du 17 juillet 1986 prévoit la tenue d'un nouveau référendum d'autodétermination<sup>1266</sup>. Toutefois, le FLNKS maintient l'ordre de boycott, affirmant que seuls les Kanak devraient pouvoir voter<sup>1267</sup>. Lors du référendum du 13 septembre 1987, 98,3 % des suffrages s'expriment en faveur du maintien au sein de la République, mais l'abstention de 40 % entache la légitimité du scrutin<sup>1268</sup>. La loi du 22 janvier 1988, dit Statut Pons, résultat du référendum, modifie donc de nouveau le paysage institutionnel, dans un contexte de grande instabilité<sup>1269</sup>. Au paroxysme des tensions durant l'entre-deux-tours présidentiel de 1988, les conflits s'enveniment jusqu'au drame d'Ouvéa : « des militants du FLNKS tuent quatre gendarmes, en retiennent d'autres en otages dans la grotte de Gossanah dans l'espoir d'obtenir une indépendance immédiate. L'assaut donné, le 5 mai 1988, par les forces de l'ordre pour libérer les otages fait vingt et un morts : dix-neuf Kanak et deux gendarmes »<sup>1270</sup>. L'impasse politique n'est levée que par le processus des Accords de Matignon, où l'utilisation de la coutume, élément supplémentaire témoignant de sa survivance, participe à la résolution du conflit<sup>1271</sup>. Les revendications s'inscrivent donc bien dans le registre de l'autodétermination externe et l'indépendance, pour une représentation politique souveraine. Par ailleurs, les demandes sont assez différentes en Guyane.

## 2. Des revendications fondées sur l'autochtonie en Guyane

**406.** Les revendications d'autodétermination en Guyane peuvent émaner de deux origines. D'une part, il existe effectivement une résistance nationaliste créole qui milite en faveur de l'indépendance du territoire<sup>1272</sup>. D'autre part, il y a également un mouvement autochtone, porteur des intérêts des Amérindiens, auquel il s'agit ici de s'intéresser<sup>1273</sup>.

<sup>1266</sup> Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 19 juillet 1986, p. 8927.

<sup>1267</sup> Catherine TASCIA, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (n° 937) relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée nationale, 1998, p. 21.

<sup>1268</sup> Alexandre JUSTER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, op. cit., p. 120.

<sup>1269</sup> Loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 26 janvier 1988, p. 1231.

<sup>1270</sup> Christiane TERRIER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2010, p. 35.

<sup>1271</sup> Pour l'analyse des Accords de Matignon, Voir, para. 621-643.

<sup>1272</sup> Serge MAM LAM FOUCK « L'Union du Peuple Guyanais et l'invention du nationalisme en Guyane française (1955-1965) », *Outre-mer*, t. 93, n° 352-353, 2006, p. 259-292.

<sup>1273</sup> Gérard Collomb compare cette situation à celle observée au Canada : « Dans le jeu à trois qui oppose sur des enjeux identitaires et nationaux l'État, les "autochtones" et les porteurs d'une sensibilité nationaliste "guyanaise", une situation comparable à celle qui voit les "premières nations" affirmer leur spécificité entre l'État canadien fédéral et



407. Benoît Trépiéd affirme que les revendications amérindiennes sont davantage fondées sur le concept juridique d'autochtonie, largement influencé dans sa construction par le droit international<sup>1274</sup>. Dès lors, ces revendications sont principalement portées aux niveaux international et national par les Kali'nas, plus au contact avec les politiques françaises d'intégration. Comme le précise Gérard Collomb, ils restent « les porte-parole à peu près exclusifs des revendications amérindiennes en Guyane »<sup>1275</sup>. Ce sont d'ailleurs les Kali'nas qui créent, en 1981, l'Association des Amérindiens de Guyane française (AAGF)<sup>1276</sup> et qui rassemblent en 1984, « des représentants des diverses “nations” pour énoncer un certain nombre de revendications et contester le modèle de l'État jacobin français »<sup>1277</sup>. L'association s'appuie à la fois sur la représentativité qu'elle permet, mais aussi sur les intérêts des Amérindiens qu'elle rend visibles à d'autres sphères. Ainsi Thomas Appolinaire, co-fondateur de l'AAGF, explique : « nous sommes, l'association, leur porte-parole devant les élus, devant d'autres instances à l'extérieur. L'association [...] a été le porte-parole de toute la nation amérindienne de Guyane »<sup>1278</sup>. Dans ce porte-parolat, il y a surtout l'idée d'une certaine représentativité : les intérêts des Amérindiens sont représentés par des Amérindiens conscients des problématiques communes auxquelles font face les minorités.

408. Lors du rassemblement de 1984, Félix Tiouka, président de l'AAGF, s'adresse aux autorités françaises par un discours vindicatif. Il demande notamment la prise en compte du « droit amérindien » et d'une représentativité des Amérindiens dans l'élaboration des normes juridiques :

Nous, peuple EPWWAG [...] voudrions que l'on tienne aussi compte de nos traditions culturelles dans l'élaboration de ces règles. Entre autres, nous ne comprenons pas pourquoi vos juristes et législateurs ne veulent tenir compte dans leurs argumentations et décisions que du droit écrit d'origine européenne, en ignorant totalement les principes du droit non écrit des peuples autochtones d'Amérique<sup>1279</sup>.

---

un Québec souverainiste ». Voir, Gérard COLLOMB, « De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 44.

<sup>1274</sup> Benoît TRÉPIÉD, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? », *art. cit.*

<sup>1275</sup> Gérard COLLOMB, « De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 37.

<sup>1276</sup> Aussi connu sous le nom de AAGF-EPWWAG, puisque l'Association des Amérindiens de Guyane française représente les Amérindiens Émerillons – Palikur – Wayāpi – Wayana – Arawak – Galibi (AAGF-EPWWAG).

<sup>1277</sup> Gérard COLLOMB, « De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie », *art. cit.*, p. 37.

<sup>1278</sup> Félix TIOUKA et Thomas APPOLINAIRE, *Paroles kali'na : Entretiens avec deux amérindiens d'en France*, Paris, Éd. Pandolfi-Crozier, 2018, p. 19-22.

<sup>1279</sup> Alexis TIOUKA, « Stratégies amérindiennes en Guyane française », *art. cit.*, p. 206-207. Le titre exact de cette déclaration est *Nana iñonoli. nana kinipinanon. iyombo nana isbeman, Adresse au Gouvernement et au peuple français*. Voir aussi, Alexis TIOUKA et Hélène FERRARINI, *Petit guerrier pour la paix. Les luttes amérindiennes racontées à la jeunesse (et à tous les curieux)*, Matoury – Guyane, Ibis Rouge Éditions, 2017, p. 101.

Cette première demande semble donc assurément liée à l'autochtonie et à la mise en place de procédures aménagées, intégrant un droit coutumier. Toutefois, la suite du discours semble à la fois mêler revendications indépendantistes et autochtonistes puisqu'il déclare :

Nous, peuples EPWWAG, étions souverains au moment de la venue des premiers Européens et de leur installation sur nos terres. Nous jouissions alors de tous les attributs d'une souveraineté pleine et entière. [...] Nous affirmons bien fort et bien haut que nos droits aborigènes sont des droits de souveraineté, car comment aurait-il pu en être autrement, dans notre situation précolombienne de complète autonomie économique, sociale, politique, culturelle et religieuse ? [...] Nous ne pensons pas que la venue d'étrangers européens sur nos terres, même si ceux-ci furent acceptés, jusqu'à un certain point, par nos ancêtres, a modifié notre situation de peuple souverain sur nos territoires. Seule la conquête armée ou notre consentement tacite à aliéner nos droits au profit de la société dominante, aurait pu nous faire perdre cette souveraineté. [...] Nous ne voulons pas non plus devenir des Français comme les autres ou même « à part entière ». Nous voulons obtenir la reconnaissance de nos droits aborigènes, c'est-à-dire, la reconnaissance de nos droits territoriaux, de notre droit à demeurer Amérindiens et à développer nos institutions et notre culture propres<sup>1280</sup>.

Cet extrait laisse voir que les discours souverainistes et autochtonistes sont souvent régulièrement confondus, l'un appuyant l'argumentaire de l'autre, la demande de l'autodétermination se mélange à celle de la représentation politique d'un peuple se voulant distinct. À la suite de ce discours, le décret du 14 avril 1987 modifie le Code du domaine de l'État et octroie des droits d'usage collectifs aux « communautés tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt »<sup>1281</sup>. Démontrant la réticence du législateur à reconnaître les spécificités autochtones, il s'agit pourtant d'une avancée dans la reconnaissance collective d'un mode de vie particulier<sup>1282</sup>.

**409.** À cette période, toutefois, la reconnaissance juridique tout comme la représentativité politique des Amérindiens restent limitées. Conséquemment à la période coloniale durant laquelle leurs spécificités ne sont pas prises en compte, les Amérindiens ne bénéficient pas d'un statut personnel coutumier. Pour pallier cela, le 9 mai 1972, une proposition de loi *portant statut des populations tribales* est déposée sur le bureau de l'Assemblée nationale, mais est oubliée après la disparition du président Georges Pompidou<sup>1283</sup>. Sur le même modèle, en 1984, un avant-projet de loi *portant statut des populations amérindiennes et noirs-marrons réfugiées de Guyane française* est donné par l'AAGF et l'ONG *Survival International*, au secrétariat d'État aux DOM-TOM. Il prévoit un statut

---

<sup>1280</sup> Alexis TIOUKA, « Stratégies amérindiennes en Guyane française », *art. cit.*, p. 206-207.

<sup>1281</sup> Décret n° 87-287 du 14 avril 1987, *modifiant le code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F., du 16 avril 1987, p. 4316, spé. p. 4319, art. R. 170-56 : « Le commissaire de la République constate au profit des communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt l'existence sur les terrains domaniaux de la Guyane de droits d'usage collectifs pour la pratique de la chasse, de la pêche et, d'une manière générale, pour l'exercice de toute activité nécessaire à la subsistance de ces communautés ».

<sup>1282</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, *préc.*, p. 1 et s.

<sup>1283</sup> Projet de loi n° 2320, dit « Projet Ploux », *portant statut des populations tribales*, déposé le 9 mai 1972. Pour une analyse de ce projet de loi, Voir, Jean-Marcel HURAUULT, « Pour un statut des populations tribales de Guyane française », *art. cit.*, p. 42-53. Il est aussi rapporté que « l'auteur de ce projet de loi, Mme Ploux, Secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation, aurait signalé à l'Assemblée nationale, en septembre 1973, que le projet heurtait les élus locaux malgré l'approbation sur le fond (et non sur la forme) du Préfet Delaunay en janvier 1974 ». Voir, COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, *préc.*, p. 1 et s.

personnel coutumier<sup>1284</sup>, l'octroi de compétences aux institutions représentatives coutumières<sup>1285</sup> et la création d'un Conseil des populations amérindiennes, consultatif sur les mesures intéressant les Amérindiens et composé notamment « des représentants des ressortissants français de ces populations »<sup>1286</sup>. Toutefois, cet avant-projet, qui aurait consacré la reconnaissance législative d'une représentation coutumière, n'est jamais discuté au Parlement.

**410.** Suite à ces échecs, en 1993, le Conseil des chefs coutumiers de Guyane (CCCCG) se forme et organise sa première rencontre à Awala-Yalimapo<sup>1287</sup>. Cette même année, l'AAGF devient la Fédération des Organisations autochtones de Guyane (FOAG) et rédige la *Convention Kolopo'no*, soumise à la signature et à l'engagement des candidats aux élections législatives de 1993 vis-à-vis des Amérindiens<sup>1288</sup>. Les dispositions conventionnelles soulignent la nécessité de consolider les organisations autochtones pour soutenir leur pouvoir de décision et de « renforcer leur participation à la prise de décision, à la conception et à l'exécution de mesures et d'activité qui affectent leur qualité de vie »<sup>1289</sup>. Surtout, le préambule affirme le caractère représentatif des rédacteurs puisqu'il est écrit : « La présente convention est élaborée par les représentants des peuples indigènes de Guyane. Elle a pour objet la reconnaissance politique de ces peuples indigènes dans le processus décisionnel du développement économique, social et culturel de la Guyane ». Enfin, le préambule mentionne les textes internationaux tels que la *Déclaration universelle*

---

<sup>1284</sup> « Texte de l'avant-projet de 1984, Projet de loi portant statut des populations amérindiennes et noires réfugiées de Guyane française », reproduit dans, Jean-Pascal MARTRES et Jacques LARRIEU (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 109. L'article 6 est rédigé comme tel : « Les ressortissants français des groupes précités ne sont pas régis par le code civil et demeurent soumis au droit coutumier à moins qu'ils n'y renoncent expressément par définition individuelle ».

<sup>1285</sup> *Ibid.*, p. 111-113. Cette interprétation relève d'une lecture combinée des articles 2, 3 et 14 de la proposition de loi. L'article 2 dispose : « Chacun des groupes amérindiens et noirs réfugiés de la Guyane française [...] vit sous la loi coutumière liée à son organisation familiale, sociale, économique et politique ». Et l'article 3 précise : « Le groupe défini à l'article 2 est seul habilité à déterminer le droit coutumier régissant l'état des personnes, la possession et la transmission des biens et à modifier ce droit en fonction de l'évolution de son genre de vie ». Enfin, l'article 14 affirme : « Les chefs des groupes et des communautés villageoises précités sont librement désignés par leurs membres. Il leur est versé une indemnité dont le montant est déterminé par arrêté du préfet de Guyane ». Cette interprétation est partagée par Jack Vimont qui écrit « Le titre III officialise l'institution des chefs coutumiers ». Voir, Jack VIMONT, « Commentaire : les aspects civils de l'avant-projet de 1984 », dans Jean-Pascal MARTRES et Jacques LARRIEU (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 117-128, spé. p.120. Voir aussi, Thierry MICHALON, « Commentaire : les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », dans Jean-Pascal MARTRES et Jacques LARRIEU (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 153-164.

<sup>1286</sup> « Texte de l'avant-projet de 1984, Projet de loi portant statut des populations amérindiennes et noires réfugiées de Guyane française », reproduit dans, Jean-Pascal MARTRES et Jacques LARRIEU (dir.), *Coutumes et droit en Guyane, op. cit.*, p. 114, art. 16.

<sup>1287</sup> GROUPE INTERNATIONAL DE TRAVAIL POUR LES PEUPLES AUTOCHTONES (GIPTA), « Crise au sein des organisations autochtones amérindiennes représentatives », *GIPTA*, en ligne : <https://gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA%20500-9WEBDOCGUYANESONG.htm> (consulté le 22.02.2022).

<sup>1288</sup> *Kolopo'no* est un terme qui signifie « demain » ou « avenir ». La Convention est notamment signée par le député Léon Bertrand avant son élection.

<sup>1289</sup> Alexis TIOUKA, « Pour rafraîchir la mémoire collective », *Chroniques atypiques de la Guyane française*, 2008, en ligne : [https://www.blada.com/chroniques/2008/2805-Pour\\_rafraichir\\_la\\_memoire\\_collective.htm](https://www.blada.com/chroniques/2008/2805-Pour_rafraichir_la_memoire_collective.htm) (consulté le 22.02.2022).

*des droits de l'homme*, la Convention 169 de l'OIT, et les travaux de la Commission des droits de l'homme de l'ONU. Selon Gérard Collomb, ces références, dont l'objectif reste de juridiciser et de légitimer le contenu, composent désormais «un préambule obligé des discours, notes et communiqués à travers lesquels les organisations amérindiennes seront amenées à exposer leurs vues ou à faire valoir leurs revendications»<sup>1290</sup>.

**411.** En décembre 1996, les revendications persistent avec l'adoption d'une résolution lors du Congrès de la FOAG. Celle-ci affirme la réunion de toutes les ethnies de la Guyane française en un seul peuple autochtone :

Nous sommes un peuple. Nous sommes Kali'na, Teko, Lokono, Plikweneh, Wayapi, Wayana. [...] Nous formons une société organisée de personnes autochtones et nous faisons partie de la communauté des peuples indigènes à l'échelle mondiale. Nous sommes les premiers habitants de notre territoire, nous l'occupons et nous y gouvernons nous-mêmes depuis les temps immémoriaux<sup>1291</sup>.

Dans cette continuité, les chefs coutumiers instituent un Haut Conseil coutumier en 1998 et expriment, par la *Déclaration de Belle-Vue Yanou* du 27 mai, le caractère réellement représentatif de la représentation coutumière amérindienne :

Nous, représentants des Conseils Coutumiers constitués en Haut Conseil, dénonçons toutes les ingérences et interférences des politiques ou des collectivités dans les affaires amérindiennes sans prendre en considération l'autorité présente. [...] Nous réaffirmons avec instance que l'ordre social, juridique et spirituel est sous l'autorité du Chef et de son conseil coutumier. Par conséquent, les décisions, l'envoi des documents officiels, les relations avec d'autres institutions, gouvernementales, des collectivités territoriales ou l'administration, doivent avoir le cachet et la signature du représentant. À l'égard de notre antériorité, les législations doivent s'adapter et légaliser le statut de nos autorités traditionnelles, soit par un additif à la loi de la décentralisation ou dans tous processus d'amélioration ou de transformation du statut de la Guyane. Les compétences d'une commune tendent à écraser celles du conseil communautaire, et cette situation amène des conflits et porte atteinte à notre dignité d'hommes privilégiant la voie pacifique. Une répartition de compétences est nécessaire et devra tenir compte de tous les moyens structurels et financiers nécessaires pour remplir la mission du conseil communautaire<sup>1292</sup>.

Dans cet extrait, les revendications autochtonistes sont clairement identifiables. En effet, une reconnaissance et un aménagement des lois françaises sont requis sur le fondement de ces particularismes. L'un des particularismes, commun aux autres populations autochtones, demeure celui de l'antériorité de l'arrivée<sup>1293</sup>. Cependant, sur ce critère, ni séparatisme ni visée indépendantiste ne sont formulés : les objectifs doivent être atteints à l'intérieur de la République française. Pour autant, ce qui est revendiqué, c'est la survivance pleine et entière des systèmes de représentation coutumiers : les autorités du chef et du conseil communautaire sont présentées

---

<sup>1290</sup> Gérard COLLOMB, «De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie», *art. cit.*, p. 42.

<sup>1291</sup> FOAG, *Résolution finale du Deuxième Congrès de la FOAG*, 1996, cité par Gérard COLLOMB, «Entre Orénoque et Amazone, une respiration politique kali'na», *Cahiers des Amériques latines*, n° 43, 2003, p. 87-102, spé. p. 96.

<sup>1292</sup> Gérard COLLOMB, «De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie», *art. cit.*, p. 43-46.

<sup>1293</sup> Philippe KARPE, *Les collectivités autochtones*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2002, version en ligne, p. 35-86.

comme intactes et les institutions étatiques devraient considérer ces derniers comme les représentants politiques autonomes des Amérindiens. La revendication reste donc celle d'une autodétermination interne et du choix de ses représentants. Le Haut Conseil demande ainsi la reconnaissance juridique de leur système de représentation coutumier et conséquemment, la compétence qui en découle selon une conception volitive : celle de *vouloir pour eux même*, en dernier ressort. Toutefois, s'ils dénoncent l'empiétement des communes, voire l'ingérence des collectivités, ils ne refusent pas nécessairement une répartition des compétences, visant à garantir la coexistence pacifique d'un système étatique et d'un système coutumier. En l'espèce, les revendications s'avèrent assez similaires au Canada.

### 3. Des revendications fondées sur l'autochtonie au Canada

**412.** Dans les années 1960, les revendications des autochtones du Canada s'élaborent au niveau international, puis s'invitent peu à peu sur la scène nationale. Les autochtones sont consultés lors de la rédaction du *Livre blanc* de 1969. Toutefois, le document final rencontre de nombreuses oppositions<sup>1294</sup>, notamment par le *Livre rouge* de 1970, réclamant que les particularités autochtones soient reconnues au terme d'une « citoyenneté avantagée » ou « *Citizen plus* »<sup>1295</sup>. De même, le *Livre Brun* reflète les positions des chefs de Colombie-Britannique, qui demandent en tant que représentants, le droit de « déterminer leur propre destin »<sup>1296</sup>. Il s'agit d'un appel au droit à l'autodétermination, tout du moins interne, qui ne cesse ensuite d'être repris.

**413.** En 1974, le Bureau des revendications est mis en place<sup>1297</sup> : l'impulsion vient de l'affaire *Calder* en 1973, qui reconnaît la validité du titre autochtone sur les terres malgré la colonisation et ouvre la voie à de nombreuses revendications, au départ principalement foncières. Le Bureau distingue alors deux types de demandes : d'une part, celles résultant d'accusations selon lesquelles le gouvernement fédéral n'a pas respecté ses obligations légales en vertu des traités et, d'autre part,

---

<sup>1294</sup> Mécontent de ces réactions, le Premier ministre Pierre Elliot Trudeau déclare alors : « Nous les garderons dans un ghetto aussi longtemps qu'ils le voudront ». Voir, Pauline COMEAU et Aldo SANTIN, *The First Canadians : A Profile of Canada's Native People Today*, Toronto, James Lorimer & Company Publishers, 1995, p. 10. Source non traduite : « We'll keep them in the ghetto as long as they want. »

<sup>1295</sup> UNION DES CHEFS INDIENS DE L'ABERTA, « Foundational Document Citizens Plus », *Aboriginal Policy Studies*, vol. 1, n° 2, 2011, p. 188-281.

<sup>1296</sup> UNION DES CHEFS INDIENS DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, *A Declaration of Indian Rights : The B.C. Indian Position Paper, op. cit.*, p. 2.

<sup>1297</sup> La mise en place de commissions de revendications est recommandée par un comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes dès 1947, par un comité mixte entre 1959 et 1961, et enfin par une loi en 1969. Néanmoins, le Bureau des revendications n'est institué qu'en 1974. Avant d'être concentrée sur l'autodétermination interne, les revendications sont surtout territoriales. Voir, Gretchen ALBERS, « Peuples autochtones et revendications particulières », *L'Encyclopédie canadienne*, 2020, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/revendications-particulieres> (consulté le 24.02.2022).

celles fondées sur l'argument selon lequel les titres fonciers des autochtones n'ont jamais été annulés dans les régions du Canada non couvertes par les traités historiques<sup>1298</sup>. Ces dernières concernent notamment le Québec et la Colombie-Britannique. La difficulté réside dans le fait que le gouvernement fédéral se constitue à la fois comme juge et parti : les revendications aboutissent rarement à une reconnaissance juridique.

**414.** Au milieu des années 1970, les revendications évoluent : de territoriales, elles se recentrent sur l'autonomie gouvernementale. En effet, parallèlement, le Canada prépare le rapatriement de sa Constitution<sup>1299</sup>, procédure constitutionnelle particulière à laquelle les autochtones ne sont pas admis à participer. Ces derniers demeurent convaincus que toute modification constitutionnelle aura pour conséquence « de compromettre les traités signés avec la Couronne »<sup>1300</sup> et de supprimer le statut d'Indien<sup>1301</sup>. Par conséquent, ils s'opposent au rapatriement et se regroupent au sein du mouvement *Constitutionnal Express*, dont l'impulsion résulte de l'Union des chefs de Colombie-Britannique présidée par George Manuel. Il s'agit de deux trains qui, au départ de Vancouver, en novembre 1980, voyagent à destination d'Ottawa, récoltant de plus en plus de passagers le long du trajet. Quand les trains arrivent à Ottawa, plus d'un millier de personnes, principalement issues des Premières Nations, sont présentes dans la capitale fédérale pour faire entendre leur cause devant les parlementaires<sup>1302</sup>. L'objectif principal consiste à exiger la présence de représentants autochtones lors du processus de rapatriement de la Constitution canadienne. À ces fins, les mois suivants, les représentants autochtones continuent le voyage jusqu'aux Nations Unies, à New York, puis traversent l'océan Atlantique pour rejoindre les Pays-Bas, la France, l'Allemagne, la Belgique et finissent par rencontrer des parlementaires britanniques<sup>1303</sup>.

**415.** En 1980, lors des départs des trains, des pétitions sont conjointement adressées à la Reine Elizabeth II, à son représentant fédéral au Canada, le gouverneur général, et aux Nations Unies. Ces pétitions, ici celle pour la Reine, précisent les revendications de ce mouvement quant à la représentation politique :

---

<sup>1298</sup> Marine LE PULOUCH, « Vers une reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones », *Cercles*, n° 17, 2007, p. 48-61, spé. p. 53.

<sup>1299</sup> En effet, « à défaut de s'entendre sur une formule d'amendement, les parlementaires canadiens avaient préféré laisser à l'Angleterre le pouvoir de modifier la Constitution. Le Canada devait ainsi faire appel au législateur anglais quand il voulait modifier sa propre Constitution. En adoptant une loi à cet effet, l'Angleterre a mis fin à son pouvoir de légiférer pour le Canada ». Le rapatriement de la Constitution s'accompagne de l'inclusion de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir, Renée DUPUY, « Le Canada : droit des autochtones », dans Jean-Pascal MARTES et Jacques LARRIEU, *Coutumes et droit en Guyane, Amérindiens, Noirs-Marrons, Hmong*, Paris, Economica, 1993, p. 67-79, spé. p. 75. Voir aussi, Introduction, Section 1, Paragraphe 2.

<sup>1300</sup> Marine LE PULOUCH, « Vers une reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones », *art. cit.*, p. 54.

<sup>1301</sup> Sharon VENNE, « Indian Laws. The Constitution wouldn't recognise them », *Indian World*, vol. 4, n° 1, 1981, p. 26-29.

<sup>1302</sup> Erin HANSON, « Constitution Express », *First Nations Studies Program in University of British Columbia*, 2009, en ligne : [https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/constitution\\_express/](https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/constitution_express/) (consulté le 23.02.2022).

<sup>1303</sup> Pauline COMEAU et Aldo SANTIN, *The First Canadians : A Profile of Canada's Native People Today*, *op. cit.*, p. 17.

1. Nous sommes les nations originelles du Canada. [...]
2. Lorsque les premiers colons sont arrivés sur notre territoire indien, nous avons accueilli ceux qui respectaient notre souveraineté et nous les avons traités avec paix et amitié. [...]
3. Qui étaient ces colons ? Nous avons appris qu'ils venaient sous l'autorité de la Majesté Royale au Royaume-Uni [...]. Qui était la Majesté Royale ? Nous avons appris qu'elle était à la tête d'une grande et puissante famille représentant une Nation, tout comme nos dirigeants représentent nos Nations indiennes [...].
4. [...] Nous avons rencontré ses représentants et nous avons convenu de la façon dont nos nations distinctes allaient vivre ensemble<sup>1304</sup>.

La première partie constitue le rappel attendu à l'antériorité de l'arrivée des autochtones et aux traités passés avec les Européens. De plus, afin d'établir une égalité entre les deux systèmes juridiques, la représentation politique par la Reine est comparée à celle par les représentants autochtones. Les véritables revendications quant à la procédure de rapatriement viennent dans la suite du document :

12. [...] Nos nations indiennes existaient bien avant le gouvernement du Canada, et nous avons survécu malgré la négligence réelle de ce gouvernement pour nos besoins physiques et ses efforts pour nous assimiler.
13. Si Sa Majesté la Reine et son gouvernement en Grande-Bretagne rapatrient la Constitution canadienne selon les termes proposés par le gouvernement fédéral du Canada, Sa Majesté la Reine et son gouvernement en Grande-Bretagne participeront à des violations du traité, du droit international et des pactes internationaux dont le Canada et la Grande-Bretagne sont signataires. L'occasion existe d'élever la modification constitutionnelle au rang d'exercice d'esprit d'État et de construction de la nation<sup>1305</sup>.

Le droit international devient ainsi un fondement récurrent dans les revendications autochtones. Celui-ci se complète par le rappel aux traités passés, étant considérés par certaines Premières Nations comme des traités de droit international conclus entre deux organisations souveraines. Des revendications davantage tournées vers la scène politique nationale sont ensuite formulées :

14. [...] Nous avons longuement et sérieusement examiné, dans de nombreuses assemblées de notre peuple, les moyens d'intégrer notre statut spécial au système fédéral canadien. Nous sommes convaincus que cet objectif peut être atteint sans détruire notre statut de nation ni mettre fin à nos droits historiques et juridiques. Ce processus doit toutefois avoir lieu avant que la Constitution ne soit modifiée.
15. Nous proposons que les représentants des Nations indiennes, de la Grande-Bretagne et du Canada entament des discussions sous supervision internationale, à l'extérieur ou à l'intérieur du Canada, afin de : [...]

---

<sup>1304</sup> *Petition by the Indian People of Canada to her Majesty Queen Elizabeth II, dated at the city of Ottawa, November 1980*, reproduit par Keith D. SMITH, *Strange Visitors: Documents in Indigenous-Settler Relations in Canada from 1876*, Toronto, University of Toronto Press, 2014, p. 345-350. Source non traduite : « 1. We are the original nations of Canada. [...]

2. When the early settlers arrived in our Indian territory, we welcomed those who respected our Sovereignty and treated them with peace and friendship. [...] 3. Who were these settlers? We learned that they came under the authority of the Royal Majesty in the United Kingdom [...]. Who was the Royal Majesty? We learned that she was the head of a large and powerful family representing a Nation, just as our leaders represented our Indian Nations [...] 4. We met with her representatives and agreed how our separate Nations would live together ».

<sup>1305</sup> *Ibid.* Source non traduite : « 12. [...] Our Indian Nations existed long before the government of Canada did, and we have survived despite the actual neglect by this government for our physical needs and their efforts to assimilate us. 13. If Her Majesty the Queen and her government in Great Britain patriate the Canadian Constitution under the terms proposed by the Federal Government of Canada, Her Majesty the Queen and her government in Great Britain will be participating in breaches of treaty, international law, and breaches of international covenants of which both Canada and Great Britain are signatories. An opportunity exists to elevate the constitutional amendment to an exercise in statesmanship and nation building ».

9. Définir et convenir des mesures nécessaires pour assurer que chaque Nation indienne puisse exercer la pleine mesure de l'autonomie gouvernementale, au sein de la Confédération canadienne. [...]
12. S'entendre sur la formation d'un Conseil fiduciaire international autochtone au sein des Nations Unies pour superviser les relations futures entre les peuples autochtones et les pays auxquels ils sont associés<sup>1306</sup>.

La nature de la revendication peut sembler ambiguë. D'un côté, au point 9, les nations autochtones souhaitent exercer leur autodétermination au sein de la Confédération canadienne. Toutefois, au point 12, ces derniers requièrent également l'association avec d'autres peuples et d'autres pays par la création d'un Conseil international autochtone. En effet, l'Union des chefs indiens de Colombie-Britannique, initiateur du mouvement *Constitution express*, considère « la position des Premières Nations au sein du Commonwealth comme des nations souveraines dans leurs relations avec deux autres nations : le Canada et la Grande-Bretagne »<sup>1307</sup>. Selon la conception employée en droit international, il est possible d'entendre cette souveraineté autochtone, autrement dit cette autodétermination, comme un droit interne, n'entraînant pas un droit à la sécession<sup>1308</sup>. Cette conception s'envisage d'autant plus dans un État fédéral, où la souveraineté étatique peut d'ores et déjà sembler « divisée » ou répartie constitutionnellement entre plusieurs autorités. Ainsi, par cette revendication, les autochtones demandent principalement l'autodétermination interne, pouvant se traduire par une entente d'autonomie gouvernementale<sup>1309</sup>. Cette entente leur octroierait ainsi le droit de *vouloir pour eux* même, selon leurs coutumes et consacrerait une représentation de droit coutumier puisqu'elle serait reconnue et intégrée par l'ordre juridique étatique. Sylvie Vincent confirme cette approche en expliquant que, dans les années 1980, les Nisga'a et d'autres communautés « adressèrent à la population du

---

<sup>1306</sup> *Petition by the Indian People of Canada to her Majesty Queen Elizabeth II, dated at the city of Ottawa, November 1980, op. cit.* Source non traduite : « 14. [...] We have given long and serious consideration in many assemblies of our people to the ways in which our special status can be integrated into Canada's federal system. We are convinced that this aim can be accomplished without destroying our nationhood or terminating our historical and legal rights. This process, however must take place before the Constitution is amended. 15. We propose that representatives of the Indian Nations, Great Britain and Canada enter into internationally supervised discussions outside or [inside] Canada to : [...] 9. Define and agree to the necessary measures to ensure that each Indian Nation can exercise the full measure of self-government, within the Canadian confederation. 12. Agree upon the formation of an International Indigenous Trust Council within the United Nations to oversee future relations between indigenous peoples and countries with which they are associated ».

<sup>1307</sup> Erin HANSON, « Constitution Express », *First Nations Studies Program in University of British Columbia*, 2009, *art. cit.* Source non traduite : « The Union of BC Indian Chiefs (UBCIC), a political organization representing bands across British Columbia, viewed the position of First Nations within the Commonwealth as sovereign nations in their dealings with two other nations: Canada and Britain ».

<sup>1308</sup> James ANAYA, « Les droits des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la déclaration », dans Claire CHARTERS et Rodolfo STAVENHAGEN (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones. Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, L'Harmattan, coll. « Horizons autochtones », 2013, p. 186-800, spé. p. 190.

<sup>1309</sup> L'Encyclopédie canadienne définit simplement l'autonomie gouvernementale des autochtones comme « la structure officielle grâce à laquelle les communautés autochtones peuvent contrôler l'administration de leurs membres, de leurs terres, de leurs ressources et des programmes et politiques connexes par l'intermédiaire d'ententes passées avec les gouvernements fédéral et provinciaux ». Voir, William B. HENDERSON, « Autonomie gouvernementale des Autochtones », *L'Encyclopédie canadienne*, 2020, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/aboriginal-self-government> (consulté le 24.02.2022).



Canada et à son gouvernement des propositions d'ententes qui prévoyaient les modalités de leur accession à l'autonomie à l'intérieur de la Confédération canadienne»<sup>1310</sup>. Concomitamment, le syntagme « nation autochtone » est progressivement entré dans le vocabulaire politique de ces derniers, « indiquant que ceux-ci attendaient des négociations avec le gouvernement fédéral la reconnaissance, non seulement de leurs droits sur les terres, mais aussi de leur identité et de leur droit à s'autogouverner »<sup>1311</sup>.

**416.** À la suite de ces revendications, l'année 1982 est vectrice d'importants changements constitutionnels. Outre le rapatriement de la Constitution et l'instauration d'une *Charte canadienne des droits et libertés*, des droits particuliers sont octroyés aux autochtones. Ainsi, l'article 35, tout en précisant la définition juridique des « peuples autochtones », affirme que ces derniers bénéficient de droits existants « ancestraux ou issus de traités » pouvant notamment être invoqués devant les juridictions afin d'opposer l'application d'une loi<sup>1312</sup>. À ce moment-là, les termes « droits existants » renvoient aux droits reconnus par le Canada avant le 17 avril 1982, date du rapatriement, « et non, comme les Autochtones le demandaient, les droits “inhérents” à leur statut de nation »<sup>1313</sup>. *A contrario*, ce dernier syntagme de « droits inhérents », délié d'une conception passéiste de l'autochtonie, insiste ici sur le caractère consubstantiel et inextinguible du droit à l'autodétermination de la représentation politique. Par ailleurs, l'article 37 de la Loi constitutionnelle de 1982 prévoit la tenue d'une conférence constitutionnelle réunissant le Premier ministre du Canada, les Premiers ministres provinciaux et les représentants autochtones<sup>1314</sup>.

**417.** Avant même cette rencontre, le Québec, qui rejette l'accord constitutionnel de 1982, adopte une motion aux objectifs similaires en faveur des droits ancestraux et des traités. Il propose aussi de constituer des ententes assurant aux autochtones l'exercice « du droit à l'autonomie au sein du Québec ; du droit à leur culture, leur langue, leurs traditions »<sup>1315</sup>. Par

---

<sup>1310</sup> Sylvie VINCENT, « La révélation d'une force politique : les Autochtones », dans Gérard DAIGLE, *Le Québec en jeu : Comprendre les grands défis*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1992, p. 749-790, spé. p. 763.

<sup>1311</sup> *Ibid.*

<sup>1312</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.), Partie II, art. 35.1.

<sup>1313</sup> Sylvie VINCENT, « La révélation d'une force politique : les Autochtones », *op. cit.*, p. 764.

<sup>1314</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.), Partie IV, Conférence constitutionnelle, art. 37 : [aujourd'hui abrogé] « 37. (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même. (2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe 1 les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions ».

<sup>1315</sup> ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, *Motion portant sur la reconnaissance des droits des Autochtones*, 20 mars 1985, reproduit intégralement par Éric GOURDEAU, « Le Québec et la question autochtone », dans Alain-G. GAGNON, *Québec : État et société*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 1994, p. 329-356, spé. p. 335. Cette résolution est fondée sur les 15 principes adoptés le 9 février 1983 par le Conseil des ministres. Dans ce document, « le Québec reconnaît que les peuples aborigènes du Québec sont des nations distinctes qui ont droit à leur culture, [...] à leurs coutumes et traditions » et « dans le cadre des lois du Québec, de se gouverner sur les terres qui leur sont attribuées ». Toutefois,

exemple, deux ans après, est signée une entente avec le conseil de bande de Kahnawake pour la construction d'un nouvel hôpital sur le territoire de la réserve et accorde au conseil de bande mohawk le pouvoir de légiférer en matière de soins de santé<sup>1316</sup>. Dans l'optique de développer ces accords, le Québec nomme en 1986 un ministre délégué aux Affaires autochtones chargé des négociations.

**418.** Parallèlement, en 1983, 1984, 1985 et 1987, le gouvernement fédéral organise plusieurs conférences sur les questions autochtones. L'objectif demeure de déterminer la teneur des « droits existants » de l'article 35. Néanmoins, les parties présentes n'arrivent pas à s'entendre : le droit « inhérent » à l'autodétermination réclamé par les représentants autochtones aurait nécessité un nouveau « partage des pouvoirs » entre trois niveaux de gouvernement que les provinces ne sont, pour l'instant, pas disposées à accorder<sup>1317</sup>. En 1987, après l'enlisement des discussions constitutionnelles et l'échec de l'Accord du lac Meech<sup>1318</sup>, il est décidé que les ententes se négocieront au cas par cas<sup>1319</sup>. En 1992, le refus référendaire de l'adoption de l'Accord de Charlottetown, qui prévoyait pourtant un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, confirme cette politique de négociation, nation par nation<sup>1320</sup>.

**419.** Ainsi, les conférences constitutionnelles et les différentes négociations conduisent à ce que les représentants autochtones soient progressivement pris en compte par l'ordre juridique étatique. En 1991, l'écoute des revendications se poursuit avec la Commission royale dont les objectifs sont d'investiguer largement l'évolution des relations entre le Canada et les

---

selon le troisième principe, ces droits s'exercent au sein de la société québécoise et ne sauraient par conséquent impliquer des droits de souveraineté qui puisse porter atteinte à l'intégrité du territoire du Québec». Il se retrouve ici la conception connue du droit à l'autodétermination interne, conditionné aux lois provinciales et à l'intégrité territoriale. Voir, René MORIN, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignage d'un plaideur*, op. cit., p. 93-95.

<sup>1316</sup> Sylvie VINCENT, « La révélation d'une force politique : les Autochtones », op. cit., p. 770.

<sup>1317</sup> Pour les autochtones, ce droit à l'autodétermination « équivaldrait à un troisième niveau de gouvernement aux côtés des gouvernements fédéral et provinciaux. Ils formeraient en somme des États dans l'État. Ils auraient pleine souveraineté sur leurs activités et leur territoire et, à la limite, seraient des sujets de droit international comme tout pays souverain. Évidemment cela était inacceptable pour le gouvernement fédéral et les provinces ». Voir, René MORIN, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignage d'un plaideur*, op. cit., p. 102.

<sup>1318</sup> Cet accord, qui vise surtout à faire accepter au Québec la Constitution rapatriée de 1982, ne contient aucune référence aux autochtones. L'accord ne fut pas ratifié par le député autochtone du Manitoba, Elijah Harper. Toutefois, la province de Terre-Neuve-et-Labrador refusa également et l'échec de l'accord ne fut pas imputé aux seuls autochtones. Toutefois, ces derniers se positionnèrent comme des acteurs politiques à ne pas négliger. Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, op. cit., p. 62.

<sup>1319</sup> D'où l'importance d'étudier également au cas par cas ces ententes particulières dont celle adoptée avec la Nation Nisga'a et celle en négociation depuis une trentaine d'années avec la Nation Wet'suwet'en. Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1320</sup> Après l'échec de l'Accord du Lac Meech, l'objectif consiste à mettre un processus plus consensuel. Un comité spécial parlementaire conduit à l'Accord de Charlottetown en 1992, qui prévoit des mesures particulières destinées aux autochtones. Parmi elles, il est prévu le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, la reconnaissance des gouvernements autochtones comme le troisième ordre de gouvernement, la représentation garantie au Sénat et une étude la représentation à la Chambre des communes et une étude du rôle des autochtones dans la nomination des juges de la Cour suprême. Toutefois, l'accord est refusé par la consultation référendaire de l'ensemble de Canada. Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, op. cit., p. 63.

autochtones<sup>1321</sup>. En 1996, la Commission conclut à la nécessaire et complète restructuration des relations et considère notamment que les nations bénéficient du droit à l'autodétermination<sup>1322</sup>. Précisant qu'il existe soixante à quatre-vingts nations historiques au Canada, le rapport souligne qu'elles demeurent en droit de définir « leurs propres unités nationales en vue d'exercer leur droit à l'autodétermination », mais que « le droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale ne se substitue pas au droit à l'autodétermination ni ne prime celui-ci »<sup>1323</sup>. En d'autres termes, l'autonomie gouvernementale, par des traités ou des ententes, ne constitue qu'une des modalités de l'autodétermination autochtone. S'appuyant sur les propos de la présidente du groupe de travail international, le rapport précise qu'il faut voir dans le droit à l'autodétermination, « le droit pour les peuples autochtones de négocier librement leur statut et leur mode de représentation au sein des États existants »<sup>1324</sup>. Par ailleurs, la Commission recommande également la création d'un parlement autochtone où siègeraient des représentants élus qui conseilleraient le Parlement fédéral sur les questions touchant ces peuples<sup>1325</sup>. Ces deux objectifs démontrent une nouvelle fois la pluralité des conceptions de la représentation dont la coexistence est envisagée. En effet, dans cette institution parlementaire, il existerait une conception électorale de la représentation, pour des élus qui participeraient aussi, même de façon consultative, à la production de la volonté générale, lesquels assureraient parallèlement une certaine représentativité des populations autochtones.

**420.** En 1997, le gouvernement de Jean Chrétien répond à la Commission par le document *Rassembler nos forces*<sup>1326</sup>. Il écrit :

Le gouvernement du Canada reconnaît que les autochtones de ce continent étaient dotés de gouvernements autosuffisants et d'économies viables, de langues distinctes, d'une spiritualité puissante et de cultures aussi riches que diverses, et ce, pendant des milliers d'années. En accord avec les recommandations de la Commission royale sur les peuples autochtones, le gouvernement fédéral a reconnu le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale pour les autochtones en tant que droit existant en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982<sup>1327</sup>.

<sup>1321</sup> Décret fédéral C.P. 1991-1597 du 26 août 1991.

<sup>1322</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, op. cit., p. 152 et s. Le rapport contient cinq volumes, 3500 pages et 440 recommandations.

<sup>1323</sup> *Ibid.*, p. 247-248 : « par nation autochtone nous entendons un nombre assez important d'autochtones qui partagent un sentiment d'identité nationale et qui constituent la population dominante d'un certain territoire ou groupe de territoires. À l'heure actuelle, il y a de 60 à 80 nations historiques au Canada, par comparaison à un millier de collectivités autochtones »

<sup>1324</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 1402, Recommandations 2.3.52 à 2.3.54.

<sup>1326</sup> Jane STEWART, « Discours de l'honorable Jane Stewart ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à l'occasion du dévoilement de Rassembler nos forces : le plan d'action du Canada pour les questions autochtones », Ottawa, Le 7 janvier 1998, *Gouvernement du Canada*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100015725/1571590271585> (consulté le 24.02.2022).

<sup>1327</sup> MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Rassembler nos forces, le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, Ministère des travaux publics et services gouvernementaux, 1997 [dévoilé en 1998], p. 15. Le Gouvernement de Jean Chrétien n'est pas de la même couleur politique que celui qui précède et met en œuvre la Commission royale. L'approche de Jean Chrétien, rédacteur du Livre blanc et opposé à l'accord de Charlottetown, est réputée moins constitutionnelle, c'est-à-dire, plus « pragmatique ».

Toutefois, au terme de ce document, le gouvernement libéral privilégie une approche non constitutionnelle, en se fondant sur des ententes spécifiques à chaque nation. À cette période, plus de quatre-vingts ententes en matière d'autonomie gouvernementale sont alors en négociation. Néanmoins, peu d'évolutions sont notables et la plupart des recommandations de la Commission restent lettre morte.

**421.** Le gouvernement conservateur de Stephen Harper relance parallèlement les processus d'indemnisation liés aux pensionnats indiens. Le 11 juin 2008, le Premier ministre prend la parole à la Chambre des communes pour présenter, au nom du gouvernement, des excuses officielles : « Le gouvernement du Canada présente ses excuses les plus sincères aux peuples autochtones du Canada pour avoir si profondément manqué à son devoir envers eux, et leur demande pardon »<sup>1328</sup>. Le Chef de l'Assemblée des Premières Nations, Phil Fontaine, parle alors de « l'aube nouvelle d'une nouvelle relation avec le Canada »<sup>1329</sup>, relation dont les modalités juridiques restent encore à inventer. En 2010, ce même gouvernement appuie, toujours avec réserve, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Finalement, le 21 juin 2021, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* entre en vigueur après avoir reçu la sanction royale. Les objectifs pour le Gouvernement du Canada sont donc de prendre « toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les lois fédérales sont conformes à la Déclaration » et, enfin, de « réaliser les objectifs de la Déclaration », notamment ceux en faveur de l'autonomie gouvernementale<sup>1330</sup>.

**422.** Ainsi, à la suite de revendications, de rencontres et d'échanges institutionnels, les droits des autochtones sont progressivement pris en compte par la législation canadienne, accordant une reconnaissance juridique à la survivance d'une représentation coutumière. Les revendications autochtonistes se retrouvent au cœur de l'élaboration des normes nationales. Par ailleurs, les coutumes relatives à la représentation politique, dorénavant reconnues, sont également utilisées ce qui contribue à leur réhabilitation et à celles des chefs coutumiers.

## B. La représentation coutumière réhabilitée par son utilisation

**423.** Indépendamment du contenu des revendications, la survivance des coutumes relatives à la représentation se constate dans leurs utilisations lors de divers événements, que ce soit au Canada

---

<sup>1328</sup> Stephen HARPER, « Déclarations de ministres. Présentation d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens », *Chambre des communes*, 39<sup>e</sup> Législature, 2<sup>e</sup> session, Hansard révisé, vol. 142, n° 110, mercredi 11 juin 2008, p. 1515.

<sup>1329</sup> L'EXPRESS, « Le Canada demande pardon aux autochtones », *L'express*, 12 juin 2008.

<sup>1330</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Document d'information : Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, ministère de la Justice, 2021, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/apropos-about.html> (consulté le 24.02.2022). Sur ce point, Voir aussi, para. 388.

ou en France, réhabilitant également une certaine représentation coutumière, par la pratique cette fois.

424. Dans l'ordre juridique canadien, par exemple, les conférences constitutionnelles témoignent d'une utilisation de procédés coutumiers particuliers : elles « commençaient par des prières animées par les délégations autochtones »<sup>1331</sup>. À ce titre, le jour des excuses solennelles du Premier ministre Stephen Harper, une motion parlementaire pour la formation d'un comité plénier est adoptée pour permettre aux « chefs représentants » de répondre au discours<sup>1332</sup>. De même, lors des excuses officielles du Premier ministre Justin Trudeau, celui-ci invoque une entorse au règlement parlementaire et dépose une motion pour autoriser la présence des chefs de la Nation Tsilhqot'in dans la Chambre des communes et pour qu'ils puissent y présenter une cérémonie traditionnelle<sup>1333</sup>. D'ailleurs, il devient de plus en plus commun que les autochtones, élus ou non élus au Parlement, représentants coutumiers ou non, affirment leurs coutumes devant les organes parlementaires<sup>1334</sup>.

---

<sup>1331</sup> René Morin ajoute : « Il faut croire que cela agaçaient le premier ministre Trudeau lors de la conférence de 1984, puisqu'après les prières autochtones et au moment où tout le monde s'apprêtait à s'asseoir, il récita ses propres prières, le "Notre-Père", je "Je crois en Dieu" et le "Je vous salue Marie". Je suis sûr que les autochtones étaient irrités par ce geste, mais ils ne pouvaient quand même pas reprocher au premier ministre du Canada de faire ses propres prières ». Voir, René MORIN, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignage d'un plaideur*, op. cit., p. 100.

<sup>1332</sup> « Monsieur le Président, après les déclarations de ministres, les chefs représentants pourront adresser une réponse. Pour que cela se fasse dans le respect des règles, des pratiques et des traditions de la Chambre, je sollicite le consentement unanime à l'égard de la motion suivante : Que, nonobstant tout article du Règlement, ordre spécial ou usage habituel de la Chambre, la Chambre se forme en comité plénier dès la fin des Déclarations de ministres aujourd'hui afin de permettre à Phil Fontaine, chef national de l'Assemblée des Premières Nations, Patrick Brazeau, chef national du Congrès des peuples autochtones, Mary Simon, présidente d'Inuit Tapiriit Kanatami, Clem Chartier, président du Ralliement national des Métis, et Beverly Jacobs, présidente de l'Association des femmes autochtones du Canada, de faire des déclarations en réponse à la déclaration ministérielle d'excuses aux anciens élèves des pensionnats indiens ; que le Président soit autorisé à présider le comité plénier ; qu'après ces déclarations, la séance du comité soit levée et que la Chambre ajourne ses travaux jusqu'au prochain jour de séance ». Voir, PETER VAN LOAN, « Débats (Hansard) du mercredi 11 juin 2008 », *Chambre des communes*, vol. 142, n° 110, 2<sup>e</sup> session, 39<sup>e</sup> législature, p. 6849.

<sup>1333</sup> « J'invoque le Règlement, monsieur le Président. Il y a eu des discussions entre les partis et je crois que vous constaterez qu'il y a consentement unanime à l'égard de la motion suivante : Que, nonobstant tout article du Règlement, ordre spécial ou usage habituel de la Chambre, durant les Déclarations de ministres aujourd'hui, les Chefs de la nation Tsilhqot'in Joe Alphonse, Russell Myers Ross, Francis Lacey, Roy Stump, Otis Guichon et Jimmy Lulua soient autorisés à être présents ». Voir, Bardish CHAGGER, « Débats (Hansard) du 26 mars 2018 », *Chambre des communes*, vol. 148, n° 275, 1<sup>er</sup> session, 42<sup>e</sup> législature, 2018, p. 18063. « À la fin de la cérémonie, les six chefs présents ont retourné leur veste noire pour découvrir l'intérieur rouge, symbolisant l'aube d'une nouvelle ère ». Voir, Kim PARADIS, « "We shape our buildings and afterwards our buildings shape us". La présence autochtone au sein des édifices du parlement », *Programme de stage parlementaire*, 2018, en ligne : <https://pip-psp.org/wp-content/uploads/2020/06/2018-19-Paradis-PIP-Paper-Final.pdf> (consulté le 25.02.2022).

<sup>1334</sup> Il se pose aussi la question de l'usage des langues autochtones par les parlementaires autochtones au Parlement, qui est d'ailleurs plus développé au Sénat. Parallèlement, les autochtones sont de plus en plus invités dans les institutions parlementaires, et notamment au Sénat. Par exemple, à partir de 2015, avec l'évènement annuel « Vision autochtone au Sénat », cet organe invite neuf jeunes autochtones à faire entendre leur voix pour partager leurs expériences et les enjeux qui les préoccupent. Pour l'édition 2017, « la sonnerie traditionnelle qui convoque les sénateurs a cédé sa place à une cérémonie de purification par la fumée des Premières Nations, à l'allumage d'une lampe qulliq inuite et à une gigue métisse ». Voir, SENAT, « La voie à suivre – Visions autochtones au Sénat », *Sénat du Canada*, 2017, en ligne : <https://sencanada.ca/fr/sencaplus/nouvelles/la-voie-a-suivre-visions-autochtones-au-senat/>

425. L'utilisation des coutumes relative à la représentation démontre aussi son intérêt lors des conflits qui ont cours dans les années 1990. Il en est ainsi à l'occasion de la crise d'Oka, conflit opposant les Mohawks de Kanasatake, de Kahnawake et d'Akwesasne aux autorités fédérales et provinciales du Québec pour l'agrandissement d'un terrain de golf sur un territoire où se situe un cimetière mohawk. Le conflit s'envenime et se traduit par le blocage du pont Mercier, l'élévation de barricades et les interventions de la Sûreté du Québec puis de l'armée canadienne. Lors de ce conflit, le professeur Harry Swain affirme que les principes de la Constitution iroquoise « ont eu un effet considérable sur la façon dont les Mohawks ont pensé et agi »<sup>1335</sup>. En effet, « la position des manifestants à la barricade suivait le mode traditionnel qu'ont adopté les Mohawks, au cours de leur histoire. [...] À l'avant, les femmes mènent le groupe et, derrière, les hommes les défendent »<sup>1336</sup>. En application des principes fondamentaux iroquois, les femmes acquièrent un rôle important dans le processus de décision et particulièrement lors de cette crise<sup>1337</sup>.

426. Toutefois, le défaut de compréhension des institutions représentatives autochtones explique aussi l'enveniment de la situation. Précisément, les négociations n'aboutissent pas pour la raison selon laquelle elles sont d'abord organisées avec le conseil de bande qui « n'est point reconnu par les *Warriors*, ces derniers contrôlent les barricades, ainsi que les armes »<sup>1338</sup>. Il y a de nombreuses dissensions entre les différents représentants au sein de la Nation Mohawk : les conseils de bande et les représentants coutumiers, dit les « traditionalistes » ou membres de la *Longhouse*, reprochent aux *Warriors* de ne pas suivre les principes de la Constitution iroquoise. Toutefois, il est difficile « pour les responsables gouvernementaux qui y étaient directement impliqués, de comprendre que les *Warriors* armés étaient désapprouvés par plusieurs leaders autochtones »<sup>1339</sup>. En juillet 1990 et dans les mois qui suivent, la rivalité des institutions représentatives constitue un obstacle au règlement du conflit. Cette « dissension interne est un

---

(consulté 25.02.2022). De même, une salle des peuples autochtones a été installée au Sénat. Pour la description des œuvres, Voir, Serge JOYAL, « La Salle des peuples autochtones au Sénat du Canada », *Revue parlementaire canadienne* vol. 42, n° 2, 2019, p. 6-14.

<sup>1335</sup> Harry SWAIN, *Oka : A Political Crisis and its Legacy*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 2010, p. 7. Source non traduite : « had a huge effect on the way Mohawks thought and acted during the Oka affair »

<sup>1336</sup> Pierre TRUDEL, « La crise d'Oka de 1990 : retour sur les événements du 11 juillet », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 39, n° 1-2, 2009, p. 129-135, spé. p. 134.

<sup>1337</sup> *Ibid.*, p. 134. Voir aussi, Sean DWYER, *L'application de la Grande Loi de la Paix (Kaianerekowa) de la Haudenosaunee dans la pratique de la médiation à Kahnawake*, Mémoire de Master, Université de Montréal, 2013, version en ligne, p. 114.

<sup>1338</sup> Émilie GUILBEAULT-CAYER, *La crise d'Oka. Au-delà des barricades*, Montréal, Septentrion, 2013, p. 88-89. En effet, il y a des dissensions internes entre les Mohawks, avec d'un côté le conseil de bande, plutôt réceptif aux injonctions des autorités étatiques, et les traditionalistes - aussi nommés membres de la Maison-Longue - et de l'autre, les Warriors, soit une branche assez radicale peu ouverte au dialogue. Les traditionalistes et les Warriors ne reconnaissent pas les conseils de bande comme des représentants mohawks. Il est à noter que le terme « Warrior » n'a pas le même sens qu'en anglais et signifie « porter le fardeau de la paix ». Voir, Gerald Taiaiake ALFRED and Lana LOWE, « Warrior Societies Taiaiake in Contemporary Indigenous Communities », *Ministère du Procureur général*, Rapport préparé pour l'enquête sur Ipperwash, 2005, p. 5.

<sup>1339</sup> Émilie GUILBEAULT-CAYER, *La crise d'Oka. Au-delà des barricades*, *op. cit.*, p. 78-79.

élément du diagnostic politique»<sup>1340</sup> effectué après la crise. Néanmoins, le diagnostic conduit à ce que les conflits entre les autorités étatiques et les autochtones soient différemment appréhendés ensuite et à ce que les processus visant à conclure des ententes soient accélérés<sup>1341</sup>.

427. Ainsi, l'utilisation des coutumes relatives à la représentation démontre son réel intérêt lors des conflits qui ont cours dans les années 1990, au Canada, mais aussi en France. En effet, le drame d'Ouvéa en Nouvelle-Calédonie se déroule à la même période, au mois de mai 1988, après quatre ans de conflits. Dès le 16 mai 1988, huit jours après la réélection de François Mitterrand, la mission du dialogue, envoyée par le Premier ministre Michel Rocard, atterrit en Nouvelle-Calédonie. La mission du dialogue est intéressante pour ce qu'elle explicite de la coexistence des conceptions de la représentation : elle est un succès qui résulte de la prise en compte des pratiques coutumières. La mission est composée de personnalités religieuses ou « atypiques » telles que le pasteur Jacques Stewart, l'ancien grand maître du Grand Orient de France, Roger Leray, des représentants de l'État connaisseurs des outremer, et elle est aussi dirigée par Christian Blanc<sup>1342</sup>. La mission n'a pas de calendrier préétabli. Durant leur séjour, les membres de la mission conduisent près de mille deux cents entretiens auprès des « Caldoches » comme des Kanak<sup>1343</sup>. Pour rencontrer ces derniers, ils empruntent alors les sentiers coutumiers<sup>1344</sup>. Les coutumes se manifestent « au quotidien, à travers le “geste coutumier”, échange de paroles et de dons, lors d'un accueil par exemple »<sup>1345</sup>. Accompagné de Christian Kozar, « porte-parole coutumier » et ancien responsable de la subdivision administrative des îles Loyauté, la mission des six respectent les coutumes et apportent des présents aux clans : « Ils ont fait la coutume avec le grand chef Daoumé, membre du RPCR, dont le fils Vincent a été tué dans l'assaut [et] avec le grand chef Bazit de Saint-Joseph »<sup>1346</sup>. Ils participent aux palabres<sup>1347</sup>. En faisant les coutumes, la mission des six permet de renouer les fils du dialogue, « non pas par le biais des institutions et de la diplomatie

---

<sup>1340</sup> Émilie GUILBEAULT-CAYER, *La crise d'Oka. Au-delà des barricades*, op. cit., p. 48.

<sup>1341</sup> Whitney P. LACKENBAUER, « Carrying the burden of peace: the Mohawks, the Canadian forces, and the Oka crisis », *Journal of Military and Strategic Studies*, vol. 10, n°2, 2008, p. 1-71, spé. p. 70.

<sup>1342</sup> Alexandre JUSTER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, op. cit., p. 127.

<sup>1343</sup> *Ibid.*

<sup>1344</sup> Laura PHILIPPON et Steeven GNIPATE, « La mission du dialogue au chevet d'une Calédonie meurtrie », *France Info*, 2018, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/mission-du-dialogue-au-chevet-caledonie-meurtrie-589261.html> (consulté le 26.02.2022).

<sup>1345</sup> Régis LAFARGUE, *Le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2012, p. 8.

<sup>1346</sup> LE MONDE, « La mission du dialogue : “Tous les morts sont égaux” », *Le Monde*, 1988, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1988/05/26/la-mission-du-dialogue-tous-les-morts-sont-egaux\\_4097611\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1988/05/26/la-mission-du-dialogue-tous-les-morts-sont-egaux_4097611_1819218.html) (consulté le 26.02.2022).

<sup>1347</sup> Christian BLANC, *La force des racines Kanak en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Odile Jacob, 2021, p. 146-147. Par ailleurs, « Le palabre est une décision prise collectivement, comparable à une résolution d'une assemblée délibérante ». Voir, Régis LAFARGUE, *Le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2012, p. 29.

“à l’euro péenne”, mais par celui des structures et des pratiques “coutumières” qui sont, en définitive, celles qui comptent en “pays canaque” »<sup>1348</sup>.

428. Par ces échanges, ce sont aussi les cultures juridiques qui dialoguent. Christian blanc rapporte : « au-delà, les Mélanésien s indépendantistes de Nouvelle-Calédonie attendaient. Quoi au juste ? Une preuve que les gestes coutumiers ne sont pas des efforts consentis au folklore, mais une preuve du respect des émissaires du gouvernement français. Que la coutume était plus qu’un mot vide »<sup>1349</sup>. En effet, pour les Kanak, la coutume, y compris celle relative à la représentation politique, correspond à bien plus que de simples pratiques. Selon les conceptions autochtones, il n’y a pas de séparation entre la coutume, le politique, la morale et le religieux. Ces coutumes, dont la teneur peut donc échapper aux autorités étatiques, constituent dans le même temps, « un remarquable outil de légitimation, qui ne fonctionne comme symbole que parce qu’il prête sa puissance symbolique à différents types de discours philo-coutumiers : le seul fait de s’exprimer “au nom de la coutume” permet de “mettre le sens commun de son côté” »<sup>1350</sup>. La représentation coutumière et les processus diplomatiques coutumiers vont ainsi influencer les décisions prises par la mission du dialogue et, *in fine*, le droit positif.

429. De façon réciproque, ces discours et ces pratiques ancestrales, devant les représentants de l’État, auront tendance à subir une « réinterprétation et une réification de la tradition à travers un mode de pensée et des institutions [...] calquées sur le modèle occidental »<sup>1351</sup>. Pour autant, dans le processus mis en place par la mission en 1988, le respect des procédures coutumières et des chefs coutumiers conduit à des échanges annonciateurs de stabilité et de paix. Par l’usage tantôt du droit positif, tantôt de pratiques coutumières, les conflits débouchent sur les Accords de Matignon puis d’Oudinot. Bien que les logiques étatiques et coutumières de chacun échappent partiellement à la compréhension de l’autre, ce sont aussi ici les cultures qui tentent de coexister et de s’entendre pour un « destin commun », selon la formule reprise dans l’Accord de Nouméa. Finalement, ces échanges entre représentants coutumiers et représentants de l’État démontrent encore que les coutumes ont résisté à l’assimilation juridique et à l’omniprésence d’une représentation électorale, lesquelles sont ensuite reconnues et intégrées dans le droit positif.

---

<sup>1348</sup> Claude DESLHIAT : « la “solution Rocard” », *Regards sur l’actualité*, n° 144, 1988, p. 37-43, spé. p. 38.

<sup>1349</sup> Christian BLANC, *La force des racines Kanak en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 207.

<sup>1350</sup> Caroline GRAILLE, « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*, vol. 109, n° 2, 1999, p. 97-119, spé. p. 98-112. En effet, « si la notion de coutume fait immédiatement et exclusivement référence au monde mélanésien et à l’identité kanak, elle renvoie surtout à toutes sortes de définitions et recouvre plusieurs réalités ».

<sup>1351</sup> *Ibid.*, p. 100.



**PARAGRAPHE 2** – La reconnaissance juridique d’une survivance de la représentation coutumière

**430.** La survivance des coutumes conduit les autorités étatiques à les reconnaître et à les intégrer dans l’ordre juridique, particulièrement en ce qui concerne la représentation coutumière. Cette reconnaissance participe *ipso facto* à leur survivance et à leur réhabilitation. Dans ce cadre, la particularité des traditions juridiques au Canada et en France explique le processus de reconnaissance des coutumes par les différents organes institutionnels. En effet, au Canada, majoritairement de tradition de *common law*, l’impulsion en faveur d’une reconnaissance des coutumes vient des juridictions et particulièrement de la Cour suprême (A). Tandis qu’en France, de tradition civiliste, la reconnaissance des coutumes se concrétise d’abord par la procédure législative, et particulièrement pour l’outre-mer, par le référendum (B).

**A.** La particularité canadienne : une représentation coutumière reconnue par les juridictions

**431.** Au Canada, face aux difficultés à modifier la loi fondamentale canadienne, la survivance des coutumes se traduit surtout par une reconnaissance juridictionnelle. Ce sont donc les juges, plutôt que les parlementaires qui prennent en compte ces dernières. Thierry Rodon parle d’« un constat d’échec du politique au profit du juridique »<sup>1352</sup>. Cette reconnaissance jurisprudentielle est d’autant plus intéressante, car, entre 1928 et 1951, selon certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*, les autochtones ne peuvent ester en justice pour défendre leurs droits. Cette interdiction est notamment adoptée pour empêcher les revendications territoriales des Nisga’a, qui, en 1913, portent une pétition jusqu’au roi d’Angleterre. Dès 1964, après la levée de l’interdiction, les Nisga’a, par l’intermédiaire de leur chef héréditaire Frank Calder, saisissent les tribunaux pour la reconnaissance de leurs droits territoriaux qui n’ont jamais été cédés par traité<sup>1353</sup>. En s’appuyant sur une interprétation des recommandations de l’anthropologue M. Duff, la Cour d’appel de Colombie-Britannique considère que, malgré l’occupation avérée des terres, le « peu d’institutions de la société civilisée » et l’absence de propriété privée constituent un obstacle à la reconnaissance

---

<sup>1352</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>1353</sup> Dès 1964, les Nisga’a saisissent le tribunal de première instance, la Cour de Colombie-Britannique, mais sont déboutés. En 1969, ils saisissent ensuite la Cour suprême de Colombie-Britannique, Cour supérieure de la province, puis en 1970, la Cour d’Appel de la Colombie-Britannique, soit la plus haute Cour de la province. Voir notamment, *Calder v. Attorney-General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d) 59. Voir ensuite, *Calder et al. v. British Columbia (Attorney General)* (1970), 74 W.W.R. (Western Weekly Reports) 481 (B.C.C.A.), 13 D.L.R. (3d) 64. En effet, le Traité n° 8, portant sur la cession des territoires situés au nord-est de la Colombie-Britannique, est signé en 1899. Toutefois, et c’est aussi l’interprétation de la Cour suprême du Canada, ce traité ne concerne pas les Nisga’a. Voir, le Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 pour les traités de cession de terres.

de droits à cette époque, et donc de droits ancestraux aujourd'hui<sup>1354</sup>. De surcroît, la Cour réfute que la source du droit en question prenne son origine de la Proclamation royale de 1763, puisque celle-ci, rédigée avant l'intégration de la Colombie-Britannique au Dominion, ne peut concerner la province. En 1973, dans une décision fondamentale sur les droits des autochtones, la Cour suprême du Canada rejette majoritairement cette appréciation, par six des sept juges présents en reconnaissant l'existence potentielle de titres ancestraux. Néanmoins, dans le cas précis des Nisga'a, les six juges s'opposent sur la valeur de la Proclamation royale : trois d'entre eux la reconnaissent comme une « politique de reconnaissance des droits autochtones partout où la souveraineté britannique affirme sa souveraineté », tant que les trois autres soutiennent que l'existence de droits autochtones ne dépend pas de la Proclamation en Colombie-Britannique. L'honorable juge Judson explicite :

Il est clair qu'en Colombie-Britannique, le titre indien ne peut pas avoir pour origine la Proclamation de 1763, mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles. C'est ce que signifie le titre indien et en l'appelant « droit personnel de la nature d'un usufruit », la solution du problème n'en devient pas plus facile<sup>1355</sup>.

Dans le cas précis des Nisga'a, le titre aborigène aurait été éteint par les mesures coloniales de développement du territoire, et notamment par la série de proclamations du gouverneur James Douglas<sup>1356</sup>. Le septième juge, l'Honorable Louis-Philippe Pigeon, finit par pointer un vice de procédure rejetant l'appel Nisga'a<sup>1357</sup>. Cette affaire reconnaît toutefois l'existence du titre

---

<sup>1354</sup> *Calder et al. v. British Columbia (Attorney General)* (1970) 74 W.W.R. 481, 13 D.L.R. (3d) 64, p. 66 : « En ce qui concerne la preuve dans cet appel, malgré les recommandations de M. Duff, un anthropologue bien connu, au sujet de la culture indigène des Indiens sur le continent de la Colombie-Britannique, il ne fait aucun doute qu'à l'époque de la colonisation, il s'agissait d'un peuple très primitif possédant peu d'institutions de la société civilisée et aucune de nos notions de propriété privée. Je ne néglige pas le témoignage de M. Duff selon lequel les limites du territoire nishga étaient bien connues des tribus et de leurs voisins, et respectées par tous. Il s'agissait de limites territoriales, et non de limites de propriété, et elles n'avaient aucun lien avec les notions de propriété de parcelles de terre particulières. De plus, M. Duff a dit qu'à l'occasion, un chef réservait une parcelle de terrain particulière à l'usage exclusif d'une famille particulière, mais je ne vois aucune preuve que cette pratique était générale ; même si elle l'était, elle n'appuierait que les revendications de l'occupant particulier, et non les revendications d'utilisation commune par l'ensemble de la tribu sur tout son territoire tribal ». Source non traduite : « Turning to the evidence in this appeal, in spite of the commendation by Mr. Duff, a well-known anthropologist, of the native culture of the Indians on the mainland of British Columbia, they were undoubtedly at the time of settlement a very primitive people with few of the institutions of civilized society, and none at all of our notions of private property. I am not overlooking Mr. Duff's evidence that the boundaries of the Nishga territory were well known to the tribes and to their neighbours, and respected by all. These were territorial, not proprietary boundaries, and had no connection with notions of ownership of particular parcels of land. Also Mr. Duff said that on occasion a chief would earmark a particular piece of property for the exclusive use of a particular family, but I see no evidence that this practice was general; even if it was, it would only support claims of the particular occupant, and not claims to the communal use by the whole tribe over all its tribal territory ».

<sup>1355</sup> *Calder et al. c. Procureur de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, spé. p. 328.

<sup>1356</sup> Voir, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1357</sup> *Calder et al. c. Procureur de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, spé. p. 315. « Le Juge Pigeon : bien que l'immunité du Souverain contre les poursuites intentées sans autorisation a été enlevée par la loi, au niveau fédéral et dans la plupart des provinces, ce n'est pas le cas en Colombie-Britannique. Par conséquent, on doit accueillir l'objection préliminaire selon laquelle la déclaration demandée étant la revendication d'un titre contre la Couronne du

aborigène en droit canadien, dans la mesure où ce titre n'a pas été éteint au préalable<sup>1358</sup>. En conséquence, les autochtones dont les territoires ne sont pas couverts par les traités portent leurs demandes en justice ou auprès des gouvernements. De même, la décision *Calder* entraîne d'importantes négociations entre les Premières Nations et les autorités étatiques, dont l'une aboutit en 2000 à un accord d'autonomie gouvernementale entré en vigueur par la *Loi sur l'Accord définitif niska'a'*<sup>1359</sup>. Symbole d'un activisme judiciaire, la Cour suprême décide, dès 1973, « de jouer un rôle actif en développant un droit autochtone qui était embryonnaire »<sup>1360</sup>.

**432.** En 1982, ce rôle juridictionnel est renforcé par l'article 35 qui ne définit pas explicitement la teneur des titres et droits ancestraux reconnus par le texte constitutionnel. À nouveau, la Cour suprême démontre toute son importance lors de l'affaire *Delgamuukw*, portée par la Nation Wet'suwet'en, qui précise la nature *sui generis* du titre aborigène comme celle d'un droit foncier, et non un droit d'usufruit<sup>1361</sup>. Pour établir ce titre, il faut prouver une occupation du territoire — et non une simple fréquentation —, à partir de l'affirmation de la souveraineté par la Couronne — et non du contact précolonial — et enfin l'existence, depuis lors, d'une organisation sociale antérieure et continue<sup>1362</sup>. Jessica Weir relève le caractère ambivalent de ce processus dans la mesure où le titre aborigène résulte de la normativité reconnue aux systèmes autochtones précoloniaux, tout en refusant de reconnaître une quelconque normativité à ces systèmes après l'établissement des souverainetés européennes<sup>1363</sup>.

---

chef de la province de la Colombie-Britannique, la Cour n'est pas compétente pour faire cette déclaration à défaut d'une autorisation du lieutenant-gouverneur de cette province ».

<sup>1358</sup> DIALOG, *Calder et al. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, Institut national de la recherche scientifique (INRS), Centre Urbanisation Culture Société, 2022, en ligne : <https://jurisprudence.reseadialog.ca/case/calder-et-al-c-procureur-general-de-la-colombie-britannique/> (consulté le 19.03.2022).

<sup>1359</sup> Pour le contenu de l'accord et les aménagements en faveur de la représentation coutumière, Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1360</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>1361</sup> Comme le précise Thierry Rodon, « il y a un flou dans la définition du titre ancestral qui n'est pas un droit de propriété en fief simple (propriété privée), mais qui n'est pas seulement un droit d'usufruit. En fait, ce flou traduit l'incapacité de la tradition juridique occidentale à traduire le lien au territoire des Autochtones ». Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1362</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, spé. p. 1014 : « Le titre aborigène est un droit *sui generis* ; il se distingue de ce fait des autres intérêts de propriété et est caractérisé par différentes dimensions. Le titre aborigène est inaliénable et ne peut être transféré, cédé ou vendu à personne d'autre que la Couronne. Les origines du titre aborigène constituent une autre dimension de celui-ci : sa reconnaissance par la Proclamation royale de 1763 et le rapport entre la *common law*, qui reconnaît l'occupation comme preuve de la possession en droit, et les systèmes juridiques autochtones qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté britannique. Finalement, le titre aborigène est détenu collectivement ». Seul l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*, en suivant ces critères, a reconnu un titre ancestral sur un territoire à la Première Nation du même nom. Voir, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.

<sup>1363</sup> Jessica WEIR, « Members Of The Yorta Yorta Aboriginal Community v. Victoria, [2002] HCA 58 (12 December 2002) – Comment », *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title*, vol. 2, n° 21, 2003, p. 1-8, spé. p. 4. Source non traduite : « The Court surmises that native title rights must find their source in traditional law and custom, but because the introduction of a new legal order denied the efficacy of any other normative system, or parallel law making system, the rights and interests claimed must have been brought into existence under that normative system when it was able to validly created new rights, interests and duties. Rights and interests created after the assertion of sovereignty that were not recognised by the common law and were not sourced in the new legal order could not be given legal effect ».

433. Ainsi, le titre aborigène comprend « le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones », mais qui doivent rester compatibles avec la nature de leur attachement à ces terres<sup>1364</sup>. En l'espèce, à la lumière des précisions de la Cour suprême, l'insuffisance des preuves conduit à renvoyer l'affaire au tribunal de première instance, devant laquelle le premier examen avait déjà nécessité trois cent soixante-quatorze jours de dépositions et plaidoiries<sup>1365</sup>.

434. Outre la précision de la nature du titre ancestral, cette décision est capitale sur deux points. Le premier consiste en l'admission par la Cour de la preuve historique orale. En effet, l'honorable juge en chef Antonio Lamer écrit :

L'adaawk de la nation Gitksan et le kungax de la nation Wet'suwet'en sont des récits oraux d'un genre spécial. Le juge de première instance les a décrits, [...] comme étant la litanie, l'énumération ou l'histoire « officielle » et sacrée, selon le cas, des règles de droit, des traditions et des faits historiques les plus importants d'une maison, ainsi que de son territoire traditionnel [...]. L'adaawk a été présenté en tant que preuve de l'utilisation et de l'occupation historiques de ce territoire par les Gitksan. En ce qui concerne les Wet'suwet'en, le kungax a été invoqué comme preuve de l'importance fondamentale des terres revendiquées dans leur culture distinctive. [...] tant l'utilisation et l'occupation des terres visées que l'importance fondamentale de celles-ci sont pertinentes pour la preuve du titre aborigène.<sup>1366</sup>

L'admission de la preuve orale ne s'arrête pas à ces récits coutumiers, elle s'étend aussi à ce que le juge en chef nomme les « souvenirs du mode de vie ancestral », constituée des connaissances personnelles des témoins et des déclarations de leurs ancêtres quant à l'utilisation du territoire<sup>1367</sup>. L'élargissement des critères de la preuve apparaît, dès lors, comme une reconnaissance des traditions et procédures autochtones devant les tribunaux. Cet aménagement des règles de droit positif peut se lire à la lumière de l'objectif de l'article 35 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982, que l'honorable juge en Chef Antonio Lamer interprète comme la nécessaire conciliation entre « la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté »<sup>1368</sup>. Il ajoute ensuite : « Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester »<sup>1369</sup>.

---

Voir aussi, Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, op. cit., p. 407.

<sup>1364</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, spé. p. 1081, para. 111-117.

<sup>1365</sup> René MORIN, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignage d'un plaideur*, op. cit., p. 168. Pour l'affaire devant la Cour suprême, trois des cinq juges considèrent que les droits ancestraux des requérants existent toujours, mais ils renvoient la qualification de leur portée au juge de première instance. Tandis que deux autres juges, dissidents, reconnaissent l'existence d'un titre ancestral et d'un droit à l'autonomie gouvernementale qui n'auraient donc pas été éteints par l'affirmation de la souveraineté de la Couronne britannique.

<sup>1366</sup> *Ibid.*, para. 93-94.

<sup>1367</sup> *Ibid.*, para. 99.

<sup>1368</sup> *Ibid.*, para. 186.

<sup>1369</sup> *Ibid.*, para. 186.

**435.** Le second élément d'importance dans la décision *Delgamuukw* consiste en une certaine reconnaissance jurisprudentielle de la représentation coutumière par les chefs héréditaires<sup>1370</sup>. En effet, pour déterminer l'attribution du titre de manière collective plutôt qu'individuelle, le juge en Chef Antonio Lamer décrit l'organisation politique des Gitksan et des Wet'suwet'en en ces termes :

Il y a quatre clans Gitksan et quatre clans Wet'suwet'en, clans qui sont subdivisés en maisons. Chaque maison compte un ou plusieurs chefs héréditaires qui agissent à titre de chef titulaire et sont choisis par les aînés de leur maison, et aussi, parfois, par le grand chef des autres maisons du clan. Le clan n'a pas de grand chef, mais il y a un ordre de préséance au sein des collectivités ou des villages où une maison ou un clan prédomine. [...] Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes<sup>1371</sup>.

Par ce dernier élément, le caractère délibératif de la représentation est confirmé, bien que leur capacité à décider en dernier ressort soit mise à mal depuis la colonisation. Certains auteurs, comme Thierry Rodon, voient dans cette décision, la reconnaissance pour les chefs héréditaires wet'suwet'en de « leur autorité sur le territoire par la Cour suprême »<sup>1372</sup>. Pourtant, la Cour ne se prononce pas sur le bien-fondé des revendications wet'suwet'en à l'autonomie gouvernementale. Elle précise uniquement que « les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, s'ils existent, ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux »<sup>1373</sup>. À tout le moins, la Cour invite les parties à négocier la reconnaissance d'un titre ancestral<sup>1374</sup>. Cette décision mène alors à ce qu'un accord d'autonomie gouvernementale soit discuté avec les Wet'suwet'en, les autorités provinciales et fédérales, mais dont les tenants sont toujours en négociation depuis plus de vingt ans et semblent ne pas aboutir.

**436.** Ainsi, les décisions de la Cour suprême du Canada, et notamment les affaires *Calder* et *Delgamuukw*, illustrent à la fois la teneur des revendications des Nisga'a et Wet'suwet'en et la prise en compte d'une normativité autochtone par les tribunaux canadiens, y compris lorsque celle-ci n'est pas toujours reconnue par les législations fédérales ou provinciales. Cette reconnaissance par

---

<sup>1370</sup> Ils sont également appelants et donc mandataires de leur nation dans la présente affaire. La décision commence par « Les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, revendiquent tant en leur propre nom qu'au nom de leurs "maisons" des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12 ». Voir, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, spé. p. 1011. Toutefois, il ne s'agit pas d'une reconnaissance de ces chefferies comme titulaires des titres ancestraux au regard du droit canadien.

<sup>1371</sup> *Ibid.*, p. 1011-1012. Il lie aussi les preuves orales admises aux chefs héréditaires autochtones et précise au paragraphe 93 que « le kungax est "de la nature d'un chant [...] qui vise à décrire l'autorité et les responsabilités spéciales du chef" ».

<sup>1372</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>1373</sup> *Ibid.*, para. 170.

<sup>1374</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, spé. para. 186 : « la Couronne a l'obligation morale sinon légale d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi ».

les juridictions illustre la particularité du système de *common law* où le juge détient une place importante. En revanche, en France, l'intégration de la représentation coutumière dans le droit positif s'initie plutôt par le référendum.

**B. La particularité française : une représentation coutumière reconnue par le référendum**

**437.** Une reconnaissance particulière, semblable à celle observée au Canada, se met en place en France. La particularité de cette reconnaissance tient à la fois aux spécificités de l'ordre juridique français, de tradition civiliste, et aux spécificités des revendications autochtones. En effet, à la différence du Canada, cette reconnaissance s'est faite non pas devant les tribunaux, mais par le biais de référendums, lesquels conduisent ensuite à intégrer la représentation coutumière dans la loi.

**438.** Dans le contexte de la décolonisation, le premier référendum d'intérêt est celui mis en œuvre par le Général de Gaulle, alors Président du Conseil de la IV<sup>e</sup> République, en vue de l'adoption de la Constitution de 1958. Malgré ce référendum présenté comme une possibilité de sortir de la Communauté française, la Guyane française<sup>1375</sup> et la Nouvelle-Calédonie<sup>1376</sup> choisissent le maintien dans la République. Un an plus tard, la consultation référendaire sur l'intégration de Wallis-et-Futuna en tant que territoire d'outre-mer confirme l'affinité française pour ce procédé consultatif des populations ultramarines<sup>1377</sup>. Les différents référendums de la V<sup>e</sup> République révèlent alors tous les enjeux relatifs à la prise en compte d'une conception coutumière de la représentation.

**439.** Pour Wallis-et-Futuna par exemple, après la forte adhésion au référendum de 1959, les résultats au référendum de 1962 pour l'élection du président au suffrage universel direct apparaissent plus nuancés et présentent 42,82 % de votes négatifs. Alison Lotti attribue ce désaveu à une cause particulière : « des rumeurs sur le statut du 29 juillet 1961 parcourent déjà tous les villages, et elles sont le thème principal des débats de la chefferie. Cette rumeur dit que les coutumes wallisiennes et futuniennes vont être supprimées et remplacées par les lois françaises. C'est la raison pour laquelle l'admiration envers le général a nettement diminué, et la preuve en est

---

<sup>1375</sup> Les Amérindiens de Guyane ne sont qu'environ 7000 en 1958. Leur faiblesse numérique ne leur permet pas d'influer sur le résultat du référendum.

<sup>1376</sup> En 1958, les Kanak représentent presque la moitié du corps électoral. L'Union calédonienne milite en faveur du « oui », la Constitution est approuvée en Nouvelle-Calédonie par 98 % des suffrages. Voir, Maurice H. LENORMAND, « Décolonisation ratée, indépendance avortée », *art. cit.*, p. 143.

<sup>1377</sup> Pour le récit des vicissitudes de la campagne référendaire, voir, Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)*, *op. cit.*, p. 55 et s.

le résultat du référendum»<sup>1378</sup>. Ainsi, lors de ce vote, dont l'objet ne porte ni sur le statut du territoire ni sur la chefferie, les habitants tentent néanmoins de s'exprimer et de faire valoir leur attachement à la coutume.

**440.** Par la suite, c'est principalement la reconnaissance des particularités kanak qui cristallise les enjeux des référendums<sup>1379</sup>. La première revendication concerne la reconnaissance d'un corps électoral kanak, le seul légitime à se prononcer sur l'avenir du Caillou selon l'avis d'une partie des autochtones. La définition du corps électoral est déjà source de tensions dès l'attribution progressive du droit de vote à ceux précédemment soumis au régime de l'Indigénat, alors majoritaire sur l'archipel. En 1972, la circulaire du Premier ministre au secrétaire d'État aux DOM-TOM rend compte de l'objectif gouvernemental :

La présence française en Calédonie ne peut être menacée sauf guerre mondiale, que par une revendication nationaliste des populations autochtones appuyées par quelques alliés éventuels dans d'autres communautés ethniques venant du Pacifique. À court et à moyen terme, l'immigration massive de citoyens français métropolitains ou originaires des départements d'outre-mer (Réunion), devrait permettre d'éviter ce danger, en maintenant et en améliorant le rapport numérique des communautés. À long terme, la revendication nationaliste autochtone ne sera évitée que si les communautés non originaires du Pacifique représentent une masse démographique majoritaire<sup>1380</sup>.

Le but est donc explicite : améliorer le rapport numérique des communautés concourt à faire des Kanak une population minoritaire sur le territoire. Dès lors, corrélée à l'immigration massive, la part de la présence kanak diminue nettement en Nouvelle-Calédonie dans les années 1970.

**441.** Par conséquent, dès 1984, les revendications d'indépendance autochtone se traduisent par le boycott actif des élections et des consultations référendaires pour montrer le désaccord avec le corps électoral retenu. Eloi Machoro va jusqu'à briser l'urne de recueil des voix avec une hache<sup>1381</sup>. Sont ainsi massivement boycottés les élections régionales de 1984 et de 1988<sup>1382</sup>, le référendum de 1987<sup>1383</sup>, puis, plus récemment, celui de 2021, en raison de la date retenue pour celui-ci<sup>1384</sup>.

---

<sup>1378</sup> Allison LOTTI, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : Genèse de trois monarchies républicaines (1961-1991)*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>1379</sup> En effet, les Wallisiens et Futuniens sont ensuite peu appelés aux urnes référendaires. Et, en Guyane, à l'inverse de la Nouvelle-Calédonie, les référendums servent pendant longtemps à légitimer un alignement sur le droit commun. En effet, deux référendums sont organisés en 2010, en Martinique et en Guyane. Les votants refusent la transformation Guyane en une collectivité d'outre-mer régie par l'article 74 de la Constitution, dotée d'une organisation particulière qui aurait accordé plus d'autonomie. Le référendum du 24 janvier fait de ce territoire une collectivité unique, entraînant seulement la fusion des conseils général et régional. Toutefois, ces référendums ne révèlent rien ni des revendications amérindiennes ni de la prise en compte par le droit de leurs spécificités puisque ces derniers, minoritaires, demeurent noyés dans le corps électoral local.

<sup>1380</sup> Pierre MESSMER, *Lettre du Premier ministre au secrétaire d'État aux DOM-TOM sur les vertus de l'immigration massive pour empêcher les revendications indépendantistes*, Juillet 1972, cité par Isabelle LEBLIC, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, *art. cit.*, spé. p. 302.

<sup>1381</sup> Voir, en introduction, le premier paragraphe de la présente recherche.

<sup>1382</sup> *A contrario*, les élections du 29 septembre 1985 enregistrent un record de participation électorale avec un taux d'abstention inférieur à 20 %. Voir Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 68-71.

<sup>1383</sup> « Sont admis à la consultation les électeurs inscrits sur les listes électorales du Territoire à la date du référendum et résidant en Nouvelle-Calédonie depuis trois ans au moins à la date du 5 juin 1987, date de promulgation de la loi organisant le référendum. Le Gouvernement, après des discussions sur la composition du corps électoral, a opté pour

442. Toutefois, malgré certains boycotts, les référendums calédoniens sont aussi l'outil d'une prise en compte des particularités kanak. Après la réélection de François Mitterrand en 1988 et la nomination de Michel Rocard à Matignon, la mission du Dialogue conduit à un apaisement progressif. Lors de sa rencontre avec Christian Blanc, Jean-Marie Tjibaou précise que si un accord est trouvé, celui-ci ne peut être approuvé que par un référendum national<sup>1385</sup>. Le 23 juin 1988, les conditions de cet accord sont alors négociées sous l'égide du Premier ministre, entre les délégations du RPCR et du FLNKS conduites par Jacques Lafleur et Jean-Marie Tjibaou. Ces négociations restent un moment important de la vie politique française, que Michel Rocard raconte en ces termes :

Les deux délégations sont entrées un samedi, en début de soirée, par la porte du jardin pour que les journalistes ne les voient pas. Je leur ai annoncé que j'avais débarrassé mon agenda jusqu'au mardi, que nous disposions de quoi nous nourrir, de matelas pour dormir, et que personne ne sortirait de là avant la fin de la négociation<sup>1386</sup>.

Le 26 juin, l'accord fixe les orientations futures. Il s'agit des Accords-cadres de Matignon composés de deux textes. Selon le Texte 1, un nouveau statut pour le territoire doit être élaboré, puis soumis à la fin de l'année 1988 à un référendum national, après une refonte des listes électorales<sup>1387</sup>. Le Texte 2 prévoit le découpage de la Nouvelle-Calédonie en trois provinces, la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales, le maintien du conseil consultatif coutumier provincial et l'organisation d'un scrutin d'autodétermination en 1998<sup>1388</sup>. Deux mois plus tard, les accords des deux délégations dans leur ensemble sont donnés par la

---

cette formule déjà retenue pour la consultation référendaire du 8 mai 1977 dans le Territoire des Afars et des Issas. » Voir, Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 71.

<sup>1384</sup> Le désaccord reposait sur la date car la Nouvelle-Calédonie a connu une montée exponentielle des cas de covid, à partir de septembre 2021. « Les indépendantistes ont alors demandé le report du scrutin, afin de tenir compte de l'impossibilité de mener campagne et de la nécessité de respecter une période de deuil si importante dans la culture kanak. L'État s'y est refusé, arguant que la situation sanitaire sur place s'améliorait et que la consultation pourrait avoir lieu. En conséquence, les indépendantistes ont appelé leurs partisans à ne pas participer (soulignons que le terme de "boycott" n'a pas été utilisé puisqu'il renvoyait aux heures sombres des années 1980, la période dite des "Évènements") ». Voir, Carine DAVID et Manuel TIRARD, « La Nouvelle-Calédonie après le troisième référendum d'autodétermination du 12 décembre 2021 : 40 ans pour rien ? », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2022, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/14593#tocto2n3> (consulté le 19.03.2022). Voir aussi, CABINET ROLAND BERGER, *Audit de la décolonisation de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Cabinet Roland Berger, 2023, p. 20.

<sup>1385</sup> « Nous n'avons plus confiance dans les engagements de la France. Quelle que soit leur bonne volonté, ces gouvernements de la République sont soumis aux aléas de la vie politique en métropole. [...] Il faudra que vous trouviez une ficelle pour fermer le sac au nom du peuple français. Voir, Christian BLANC, *La force des racines Kanak en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 232.

<sup>1386</sup> Il raconte aussi une situation cocasse : « j'avais fait coller une carte Michelin de la Nouvelle-Calédonie sur une planche de contreplaqué appuyée contre un superbe canapé Louis XV jaune, faisant partie du mobilier national. Tjibaou et Lafleur ont enlevé leurs godasses, sont montés sur le canapé et, crayon-feutre en main, ont négocié la ligne de partage de la Grande Terre entre la province Nord et la province Sud ». Voir, Olivier MILOT, « Michel Rocard en 2013 : "Les accords de Matignon sont un des plus beaux souvenirs de ma vie politique" », *Télérama*, 31 octobre 2018, en ligne : <https://www.telerama.fr/monde/michel-rocard-les-accords-de-matignon-sont-un-des-plus-beaux-souvenirs-de-ma-vie-politique,103268.php> (consulté le 11.03.2022).

<sup>1387</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 1, La condition d'une paix durable, l'État impartial et au service de tous*, 26 juin 1988.

<sup>1388</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988.



signature, le 20 août 1988, de l'Accord d'Oudinot, qui traduit les Accords de Matignon en reprenant l'exposé des motifs du projet de loi référendaire et certaines dispositions du nouveau statut du Territoire, notamment celles relatives à une représentation coutumière<sup>1389</sup>. Ainsi, l'Accord d'Oudinot consacre la création d'un corps électoral pour le référendum d'autodétermination de 1998, où certes les Kanak ne sont pas les seuls votants, mais qui demeure restreint aux personnes inscrites à la date de la consultation référendaire de 1988<sup>1390</sup>. Malgré une abstention de 62,96 % en métropole<sup>1391</sup>, le référendum national valide la loi du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*<sup>1392</sup>, confirmant l'importance du référendum dans les relations entre l'État et ses populations ultramarines.

**443.** En 1998, l'Accord de Nouméa, validé par un référendum local, repousse la tenue du référendum d'indépendance. Le préambule parle de «la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie»<sup>1393</sup>, et jusqu'à présent, cette refondation s'exprime principalement par l'instrument référendaire. L'accord reconnaît parallèlement les procédures coutumières de la palabre et les institutions représentatives coutumières et dote la Nouvelle-Calédonie d'un statut «quasi-constitutionnel»<sup>1394</sup>. Le procédé relatif à l'autodétermination reste innovant puisque, pour éviter un «référendum couperet» trop clivant, ce sont trois référendums consécutifs qui sont envisagés et qui se tiennent en 2018, 2020 et 2021. Un corps électoral particulier est aussi retenu<sup>1395</sup>. La première consultation donne 56 % de votes en faveur du maintien dans la République et 44 % en faveur de l'indépendance. Le deuxième référendum réduit l'écart avec une répartition de 53-47% pour cette même question. Finalement, le troisième référendum est boycotté par les Kanak, rappelant certaines tensions qui

---

<sup>1389</sup> Accord d'Oudinot, *Exposé des motifs du projet de loi portant dispositions statutaires et préparatoires au scrutin d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie*, 20 août 1988 : « Afin de traduire l'importance de la coutume dans l'organisation sociale mélanésienne, et sa nécessaire prise en compte dans l'organisation publique du Territoire, des conseils consultatifs coutumiers sont créés pour chacune des huit aires coutumières ainsi qu'un conseil coutumier territorial. Si ces institutions ne sont que consultatives, il s'agit d'une première reconnaissance de la coutume dans un projet de loi qui sera adopté par référendum national.

<sup>1390</sup> *Ibid.* : « Seront admis à participer à ce scrutin les électeurs inscrits sur les listes électorales du Territoire à la date de cette consultation et qui auront été domiciliés de manière continue depuis la date du référendum approuvant la présente loi ». La restriction du corps électoral dans la loi soumise à référendum ne concerne encore pas les élections provinciales.

<sup>1391</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 77. L'abstention est forte : « 62,96 % en Métropole, 77,3 % dans les Départements d'Outre-Mer et 12 % des votants déposent des bulletins blancs ou nuls ».

<sup>1392</sup> Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, J.O.R.F. du 10 novembre 1988, p. 14087 et s.

<sup>1393</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, préambule.

<sup>1394</sup> Selon les termes employés par le professeur Olivier Beaud. Voir, Olivier BEAUD, « Libres propos sur le 3<sup>ème</sup> référendum en Nouvelle-Calédonie », *Jus Politicum Blog*, 29 novembre 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/11/29/libres-propos-sur-le-3eme-referendum-en-nouvelle-caledonie-par-olivier-beaud/> (consulté le 11.0.2022).

<sup>1395</sup> Voir, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 218. Voir aussi, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 2, para. 633-641.

semblaient apaisées : les résultats donnent 96 % en faveur du maintien, avec un taux d'abstention de 56 %. Le ministre des Outre-mer, Sébastien Lecornu, rappelle à cette dernière occasion que si « la non-participation est un droit en démocratie, elle n'aura pas d'impact juridique »<sup>1396</sup>. Pourtant, il faut bien envisager la suite de l'Accord de Nouméa et ces évolutions statutaires ne peuvent se faire sans la moitié de la population concernée.

**444.** Si les référendums sont l'enjeu d'une reconnaissance juridique des particularités autochtones, ces mêmes consultations témoignent de certaines problématiques. En effet, les Kanak accordent une confiance fragile aux autorités étatiques<sup>1397</sup>. Dans un contexte de méfiance, le référendum constitue donc une garantie pour les Kanak. Avec le référendum national de 1988, « le FLNKS souhaite ainsi fixer les nouvelles dispositions législatives grâce à la loi ratifiée par le peuple souverain. Par le jeu de l'alternance, seule une nouvelle majorité parlementaire pourrait dénoncer l'engagement de la précédente »<sup>1398</sup>. Cette raison est confirmée par François Mitterrand dans le matériel de vote envoyé aux Français : « les Calédoniens ont demandé que la France engage sa parole contre tout retour en arrière et que cette parole soit donnée solennellement par le peuple français »<sup>1399</sup>. Cette adoption particulière permet également d'éviter le contrôle du Conseil constitutionnel sur les articles prévoyant un corps électoral restreint en 1998<sup>1400</sup>.

**445.** En outre, une autre spécificité ressort de la négociation des accords et du référendum successif. Il semble que les paroles des délégations envoyées pour négocier et qui pourraient apparaître comme des représentants ne suffisent pas. La représentation, qu'elle concerne ici des élus, des chefs coutumiers ou des mandataires, montre une certaine faiblesse puisque la décision doit ensuite être confirmée par la validation du corps électoral national, que le professeur Bruno Daugeron considère par ailleurs, dans sa dimension nationale et selon une conception volitive, comme une autre forme de représentation politique. En effet, écrit-il, la représentation est « soit le

---

<sup>1396</sup> VIE PUBLIQUE, « Nouvelle-Calédonie : les résultats du 3e référendum d'autodétermination du 12 décembre 2021 », *Vie Publique*, 2021, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18649-nouvelle-caledonie-3e-referendum-autodetermination-12-decembre-2021> (consulté le 11.03.2022).

<sup>1397</sup> Les indépendantistes kanak accordent notamment une faible confiance au président de la République, François Mitterrand. En effet, Michel Rocard explique : « pas un leader indépendantiste n'ignorait que, lorsqu'il avait été Garde des Sceaux, il avait refusé de remplir les formulaires de demandes de grâce des indépendantistes algériens condamnés à mort. », Voir, Olivier MILOT, « Michel Rocard en 2013 : "Les accords de Matignon sont un des plus beaux souvenirs de ma vie politique" », *art. cit.*

<sup>1398</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 75.

<sup>1399</sup> François MITTERRAND, *Texte intégral du message adressé aux électeurs par M. François Mitterrand, avec le matériel de vote reçu lundi 24 octobre pour le référendum du 6 novembre sur la Nouvelle-Calédonie*, cité par LE MONDE, « Le message du chef de l'État avant le référendum sur la Nouvelle-Calédonie : "Ni le triomphe d'un camp ni la défaite d'un autre" », *Le Monde*, 25 octobre 1988, en ligne : [https://www.lemonde.fr/archives/article/1988/10/25/le-message-du-chef-de-l-etat-avant-le-referendum-sur-la-nouvelle-caledonie-ni-le-triomphe-d-un-camp-ni-la-defaite-d-un-autre\\_4089076\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1988/10/25/le-message-du-chef-de-l-etat-avant-le-referendum-sur-la-nouvelle-caledonie-ni-le-triomphe-d-un-camp-ni-la-defaite-d-un-autre_4089076_1819218.html) (consulté le 11.03.2022).

<sup>1400</sup> Dans la décision du 6 novembre 1962, le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la conformité des lois référendaires à la Constitution, au motif que ces dernières « constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ». Voir, CC, Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, J.O.R.F. du 7 novembre 1962, p. 10778.

fait de ses représentants ou, à l'autre bout de la chaîne, du corps électoral dans l'hypothèse référendaire »<sup>1401</sup>.

**446.** Du reste, avec les Accords de Matignon, le processus juridique est seulement entamé puisque le texte précise que « les deux délégations se sont, par ailleurs, engagées à présenter et à requérir l'accord de leurs instances respectives sur les propositions du Premier ministre concernant l'évolution future de la Nouvelle-Calédonie »<sup>1402</sup>. C'est pourquoi, après la signature, « Jean-Marie Tjibaou entreprend la tournée des tribus et des clans mélanésiens, plaidant, non sans difficulté parfois, pour l'accord du 26 juin et l'esquisse de statut qui l'accompagne »<sup>1403</sup>. Jacques Lafleur explique en 1988 : « pour les Mélanésiens, le temps compte moins que pour nous. Et puis, Tjibaou doit expliquer les choses plusieurs fois de suite, de différentes façons selon les auditoires. Cela prend du temps. Mais je crois qu'il réussira »<sup>1404</sup>. Dès lors, les échanges sont réalisés « clan après clan »<sup>1405</sup>, dans l'objectif d'un accord consensuel entre tous les Kanak.

**447.** Néanmoins, le leader du FLNKS peine à convaincre le FULK. De même, Jacques Lafleur est progressivement désavoué par sa base électorale. Un an plus tard, Jean-Marie Tjibaou est assassiné par un indépendantiste opposé aux accords. Si le oui emporte le vote de 1988 en Nouvelle-Calédonie, le pourcentage de 57 % pour ce nouveau statut transitoire démontre les tensions subsistantes, que des référendums manichéens peinent à apaiser. En effet, Jacques Lafleur regrette la binarité du processus et affirme que « pour faire marcher ce pays, il faut un certain consensus »<sup>1406</sup>. Si le référendum permet l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, sa « dimension binaire [...] liée à la conception européenne de la démocratie, [...] est en revanche en contradiction avec la culture océanienne, part essentielle de l'identité de la Nouvelle-Calédonie »<sup>1407</sup>. Un tel paradoxe permet à Léa Havard d'affirmer que « l'autodétermination par le biais du référendum témoigne de l'hégémonie des idées occidentales, ce mode d'expression étant la manifestation par excellence de la démocratie majoritaire »<sup>1408</sup>. Précisément, le référendum se

---

<sup>1401</sup> Bruno DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », *art. cit.*, p. 14.

<sup>1402</sup> Préambule des Accords de Matignon, 26 juin 1988.

<sup>1403</sup> Claude DESLHIAT : « la "solution Rocard" », *art. cit.*, p. 40.

<sup>1404</sup> VIE PUBLIQUE, « Interview de M. Jacques Lafleur, président du RPCR, dans "Paris-Match" le 5 août 1988, sur la situation politique en Nouvelle-Calédonie et la position du RPCR après la signature des accords de Matignon avec le FLNKS », *Vie publique*, 1988, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/213565-jacques-lafleur-05081988-situation-politique-en-nouvelle-caledonie> (consulté le 11.03.2022).

<sup>1405</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 76.

<sup>1406</sup> VIE PUBLIQUE, « Interview de M. Jacques Lafleur, président du RPCR, dans "Paris-Match" le 5 août 1988, sur la situation politique en Nouvelle-Calédonie et la position du RPCR après la signature des accords de Matignon avec le FLNKS », *op. cit.*

<sup>1407</sup> Léa HAVARD, « Regard postcolonial sur la construction du peuple calédonien : une décolonisation équivoque », Albane GESLIN, Carlos Miguel HERRERA et Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 67-89, spé. p. 87.

<sup>1408</sup> *Ibid.*, p. 81.

traduit par un choix manichéen qui n'autorise pas la nuance : il semble alors difficile de déterminer avec précision les mesures qui emportent l'adhésion des populations. Dès lors, le professeur Olivier Beaud relève aujourd'hui que « le moyen utilisé, le référendum, apparaît de plus en plus contradictoire avec la fin initialement poursuivie »<sup>1409</sup>.

**448.** Pourtant, à la suite des « événements », il appert que le référendum reste un outil prisé à la fois par les autochtones et les autorités françaises, pour tenter de résoudre les conflits. Si cet instrument apaise pour un temps la situation, conduit à l'adoption de lois novatrices et atteste de la reconnaissance d'une représentation coutumière, des tensions sous-jacentes subsistent et pourraient rester non résolues, hors du champ des consultations référendaires.

---

<sup>1409</sup> Olivier BEAUD, « Libres propos sur le 3<sup>ème</sup> référendum en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*

**449.** À partir des années 1960, les revendications autochtones sont nombreuses. Une conjoncture d'évènements leur permet de s'exprimer et d'être intégrées par le droit positif, d'une part au niveau international, et d'autre part, aux différents niveaux nationaux. Ainsi, à l'échelle globale, le développement du droit international est d'abord centré sur le droit à la décolonisation des pays colonisés non enclavés, puis œuvre à la construction juridique de l'autochtonie pour les communautés enclavées. Révélatrices d'une certaine évolution du droit international, l'Organisation internationale du Travail et l'Organisation des Nations Unies élaborent deux documents de portées normatives complexes, mais essentiels à la protection des droits des autochtones. Dans ce contexte, les Kanak revendiquent leur indépendance jusque devant les institutions onusiennes. Selon une volonté similaire, les autochtones du Canada œuvrent pour la reconnaissance du droit à l'autodétermination interne, notamment en faveur de l'autonomie gouvernementale.

**450.** Ces revendications ne se limitent pas à la sphère internationale, mais se diffusent également au sein des États, au Canada et en France. Elles demandent la reconnaissance des coutumes et, plus spécifiquement, d'une représentation par les institutions coutumières. Elles sont elles-mêmes formulées à travers l'utilisation de ces coutumes, procédés qui deviennent alors des actes de résistances politiques. Enfin, ces revendications peuvent être violentes, comme c'est le cas lors de la crise d'Oka ou des « évènements » de Nouvelle-Calédonie. Bien souvent, l'ordre étatique réussit finalement à entendre ces demandes et à les prendre en compte dans le droit positif. Cette intégration, même si elle peut être considérée comme incomplète, contribue à l'efficacité du droit et réaffirme le monopole étatique de la production et de la reconnaissance normative.

**451.** En outre, cette prise en compte reste intéressante par ce qu'elle renvoie de l'architecture particulière des ordres juridiques canadiens et français. En effet, les juridictions canadiennes s'affirment comme de véritables acteurs dans la reconnaissance des droits autochtones. Il est même possible de parler d'activisme juridique pour la Cour suprême. Selon une autre tradition, en France, la loi, de surcroît référendaire, s'impose comme l'instrument principal de la reconnaissance juridique. C'est par elle que sont établis, puis approuvés, les divers statuts qui règlent les territoires d'outre-mer. *A fortiori*, le mécanisme référendaire est privilégié afin de trouver des solutions audacieuses pour intégrer les revendications, apaiser les tensions entre des conceptions divergentes de la représentation, et finalement, œuvrer au destin commun.



**452.** Près de soixante ans après la fin de la période coloniale, la survivance des coutumes autochtones ne soulève plus guère de doutes. À la suite de revendications politiques et par l'évolution des statuts coloniaux d'Indien et d'Indigène, des droits particuliers sont constitutionnellement reconnus aux populations autochtones du Canada et aux populations ultramarines de France<sup>1410</sup>. En reconnaissant des « droits ancestraux et issus de traités » ou des droits coutumiers, ces statuts permettent la coexistence de plusieurs systèmes au sein d'un même ordre juridique, démontrant l'utilité d'une analyse de la représentation politique par le prisme du plurijuridisme ou du pluralisme juridique.

**453.** Ce courant théorique reste pertinent lorsque l'objectif est d'observer une réalité juridique plurielle, d'en appréhender les potentielles tensions et d'œuvrer à la résolution des conflits. En effet, tel qu'il est utilisé par le professeur Jean-Louis Bergel, le plurijuridisme désigne deux cas de figure distincts : il s'agit de l'hypothèse « d'une pluralité de systèmes juridiques qui coexistent dans un même État ou un même groupe d'États, à un moment donné, ou celle d'une pluralité d'ordres juridiques qui se côtoient et sont susceptibles de s'appliquer, avec ou sans rapports entre eux, dans un même État ou dans un même groupe d'États »<sup>1411</sup>. Le premier cas fait notamment référence aux systèmes autochtones dans l'État, quand le second renvoie, par exemple, à la coexistence des ordres nationaux et internationaux.

**454.** Dès lors, l'étude des rapports avec les systèmes autochtones « dans le contexte d'États configurés par le colonialisme, suggèrent diverses modélisations de ces interactions »<sup>1412</sup>. Le professeur Bradford W. Morse propose quatre modèles. Premièrement, l'État peut rejeter les systèmes de droit autochtone. Deuxièmement, les deux systèmes demeurent simplement séparés<sup>1413</sup>. Troisièmement, le droit autochtone peut se retrouver incorporé au droit étatique. Ces rapports-là paraissent davantage susceptibles de créer des tensions entre les systèmes représentatifs autochtones et la représentation étatique. Le quatrième modèle d'interaction

---

<sup>1410</sup> Voir, l'article 35 de la loi constitutionnelle de 1982, au Canada et les articles 75 et 77 de la Constitution de 1958, en France.

<sup>1411</sup> Le plurijuridisme correspond à un pluralisme juridique « faible », qui se centre sur les relations d'un droit extra-étatique – ici coutumier – avec l'État. Dans ce chapitre, les termes de plurijuridisme ou de pluralisme juridique sont employés indistinctement. Voir, Jean-Louis BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », p. 12. Voir aussi l'introduction au cadre théorique retenu pour la présente recherche.

<sup>1412</sup> Mylène JACCOUD et *al.*, « Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse », dans Ghislain OTIS (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : confrontation ou coopération ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 11-46, spé. p. 20.

<sup>1413</sup> Pour l'exclusion des situations d'« irrelevance » de cette étude, Voir, Introduction, para. 55.

prévoit, en revanche, la coopération entre les deux systèmes<sup>1414</sup>. Ces interactions oscillent donc entre conflits et harmonisation. À ce stade de la démonstration, il s'agit de se concentrer uniquement sur les conflits résultants du pluralisme juridique de la représentation politique. Si les conflits sont d'abord exposés, c'est pour mieux présenter ensuite, les mécanismes de conciliation possibles<sup>1415</sup>.

**455.** Concernant les tensions liées au pluralisme juridique, deux hypothèses peuvent être analysées successivement. En première analyse, tant au Canada qu'en France, la pluralité des systèmes au sein d'un même ordre juridique s'observe depuis la période coloniale : parallèlement à l'ordre représentatif étatique, il subsiste des systèmes représentatifs coutumiers. Cette configuration invite donc « à s'interroger sur l'existence de droits en dehors de l'État »<sup>1416</sup> au sein même des communautés autochtones. Parmi ces systèmes représentatifs, certains, seulement, sont acceptés par le droit positif « pourvu qu'ils ne remettent pas en question l'ordre juridique de l'État »<sup>1417</sup>. Dans ce cas, l'entière des normes applicables à la représentation coutumière n'est pas codifiée, et le législateur laisse le soin à cette dernière de les produire et de les interpréter elle-même. Dans le cas où la représentation coutumière n'est pas reconnue par l'État, celle-ci peut entrer en concurrence directe avec la législation positive. Les situations de conflits semblent alors récurrentes. *In fine*, dans un cas comme dans l'autre, l'analyse porte sur un pluralisme extra-étatique, ignoré ou toléré par l'État, mais dont la représentation a pour fondement des normes coutumières aux origines précoloniales et des institutions productrices de droit en dehors de l'État<sup>1418</sup>.

**456.** En seconde analyse, la pluralité des ordres juridiques fait référence aux différents niveaux étatiques de représentation, ou du moins, à tous les systèmes de représentation reconnus par l'État<sup>1419</sup>. Ainsi, pour le Canada, l'ordre fédéral coexiste avec l'ordre juridique international, mais

---

<sup>1414</sup> Bradford W. MORSE, « Indigenous Law and State Legal System : Conflict and Compatibility », dans Bradford W. MORSE et Gordon R. WOODMAN, (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1987, p. 101-120, spé. p. 101 et s.

<sup>1415</sup> Voir, Partie II, Chapitres 5 et 6 principalement.

<sup>1416</sup> Valérie PARISOT et Sandrine SANA-CAILLE DE NERE, « Pluralisme juridique », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 433-436, spé. p. 433.

<sup>1417</sup> Benoit ÉTHIER, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 40, n°2, 2016, p. 177-193, spé. p. 188.

<sup>1418</sup> Sabine LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de droit public, Université Grenoble II, 2007, version en ligne, p. 57 : « cette pluralisation des sources de droit induite par la reconnaissance de collectivités juridiques non-étatiques peut alors se manifester de deux manières. La première consiste à admettre qu'il existe, sur le territoire de l'État, des communautés minoritaires plus ou moins autonomes qui produisent leurs propres normes, ce qui constitue une situation de pluralisme juridique extra-étatique ».

<sup>1419</sup> Selon la seconde définition donnée du plurijuridisme par le professeur Jean-Louis Bergel, à savoir « celle d'une pluralité d'ordres juridiques qui se côtoient et sont susceptibles de s'appliquer, avec ou sans rapports entre eux, dans un même État ou dans un même groupe d'États ». Voir, Jean-Louis BERGEL, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », *op. cit.*, p. 11-22, spé. p. 12. Cette approche d'un pluralisme interne à l'État est décrite par le professeur Pierre Brunet : « selon cette thèse, on ne peut rendre fidèlement compte des rapports entre les ordres juridiques – et



aussi avec les ordres provinciaux et, en dernier lieu, avec les systèmes juridiques locaux et les systèmes autochtones. En France, ce millefeuille juridique se retrouve à différents échelons : l'ordre international se matérialise aussi par le droit européen, que ce soit celui de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'ordre national souverain coexiste avec l'ordre européen et transfère des compétences aux collectivités territoriales, lesquelles, pour l'outre-mer, peuvent bénéficier d'une autonomie renforcée et protégée par la Constitution. Il s'agit là d'un pluralisme intra-étatique car cette organisation est prévue et hiérarchisée par l'État lui-même<sup>1420</sup>. Pourtant, même élaborée par le droit positif, cette multiplicité d'ordres et de systèmes juridiques conduit irrémédiablement à certains conflits entre les différentes institutions chargées de la représentation des autochtones.

**457.** En se fondant donc sur la distinction des sources du droit et afin de comprendre les tensions persistantes entre les différents systèmes de représentation politique au Canada et en France, l'analyse porte successivement sur le pluralisme extra-étatique de la représentation, d'une part (**SECTION 1**) et le pluralisme intra-étatique, d'autre part (**SECTION 2**).

---

notamment ceux entre les ordres internes et l'ordre communautaire – qu'à la condition de prendre la mesure de leur indépendance autant que de leur étroite imbrication. Cette complexité suppose que l'on ait recours à un terme spécifique. Le terme choisi est celui de "pluralisme". Ceux qui ont recours à ce terme entendent donc décrire cette situation si contemporaine de coexistence des ordres juridiques non hiérarchisés entre eux qui néanmoins interagissent les uns avec les autres sans qu'aucun des systèmes ne nient l'indépendance ou la normativité de l'autre ». Voir, Pierre BRUNET, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », dans Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 195-213, spé. p. 196. Voir aussi, Pierre BRUNET, « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », dans Pierre BRUNET et Federico ARENA (dir.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 53-74, spé. p. 54. Toutefois, cette définition du pluralisme n'est pas partagée par tous les auteurs : elle ne correspond pas, notamment, au pluralisme tel qu'il est défini par les auteurs en anthropologie ou en sociologie du droit, laquelle définition correspond plutôt à celle donnée pour la section 1 du présent chapitre. Par exemple, les professeurs Ghislain Otis et Sophie Thériault écrivent : « les règles de droit international privé donnent à voir une forme d'articulation des ordres juridiques dès qu'un système étatique se dote de mécanismes par lesquels il rend applicables en son propre sein, selon les conditions qu'il fixe, des principes et des règles de droit issus du système d'un État étranger. Dans ce cas de figure, toutefois, il n'y a pas de pluralisme juridique puisque le droit étatique étranger qui est reçu ne prétend pas s'appliquer de manière autonome et concurrente sur le territoire de l'État récepteur ». Voir, Ghislain OTIS et Sophie THERIAULT, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 33.

<sup>1420</sup> Sabine LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, *op. cit.*, p. 37 : « on se trouve en situation de « pluralisme intra-étatique » lorsque l'État reconnaît, aux côtés de son droit, des ordres juridiques non-étatiques devenus officiels du fait de cette reconnaissance ».

## SECTION 1 - Le pluralisme extra-étatique au sein des systèmes de représentation politique

**458.** Traiter du pluralisme extra-étatique au sein des systèmes de représentation politique exige de comprendre quels sont les deux « mondes » juridiques en concurrence. Il apparaît essentiel de systématiser les sources juridiques de la représentation au sein des communautés autochtones, que celles-ci relèvent du droit positif ou de la coutume. Dans ce cadre, les sources coutumières peuvent concurrencer les normes positives d'où il résulte certaines tensions (**PARAGRAPHE 1**). En outre, le pluralisme extra-étatique entraîne des conflits par la concurrence de différentes institutions représentatives au sein même des systèmes coutumiers (**PARAGRAPHE 2**).

### **PARAGRAPHE 1** – Les sources concurrentielles au sein des systèmes représentatifs autochtones

**459.** Appréhender le pluralisme extra-étatique des sources de la représentation nécessite la compréhension, d'ordre plus théorique, des deux mondes juridiques en présence. La dualité des sources de ces mondes, avec d'une part un droit d'origine étatique et d'autre part un droit d'origine coutumier, constitue les fondements juridiques de la représentation (**A**). Toutefois, la concurrence de ces sources au sein même des systèmes représentatifs autochtones entraîne irrémédiablement certains conflits (**B**).

#### **A.** Le pluralisme extra-étatique des sources du droit de la représentation

**460.** Les tensions au sein des systèmes représentatifs autochtones ont notamment pour cause la pluralité des sources du droit applicables. En effet, durant la colonisation, les coutumes autochtones sont invisibilisées et reléguées au titre de non-droit, quand les législations étatiques s'imposent aux diverses populations occupées. Dès lors, aujourd'hui encore, le droit positif constitue une source pour le droit applicable aux communautés autochtones. Cependant, le droit d'origine étatique est concurrencé par d'autres normativités aux origines précoloniales<sup>1421</sup>. Cette concurrence normative se retrouve au Canada comme en France.

---

<sup>1421</sup> Sur les distinctions entre les constitutionnalismes étatique et autochtone, selon le point de vue autochtone, Voir, Aaron MILLS, « The Lifeworlds of Law : On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *McGill Law Journal*, vol. 61, n° 4, 2016, p. 847-884. L'auteur préconise notamment que les différentes approches du droit soient étudiées selon une approche qui tienne compte du contexte et des traditions juridiques dans leur ensemble, au sein des universités de droit canadiennes. Il écrit : « we should study Indigenous legal orders at Canadian law schools, but only

461. Pour commencer, la Cour suprême du Canada confirme l'application du droit positif étatique aux populations autochtones : « Les Indiens possèdent la citoyenneté canadienne et, dans les affaires qui ne sont ni régies par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, ils ont les mêmes responsabilités [...] que les autres citoyens canadiens »<sup>1422</sup>. De même, le professeur anishinaabe John Borrows explique que le droit positif compte parmi les sources du droit autochtone. Toutefois, celui-ci est conçu plus largement que le seul droit produit par les institutions étatiques, puisqu'il s'étend au droit produit par les autorités autochtones reconnues par la communauté<sup>1423</sup>. De même valeur que le droit positif, l'auteur présente également les sources sacrées du droit autochtone, c'est-à-dire celles qui procèdent du « Créateur » et des récits de la création<sup>1424</sup>. Il opère un rapprochement avec d'autres traditions juridiques, puisque « même si les traditions juridiques canadiennes sont de plus en plus sécularisées, on ne peut pas nier le rôle joué par des considérations métaphysiques dans la formation de notre droit »<sup>1425</sup>. Selon lui, la conception sacrée des sources du droit correspond, par exemple, aux traités fondateurs passés avec les autorités lors de la formation du Canada. D'ailleurs, il s'agit de « l'une des raisons pour lesquelles plusieurs Premières Nations refusent de les abandonner malgré des générations de négligence de la part du gouvernement. Ce serait violer la loi du Créateur, la loi sacrée, que de se détourner des promesses qu'on lui a faites, et qu'on a faites aux autres »<sup>1426</sup>. Cette origine sacrée est confirmée par le professeur Oren Lyons, lequel est membre de la Confédération iroquoise :

La loi principale du gouvernement indien est la loi spirituelle. La spiritualité est la forme la plus élevée de la politique, et notre spiritualité est directement impliquée dans le gouvernement. En tant que chefs, on nous dit que notre premier et plus important devoir est de veiller à ce que les cérémonies spirituelles soient accomplies. Sans les cérémonies, il n'y a pas de base sur laquelle on peut diriger le gouvernement pour le bien-être du peuple. Ceci n'est pas seulement pour notre peuple mais pour le bien de tous les êtres vivants en général. On nous dit donc d'abord de mener les cérémonies à temps, de la manière appropriée, puis de siéger au conseil pour le bien-être de notre peuple et de toute vie<sup>1427</sup>.

---

if we're prepared to exercise great care in how we go about it, and this means attending to the Indigenous lifeworlds beneath them. If we fail to go carefully, I worry that we open up Indigenous legal orders to further colonization by inviting legal education to liberalize them ».

<sup>1422</sup> *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36.

<sup>1423</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 72-74 : « Les individus qui sont vus comme possédant un tel pouvoir peuvent être des chefs héréditaires, des mères de clan, des dirigeants, des sachems, ou des chefs de bandes. Leurs lois peuvent être considérées comme du droit positif parce qu'elles se fondent davantage sur l'autorité et l'intelligence de ceux qui les émettent que sur la notion de création, la nature ou la délibération en communauté ».

<sup>1424</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>1425</sup> *Ibid.*

<sup>1426</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>1427</sup> Oren LYONS, « Spirituality, Equality and Natural Law », dans Leroy LITTLE BEAR, Menno BOLDT et Anthony LONG (eds.), *Pathways to Self-Determination : Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1984, p. 5-14, spé. p. 6. Source non traduite : « The primary law of Indian government is the spiritual law. Spirituality is the highest form of politics, and our spirituality is directly involved in government. As chiefs we are told that our first and most important duty is to see that the spiritual ceremonies are carried out. Without the ceremonies, one does not have a basis on which to conduct government for the welfare of the people. This is not only for our people but for the good of all living things in general. So we are told first to conduct the ceremonies on time, in the proper manner, and then to sit in council for the welfare of our people and of all life ».

Ces sources ont donc une influence importante sur la représentation coutumière des autochtones et ses procédures.

**462.** À côté des sources sacrées, il existe également les sources de droit naturel. Selon une conception différente de la théorie européenne, le droit naturel autochtone résulte de « l'observation du monde physique qui les entoure »<sup>1428</sup>. En se fondant sur ces observations, les autochtones élaborent une économie et des principes de coexistence avec leur environnement direct, comme l'interdiction de certaines pratiques de chasse et de surpêche ou le respect des cycles saisonniers et la recherche d'un équilibre global<sup>1429</sup>.

**463.** En sus, les sources du droit sont délibératives. Il s'agit de « la source la plus immédiate de la plus grande partie du droit autochtone » qui se développe à partir des processus de persuasion, de délibération, d'assemblée et de discussion<sup>1430</sup>. Le droit délibératif s'élabore selon différents processus, et si « certains peuples autochtones utilisent les cercles pour mener leurs affaires juridiques, d'autres préfèrent les rassemblements comme les fêtes rituelles et autres grandes assemblées publiques pour encourager la discussion et la résolution d'enjeux »<sup>1431</sup>. Pour les Wet'suwet'en par exemple, les fêtes rituelles, comme les potlachs, s'avèrent particulièrement importantes, car « elles comprennent des protocoles élaborés visant à faire participer les communautés [...] aux enjeux décisionnels »<sup>1432</sup>. Le professeur John Borrows cite également l'exemple de la Confédération iroquoise pour ses processus délibératifs :

La délibération structurée joue un rôle central dans la prise de décisions juridiques contraignantes. Par exemple, dans leur société, la considération et la consultation des générations passées et futures font formellement partie des délibérations. Un conseil de cinquante chefs choisis par les mères de clan prend note des préoccupations de la communauté. Ils administrent les affaires de la confédération par un processus délibératif en transmettant des idées à plusieurs reprises à travers le feu d'une maison longue<sup>1433</sup>.

---

<sup>1428</sup> Ainsi, « le droit, dans cet esprit, peut être vu comme découlant des conséquences de la création du monde "naturel" ou de l'environnement. Les peuples autochtones qui pratiquent cette forme de droit examineront comment une plante interagit avec un insecte, et tireront des principes juridiques de cette expérience ». Voir, John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 48.

<sup>1429</sup> Dans le même ordre d'idée, Maurice Leenhardt rapporte : « Un jeune, une fois, m'indiquait, au milieu d'une caférie de Koné, un renflement de terre : - tu vois, dit-il, c'est là que je suis né. La tertre, pour ces gens qui n'ensevelissaient pas les morts, ne signifie point une tombe, mais un berceau. Et dans ces paysages où nous ne voyons que la nature, ils lisent avec précision les noms de leurs parents. Leur état-civil est inscrit sur le sol ». Voir, Maurice LEENHARDT, *Gens de la Grande Terre*, Paris, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1953 [1937], p. 27.

<sup>1430</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 56.

<sup>1431</sup> *Ibid.*, p. 60-61.

<sup>1432</sup> Par exemple concernant les enjeux de frontière, les questions de droit de la famille, la résolution de différends commerciaux, ou de droit criminel. Pour l'approfondissement des principes juridiques wet'suwet'en et sur l'importance des fêtes dans ce système, Voir, Antonia MILLS, *Eagle Down Is Our Law : Witsuwit'en Law, Feasts, and Land Claims*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1994.

<sup>1433</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 65.

Si ces assemblées délibératives produisent les règles normatives, elles détiennent aussi la compétence de les interpréter<sup>1434</sup>.

**464.** Enfin, le professeur John Borrows parle des sources coutumières du droit, qu'il différencie par leur caractère inductif<sup>1435</sup>. Autrement dit, elles constituent des « pratiques développées dans des schémas répétitifs d'interaction sociale et qui sont acceptées comme liant ceux qui y participent »<sup>1436</sup>. Le syntagme de « droit spontané » est aussi utilisé par les professeurs Ghislain Otis<sup>1437</sup>, Rodolfo Sacco<sup>1438</sup> et Jacques Vanderlinden<sup>1439</sup>, pour décrire un droit dont la source ne résulte pas d'une autorité habilitée, mais plutôt du groupe dans son ensemble. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le « droit autochtone » reste produit selon plusieurs sources, concurrentielles ou complémentaires, qui restent communément désignées comme « les coutumes ». Si le lien avec la représentation est explicite pour les sources délibératives, lorsque les représentants *veulent pour* la communauté, ils puisent dans les différentes sources du droit afin de constituer ou d'interpréter le contenu et la portée des normes coutumières dans leur ensemble.

**465.** En France, cette pluralité des sources est également constatée par la doctrine. De même que pour les communautés autochtones du Canada, le droit d'origine étatique s'applique dans de nombreux domaines aux populations d'outre-mer bénéficiant d'un statut coutumier. La professeure Géraldine Giraudeau précise que le droit applicable aux Calédoniens, donc aux Kanak, est « avant tout un droit local, construit par l'organe législatif qu'est le Congrès, dans les domaines, nombreux, de compétence de la Nouvelle-Calédonie »<sup>1440</sup>. Parallèlement au droit positif étatique, elle explique que la coutume, « reflet de la complexité de la société calédonienne », tient une place particulière comme source du droit, intégrée officiellement à l'ordre juridique français<sup>1441</sup>. Dans ce cadre, Gérard Orfila précise que « le droit coutumier mélanésien n'est qu'une infime partie de la coutume »<sup>1442</sup>. En effet, comme pour les autochtones du Canada, d'autres règles

---

<sup>1434</sup> Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 4, 1998, p. 681-716, spé. p. 698.

<sup>1435</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, Québec, *op. cit.*, p. 78 et s. Ces modes coutumiers de production du droit sont qualifiés comme tels pour les autochtones, bien que la coutume existe aussi dans les traditions de *common law*, de droit civil et dans le droit international.

<sup>1436</sup> Géraldine GIRAUDEAU, « Les spécificités du droit applicable en Nouvelle-Calédonie », *Cahiers du CRINI*, n° 2, 2021, p. 1-9, spé. p. 7, en ligne, <https://crini.univ-nantes.fr/cahiers2-giraudeau> (consulté le 25.04.2022).

<sup>1437</sup> Ghislain OTIS, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *Revue générale de droit*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 67-89, spé. p. 70.

<sup>1438</sup> Rodolfo SACCO, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008, p. 143 : « le droit spontané se définit comme “le droit créé sans l'intervention de l'autorité politique, sans le secours de la révélation, en dehors de l'influence contraignante du juge juriste et du juriste savant” ».

<sup>1439</sup> Jacques VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996, p. 49.

<sup>1440</sup> Géraldine GIRAUDEAU, « Les spécificités du droit applicable en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 7.

<sup>1441</sup> *Ibid.*

<sup>1442</sup> Gérard ORFILA, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 131.

– religieuses, morales ou collectives – « limitent et prolongent tous à la fois le droit coutumier mélanésien »<sup>1443</sup>.

**466.** Déjà en 1949, concurremment au droit positif, le professeur François Luchaire affirme la pluralité des sources juridiques « indigènes ». Premièrement, il explique que les sources sont très souvent religieuses : « il faut puiser les règles de droit dans des ouvrages révélés [...] ou dans des textes sacrés [...]. Chez les animistes, c'est la sanction du droit qui a un caractère religieux comme par exemple les tabous de l'Océanie »<sup>1444</sup>. En effet, en 2014, la *Charte du peuple kanak*, rédigée par le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, énonce que « la Parole issue de l'Esprit de l'ancêtre et de la Coutume est sacrée »<sup>1445</sup>. Ce constat est renforcé pour les populations de Wallis et Futuna, fortement marquée par l'évangélisation. Deuxièmement, « le droit indigène est très souvent coutumier »<sup>1446</sup>, ce qui traduit son caractère inductif. Enfin, selon un troisième critère, « le contenu du droit indigène traduit le caractère collectif de leur organisation sociale »<sup>1447</sup>. La *Charte du peuple kanak* reprend également ce dernier critère en affirmant la recherche du consensus et la mise en place de contrepouvoirs<sup>1448</sup>. Ainsi, de façon analogue à ce qui est décrit pour les sources autochtones au Canada, malgré la variété des « lois et coutumes indigènes, [...] il est possible de dégager des traits communs aux diverses législations indigènes »<sup>1449</sup>, qui résultent de la similarité des sources.

**467.** Au-delà de ces travaux et dans le prolongement des développements du professeur John Borrows, la doctrine française complète cette liste en ajoutant également des sources dites de droit « naturel ». Pour le Pacifique, le professeur Paul de Deckker rapporte les propos d'un aborigène australien selon lequel :

---

<sup>1443</sup> Gérard ORFILA, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 131.

<sup>1444</sup> François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 438. De façon plus contemporaine, Sébastien Lebègue rapporte le témoignage d'un sénateur coutumier kanak en ces termes : « *Gomû*, c'est là où il y a des tes tripes, ton estomac, ton foie ou ton cœur. Cette partie est le siège de la pensée, c'est l'âme ou la conscience de l'homme, c'est là que naît la coutume », confirmant ainsi son caractère inductif. Voir, Armand Poady GOROBORÉDJO, cité par Sébastien LEBEGUE, *Coutume Kanak*, Tahiti, Aux vents des îles, 2018, p. 126. Sur la cosmologie mélanésienne qui entoure la production des normes, Voir, Maurice LEENHARDT, *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Paris, Gallimard, 1985 [1947].

<sup>1445</sup> *Charte du peuple kanak*, chap. 1, art. 3. La Charte est adoptée par 262 chefferies (78 %) et 56 districts (95 %) des huit conseils coutumiers de la Nouvelle-Calédonie. Elle est proclamée par le Sénat coutumier le 26 avril 2014. Voir, Sénat coutumier, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, Nouméa, Sénat coutumier, 2019, p. 15. Elle présente les principes fondamentaux du système coutumier, mais n'a pas de valeur juridique particulière reconnue en droit positif. Indirectement, elle vient « au soutien de la coutume orale qui fonde la motivation des décisions de justice ». Voir, Étienne CORNUT, « Normes coutumières », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 361-366, spé. p. 362.

<sup>1446</sup> François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 438.

<sup>1447</sup> *Ibid.*

<sup>1448</sup> *Charte du peuple kanak*, chap. 1, art. 18.

<sup>1449</sup> François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 438.

Ce que nous partageons de par le monde, nous peuples autochtones, c'est notre relation avec les terres et les mers traditionnelles. C'est de cette relation que les peuples autochtones tirent leur culture, leurs lois, leurs droits et leurs responsabilités<sup>1450</sup>.

La *Charte du peuple kanak* confirme, à l'article 4, l'importance du lien à la terre pour la structuration clanique. La Cour d'appel de Nouméa définit ce lien comme « un concept normatif spécifique à la société coutumière affectant l'identité et le statut des hommes en lien avec une terre, par rapport à laquelle ils se définissent »<sup>1451</sup>. Dans une même idée, le règlement intérieur du conseil coutumier d'Ajié Arho dispose que « les généalogies des deux montagnes sacrées de Yöumâ et Mèè Èri déclinent la constitution et la division des clans ainsi que le partage du Dö Névâ »<sup>1452</sup>. La nature constitue ainsi une source des structurations clanique et foncière, ce qui n'est pas sans effet sur l'organisation de la représentation coutumière, qui peut s'avérer différente en fonction des aires coutumières. Cette importance de l'espace naturel s'illustre également par les sentiers coutumiers, définis comme « le moyen et l'outil de communication utilisé par les clans et les chefferies pour porter un message vers d'autres clans et chefferies »<sup>1453</sup>. Dans ce cadre, il existe d'ailleurs « davantage des coutumes Kanak, au pluriel, qu'une coutume Kanak, au singulier », la Nouvelle-Calédonie connaissant huit aires géographiques coutumières, chacune disposant de sa propre coutume<sup>1454</sup>.

**468.** Une même pluralité des sources se retrouve chez les Amérindiens de Guyane et les insulaires de Wallis et Futuna. Précisément, Émile Tshefu souligne le rôle éminent du droit d'origine étatique, né de la colonisation et applicable à tous. Il écrit : « n'échappant pas à cette logique, les populations dites indigènes qui faisant partie de l'ensemble français restent soumises aux mêmes règles que les autres »<sup>1455</sup>. En parallèle, il relève un « foisonnement d'autres repères normatifs », et particulièrement « du respect par les populations concernées de règles de droit coutumier », même si ces dernières ne sont pas nécessairement reconnues par l'État<sup>1456</sup>. Du reste, la coutume en Guyane dépend de la communauté dans laquelle elle est appliquée, parmi les

---

<sup>1450</sup> Paul DE DECKKER et Laurence KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris, l'Harmattan, 1998, p. 128.

<sup>1451</sup> Cour d'Appel de Nouméa, 11 octobre 2012, *Pearou et a c/ Kabea et a.*, n° 2011/425.

<sup>1452</sup> Délibération n° 2020-02/CCAA du 25 juillet 2020 *portant règlement intérieur du conseil coutumier Ajié Arho*, J.O.N.C. du 25 août 2020, p. 12750.

<sup>1453</sup> *Charte du peuple kanak*, chap. 1, art. 7. Les sentiers coutumiers sont notamment empruntés par la Mission du dialogue pour tenter d'apaiser la situation en 1988. Voir, Laura PHILIPPON et Steeven GNIPATE, « La mission du dialogue au chevet d'une Calédonie meurtrie », *France Info*, 2018, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/mission-du-dialogue-au-chevet-caledonie-meurtrie-589261.html> (consulté le 26.02.2022). Il faut préciser que la coutume se traduit dans la géographie, dans la Parole, les gestes et les dons mais aussi les objets tels que l'igname pour les Kanak ou le kava pour les insulaires de Wallis-et-Futuna.

<sup>1454</sup> Caroline BOUIX, « Réflexions sur l'égalité des statuts personnels en Nouvelle-Calédonie », *Revue des Droits et libertés fondamentaux*, chronique n° 5, 2023, en ligne : [http://www.revuedlf.com/personnes-famille/reflexions-sur-legalite-des-statuts-personnels-en-nouvelle-caledonie/#\\_ftnref18](http://www.revuedlf.com/personnes-famille/reflexions-sur-legalite-des-statuts-personnels-en-nouvelle-caledonie/#_ftnref18) (consulté le 07.02.2023).

<sup>1455</sup> Émile TSHEFU, « La diversité des sources du droit en Guyane », dans Didier PEYRAT et Marie-Alice GOUGIS-CHOW CHINE, *L'accès au droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge Éditions, 1998, p. 89-100, spé. p. 93.

<sup>1456</sup> *Ibid.*, p. 95.

populations amérindiennes, noirs-marrons, voire même créoles ou asiatiques. En outre, pour Wallis et Futuna, selon certaines particularités liées à l'histoire, la coutume puise également certaines de ses sources dans la religion catholique<sup>1457</sup>.

**469.** Constatant la pluralité des sources coutumières, le professeur Jean Combacau relève rhétoriquement :

Si l'apparente homogénéité du processus coutumier [...] n'était qu'une façade dissimulant des modes variés de formation du droit ? Si même enfin la qualification de coutume rendait improprement compte de certains procédés dans lesquels n'apparaissent ni le temps, ni la répétition, ni rien de ce qui la caractérise dans le langage commun ?<sup>1458</sup>.

En effet, « la coutume est le terme que la plupart des gens accoleraient au droit autochtone lorsqu'ils ne sont pas familiers avec la complexité de l'organisation sociale de ces sociétés »<sup>1459</sup>. À ce titre, le professeur Norbert Rouland préconise de substituer à la notion de coutume, flétrie par trop d'usages et de représentations abusives, par celle de « mode coutumier de production du droit »<sup>1460</sup>. Il précise que la coutume consiste en « des modes autonomes d'engendrement du droit, permettant tout autant la reprise, la réinterprétation, la combinaison d'éléments anciens (les traditions) avec des éléments nouveaux, que leur élimination partielle ou totale »<sup>1461</sup>. Suivant ces arguments, c'est en considérant l'ensemble des multiples sources et procédés de formation du droit, ce « foisonnement de repères normatifs », qu'il faut appréhender la représentation coutumière autochtone.

**470.** Dans le cadre de cette étude, la représentation coutumière (ou de droit coutumier) renvoie donc à l'ensemble des sources autochtones – sacrée ou religieuse, naturelle, positive, délibérative ou collective, coutumière ou spontanée – c'est-à-dire aux sources coutumières (ou de droit coutumier) de la représentation qui subsistent depuis la période précoloniale et sont incorporées ou non par l'État. Si une représentation coutumière s'observe en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et en Guyane, à l'instar des nuances apportées par le professeur Étienne Cornut, « la coutume n'y a cependant pas toujours la même valeur juridique : [...] alors même qu'elle y paraît encore vivace, la coutume n'a aucune valeur juridique [...] en Guyane », selon le droit positif de

---

<sup>1457</sup> *Ibid.*

<sup>1458</sup> Jean COMBACAU, « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, 1986, p. 3-10, spé. p. 8.

<sup>1459</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 78. Dans le même sens, Voir, Ghislain OTIS, « La gestion du pluralisme juridique : définitions et approches », *op. cit.*, p. 23-24. Voir aussi, Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 173-176. Allant plus loin, l'anthropologue Louis Assier-Andrieu soutient que l'utilisation du terme de « coutume » constituait « une entreprise d'acculturation, d'imposition de catégories extérieures, de forçage systématique d'une conception occidentale du juridique à l'intérieur des sociétés locales. [...] non seulement préméditée mais rigoureusement programmée selon un mode d'emploi dominé par l'idée de "conciliabilité", c'est-à-dire d'identification du semblable ». Voir, Louis ASSIER ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 92.

<sup>1460</sup> Norbert ROULAND, « La coutume et le droit », *op. cit.*, p. 36.

<sup>1461</sup> *Ibid.*



l'État<sup>1462</sup>. En effet, sur ce territoire, la représentation coutumière oppose une véritable concurrence normative à la représentation étatique. En revanche, les sources coutumières de la représentation sont reconnues et ont une valeur juridique dans le droit français en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna.

**471.** Au Canada, la représentation coutumière se retrouve reconnue par la loi, par les tribunaux ou par des accords d'autonomie gouvernementale, notamment pour les Nisga'a. En revanche, les systèmes de représentation traditionnelle de certaines Nations iroquoises ou des Wet'suwet'en ne sont pas tous reconnus par la législation, s'inscrivant régulièrement en concurrence avec le système des conseils de bande.

**472.** Pourtant, que l'État reconnaisse ou non ces systèmes coutumiers n'a que peu d'influence :

L'absence de consécration officielle des coutumes en Polynésie et en Guyane, pas plus que le refus, toujours en Guyane, de reconnaître les décisions des autorités amérindiennes ou noires-réfugiées n'ont empêché leur observation effective par les populations minoritaires. Ainsi, les Polynésiens comme les Amérindiens continuent à vivre – au moins en partie – sous l'empire de systèmes juridiques autochtones officiels mais authentiques. La situation de pluralisme juridique extra-étatique est dès lors avérée<sup>1463</sup>.

En effet, en raison de l'autonomie des systèmes, ces derniers « n'ont pas besoin d'être reconnus par les autres pour exister, être valides et effectifs, et [...] ne sont pas *ipso facto* modifiés par la posture des autres systèmes à leur égard »<sup>1464</sup>. Finalement, au Canada comme en France, les sources de la représentation sont plurielles et diverses. Il en résulte une certaine concurrence entre les systèmes représentatifs ayant pour source le droit étatique et ceux trouvant leur origine dans la coutume. Comme le précise Anny Morissette, « il m'apparaît évident qu'il puisse exister au moins deux espaces politiques autochtones au niveau local : un formel imposé et un traditionnel. Ce découpage assez grossier n'est qu'un point d'entrée pour mieux comprendre la richesse et les nuances [...] qui se sont développées avec leurs tentatives de s'approprier l'un pour le réconcilier avec l'autre »<sup>1465</sup>. C'est par cette même distinction entre sources étatiques et coutumières, que sont interrogés les conflits liés au pluralisme extra-étatique de la représentation au sein des systèmes autochtones.

## B. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques de la représentation

---

<sup>1462</sup> Étienne CORNUT, « Normes coutumières », *op. cit.*, p. 361.

<sup>1463</sup> Sabine LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>1464</sup> Ghislain OTIS, « Conclusion générale. Réalités et mythes de la gestion du pluralisme juridique », dans Ghislain OTIS, Jean LECLAIR et Sophie THERIAULT (dir.), *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LDGJ, 2022, p. 233-242, spé. p. 236-237. De même, Sébastien Grammond rappelle que « l'existence du droit autochtone ne dépend pas de l'approbation de l'État canadien ». Voir, Sébastien GRAMMOND, « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone », *Revue générale de droit*, vol. 52, n° 1, 2022, p. 181-210, spé. p. 183.

<sup>1465</sup> Anny MORISSETTE, « Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 37, n° 2-3, 2007, p. 127-138, spé. p. 128.

473. Les conflits au sein des systèmes représentatifs autochtones relèvent d'une concurrence de leurs sources normatives, étatiques ou coutumières. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, dans certains territoires, les autorités coloniales imposent une représentation autochtone dont la source s'établit dans le droit positif et se fonde sur le mécanisme électoral. Les conflits au sein des communautés demeurent donc liés aux fondements étatiques ou coutumiers de la représentation, reflétant une opposition entre les conceptions électorale et coutumière de la représentation<sup>1466</sup>. Cette concurrence se vérifie aussi bien au Canada (1) qu'en France (2).

1. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques des systèmes de représentation au Canada

474. Les conflits entre les sources étatiques et coutumières s'observent particulièrement au sein des Nations iroquoises et de la Nation Wet'suwet'en<sup>1467</sup>. En effet, pour les bandes autochtones non régies par un accord d'autonomie gouvernementale, le droit positif consacre trois façons de désigner un chef et ses conseillers. Les premières modalités sont contenues dans la *Loi sur les Indiens*<sup>1468</sup> et dans le *Règlement sur les élections au sein de bandes d'Indiens*<sup>1469</sup>. Ces textes précisent la durée biennale du mandat et la procédure électorale sous la supervision du gouvernement. Deux cent trente-quatre bandes autochtones sur six cent dix-neuf, soit plus de 37 %, tiennent leurs élections selon ces sources<sup>1470</sup>. Toutefois, la *Loi sur les Indiens* contient certaines lacunes juridiques, notamment concernant « le degré d'autorité du ministre, l'absence d'un processus d'appel adapté et autonome, l'inadéquation des dispositions relatives à la destitution des élus, la responsabilité des élus envers le ministère plutôt qu'envers les membres de la communauté et le manque de souplesse dans l'établissement des mandats et la détermination de la taille des conseils »<sup>1471</sup>. Le deuxième régime de sélection des dirigeants, qui reste facultatif et dépend de la volonté des

---

<sup>1466</sup> La conception volitive paraît faire l'objet de moins de désaccord dans son principe, puisque certains des mécanismes de la représentation volitive et de la représentation coutumière, tels que la délibération, semblent similaires. Voir, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1467</sup> Les Nisga'a, régis par un accord d'autonomie gouvernementale, ne sont plus assujettis au régime de la *Loi sur les Indiens*. Il y a donc peu de conflits relatifs aux sources extra-étatiques des systèmes de représentation. Pour les aménagements du système nisga'a, Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>1468</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 74 à 80. Par exemple, l'article 74 (3) précise : « le chef d'une bande doit être élu : (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande, (ii) soit à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d'entre eux, le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller ».

<sup>1469</sup> *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952.

<sup>1470</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/eng/1337794249355/1565361052618> (consulté le 11.05.2022). Depuis 2019, il existe une nouvelle bande (donc 619 bandes indiennes au total).

<sup>1471</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, op. cit., p. 13.

communautés, tente donc de pallier ces lacunes. Énoncé dans la *Loi sur les élections au sein de premières nations* et vecteur d'un assouplissement de la *Loi sur les Indiens*, il permet, par exemple, un allongement des mandats de deux à quatre ans<sup>1472</sup>. Toutefois, le mode de désignation reste fondé sur le droit étatique et demeure électoral.

**475.** Il existe alors une troisième modalité de sélection, suivant le processus inscrit dans un « code coutumier ». Une Première Nation peut rédiger son propre code électoral coutumier, dont un modèle est proposé par le gouvernement<sup>1473</sup>. Sa reconnaissance par le ministre des Services aux Autochtones entraîne la soustraction à l'applicabilité du système électoral prévu par la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, plus de trois cents des six cent dix-neuf bandes autochtones bénéficient du système électoral selon la coutume<sup>1474</sup>. En Colombie-Britannique, la bande Wet'suwet'en, appartenant à la Nation du même nom, applique ce régime. Parmi les Nations iroquoises, les trois bandes Mohawks d'Akwesasne, de Kahnawake et Kanasatake, ainsi que la bande des Six Nations de Grand River, ont également adopté le système électoral selon la coutume<sup>1475</sup>.

**476.** Sous certaines conditions, ces codes propres à chaque communauté peuvent intégrer des éléments de la coutume et limitent l'intervention du gouvernement au contreseing du résultat fourni par la bande. Cependant, bien que les communautés soient autorisées à aménager le droit étatique, les singularités coutumières sont limitées par le caractère électoral de la désignation et le respect de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1476</sup>. En effet, l'adoption de ces procédures électorales ne comporterait de coutumier que le nom. Comme l'indique un rapport sénatorial, ce terme désigne ici les codes adoptés par les communautés elles-mêmes, « plutôt que des systèmes de choix des dirigeants fondés sur l'hérédité, les clans ou le consensus »<sup>1477</sup>. Parallèlement aux lois électorales de source positive, la procédure de désignation dite coutumière est toute autre.

**477.** Pour les Wet'suwet'en, l'élection s'oppose aux mécanismes de désignation héréditaires dont les principes traditionnels sont énoncés dans la loi fondamentale de la nation, l'*Anunc niw'it'en*. La Nation Wet'suwet'en est divisée en cinq clans, subdivisées en maisons<sup>1478</sup> et, à l'instar de ce que décrit le juge en chef Antonio Lamer dans la décision *Delgamuukw* :

---

<sup>1472</sup> *Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5.

<sup>1473</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Modèle de code de sélection des dirigeants », Gouvernement du Canada, 2010, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100013945/1565359988591> (consulté le 11.05.2022).

<sup>1474</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *op. cit.*

<sup>1475</sup> *Ibid.* Il faut préciser que toutes les communautés appartenant aux Nations iroquoises n'ont pas adhéré au système électoral selon la coutume. Certaines sont encore soumises à la *Loi sur les Indiens*. Les modalités de ce régime juridique sont développées dans le chapitre 5.

<sup>1476</sup> Selon le rapport sénatorial, « même si la *Loi sur les Indiens* ne prescrit aucune règle concernant la sélection des dirigeants suivant la coutume, les bandes ne sont jamais autorisées à revenir à un régime de sélection autre qu'électoral ». Voir, Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>1477</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1478</sup> Julie DEPELTEAU, « Conflits en territoire Wet'suwet'en », *Relations*, n° 802, 2019, p. 8–10, spé. p. 8.

Chaque maison compte un ou plusieurs chefs héréditaires qui agissent à titre de chef titulaire et sont choisis par les aînés de leur maison, et aussi, parfois, par le grand chef des autres maisons du clan. Le clan n'a pas de grand chef, mais il y a un ordre de préséance au sein des collectivités ou des villages où une maison ou un clan prédomine<sup>1479</sup>.

Toutefois, par désignation héréditaire, il ne faut pas nécessairement entendre filiation. En effet, la professeure Antonia Mills précise : « Quand ils disent “héréditaire”, ils ne font pas référence à la génétique, mais à quelque chose dont vous héritez en vertu de votre comportement, et si vous défendez les droits et les traditions de tout le monde »<sup>1480</sup>. Ainsi, les divisions entre représentants coutumiers et représentants en vertu du droit étatique ne s'avèrent pas nécessaires manichéennes.

À ce sujet, la professeure autochtone Val Napoleon soutient :

Il n'y a pas de frontière nette au sein de la population Wet'suwet'en. Certaines des personnes qui siègent au conseil de bande sont également des chefs héréditaires. Vous parlez des mêmes familles, des mêmes groupes de maisons et des mêmes clans, tous des gens liés par l'histoire, la famille et le fait de faire partie d'une société historique qui a son propre ordre juridique qui a été ébranlé<sup>1481</sup>.

Une majorité des membres s'est donc habituée au système électoral, ce qui rend d'autant plus complexe l'intelligibilité des situations de pluralisme juridique<sup>1482</sup>. Dans ce cadre, précise Anny Morissette, « les structures autochtones deviennent, au mieux, parallèles et, au pire, redondantes avec les structures imposées par l'État qui régissent les mêmes domaines, mais d'une tout autre façon »<sup>1483</sup>. Par exemple, le conseil tribal des Carrier Sekani, auquel les Wet'suwet'en appartiennent, utilise « le gouvernement du conseil de bande pour un ensemble de fonctions, comme le développement et la gestion du village, et des institutions de gouvernance plus traditionnelles pour d'autres, comme la poursuite des revendications territoriales globales »<sup>1484</sup>. Ces pratiques démontrent un véritable pluralisme juridique, où les individus choisissent un système de normes plutôt qu'un autre en fonction de la situation. Du reste, cela interroge l'effectivité du droit positif au sein de ces communautés, lorsque ce dernier est évincé.

---

<sup>1479</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, p. 1031, para 12.

<sup>1480</sup> David P. BALL, « Wet'suwet'en hereditary system never ceased, it just went underground », *The Star*, 18 janvier 2019, en ligne : <https://www.thestar.com/vancouver/2019/01/10/wetsuweten-hereditary-system-never-ceased-it-just-went-underground.html> (consulté le 11.05.2022). Source non traduite : « When they say hereditary, they're not referring to genetics but something you inherit by virtue of your comportment, and if you stand up for the rights and traditions of everybody ».

<sup>1481</sup> *Ibid.*, Source non traduite : « there's no sharp line within the Wet'suwet'en people. Some of the people on the band council are also hereditary chiefs. You're talking about the same families, house groups and clans, all people linked by history, family and being part of a historic society that has its own legal order that's been undermined ».

<sup>1482</sup> Janna PROMISLOW, « Deciding on the future : First Nations Ratification Processes, Crown policies, and the Making of Modern Treaties », dans Richard ALBERT et Richard STACEY (dir.), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 202-240, spé. p. 218. Source non traduite : « many communities have become accustomed to *Indian Act* bands despite impositions that clash with and distort local governance norms ».

<sup>1483</sup> Anny MORISSETTE, « Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan », *art. cit.*, p. 130.

<sup>1484</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice*, Halifax, L'Institut de recherches politiques, 1989, p. 74. Source non traduite : « Others peoples, such as the Carrier Sekani of north central British Columbia, use band council government for one set of functions, such as village development and management, and more traditional governing institutions for others, such as the pursuit of comprehensive land claims ».

478. Quant aux Nations iroquoises, en parallèle des législations électorales formelles, la *Grande loi de la paix* consacre la désignation des représentants par les mères de clan<sup>1485</sup>, une procédure dans laquelle les hommes n'interviennent qu'en cas de désaccord<sup>1486</sup>. Si l'hérédité entre en compte dans le choix, il ne s'agit pas du seul critère puisqu'il reste possible de désigner un fils plutôt qu'un autre. Bien que la Confédération ne se réunisse plus aussi régulièrement aujourd'hui, le professeur Gerald T. Alfred témoigne que « les instructions détaillées du *Kaienerekowa* [un des noms donnés à la Constitution iroquoise] sur l'organisation sociale et politique, les relations internationales, la sélection des dirigeants et les processus décisionnels demeurent des composantes essentielles de la culture politique mohawk »<sup>1487</sup>.

479. Plus précisément, les Mohawks, souvent décrits comme des Iroquois particulièrement attachés aux coutumes et aux traditions, restent foncièrement opposés aux élections. Kayanesenh Paul Williams, membre de la Nation iroquoise Onondaga, explique :

La Constitution iroquoise « évite les élections, car celles-ci divisent le peuple en factions et en partis, alors que la loi recherche l'unité d'esprit. Elle évite également les élections parce qu'elles tendent à mettre en place des gouvernements dont l'horizon de pensée et de vision est la prochaine élection, alors que la *Kayanerenkó:wa* exhorte les décideurs à penser au bien-être des générations à venir »<sup>1488</sup>.

En effet, quand le mécanisme électoral s'est imposé, les femmes en ont été exclues alors qu'elles bénéficiaient pourtant d'un rôle politique important dans la désignation des représentants. Encore

---

<sup>1485</sup> *Constitution de la Confédération Iroquoise* ou *Kaianerekowa* (*Gayanashagowa*) ou *la Grande Loi de la Paix*, disponible sur le site <http://www.mohawknationnews.com/>, art. 17 : « Un certain nombre de rangées de coquillages colorées (*wampum*), chacun d'une longueur de deux envergures de bras doivent être données aux familles des femmes dont provient le titre de chef. Le droit de maintenir le titre sera héréditaire dans la famille des femmes possédant légalement les *wampums* et ceux-ci seront les preuves et symboles que les femmes de la famille ont le droit de propriété du titre de chef pour l'avenir ».

<sup>1486</sup> *Constitution de la Confédération Iroquoise*, art. 53 : « Quand les femmes détentrices du titre de chef sélectionnent un de leurs fils comme candidat, elles devront choisir quelqu'un de confiance, de bon caractère, aux honnêtes dispositions, quelqu'un qui gère ses propres affaires, soutient sa propre famille s'il en a une et qui a prouvé être un homme de confiance pour sa nation ». Art. 54 : « Lorsqu'un titre de chef devient vacant pour cause de mort ou autre cause, les femmes du clan détentrices du titre devront tenir un conseil et devront choisir quelqu'un parmi leurs propres fils pour remplir la fonction vacante. Un tel candidat ne devra pas être le père d'un chef de la confédération. Si le choix est unanime, le nom est alors référé aux hommes de la famille du clan. S'ils désapprouvent, ce sera leur devoir de sélectionner un candidat approprié. Si les femmes et les hommes ne peuvent pas décider lequel des deux candidats nommer, alors l'affaire devra passer dans les mains des chefs de la confédération au sein de ce clan. Ils décideront quel candidat devra être nommé. Si les femmes et les hommes sont d'accord sur le nom d'un candidat, son nom devra être référé aux clans frères pour confirmation. Si les clans confirment le choix, ils devront référer de leur action à leurs chefs de confédération qui ratifieront le choix et le présenteront à leurs cousins chefs, et si les chefs cousins confirment le nom du candidat, alors celui-ci sera intronisé par la cérémonie qui convient afin de lui conférer ».

<sup>1487</sup> Gerald Taiaiake ALFRED, *The Meaning of Self-Government in Kahnawake*, Paper prepared as part of the Research Program of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1994, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-62-eng.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-62-eng.pdf) (consulté le 27.04.2022). Source non traduite : « the Kaienerekowa's detailed instructions on social and political organization, international relations, leadership selection and decision-making processes remain essential components of the Mohawk political culture ».

<sup>1488</sup> Kayanesenh Paul WILLIAMS, *Kayanerenkó:Wa : The Great Law of Peace*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 2018, p. 11. Source non traduite : The Kayanerenkó:wa, « It avoids elections, because elections divide the people into factions and parties, 34 whereas the law seeks one-mindedness and unity. It also avoids elections because they tend to install governments whose horizon of thought and vision is the next election, whereas the Kayanerenkó:wa admonishes decision makers to cast their minds to the welfare of the coming generations ».

aujourd'hui, des membres des Premières Nations peuvent regretter qu'« en vertu d'élections ponctuelles, des individus aient été investis du pouvoir de prendre des décisions sans la participation du peuple et des clans »<sup>1489</sup>. Selon les autochtones attachés aux traditions, les normes d'origine étatique conduisent à « des élections fixes, litigieuses et compétitives, contraires à la méthode de recherche du consensus »<sup>1490</sup>. De même, nombre d'entre eux « considèrent que le régime d'élection des conseils de bande, sans doute à cause d'un passé malheureux, équivaut à la dénégation, illégitime et inacceptable, du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale »<sup>1491</sup>. Par conséquent, le Sénat rapporte que pour un grand nombre de Premières Nations iroquoises, comme celle des Six Nations<sup>1492</sup> ou de Kahnawake<sup>1493</sup>, une majorité de membres refusent de participer aux élections.

**480.** Un véritable conflit persiste ainsi entre les différentes sources juridiques, duquel il résulte une remise en cause du caractère représentatif des conseils et des chefs de bande, fondée sur les lois étatiques. En effet, les autochtones en faveur des traditions qualifient les chefs élus de « chefs de la *Loi sur les Indiens* » ou de « chefs d'opérette », ce qui laisse entendre « que ces derniers tiennent leur pouvoir du système colonial plutôt que de leur communauté »<sup>1494</sup>. Au sein des réserves, une telle contestation peut conduire à d'importantes tensions, voire à des conflits violents. À ce titre, le constat d'un pluralisme juridique conflictuel se retrouve de façon assez similaire en France.

## 2. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques des systèmes de représentation en France

**481.** Le pluralisme lié aux sources de la représentation suscite certaines tensions particulièrement en Nouvelle-Calédonie et en Guyane. Pour la Nouvelle-Calédonie par exemple,

---

<sup>1489</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice*, *op. cit.*, p. 76. Source non traduite : « by virtue of one-time elections, individuals were vested with the authority to make decisions without the participation of the people and the clans ».

<sup>1490</sup> *Ibid.* Source non traduite : « fixed, contentious and competitive elections, contrary to the method of building toward consensus ».

<sup>1491</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>1492</sup> « Sur les 10 000 à 12 000 résidents des réserves des Six Nations qui sont habilités à voter, seuls quelques centaines expriment leurs suffrages ». Voir, Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1493</sup> Pour le conseil de bande de Kahnawake, « seulement 28 p. 100 des personnes inscrites ont effectivement voté lors des élections de 2008 ». Voir, Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 20. Ce constat est confirmé par la Cour supérieure de la Province du Québec qui précise que 25 % des électeurs de la réserve participent à la désignation des représentants du Conseil mohawk de Kahnawake. Voir, *Miller c. Mohawk Council of Kahnawà:ke*, 2018 QCCS 1784, para. 8.

<sup>1494</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 20.

le Sénat coutumier est institué par la loi organique de 1999<sup>1495</sup>. Ce n'est pas l'existence de l'institution qui relève d'un pluralisme extra-étatique, mais plutôt la source juridique de la désignation de ses membres qui, en 2005 et en 2010, suscite d'importants débats. La loi organique dispose que « pour les renouvellements du Sénat coutumier intervenant à compter de 2005, ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collègue électoral déterminés par une loi du pays »<sup>1496</sup>. Ainsi, à partir de 2005, il est envisagé, en lieu et place des désignations sénatoriales « selon la coutume », d'instaurer l'élection par le droit positif. Le choix entre les différents mécanismes de désignation conduit à certaines tensions au sein des communautés kanak. En effet, d'un côté, la désignation coutumière est perçue comme l'un des outils œuvrant à la mise en œuvre et au dynamisme de la coutume dans le contexte institutionnel calédonien, tandis que l'élection permet, de son côté, une plus grande lisibilité des institutions kanak au sein de l'ordre juridique français. À l'initiative du gouvernement calédonien qui nomme un groupe de travail sur le sujet, deux avant-projets de textes sont alors soumis à l'avis des huit aires coutumières, l'un concernant une désignation selon la coutume, l'autre instaurant le suffrage universel direct pour les conseils coutumiers et le suffrage universel indirect pour les sénateurs<sup>1497</sup>.

**482.** Finalement, en 2005, réuni en assemblée plénière, le Sénat coutumier conserve un renouvellement coutumier et affirme :

Vu les décisions du congrès extraordinaire du pays kanak des 28 et 29 janvier 2005, et en particulier celle où, à l'unanimité, les 8 conseils coutumiers d'aires et leurs chefferies ont pris position pour la désignation des membres du Sénat coutumier selon les usages reconnus par la coutume et celles des membres des conseils coutumiers d'aires selon les usages propres à chaque aire<sup>1498</sup>.

Les débats sont ensuite relancés en 2010, mais ceux-ci n'entraînent pas non plus l'adoption du mécanisme électoral. Toutefois, en 2017, un conflit éclate quant à la désignation de la présidence tournante du Sénat coutumier. L'ordre habituel prédéterminé indique que la présidence suivante est celle de l'aire coutumière de Nengone<sup>1499</sup>. Pourtant, treize sénateurs sur seize se prononcent en faveur de la présidence du sénateur Pascal Sihaze de l'aire Drehu. Ce dernier, Pascal Sihaze, est donc investi et nommé par un arrêté du président de la Nouvelle-Calédonie<sup>1500</sup>. Quelques jours

---

<sup>1495</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137 à 152.

<sup>1496</sup> *Ibid.*, art. 137.

<sup>1497</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, 2011, p. 91.

<sup>1498</sup> SENAT COUTUMIER, cité par Mathias CHAUCHAT, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, Communication au colloque « Les 10 ans du Sénat coutumier », 2009, en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/le-senat-coutumier-une-institution-qui-a-10-ans/> (consulté le 16.05.2022).

<sup>1499</sup> Thierry RIGOUREAU et Dave WAHEO-HNASSON, « Deux présidents au Sénat coutumier ? », *France Info*, 2017, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/province-sud/noumea/deux-presidents-au-senat-coutumier-507981.html> (consulté le 16.05.2022).

<sup>1500</sup> Délibération n° 16-2017/SC du 25 août 2017 *portant désignation du président du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 28 septembre 2017, p. 12503. Le point 5 précise : « Qu'en application de l'article 17 de la délibération modifiée n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, « les décisions [de l'assemblée plénière] sont prises par consensus et signées par le président et le porte-parole. En cas de

après, le président sortant, favorable à l'ordre prédéterminé, remet la hache ostensor au sénateur de l'aire Nengone lors de la cérémonie de prise de fonction durant le Congrès du Pays Kanak : seuls quatre conseils coutumiers sur huit se rendent alors à l'évènement<sup>1501</sup>. C'est pourtant Pascal Sihaze qui reste le véritable président du Sénat coutumier entre 2017 et 2018. Selon le professeur Antoine Leca, « ce désaccord révèle que si les “us et coutumes” sont susceptibles d'être interprétés de manière différente, la loi du nombre assure un résultat plus incontestable. Même si P. Sihaze a alors invoqué le consensus, et non « le fonctionnement majoritaire », sa désignation a infléchi le mécanisme de désignation en faveur des règles de la démocratie majoritaire »<sup>1502</sup>. Cet exemple illustre alors les tensions sous-jacentes au sein de l'institution de droit coutumier, entre l'ordre prédéterminé reconnu par le droit positif et la prise de décision consensuelle de source coutumière. Ainsi, de façon paradoxale, le Sénat coutumier « n'est pas systématiquement l'émanation des grandes chefferies traditionnelles auxquelles il se superpose fonctionnellement sans toutefois exercer un quelconque pouvoir hiérarchique sur elles. L'institutionnalisation de cette structure coutumière crée deux modes de représentation du monde coutumier potentiellement concurrents : l'un installé par le législateur, l'autre reconnu par les pratiques traditionnelles »<sup>1503</sup>.

**483.** Par conséquent, pour réaffirmer sa légitimité coutumière, le Sénat coutumier travaille à l'identification d'un socle commun des valeurs kanak : « c'est dans cet esprit qu'a été élaborée puis signée par les représentants des huit aires coutumières une charte des valeurs kanak »<sup>1504</sup>. Dans la *Charte du peuple kanak*, toutes les autorités coutumières, le Sénat coutumier mais aussi les « Grand Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans », en se fondant sur leur mode coutumier de désignation, réaffirment être les seuls « représentants traditionnels et légitimes du Peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie, agissant au nom de la population autochtone, des chefferies et des clans Kanak »<sup>1505</sup>. Il y a donc la réaffirmation de l'opposition entre deux légitimités déduites de sources du droit volontairement différenciées, l'une étatique et l'autre coutumière. L'un des arguments mobilisés en faveur des sources coutumières est celui de l'antériorité d'une source de droit sur l'autre. La Charte énonce ainsi que « la légitimité coutumière Kanak est antérieure à la légitimité démocratique apparue avec l'État politique institué en France puis installé en 1853 en Nouvelle-Calédonie. La légitimité coutumière s'exerce sans

---

désaccord, il est proposé une deuxième lecture à une autre séance, et en cas de désaccord persistant, le président propose aux sénateurs ayant la position la moins partagée de s'exprimer sur la possibilité de faire évoluer la position contradictoire, avant que l'assemblée n'arrête une position définitive ».

<sup>1501</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, Aix-en-Provence, PUAM, 4<sup>e</sup> éd., 2019, p. 87.

<sup>1502</sup> *Ibid.*

<sup>1503</sup> Thani MOHAMED SOILIHI, Mathieu DARNAUD et Robert LAUFOAULU, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, 2016, p. 121.

<sup>1504</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane, *préc.*, p. 16.

<sup>1505</sup> *Charte du peuple kanak*, préambule.



discontinuité depuis 4000 ans sur l'ensemble du pays»<sup>1506</sup>. En réponse à un tel argument, le professeur Mathias Chauchat explicite les avantages à adopter un mode de désignation électorale : «le mode de scrutin appuiera la légitimité du Sénat au regard des autres, voire d'une partie de la population kanak elle-même. Et les limites légales mises alors à la compétence et aux attributions du Sénat dans la loi organique seront vite dépassées. Une dérive est toujours possible. Mais qui ira à l'encontre d'un refus formel au Sénat, devenu l'émanation du peuple kanak rassemblé, d'une délibération au Congrès, y compris en dehors de l'identité kanak ?»<sup>1507</sup>. Dès lors, l'adoption de l'élection permettrait au Sénat coutumier de réfuter les critiques sur sa composition aux allures non démocratiques et d'élargir son domaine de compétences, voire de dépasser le caractère uniquement consultatif de ses décisions. Toutefois, une telle procédure électorale, dont les modalités seraient précisées par une loi du pays, confierait un certain pouvoir aux mains du Congrès. Cela constituerait également un renoncement aux processus coutumiers, pourtant au fondement de la légitimité coutumière. Il subsiste donc une concurrence conflictuelle, d'apparence insoluble, entre les sources de deux processus de désignation. En outre, une concurrence normative relativement similaire se retrouve en Guyane.

**484.** Les interrogations relatives aux sources juridiques des modes de désignation s'observent aussi pour le territoire guyanais. Maude Elfort explique que «la désignation coutumière relève généralement du consensus et de l'hérédité»<sup>1508</sup>. Idéalement, le chef coutumier est un représentant de la communauté, âgé et respecté. Sa désignation est aussi dépendante de «sa capacité oratoire, de sa conduite exemplaire, et d'un comportement généreux et dispensateur de biens et de fêtes»<sup>1509</sup>. Pourtant, parmi les Amérindiens de Guyane, certains souhaitent l'élection des chefs coutumiers, afin d'apporter une nouvelle lisibilité et un caractère plus acceptable à l'institution<sup>1510</sup>. En effet, Gérard Collomb soutient que, même s'il est élu, il reste «un candidat unique désigné par le mouvement amérindien, dans une logique de transmission familiale qui renvoie à un principe de légitimité incontesté lié au statut prééminent d'une lignée fondatrice du village»<sup>1511</sup>. Par l'élection, l'objectif reste seulement d'éviter les contestations du modèle coutumier et les renvois de cette institution à son rôle sous la période coloniale.

**485.** Le mécanisme électoral semble donc peu à peu gagner certaines communautés amérindiennes, suscitant certains conflits dans un contexte concurrentiel entre les sources de droit

---

<sup>1506</sup> *Charte du peuple kanak*, art. 55.

<sup>1507</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, op. cit., p. 92.

<sup>1508</sup> Maude ELFORT, «Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française», *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 16, 2010, p. 67-92, spé. p. 74.

<sup>1509</sup> Gérard COLLOMB, «Du "capitaine" au "chef coutumier" chez les Kali'na», *Ethnologie française*, t. 29, n° 4, 1999, p. 549-557, spé. p. 551.

<sup>1510</sup> *Ibid.*, p. 555.

<sup>1511</sup> *Ibid.*

étatique et coutumière<sup>1512</sup>. En 2007 par exemple, dans le cadre d'une situation politique tendue au village de Balaté, la Fédération des Organisations Autochtones (FOAG), dirigée majoritairement par des Kali'na favorables au mécanisme électoral, organise des élections pour désigner un nouveau chef coutumier afin de clarifier la situation politique. Après consultation de son Conseil, la cheffe coutumière en fonction dénonce l'illégitimité de l'élection et en appelle au boycott<sup>1513</sup>. Il en résulte une concurrence entre deux chefs : d'une part, Brigitte Wyngaarde en tant que cheffe coutumière désignée par la communauté et d'autre part, Sylvio Van Der Pijl, adjoint à la Mairie de Saint-Laurent-du-Maroni et élu par une partie du village<sup>1514</sup>. En faisant appel à la caution du Conseil général pour cette élection, les objectifs semblent à la fois, de l'obliger « à considérer comme normale la procédure élective pour la désignation d'un nouveau chef coutumier en lieu et place des règles coutumières », mais aussi « de déroger au principe selon lequel le remplacement ne saurait intervenir qu'à la suite du décès de l'autorité en place »<sup>1515</sup>. Face à ce pluralisme des sources applicables, vecteur de confusions et de conflits, le Conseil général décide le maintien des indemnités au chef coutumier agréé et à la suite de la démission de ce dernier, d'agréer le chef coutumier nouvellement élu<sup>1516</sup>.

**486.** Ces frictions autour de la légitimité politique se sont reproduites en 2011 avec, premièrement, la destitution de Michel Thérèse chef coutumier du village kali'na d'Awala à la suite d'une pétition<sup>1517</sup> et, deuxièmement, la destitution de Jean-Aubéric Charles, chef coutumier du village kali'na de Kourou, remplacé par l'élection de Roger Francois, alors adjoint au maire<sup>1518</sup>. Comme l'analyse André Néron, le Conseil général se trouve confronté « à la mutation d'une pratique coutumière et peut-être ancestrale, vers le système démocratique de droit commun pour la désignation d'un représentant, sans qu'au préalable un encadrement officiel du mode de scrutin n'ait été établi »<sup>1519</sup>.

---

<sup>1512</sup> Maude ELFORT, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *art. cit.*, p. 74.

<sup>1513</sup> « Une bien drôle d'élection à Balaté », *Blada chroniques atypiques de la Guyane française*, 2007, en ligne : [https://www.blada.com/jodlas/2748-Une\\_bien\\_drole\\_d\\_election\\_a\\_Balate.htm](https://www.blada.com/jodlas/2748-Une_bien_drole_d_election_a_Balate.htm) (consulté le 13.05.2022).

<sup>1514</sup> Voir, GIPTA, « La déstructuration de l'institution coutumière amérindienne du XVI<sup>ème</sup> siècle à nos jours », *Oka mag*, n° 35, 2008, en ligne : <https://gitpa.org/people%20gitpa%20500/gitpa%20500-9webdocguyaneschefs.htm> (consulté le 13.05.2022).

<sup>1515</sup> André NERON, « Rapport du Conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué », *op. cit.*, p. 40.

<sup>1516</sup> Maude ELFORT, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *art. cit.*, p. 75.

<sup>1517</sup> Mathieu BRIER et Anne LOEVE. « “Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'État”. Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon », *Z : Revue itinérante d'enquête et de critique sociale*, vol. 12, n° 1, 2018, p. 120-125, spé. p. 124.

<sup>1518</sup> GIPTA, « La déstructuration de l'institution coutumière amérindienne du XVI<sup>ème</sup> siècle à nos jours », *Oka mag*, n° 35, 2008, en ligne : <https://gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA%20500-9WEBDOCGUYANESCHEFS.htm> (consulté le 02.05.2022).

<sup>1519</sup> *Ibid.*

487. Devant le silence du droit positif, certains s'opposent cependant à l'élection des chefs coutumiers, et notamment les Amérindiens attachés aux coutumes et les élus territoriaux, qui se retrouvent en concurrence directe avec les nouveaux « élus coutumiers ». Par exemple, un maire soutient que les chefs coutumiers « mélangent la coutume et le politique »<sup>1520</sup>. De même, un adjoint au maire maintient que « Être capitaine, c'est une charge héréditaire, ce n'est pas une histoire de vote »<sup>1521</sup>. Ainsi, quand la source des processus de désignation semble opaque, le caractère représentatif des institutions coutumières est contesté. Derrière la contestation des sources de la représentation, le réel enjeu est surtout celui de la contestation de l'institution et de l'étendue de son pouvoir. Ces problématiques démontrent la nécessité de clarifier les sources de droit applicables et les processus de désignation des institutions amérindiennes de Guyane, que ces normes soient de sources étatiques, coutumières, ou, conjointement, de droit coutumier. À défaut, le pluralisme extra-étatique de la représentation conduit à des conflits, qui pourraient autrement être évités. Dès lors, au-delà des différentes sources à l'origine de la représentation, le pluralisme extra-étatique a des incidences sur les institutions représentatives elles-mêmes.

## PARAGRAPHE 2 - Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives autochtones

488. La coexistence de différentes sources du droit peut entraîner des tensions récurrentes entre les institutions représentatives autochtones, que ce soit au Canada (A), ou en France (B).

### A. Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives au Canada

489. Durant la période coloniale, les autorités imposent par la *Loi sur les Indiens* la mise en place de chefs et conseils de bande, compétents sur les territoires des réserves. Aujourd'hui, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, les conseils de bande disposent d'un pouvoir réglementaire<sup>1522</sup> et reçoivent un soutien financier du gouvernement fédéral. De surcroît, dans certaines réserves, comme la réserve mohawk de Kahnawake, le respect du droit étatique et des règlements du conseil de bande est

---

<sup>1520</sup> Catherine BENOÎT, « Pampila et politique sur le Maroni : de l'état civil sur un fleuve frontière », dans Sylvie HUMBERT et Yerri URBAN (dir.), *Histoire de la justice*, vol. 26, n° 1, 2016, p. 237-259, spé. p. 256.

<sup>1521</sup> *Ibid.*

<sup>1522</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C., 1985, ch. I-5, art. 81. Ces pouvoirs concernent la santé publique, la circulation, l'observation de la loi, le maintien de l'ordre et l'inconduite, l'aménagement, certaines matières agricoles, le commerce local, les jeux et les sports, et autres matières analogues.

assuré par un corps de police propre<sup>1523</sup> et par une cour judiciaire locale<sup>1524</sup>. Selon la répartition des compétences, le conseil de bande constitue, « sur le territoire de la réserve de Kahnawake, un ordre juridique subalterne de l'État canadien, qui énonce, interprète et applique des normes locales et autres, exerçant ainsi des pouvoirs réglementaires délégués au sein de la pyramide positiviste classique, sous l'autorité supérieure et prépondérante de la législation fédérale »<sup>1525</sup>. Les conseils de bande iroquois ne sont d'ailleurs pas soumis au respect de la Constitution iroquoise, dont les normes sont de sources coutumières<sup>1526</sup>.

**490.** Toutefois, le conseil de bande n'est pas une institution reconnue par tous les autochtones. Une partie de la population adhère plutôt au système de représentation traditionnel d'origine précoloniale. Sébastien Brodeur-Girard et Ève Laoun précisent que les Nations iroquoises, par exemple, restent fidèles au système des maisons longues ou *longhouses*<sup>1527</sup>. Selon la définition donnée par la professeure Andrée Lajoie, les *longhouse* font référence à « la maison iroquoise traditionnelle et, par extension, à travers une métonymie du lieu analogue à celle qui fait référence au législateur comme à la “Chambre des communes”, le siège et le lieu de réunion de l'organisation politique, juridique et sociale traditionnelle de la nation iroquoise »<sup>1528</sup>. En d'autres termes, la *longhouse* est l'institution représentative traditionnelle et coutumière des Nations iroquoises.

**491.** L'adhésion des Iroquois au système des maisons longues est manifeste à la lecture de la décision rendue par la Cour suprême en 1977, *Davey et autres c. Isaac et al.* Cette affaire oppose les représentants élus du conseil de la bande des Six Nations aux représentants héréditaires, membres

---

<sup>1523</sup> Les *Peace Keepers* sont d'abord créés par la Résolution du conseil de bande de Kahnawake, 1979, 44/79-80 et modifié par la Résolution du conseil de bande de Kahnawake, 1991, 71/91-92, ce corps de police a été par la suite « intégré » à l'ensemble des corps de police municipale du Québec par une série de décrets du gouvernement du Québec. Voir, Décret 1219-95 *concernant le maintien d'un corps de police autochtone sur le territoire de Kahnawake*, (1995) 127 G.O. II, 4271 ; Décret 433-96 *concernant la prolongation de l'entente concernant les services de police sur le territoire de Kahnawake, signée le 11 septembre 1995*, (1996) 128 G.O. II, 2666 ; Décret 563-98 *concernant la prestation des services policiers autochtones dans la communauté de Kahnawake*, (1998) 130 G.O. II, 2682.

<sup>1524</sup> Cette cour fut créée par la *Résolution du conseil de bande de Kahnawake*, 1989, C-432, adoptée en vertu de l'article 107 de la *Loi sur les Indiens*. Voir aussi, Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *art. cit.*, p. 695.

<sup>1525</sup> Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *art. cit.*, p. 696.

<sup>1526</sup> Linda PERTUSATI, *In Defense of Mohawk Land: Ethnopolitical Conflict in Native North America*, Albany, Suny Press, 1997, p. 59. Source non traduite : « The Band Council is elected by members of the reservation community and does not follow the Great Law of Peace, or the Constitution of the Iroquois Confederacy ».

<sup>1527</sup> Sébastien BRODEUR-GIRARD et Ève LAOUN, « La formulation des critères d'appartenance à la communauté par les autochtones », dans Stéphane GUIMONT MARCEAU, Jean-Olivier ROY et Daniel SALEE, *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada. Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 79-109, spé. p. 92. Dans la même idée, Gerald Taiaiake Alfred affirme : « Il existe au moins deux institutions parallèles calquées sur le modèle traditionnel iroquois qui représentent, au niveau politique, les Mohawks qui nient la légitimité du MCK créé par la Loi sur les Indiens ». Voir, Gerald Taiaiake ALFRED, *The Meaning of Self-Government in Kahnawake*, *op. cit.*

<sup>1528</sup> Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *art. cit.*, p. 693.

des *longhouses*. Le conseil élu demande une injonction permanente pour empêcher les ingérences dans leurs prises de décision. En effet, en 1970, sur les instructions des chefs héréditaires, le siège du conseil de bande est cadenassé afin d'empêcher les délibérations concernant les transferts de terres de la réserve<sup>1529</sup>. Devant les tribunaux, les représentants héréditaires invoquent en défense l'invalidité des décrets instaurant le mode électif du conseil de bande,<sup>1530</sup> car « le gouverneur en conseil n'avait le pouvoir d'adopter ces décrets que si les Six Nations constituaient une bande, telle qu'elle est définie par la *Loi sur les Indiens* de 1952 »<sup>1531</sup>. À ce titre, ils affirment que les Six Nations ne constituent pas une bande, que le conseil élu n'a « pas qualité pour agir, puisque, selon eux, la réserve des Six-Nations forme une nation souveraine et indépendante »<sup>1532</sup> et demandent un retour au système de représentation précoloniale. Les tribunaux ne se prononcent que sur le qualificatif de bande, que le tribunal de première instance refuse d'accorder. La conclusion est toutefois infirmée par la Cour d'appel et la Cour suprême, conduisant la bande à demeurer soumise au système électoral<sup>1533</sup>. Selon Zérah Brémond, cette décision « tend à faire valoir un cadre légal étatique duquel les Autochtones du Canada ne peuvent *a priori* pas s'extirper, les modalités d'organisation de leurs communautés dépendant de la volonté du législateur fédéral »<sup>1534</sup>.

**492.** Pourtant, malgré le jugement de 1977, les maisons longues perdurent encore aujourd'hui au sein des Nations iroquoises. Par exemple, à Kanahwake, il en existe trois<sup>1535</sup>. La professeure Andrée Lajoie affirme qu'elles disposent « d'une légitimité suffisante pour presque complètement supplanter l'autorité étatique exercée par le conseil de bande »<sup>1536</sup>. Ce refus du système représentatif électoral fondé sur le droit positif s'est notamment réaffirmé, en 2009, lors d'un communiqué de presse de la Nation Mohawk :

*Le Mohawk Council of Kahnawake* [MCK] est né de la *Loi sur les Indiens* et demeure un prolongement de ce pouvoir colonial, dont la seule force provient de la reconnaissance et du financement canadien [...]. Le MCK n'est pas reconnu par la Confédération Haudenosaunee de quelque manière que ce soit, malgré ses efforts pour suggérer le contraire. De plus, malgré sa prétention à faire partie des Haudenosaunee [Iroquois], le MCK ne reconnaît pas, ironiquement, le Grand Conseil des Haudenosaunee, son autorité politique telle que définie par le Kaianere'kó:wa [Constitution iroquoise], ni la législation qu'il crée. Compte tenu de ce qui précède, la Nation

<sup>1529</sup> *Davey et al. v. Isaac et al.*, [1977] 2 S.C.R. 897

<sup>1530</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, ch. 149, art. 73 et *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 74 qui prévoyaient que « lorsqu'il le juge utile pour le bon gouvernement d'une bande, le gouverneur en conseil peut déclarer par arrêté que le conseil de la bande sera choisi par des élections tenues conformément à la présente loi ».

<sup>1531</sup> Alain LAFONTAINE, « La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », *Les Cahiers de droit*, vol. 36, n° 3, 1995, p. 669–744, spé. p. 714.

<sup>1532</sup> *Isaac c. Davey*, [1973] 3 O.R. 677 (H.C.J.). (Jugement de première instance).

<sup>1533</sup> *Davey et al. v. Isaac et al.*, [1977] 2 S.C.R. 897, spé. p. 902.

<sup>1534</sup> Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, *op. cit.*, p. 350.

<sup>1535</sup> Gerald Taiaiake ALFRED, *The Meaning of Self-Government in Kahnawake*, *op. cit.*

<sup>1536</sup> Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 4, 1998, p. 681–716, spé. p. 703.

Mohawk de Kahnawake ne reconnaîtra aucune loi adoptée dans le cadre du processus décisionnel communautaire du MCK<sup>1537</sup>.

Aujourd'hui, la situation juridique de Kahnawake ne présente pas de changements majeurs et les divisions persistent. L'ainée Kahentinetha s'exprime au nom des représentants coutumiers des *longhouses* en ces termes :

Nous sommes les représentants des Premières Nations. Nous ne suivons pas les conseils de bande mis en place par le gouvernement canadien. Très peu de personnes participent à l'élection de ces conseils, qui ne nous représentent pas, qui ne parlent pas en notre nom. Ces conseils font ce que le gouvernement canadien leur dit de faire. Nous, nous suivons la constitution de la Nation iroquoise<sup>1538</sup>.

Assurément, le pluralisme extra-étatique a donc une incidence sur les institutions représentatives autochtones, susceptibles de causer des conflits récurrents entre elles et de mettre à mal l'effectivité du droit positif.

**493.** Quelques dizaines d'années plus tôt, en 1990, la crise d'Oka qui éclate dans les communautés mohawks voisines de Kahnawake et de Kanesatake, est aussi l'occasion de constater pleinement la survivance des institutions traditionnelles. En effet, les tensions se cristallisent autour du pluralisme extra-étatique de la représentation. La *longhouse* s'affirme alors comme une autorité concurrente au conseil de bande et entre en opposition avec ce dernier. Le député québécois Christos Sirros résume la situation en ces termes :

Le problème qu'il y a là, c'est qu'il y a une faction - un groupe - qui ne reconnaît pas le chef de bande qui, lui, est désigné par les mères de clan. Il y a un autre groupe qui ne reconnaît pas les traditionalistes du *Long House*. Nous avons une coalition de cinq ou six groupes dans la communauté qui parlent au nom de la communauté parce qu'ils avaient réussi, à un moment donné, à avoir 400 noms sur une pétition qui les reconnaissait<sup>1539</sup>.

Il poursuit : « le plus vite ils vont pouvoir régler leurs différends quant à qui représente la communauté, qui peut parler au nom de la communauté, le plus vite on pourra harmoniser les relations entre les autochtones de Kanesatake et les non-autochtones des alentours »<sup>1540</sup>. Dès lors, le pluralisme de la représentation ajoute aux difficultés à résoudre la crise. Depuis, la situation

---

<sup>1537</sup> Atsenhaién:ton Kenneth DEER [Secretary, Kahnawà:ke Branch Six Nations Iroquois Confederacy], « Mohawk Nation At Kahnawà:Ke will not recognize MCK Community Decision-Making Process », *Kahnawake Longhouse*, 2009, en ligne : [http://www.kahnawakelonghouse.com/img/user/MNK\\_ILCC.pdf](http://www.kahnawakelonghouse.com/img/user/MNK_ILCC.pdf) (consulté le 27.04.2020). Source non traduite : « The MCK was born from *Canada's Indian Act* and remains an extension of this colonial power, whose only strength stems from Canadian recognition and funding. The MCK is not recognized by the Haudenosaunee Confederacy in any manner, despite its efforts to suggest otherwise. Moreover, despite their claim to be a part of the Haudenosaunee, the MCK ironically does not recognize the Haudenosaunee Grand Council, its political authority as defined by the Kaianere'kó:wa, nor the legislation its creates. Considering the above, the Mohawk Nation at Kahnawà:ke will not recognize any legislation passed through the MCK Community Decision-Making Process ».

<sup>1538</sup> René SAINT-LOUIS, « Incursion dans la communauté Mohawk de Kahnawake », *Radio Canada*, 2020, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/ohdio/premiere/emissions/le-15-18/segments/reportage/155130/kahnawake-mohawks-wetsuweten-trains-manifestations> (consulté le 27.04.2022).

<sup>1539</sup> Christos SIRROS, « Remarques préliminaires », Assemblée nationale du Québec, 34<sup>e</sup> législature, 1<sup>e</sup> session, *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol. 31, n<sup>o</sup> 36, mercredi 10 avril 1991.

<sup>1540</sup> *Ibid.*

évolue peu : les revendications territoriales à Oka ne sont pas encore résolues<sup>1541</sup> et le conseil de bande élu, dont la reconnaissance se fonde sur le droit d'origine étatique, coexiste, non sans certaines tensions avec la *longhouse* traditionnelle, dont la légitimité est reconnue par la coutume et la Constitution iroquoise.

**494.** Ainsi, au cours des dernières décennies, au-delà même des Nations iroquoises, « plusieurs communautés autochtones ont remis en question l'assise de la politique locale en érigeant des barricades pour contester le système du conseil de bande, leurs élus et les décisions prises par ces derniers »<sup>1542</sup>. Dans ce cadre, la contestation s'étend aux procédures relatives à la production de la volonté de la communauté. En effet, la conception volitive de la représentation résulte de la délibération d'une assemblée souveraine, ou bénéficiant pour le moins d'une autonomie politique dans certains domaines comme c'est le cas ici. La délibération se retrouve à la fois au sein des conseils de bande, qui produisent des actes de valeur législative ou réglementaire<sup>1543</sup>, et des *longhouses*, qui élaborent les normes coutumières.

**495.** Toutefois, les membres des communautés autochtones s'opposent encore sur la procédure, majoritaire ou consensuelle, visant à adopter ces différentes normes juridiques. Ainsi, de sources coutumières, « les stratégies de prise de décision les plus importantes utilisées par les gouvernements autochtones comprennent le recours à la prise de décision par consensus »<sup>1544</sup>, c'est-à-dire par un accord général et par l'application d'une certaine philosophie selon laquelle le pouvoir de gouverner dérive directement des membres de la communauté dans leur ensemble. Selon cette approche, « chaque individu fait partie d'un corps collectif plus grand ; chaque acte qu'un individu accomplit a un impact direct ou indirect sur le monde qui l'entoure »<sup>1545</sup>. Transmis oralement, cette approche explicitée par le professeur mohawk Gerald T. Alfred porte le nom du *principe des sept générations* et sert de fondement pour comprendre que la responsabilité d'une personne a une portée plus grande que celle de l'individu, notamment étendue au respect des sept générations suivantes<sup>1546</sup>. À ce titre, les aînés sont largement intégrés au processus de décision.

**496.** Ce processus trouve sa source dans les conceptions autochtones précoloniales où le groupe prime sur l'individu. Les procédures décisionnelles iroquoises empreintes de ces

---

<sup>1541</sup> Morgan LOWRIE, « Les problèmes demeurent irrésolus à Oka 30 ans après la crise », *La Presse*, 2020, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/2020-07-11/les-problemes-demeurent-irresolus-a-oka-30-ans-apres-la-crise.php> (consulté le 27.04.2022).

<sup>1542</sup> Anny MORISSETTE, « Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan », *art. cit.*, p. 127.

<sup>1543</sup> Sur le partage des compétences et le respect de la hiérarchie des normes, Voir, Chapitres 5 et 6.

<sup>1544</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice*, *op. cit.*, p. 77. Source non traduite : « at the community level, the most important decision-making strategies Indian governments use include reliance on consensus decision-making ; elders and others knowledgeable of traditional ways ».

<sup>1545</sup> Kahente HORN-MILLER, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 18, n° 1, 2013, p. 111-132, spé. p. 115.

<sup>1546</sup> Gerald Taiaiake ALFRED, *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, New York, Oxford University Press, 1999, p. XXII.

conceptions sont d'ailleurs décrites par la Constitution iroquoise<sup>1547</sup> aux niveaux tribaux, c'est-à-dire entre les clans, et confédéral, entre les nations<sup>1548</sup>. L'article 8 dispose ainsi « chaque chef Onondaga (ou son adjoint) doit être présent à chaque réunion du conseil de la confédération et doit être d'accord avec la majorité sans désaccord flagrant de façon à ce qu'une décision unanime puisse être rendue »<sup>1549</sup>. Encore aujourd'hui, pour que les méthodes consensuelles fonctionnent, « les membres doivent partager des valeurs communes telles que la coopération, l'engagement envers les autres membres et la tolérance des idées différentes »<sup>1550</sup>.

497. De façon particulière, ces procédures survivent au-delà des institutions traditionnelles, au sein même des conseils de bande où la règle principalement imposée reste pourtant le vote majoritaire<sup>1551</sup>. En effet, par volonté de se rattacher à la légitimité issue des sources coutumières, les conseils de bande adoptent des procédures plus consensuelles. Par exemple, l'aménagement de la procédure majoritaire formelle s'observe au sein de la communauté mohawk de Kahnawake. Dès 1979, l'office du conseil des chefs lié au conseil de bande propose un modèle de prise de décision communautaire incluant des procédures similaires aux méthodes coutumières iroquoises de prise de décision<sup>1552</sup>. En 2005, ce modèle devient un outil à la disposition du conseil

---

<sup>1547</sup> Ces termes sont ceux qu'emploierait un juriste occidental. En effet, la professeure autochtone Kahente Horn-Miller dit plutôt : « Cette notion est illustrée par la ceinture [de wampum] Hiawatha, qui dépeint les cinq nations originales comme des nations indépendantes liées entre elles par un fil conducteur ». Voir, Kahente HORN-MILLER, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *art. cit.*, p. 114.

<sup>1548</sup> Voir, par exemple, les articles 10, 11 ou 42 de la *Constitution de la Confédération iroquoise* ou *Kaianerekowa (Gayanashagowa)* ou la *Grande Loi de la Paix* : « 10. Dans tous les cas de figures, la procédure doit être comme suit : Lorsque les chefs Mohawk et Seneca ont pris une décision unanime sur une question donnée, ils rapportent leur décision aux chefs Cayuga et Oneida qui devront délibérer sur la question et rapporter une décision unanime aux chefs Mohawk. Les chefs Mohawk rapporteront alors les positions sur l'affaire aux gardiens du feu, qui prendront une décision la plus juste en cas de désaccord entre les deux corps, ou confirmer la décision des deux corps si elle est identique. Les gardiens du feu doivent alors rapporter leur décision aux chefs Mohawk, qui en feront l'annonce en session ouverte du conseil. 11. Si, à cause d'une mauvaise compréhension ou par obstination de la part des gardiens du feu, ils rendent une décision différente de celle des deux corps, ces deux corps devront reconsidérer l'affaire et si leurs décisions sont conjointement les mêmes qu'auparavant, ils devront les rapporter aux gardiens du feu qui seront alors obligés de valider leur position commune ». Disponible sur le site <http://www.mohawknationnews.com/>

<sup>1549</sup> *Constitution de la Confédération iroquoise*, art. 8.

<sup>1550</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice*, *op. cit.*, p. 78. Source non traduite : « For consensus methods to work, members must share such common values as cooperation, commitment to other members, and tolerance of differing ideas ».

<sup>1551</sup> Voir, *Cardinal et autres c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 508. Selon la Cour suprême, l'article 49 (1) de la *Loi des sauvages* de 1906 applicable en l'espèce, « ne parle pas de quorum ni de l'obtention d'un vote majoritaire à une assemblée, mais il prescrit simplement la convocation, selon les modalités prévues, d'une assemblée des membres ayant droit de vote et la présence à cette assemblée de la majorité des hommes de la bande âgés de vingt et un ans et plus. Lorsque cette assemblée est ainsi convoquée, la décision de ratifier ou non la cession proposée doit être prise. À moins d'une disposition contraire de la loi (ce que la présente loi ne contient pas), une assemblée donne son consentement par la majorité des voix qui y sont exprimées. Nous n'avons pas à nous préoccuper ici, comme je l'ai déjà souligné, des cas où il y a des abstentions ». Voir aussi, *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 49(1). Voir encore, *Loi sur les Indiens*, L.R.C., 1985, ch. I-5, art. 3 (a) : « un pouvoir conféré à une bande est censé ne pas être exercé, à moins de l'être en vertu du consentement donné par une majorité des électeurs de la bande ».

<sup>1552</sup> Kahente HORN-MILLER, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *art. cit.*, p. 121.



responsable des législations par lequel de nombreuses consultations sont menées<sup>1553</sup>. Comme le décrit Kahente Horn-Miller, fondé sur le *principe des sept générations*, « le processus de prise de décision communautaire est une forme de démocratie participative qui utilise les mêmes principes de respect de la pensée et des idées individuelles et d'unanimité dans la prise de décision que ceux utilisés par mes ancêtres »<sup>1554</sup>. Pourtant, ce renouvellement des procédures précoloniales n'aboutit pas nécessairement à garantir la légitimité des conseils de bande. En effet, les membres des *longhouses* affirment :

La Nation Mohawk de Kahnawake ne reconnaitra aucune loi adoptée dans le cadre du processus décisionnel communautaire du [conseil...]. La Nation Mohawk de Kahnawà:ke conteste la légitimité du processus décisionnel communautaire et demande aux membres de la communauté de s'abstenir de participer au processus, car il sape l'autorité souveraine de la Confédération Haudenosaunee<sup>1555</sup>.

Ainsi, dans certaines nations, l'aménagement du droit positif à la faveur de procédures inspirées des coutumes ne suffit pas à apaiser les tensions entre les institutions représentatives de légitimité différente.

**498.** Le pluralisme extra-étatique de la représentation soulève encore d'importants conflits lorsque les populations autochtones doivent être consultées « par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives » sur des projets les concernant, comme l'impose le droit international<sup>1556</sup>. En 2020 par exemple, les représentants traditionnels de Kanesatake affirment, par le biais d'une lettre aux services autochtones et d'une pétition, ne pas avoir été consultés sur le lancement d'un projet d'excavation à Oka. Si le Conseil Mohawk de Kanesatake (le conseil de bande) donne son accord, la maison longue déclare « que le conseil n'a pas l'autorité sur les terres traditionnelles, et que cette responsabilité relève de la maison longue et de sa constitution orale »<sup>1557</sup>. Si ces oppositions ne conduisent pas toujours à l'arrêt des travaux, ils peuvent être l'occasion de conflits violents.

---

<sup>1553</sup> Kahente HORN-MILLER, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *art. cit.*, p. 121. Ce conseil est d'abord le Comité de coordination législative intérimaire (*Interim Legislative Coordinating Committee*).

<sup>1554</sup> *Ibid.*, p. 112. Source non traduite : « the Community Decision Making Process is a form of participatory democracy that utilizes the same principles of respect for individual thinking and ideas and unanimity in decision making that were used by my ancestors ».

<sup>1555</sup> Atsenhaién:ton Kenneth DEER, « Mohawk Nation at Kahnawà:ke will not recognize MCK Community Decision-Making Process », *art. cit.* Source non traduite : « the Mohawk Nation at Kahnawà:ke will not recognize any legislation passed through the MCK Community Decision-Making Process. [...] The Mohawk Nation at Kahnawà:ke protests the legitimacy of the Community Decision-Making Process and asks community members to refrain from participating in the process as it undermines the sovereign authority of the Haudenosaunee Confederacy ».

<sup>1556</sup> L'article 32, para. 2 de la DNUDPA dispose : « Les États consultent les peuples autochtones concernés et coopèrent avec eux de bonne foi par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives, en vue d'obtenir leur consentement, donné librement et en connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant des incidences sur leurs terres ou territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, hydriques ou autres ».

<sup>1557</sup> Ka'nhehsí:io DEER, « Planned excavation work in Oka, Que., digs up concern from Mohawk longhouse », *Radio Canada*, 2020, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/indigenous/kanesatake-opposition-oka-excavation-1.5636533>

499. Par exemple, en 2018, à la suite de la décision *Delgamuukw*, les Wet'suwet'en sont encore en négociation pour la reconnaissance de terres hors de la réserve et la signature d'une entente gouvernementale. Si l'accord de la nation n'est pas nécessaire pour les projets les concernant, « leur revendication pendant leur permet cependant de bénéficier d'un droit de consultation et d'accommodement »<sup>1558</sup>. Dans ce cadre, l'entreprise *Coastal GasLink*, porteuse d'un projet de gazoduc passant sur les territoires en négociation, reçoit donc l'aval des chefs élus du conseil de bande, institution représentative instaurée par la *Loi sur les Indiens*. Un accord est signé distribuant les retombées économiques<sup>1559</sup>. Cependant, en parallèle, le système représentatif coutumier, maintenu par les chefs héréditaires, a « la responsabilité de veiller sur le territoire de sa maison, suivant l'Anuk Nu'at'en »<sup>1560</sup>, la loi fondamentale précoloniale de la nation. Les deux systèmes en présence s'opposent sur le projet que les chefs héréditaires refusent. Ces derniers soutiennent être les seuls compétents pour donner leur accord quant à des projets passant sur des territoires non cédés par traités, hors de la réserve. En effet, la *Loi sur les Indiens* ne prévoit la compétence des conseils de bande que pour les terres de la réserve<sup>1561</sup> : leur accord peut donc être juridiquement contesté. Depuis 2010, d'abord au niveau local puis national, l'opposition des Wet'suwet'en entraîne le blocage du site par des campements, des barricades et des manifestations à travers le Canada. De nombreux chefs héréditaires d'autres provinces se sont, par exemple, installés sur des voies de chemin de fer pour arrêter les trains<sup>1562</sup>.

500. En 2020, afin d'apaiser les tensions, les chefs héréditaires wet'suwet'en et les autorités canadiennes signent un protocole d'entente reconnaissant que « les droits et le titre des Wet'suwet'en sont détenus par les maisons des Wet'suwet'en en vertu de leur système de gouvernance »<sup>1563</sup>, précisant qu'au terme des négociations, « dans certains cas, la compétence

---

(consulté le 28.04.2022). Source non traduite : « The longhouse has stated the council does not have the authority over traditional homelands, and that responsibility falls under the longhouse and its oral constitution ».

<sup>1558</sup> Ariane PICARD, « À la croisée des chemins : crise autochtone et fédéralisme exécutif au Canada », *Centre d'analyse politique – Constitution Fédéralisme UQAM*, 2020, en ligne : <https://capcf.uqam.ca/publication/a-la-croisee-des-chemins-crise-autochtone-et-federalisme-executif-au-canada/> (consulté le 28.04.2022).

<sup>1559</sup> *Coastal Gaslink Pipeline Project, Natural gas Pipeline benefits Agreement entre Sa Majesté la Reine et la Première Nation Wet'suwet'en*, 2014, disponible en ligne : [https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/wetsuweten\\_first\\_nation\\_pba\\_cgl\\_signed\\_bcr\\_-\\_jan\\_2015.pdf](https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/wetsuweten_first_nation_pba_cgl_signed_bcr_-_jan_2015.pdf) (consulté le 29.04.2022).

<sup>1560</sup> Julie DEPELTEAU, « Conflits en territoire Wet'suwet'en », *art. cit.*, p. 8.

<sup>1561</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C., 1985, ch. I-5, art. 73.

<sup>1562</sup> Face aux nombreuses arrestations, leur combat de dimension écologique a également été soutenu par de nombreuses « célébrités » autochtones et des acteurs d'Hollywood, ce qui démontre une certaine résonance. Voir, Brandi MORIN, « “Je serai toujours Wet'suwet'en” : les opposant·es au pipeline Coastal GasLink solidifient leur alliance », *Pivot*, 2022, en ligne : <https://pivot.quebec/2022/01/22/je-serai-toujours-wetsuweten-les-opposant%C2%B7es-au-pipeline-coastal-gaslink-solidifient-leur-alliance/> (consulté le 29.04.2022). Voir aussi, en introduction, le paragraphe 2 de la présente recherche.

<sup>1563</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Protocole d'entente entre le Canada, la Colombie-Britannique et les Wet'suwet'en comme convenu le 29 février 2020*, Gouvernement du Canada, signé le 14 mai 2020 en ligne : [294](https://www.rcaanc-</a></p></div><div data-bbox=)

transférée aux Wet'suwet'en sera exclusive et dans d'autres cas, elle sera partagée avec le Canada ou la Colombie-Britannique»<sup>1564</sup>. Toutefois, le titre autochtone ne pourra être mise en œuvre que lorsque sera effective «la clarification des structures, systèmes et lois de gouvernance des Wet'suwet'en, qui seront ratifiés par les Wet'suwet'en et serviront à mettre en œuvre leur titre dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'interaction entre la compétence de la Couronne et celle des Wet'suwet'en»<sup>1565</sup>. À ce titre, les représentants élus dénoncent leur exclusion du protocole d'entente et s'opposent aux négociations<sup>1566</sup>.

**501.** En outre, en 2022, les représentants coutumiers de plusieurs nations autochtones se sont réunis lors d'un sommet pour demander la reconnaissance formelle du système de gouvernance héréditaire «comme l'organe de gouvernance autochtone pour la totalité des 22 000 kilomètres carrés du territoire Wet'suwet'en»<sup>1567</sup>. Cette même année, ils se sont également pourvus devant le Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones de l'ONU, arguant d'actions contraires à la DNUDPA<sup>1568</sup>. La clarification du système de gouvernement semble donc complexe et les tensions entre les représentants élus et les représentants héréditaires persistent, tandis que les travaux pour le gazoduc se poursuivent. Non limité au Canada, le constat d'un pluralisme extra-étatique vecteur de tensions semblables entre les différentes institutions représentatives s'observe aussi en France.

---

[cirmac.gc.ca/fra/1589478905863/1589478945624?fbclid=IwAR1f7X2MNvVQ4hI3CG5VJqBbIL4FB2W8G7R5UMyp0Ziz\\_hRZ21X8-1CyC9s](http://cirmac.gc.ca/fra/1589478905863/1589478945624?fbclid=IwAR1f7X2MNvVQ4hI3CG5VJqBbIL4FB2W8G7R5UMyp0Ziz_hRZ21X8-1CyC9s) (consulté le 01.05.2022).

<sup>1564</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Protocole d'entente entre le Canada, la Colombie-Britannique et les Wet'suwet'en comme convenu le 29 février 2020*, *op. cit.*

<sup>1565</sup> *Ibid.*

<sup>1566</sup> Dans une déclaration du 1<sup>er</sup> mai 2020, les Wet'suwet'en, par l'intermédiaire de leurs représentants élus, soutiennent ainsi que l'entente protocolaire ne prend pas en compte l'ensemble des clans et des chefs élus. Ce point de tension relatif à la reconnaissance des différents systèmes, persiste encore aujourd'hui. Voir, WET'SUWET'EN ELECTED LEADERSHIP, *Statement Regarding Wet'suwet'en Memorandum of Understanding*, 1<sup>er</sup> mai 2022, en ligne : [http://www.wetsuweten.com/files/May\\_1,\\_2020\\_Joint\\_Statement\\_from\\_Elected\\_Bands.docx.pdf](http://www.wetsuweten.com/files/May_1,_2020_Joint_Statement_from_Elected_Bands.docx.pdf) (consulté le 01.05.2022). Voir aussi, David BURSEY, Radha CURPEN, Sharon SINGH et Charlotte TEAL, «Memorandum of Understanding on Wet'suwet'en Rights and Title. An Ambitious Plan», *Bennett Jones blog*, 2020, en ligne : [https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/Memorandum-of-Understanding-on-Wetsuweten-Rights-and-Title?fbclid=IwAR2TOGLi2ZJJY5PCEC503918Ixx8TVgSpWOB\\_6BjpQwitskyt1QDaO0WBfQ](https://www.bennettjones.com/Blogs-Section/Memorandum-of-Understanding-on-Wetsuweten-Rights-and-Title?fbclid=IwAR2TOGLi2ZJJY5PCEC503918Ixx8TVgSpWOB_6BjpQwitskyt1QDaO0WBfQ) (consulté le 1.05.2022).

<sup>1567</sup> OFFICE OF THE WET'SUWET'EN, «We, the Wet'suwet'en – A declaration», *Change.org*, 2022, en ligne : <https://www.change.org/p/the-governments-of-canada-and-british-columbia-a-declaration-for-the-wet-suwet-en> (consulté le 29.04.2022). Source non traduite : «That our Wet'suwet'en Hereditary governance system be formally and universally recognized as comprising the Indigenous governing body for the entirety of the 22,000 square kilometres of Wet'suwet'en Territory».

<sup>1568</sup> RADIO CANADA, «Des Wet'suwet'en lancent un appel à l'aide à l'ONU», *Radio Canada*, 7 février 2022, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1860390/wetsuweten-onu-nations-unies-coastal-gaslink-territoire> (consulté le 29.04.2022).

## B. Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives autochtones en France

**502.** Les tensions entre les institutions représentatives autochtones n'existent pas seulement au Canada puisqu'elles se retrouvent là où des droits de sources différentes tentent de coexister et entrent parfois en concurrence. En Guyane, où la coutume n'est que très partiellement reconnue par l'État, des situations conflictuelles peuvent apparaître. En effet, précise la professeure Albane Geslin « le déni de reconnaissance, la méconnaissance, constituent autant d'injustices susceptibles de générer des conflits »<sup>1569</sup>. Résultat de l'histoire coloniale, il existe sur ce territoire :

Deux systèmes culturels et politiques parallèles, qui ne sont ni séparés l'un de l'autre, ni intégrés l'un dans l'autre, ni articulés l'un avec l'autre, mais qui se croisent dans des confrontations de résistance et d'accommodement. Aucune tentative n'a jamais été faite de définir et codifier les sphères distinctes des deux types d'autorité. La présomption semble être que l'autorité traditionnelle sera rendue obsolète par l'application des lois communales<sup>1570</sup>.

Malgré l'application des lois communales, les institutions coutumières n'ont pas disparu et la situation de flou juridique perdure aujourd'hui. Un rapport du Sénat de 2020 apporte la confirmation que des institutions coutumières chargées de représenter le village ont « subsisté aux côtés de l'administration et des collectivités mises en place par la République : chefs et grands chefs coutumiers du côté des Amérindiens, capitaines et Gran Man pour les Bushinenges »<sup>1571</sup>.

**503.** Depuis une délibération de 1988<sup>1572</sup>, les représentants coutumiers amérindiens et bushinenges de Guyane sont donc reconnus, nommés et indemnisés par le département<sup>1573</sup>. Pourtant, il apparaît « qu'aucune disposition, ni législative ni réglementaire, ne donne compétence en ce domaine à la collectivité. Il faut donc en conclure que ce pouvoir d'habilitation s'exerce en

---

<sup>1569</sup> Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 141. Partant, l'auteure démontre également que la reconnaissance peut être source de conflits en tant qu'elle identifie et distribue le pouvoir. En effet, « la législation et les pratiques des institutions peuvent être comprises comme des cristallisations de modèles de reconnaissances ».

<sup>1570</sup> L'auteur décrit ici la population Aluku, mais les observations peuvent être étendues à l'ensemble des populations amérindiennes et bushinenges. Voir, Kenneth BILBY, *The Remaking of the Aluka : culture, politics and Maroon Ethnicity in French South America*, Johns Hopkins, Johns Hopkins University, 1990, p. 179-180, cité par Diane VERNON, « L'accès à quel droit pour les peuples du fleuve ? », dans Didier PEYRAT et Marie-Alice GOUGIS-CHOW CHINE, *L'accès au droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge Éditions, 1998, p. 109-116, spé. p. 110.

<sup>1571</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, Sénat, 19 février 2020, n° 337, p. 85.

<sup>1572</sup> Délibération n° 30-88/CG du Conseil général de Guyane du 11 avril 1988 *relative aux indemnités à verser aux chefs coutumiers des populations tribales dans le département*. Au départ, les indemnisations dépendent de la préfecture. Elles sont ensuite confiées au Conseil général de Guyane après les lois de décentralisation des années 1980.

<sup>1573</sup> En effet, selon une lettre du préfet de la Guyane, « la nomination de Grans Mans, Capitaines et Lieutenants parmi les autorités coutumières des populations tribales, a été décidée à l'époque du territoire de l'Inini afin de permettre à l'administration de disposer de représentants chargés d'assurer l'application de mesures diverses et de jouer, en tant que de besoin, le rôle d'auxiliaire de justice ». Retranscrit par, André NERON, « Rapport du Conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué », *op. cit.*, p. 38.

dehors de tout cadre légal»<sup>1574</sup>. Ces nominations découlent en fait de l'administration indirecte instaurée au début du XVII<sup>e</sup> siècle : les « capitaines » sont les « chefs » - ou « *iopoto* » selon le vocabulaire amérindien - institués comme interlocuteurs privilégiés des autorités coloniales au sein des populations amérindiennes<sup>1575</sup>. L'administration se fonde alors sur la légitimité interne de ces chefs et attend d'eux un exercice favorable de leur autorité, attente pourtant en contradiction avec les conceptions coutumières amérindiennes<sup>1576</sup>. La politique d'administration indirecte par les « capitaines » est conservée par le département lors de sa création en 1968, puis est reprise par le Conseil général en 1982 : l'ambiguïté qui perdure quant à leur statut s'illustre à la fois dans leur nomination par le département et par l'envoi postal, encore renouvelé en 2003, d'insignes et d'un uniforme d'État lié à leur fonction<sup>1577</sup>. Dans les années 2000, en se fondant sur le travail des anthropologues et les revendications amérindiennes<sup>1578</sup>, les *Capitaines* œuvrent à être désormais nommés les « chefs coutumiers ». S'ils revêtent des costumes nettement plus traditionnels, l'ambivalence de leur position demeure, entre celles d'un représentant amérindien ou d'interlocuteur privilégié de l'État.

**504.** À ce titre, la politique de nomination des chefs coutumiers par le Conseil général n'est pas renouvelée en 2016, car, selon Geoffroy Filoche, « la nouvelle collectivité territoriale de Guyane ne parvient pas à définir officiellement comment elle conçoit ses rapports avec les autorités coutumières villageoises »<sup>1579</sup>. La loi *relative à l'égalité réelle outre-mer* de 2017 confie cette compétence au Grand conseil coutumier qui « organise et constate la désignation des autorités coutumières et traditionnelles, et la notifie au représentant de l'État »<sup>1580</sup>. Il reste que les représentants de l'État assistent encore, au nom de la pérennisation des relations politiques, à « l'intronisation » des chefs et capitaines amérindiens<sup>1581</sup>.

<sup>1574</sup> Maude ELFORT, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *art. cit.*, p. 75.

<sup>1575</sup> Gérard COLLOMB, « Du “capitaine” au “chef coutumier” chez les Kali'na », *art. cit.*, p. 550.

<sup>1576</sup> *Ibid.*

<sup>1577</sup> Délibération n° AP/03-76 du Conseil général de Guyane du 27 novembre 2003, citée par, André NERON, « Rapport du Conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué », *op. cit.*, p. 39.

<sup>1578</sup> Gérard COLLOMB, « Du “capitaine” au “chef coutumier” chez les Kali'na », *art. cit.*, p. 552. En effet, « la référence au “chef coutumier” apparaît pour la première fois dans le discours politique amérindien après 1988, à l'occasion de la désignation de jeunes capitaines ». Voir aussi, Mathieu BRIER et Anne LOEVE, « “Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'État”. Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon », *art. cit.*, p. 124.

<sup>1579</sup> Geoffroy FILOCHE, Damien DAVY, Armelle GUIGNIER et Françoise ARMANVILLE, « La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens », *art. cit.*, p. 73-74.

<sup>1580</sup> Loi de programmation n° 2017-256 du 28 février 2017 *relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, art. 78, J.O.R.F. n° 0051 du 1 mars 2017, p. 1.

<sup>1581</sup> Jean-Tenahe FAATAU, « Guyane : Michel Aloiké et Opoya Aimawalë intronisés chef et capitaine du village amérindien de Taluen », *Outremers 360*, 2020, en ligne : <https://outremers360.com/societe/guyane-michel-aloi-ke-et-opoya-aimawale-intronises-chef-et-capitaine-du-village-amerindien-de-taluen> (consulté le 02.05.2022).

**505.** Si la nomination des autorités coutumières est désormais confiée au Grand conseil coutumier, l'indemnisation de celles-ci reste dépendante du département. Le régime juridique reste ambivalent puisque, de façon similaire à la procédure de nomination, « aucune disposition, ni législative ni réglementaire, ne donne compétence en ce domaine à la collectivité. Il faut donc en conclure que [...] les indemnités versées aux chefs coutumiers ne résultent d'aucune obligation juridique »<sup>1582</sup>. Pierre Yves Chicot parle de « normes infranationales de nature coutumière »<sup>1583</sup>, lesquelles sont d'ailleurs pratiquées depuis plus de deux cents ans. Ce constat est réaffirmé par un rapport sénatorial de 2020<sup>1584</sup>. Sur ce point, Maude Elfort ajoute : « consenties discrétionnairement par la collectivité, elles apparaissent comme la contrepartie d'une activité dont les contours restent mal définis »<sup>1585</sup>. Le flou juridique relatif aux compétences des représentants est de nouveau constaté par le Sénat qui écrit : « les contours de leur mission sont toutefois largement indéfinis, ceux-ci pouvant d'ailleurs différer suivant les communautés »<sup>1586</sup>.

**506.** Dès lors, pour clarifier les compétences exercées par ces représentants particuliers, il peut être utile de se rapporter aux précisions renseignées par le Mécanisme d'experts de l'ONU selon lesquelles :

Au sein du Conseil des Anciens, le chef du village est souvent chargé de l'administration générale du village et préside les réunions et les audiences communautaires qui sont tenues pour assurer la sécurité, la paix et la stabilité dans la communauté et pour veiller à ce que les lois et les rituels autochtones soient appliqués. Le rôle des autres membres du conseil est souvent de conseiller le chef de village sur les affaires importantes en fonction de leur spécialisation et de prendre des décisions collectives sur diverses questions<sup>1587</sup>.

Ces critères sont repris par Alexis Tiouka, juriste kali'na, signe de leur pertinence pour les communautés amérindiennes<sup>1588</sup>. Quant aux communautés bushinengés, Carlo Landveld précise que le système représentatif est « coiffé par le *Gaan Man*, nommé à vie, dépositaire de connaissances sacrées et garant de l'ordre coutumier, investi par conséquent d'un pouvoir dont il

---

<sup>1582</sup> Maude ELFORT, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *art. cit.*, p. 75.

<sup>1583</sup> Pierre-Yves CHICOT, « Droit coutumier autochtone et Droit républicain. À l'épreuve du cas de la Guyane française », dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 167-179, spé. p. 177.

<sup>1584</sup> Le rapport d'information indique que « l'attribution d'indemnités aux autorités traditionnelles et coutumières ne relève pas d'une obligation juridique ». Voir, Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>1585</sup> Maude ELFORT, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *art. cit.*, p. 75. Voir également, MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Réponse*, J.O. Sénat du 6 août 1998, p. 2575

<sup>1586</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>1587</sup> MECANISME D'EXPERTS SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport d'étape sur l'Étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, Conseil des droits de l'homme, 17 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2, p. 13.

<sup>1588</sup> Alexis TIOUKA, « Vers une définition dynamique des droits coutumiers et du droit à la prise de décision des peuples autochtones », Contribution pour le Séminaire régional sur les droits coutumiers, *GIPTA*, 2010, p. 6-7, en ligne : <http://www.gitpa.org/web/ams%20guyane%20coutume%20tiouka%20.pdf> (consulté le 11.05.2022).

est impossible de dissocier la part spirituelle de la part strictement politique<sup>1589</sup>. Il ajoute que « la parole du *Gaan Man* est la manifestation de la volonté générale et de celle des anciens », concédant le caractère sacré de la normativité ainsi produite<sup>1590</sup>. En outre, celui-ci est assisté d'un premier ministre et de conseillers lors de réunions durant lesquelles « on délibère de toutes les affaires importantes et ordinaires de la vie communautaire »<sup>1591</sup>. Ainsi, sont à la fois précisées les sources, sacrées et délibératives, sur lesquelles le système coutumier se fonde, de même que les compétences exercées par ses représentants.

**507.** Toutefois, l'ambivalence de leur statut en droit positif entraîne une certaine déstructuration du système représentatif. En désignant historiquement certains *Gran Man* ou certains chefs coutumiers, comme des interlocuteurs privilégiés de l'État, leur habilitation à *vouloir pour* la communauté est contestée. Impliqué dans les institutions coutumières kali'na, Stéphane Appolinaire témoigne des tensions récurrentes relatives à leur statut :

Encore le week-end dernier, nous avons rédigé une lettre envoyée à Rodolphe Alexandre [Président de l'Assemblée de Guyane] parce qu'il avait appelé nos chefs « ses agents ». Administrativement, il aurait peut-être raison, mais politiquement c'est scandaleux : les chefs ne sont pas les agents de Rodolphe Alexandre, ils ne lui doivent rien, et revendiquent leur indépendance »<sup>1592</sup>.

De même, la professeure Catherine Benoit rapporte le témoignage d'un maire de Guyane selon lequel les chefs coutumiers s'émancipent de leur rôle : « Ils mélangent la politique et la tradition. [...] J'estime que les chefs coutumiers ont dévié de trajectoire. [...] Ils mélangent tradition et modernité. D'ailleurs, ils ont perdu leur autorité du fait qu'ils ne sont pas réglos »<sup>1593</sup>.

**508.** Par conséquent, au carrefour d'une représentation coutumière et d'une représentation étatique, cette situation est source de tensions. Bien que les chefs soient nommés par l'administration, ni le régime de leur rémunération ni leur fonction de représentation ne sont réellement définis en droit positif. Les auteurs de doctrine formulent l'hypothèse selon laquelle « le

---

<sup>1589</sup> Carlo LANDVELD, « Juger les vivants et les morts chez les Bushinenge », *Histoire de la justice*, vol. 26, n° 1, 2016, p. 273-282, spé. p. 278. L'auteur précise : « On pourrait comprendre le pouvoir du *Gaan Man* en faisant un parallèle avec l'image du Léviathan de Thomas Hobbes. Et si l'on comprend bien la démission de l'honorable Emmanuel *Gaan Man* Tolinga de son poste de maire, on comprend par la même occasion que le *Gaan Man* a plutôt un pouvoir spirituel que politique au sens commun. Nous pouvons signaler aussi sans nous étendre sur le sujet, car ce n'est pas notre propos ici, que sa démission reste comme un signe pour la démocratie, car si on peut s'opposer à un maire on ne peut s'opposer au *Gaan Man*, sa parole est "divine" ». Le *Gaan Man* s'orthographe aussi *Gran Man*.

<sup>1590</sup> Carlo LANDVELD, « Juger les vivants et les morts chez les Bushinenge », *art. cit.*, p. 278.

<sup>1591</sup> *Ibid.* Le *Gran Man* a pour suppléant un « Fiskal ». Dans ce cadre, le Capitaine peut être un Ebeman, c'est-à-dire une autre personne chargée des relations de proximité du village, ou le Gran man directement. Le lieutenant est l'adjoint du Capitaine. Durant la colonisation, les Capitaines, les fiskal et les lieutenants recevaient une indemnisation. Voir, André NERON, « Rapport du Conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué », *op. cit.*, p. 39.

<sup>1592</sup> Mathieu BRIER et Anne LOEVE, « "Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'État". Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon », *art. cit.*, p. 124. Par ailleurs, en 2018, Rodolphe Alexandre est président de l'Assemblée de Guyane, assemblée de la collectivité territoriale unique de Guyane (CTG) qui remplace le Conseil régional et le Conseil général de la Guyane depuis 2015.

<sup>1593</sup> Catherine BENOÎT, « Pampila et politique sur le Maroni : de l'état civil sur un fleuve frontière », dans Sylvie HUMBERT et Yerri URBAN (dir.), *art. cit.*, p. 256.

pouvoir étatique (à travers ses services déconcentrés) cherche à composer avec les logiques propres d'occupation de l'espace des populations amérindiennes, [...] sans reconnaître véritablement les compétences des autorités coutumières villageoises»<sup>1594</sup>. Ce défaut de reconnaissance peut conduire à ce que les institutions perdent leur autorité ou à ce que les indemnités soient unilatéralement supprimées. *A fortiori*, Alexis Tiouka insiste sur la nécessité de clarifier les droits coutumiers «tels qu'ils se pratiquaient de manière ancestrale», notamment pour restaurer la confiance envers les organes de prises de décision<sup>1595</sup>.

**509.** La clarification du système représentatif amérindien permettrait également une consultation facilitée de ces derniers lors du développement de projets les concernant, en application de l'article 32 de la DNUDPA. En effet, en 2018, des représentants des populations amérindiennes et bushinenges ont été consultés sur le projet minier de la Montagne d'or<sup>1596</sup>. La Commission nationale du débat public affirme que, face aux fortes revendications de la jeunesse autochtone, «la présence des maires et de chefs coutumiers a joué sans nul doute un rôle dans la bonne tenue des débats»<sup>1597</sup>. Malgré des oppositions au projet, l'intégration de représentants coutumiers bénéficiant d'une autorité reconnue et effective dans les communautés ne peut que contribuer à désamorcer les conflits, à intégrer leur point de vue, et à développer des projets sans heurt ni opposition. En revanche, le défaut d'intelligibilité du système représentatif coutumier peut conduire, pour ce projet comme pour d'autres, à l'enveniment de la situation, de façon analogue aux conflits observés au Canada, entre les chefs élus favorables au projet de *Coastal Gaslink* et les chefs héréditaires qui y sont opposés.

**510.** Une concurrence institutionnelle similaire se retrouve également en Nouvelle-Calédonie, au sein du système représentatif kanak. En 2022, sur le modèle de Fidji et du Vanuatu<sup>1598</sup>, l'existence du conseil national des grands chefs est officialisée lors du Congrès du pays kanak, ce dernier regroupant les sénateurs coutumiers, les conseils coutumiers, les grands chefs de districts, les chefs et les présidents des conseils des chefs de clans ou des conseil des Anciens. Le conseil national des grands chefs, nommé en kanak *Inaat ne Kanaky*, a pour mission de veiller au respect

---

<sup>1594</sup> Geoffroy FILOCHE, Damien DAVY, Armelle GUIGNIER et Françoise ARMANVILLE, «La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens», *art. cit.*, p. 73.

<sup>1595</sup> Alexis TIOUKA, «Vers une définition dynamique des droits coutumiers et du droit à la prise de décision des peuples autochtones», *art. cit.*, p. 6-7.

<sup>1596</sup> COMMISSION NATIONALE DU DEBAT PUBLIC, *Débat public, Montagne d'or en Guyane, Compte rendu*, Paris, Commission nationale du débat public, 2018, p. 44. La Commission nationale du débat public n'a pas pu organiser de consultation auprès du Grand conseil coutumier puisque ses membres n'étaient pas encore désignés.

<sup>1597</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>1598</sup> Aux îles Fidji, le Grand Conseil des chefs est l'un des organes constitutionnels prévu par la Constitution de 1997. Il est principalement composé de chefs coutumiers et dispose de compétences importantes telles que la nomination de certains membres du Sénat, du président de la République, voire la destitution de celui-ci. Il est abrogé en 2012. Voir, *Fiji Islands Constitution Amendment Act*, 1997. Au Vanuatu, le Conseil national des chefs est reconnu par la Constitution, au titre V, et conseille le gouvernement dans les domaines relatifs à la coutume et à la tradition, et plus largement, la culture et les langues vanuatuanes. Voir, *Constitution de la République de Vanuatu*, 1980, titre V.



de la coutume et « de porter la légitimité coutumière et ancestrale de Kanaky Nouvelle-Calédonie dans la société contemporaine post coloniale »<sup>1599</sup>. Malgré les craintes d'une concurrence avec le Sénat coutumier, le conseil des grands chefs est présenté comme une institution parallèle à la République. Autrement dit, n'étant pas reconnue par la loi organique de 1999, elle n'est pas une institution de droit coutumier, mais plutôt une institution purement coutumière<sup>1600</sup>. Le sénat devait donc rester l'interlocuteur principal dans le domaine coutumier.

**511.** Pourtant, en 2023, par l'intermédiaire de son président, le conseil national des grands chefs soutient désormais qu'il détient « le pouvoir décisionnel » au motif qu'il « est beaucoup plus représentatif [...] parce qu'il implique les 62 chefferies qui composent le pays »<sup>1601</sup>. Il estime que le conseil national devrait, sur le long terme, remplacer le Sénat coutumier. À ce titre, il demande à intégrer les discussions avec l'État quant à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie et, en se fondant sur la coutume, il s'oppose aux décisions prises par le Sénat coutumier, que ce soit au sujet de la destitution de son dernier président, malgré ses condamnations pénales<sup>1602</sup>, ou de la nomination du nouveau président, Victor Gogny. De la sorte, le conseil national des grands chefs porte atteinte à la légitimité de l'institution de droit coutumier et suscite une certaine instabilité au sein du système représentatif kanak. Ce défaut d'intelligibilité est d'autant plus problématique que les négociations quant à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie nécessitent d'identifier clairement les représentants coutumiers compétents.

**512.** Enfin, selon un constat similaire, les sources du droit semblent aussi en concurrence à Wallis et Futuna. Les trois royaumes coutumiers, un à Wallis et deux à Futuna, sont reconnus par le statut de 1961<sup>1603</sup>. Les trois rois et leurs ministres, auxquels l'État verse des indemnités, décident pour l'archipel, en collaboration avec l'administrateur supérieur, c'est-à-dire le représentant de l'État. Pourtant, bien que la coutume soit reconnue par l'État<sup>1604</sup>, dans les années 2000, le pluralisme juridique conduit à une crise du système représentatif. Si le système représentatif n'est pas héréditaire, le roi de Wallis règne de 1959 à 2007, pendant plus de quarante ans. En 2005, le

---

<sup>1599</sup> FRANCE INFO, « Un conseil des grands chefs pour porter la légitimité coutumière kanak », *France Info*, 9 août 2016, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/un-conseil-des-grands-chefs-pour-porter-la-legitimite-coutumiere-kanak-387097.html> (consulté le 26.03.2023).

<sup>1600</sup> *Ibid.*, Selon les termes de Gilbert Tein, alors président du Sénat coutumier.

<sup>1601</sup> Delphine BOSSY, « Le Conseil des grands chefs veut intégrer les discussions institutionnelles », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 13 janvier 2023, en ligne : <https://www.lnc.nc/article-direct/nouvelle-caledonie/politique/le-conseil-des-grands-chefs-veut-integrer-les-discussions-institutionnelles?uid=&success=1> (consulté le 26.02.2023).

<sup>1602</sup> Charlotte MANNEVY et Marguerite POIGOUNE, « Au Sénat coutumier, le nouveau président Victor Gogny déjà appelé à démissionner », *France Info*, 25 février 2023, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/province-sud/noumea/au-senat-coutumier-le-nouveau-president-victor-gogny-deja-appelle-a-demissionner-1369814.html> (consulté le 26.02.2023).

<sup>1603</sup> Loi n°61-814 du 29 juillet 1961, *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, préc.*, art. 10.

<sup>1604</sup> La coutume y est reconnue comme une source du droit par le statut de 1961, cependant comme les coutumes ne sont pas codifiées par le droit positif, les contours de chacun des domaines peuvent parfois prêter à confusion dans certaines affaires.

petit-fils du roi tue un motocycliste en conduisant en état d'ivresse<sup>1605</sup>. Si la justice coutumière règle le conflit, la justice pénale républicaine condamne le prévenu à dix-huit mois de prison pour homicide involontaire. Pour y échapper, le petit-fils se réfugie à l'intérieur du palais royal durant quatre mois. Cette situation divise les Wallisiens entre la solidarité royale et coutumière d'une part, et la loyauté envers la France d'autre part. Plus largement, ce sont surtout les royalistes qui s'opposent alors aux «rénovateurs», souhaitant une évolution de la coutume. Françoise Douaire-Marsaudon explicite la situation :

Certains Wallisiens (les rénovateurs) estimaient que le roi Tomasi Kulimoetoke, en fonction depuis 1959, très affaibli et malade, n'était plus en mesure de régner et devait être destitué, la destitution des chefs étant une pratique coutumière courante à Wallis. D'autres Wallisiens (les pro-palais ou royalistes) considéraient au contraire qu'il convenait, au vu du charisme du roi, de le laisser régner jusqu'à son décès<sup>1606</sup>.

**513.** Le conflit s'envenime puisque les chefs royalistes demandent à l'administrateur supérieur de quitter le territoire qui, en réponse, suspend le paiement du roi et de ses ministres<sup>1607</sup>. Le 22 mai, soutenus par les chefferies de Futuna, les chefs de village «rénovateurs» nomment un nouveau conseil des ministres, auquel l'administrateur transfère le versement des indemnités<sup>1608</sup>. Au mois de juin, quarante gendarmes supplémentaires sont envoyés sur l'île et le petit-fils du roi se rend finalement aux autorités<sup>1609</sup>. Cependant, le conflit engendre des conséquences beaucoup plus importantes sur la représentation coutumière. À l'approche de l'intronisation d'un nouveau roi rénovateur, les royalistes s'arment et occupent l'aéroport<sup>1610</sup>. Le commissaire du gouvernement Jean-Paul Briseul dépeint cette situation comme celle de «l'implosion du système coutumier et la naissance de deux monarchies parallèles»<sup>1611</sup>. La situation s'apaise seulement, et de façon

---

<sup>1605</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «Wallis and Futuna», *The Contemporary Pacific*, vol. 18, n°1, 2006, p. 148-151, spé. p. 148. Source non traduite : «In January 2005, Tomasi Tuugahala, one of the grandsons of the Lavelua of Wallis, was sentenced to eighteen months in prison for involuntary manslaughter following a car accident».

<sup>1606</sup> Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, «Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna)», *Ethnologie française*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 81-92, spé. p. 90, note 1.

<sup>1607</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «Wallis and Futuna», *art. cit.*, p. 149. Voir aussi, Claudine WERY, «Le gouvernement est contraint de plier devant les partisans du vieux roi de Wallis», *Le Monde*, 28 septembre 2005, en ligne : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/09/28/le-gouvernement-est-contraint-de-plier-devant-les-partisans-du-vieux-roi-de-wallis\\_693740\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/09/28/le-gouvernement-est-contraint-de-plier-devant-les-partisans-du-vieux-roi-de-wallis_693740_3224.html) (consulté le 05.06.2022) : «En mai, la Grande chefferie, qui considère que le droit coutumier doit prévaloir sur le droit pénal français dans cette affaire, ordonne au préfet, au président du tribunal ainsi qu'au procureur de quitter le territoire».

<sup>1608</sup> Décision n° 2005-1060 du 21 juillet 2005 *par laquelle le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, constate la désignation de M. Fololiano TOLOFUA Sui en qualité de «Mukojenua», ministre coutumier du district de Mua, circonscription d'Uvea.*

<sup>1609</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «Wallis and Futuna», *art. cit.*, p. 149.

<sup>1610</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «Polynesia in Review: Issues and Events, 1 July 2005 to 30 June 2006 - Wallis and Futuna», *The Contemporary Pacific*, vol. 19, n° 1, 2007, p. 286-290 : «Des barrages ont été dressés sur la piste de l'aéroport et sur les routes de l'île. Les manifestants étaient armés de fusils, de machettes et même de bâtons de dynamite. [...] Pour les partisans du Lavelua, Tomasi Kulimoetoke, il s'agissait d'empêcher le préfet, Xavier de Fürst, de faire atterrir des renforts de gendarmerie alors que se préparait l'intronisation d'un roi dissident, par le camp dit des "rénovateurs"».

<sup>1611</sup> Jean-Paul BRISEUL, «Les pouvoirs de l'administrateur supérieur de Wallis-et-Futuna face aux autorités coutumières», *AJDA*, n°22, 2007, p. 1184-1189, spé. p. 1184.

temporaire, quand un médiateur envoyé par l'État reconnaît la légitimité du roi en place depuis 1959<sup>1612</sup>.

**514.** Il ressort de ce premier conflit une contestation du droit étatique et de la légitimité de l'administrateur supérieur : le tribunal administratif de Mata-Utu est saisi d'une cinquantaine de recours pour excès de pouvoir<sup>1613</sup>. Les actes du représentant de l'État sont attaqués pour immixtion illégale dans le domaine coutumier. Ce dernier est accusé premièrement, d'être intervenu dans un conflit de représentation coutumière, sans que le droit positif ne l'y autorise, et deuxièmement, de vouloir changer le statut de 1961. C'est pourquoi en 2007, le tribunal administratif de Mata-Utu annule la décision dans laquelle celui-ci reconnaît un nouveau ministre coutumier et va même jusqu'à la déclarer inexistante<sup>1614</sup>. Fondé sur l'article 3 du statut de 1961, le jugement est rédigé en ces termes :

Considérant que [...] cette disposition législative, qui a notamment pour effet d'interdire toute immixtion des institutions de la République dans le fonctionnement des institutions coutumières, ne donne compétence à aucune autorité administrative, qu'elle agisse au nom de l'État ou du territoire, pour connaître des questions coutumières, notamment en intervenant dans la désignation des autorités coutumières et traditionnelles par des actes qui, contrairement aux termes qu'ils emploient, ne se bornent pas à constater l'accomplissement de procédures coutumières de nomination ou de destitution, auquel cas ils seraient superfétatoires, mais comportent par eux-mêmes un tel effet et entraînent en outre des conséquences d'ordre pécuniaire dès lors qu'ils conditionnent le bénéfice de diverses indemnités imputées sur les budgets de l'État, du territoire, et de la circonscription territoriale<sup>1615</sup>.

Ainsi, l'État interprète le statut comme l'interdisant d'interférer dans le domaine coutumier, et particulièrement en ce qui a trait à la représentation. Il est d'ailleurs condamné à verser des indemnités à la circonscription territoriale d'Uvéa.

**515.** Cette affaire divise profondément la population de l'Archipel entre ceux attachés aux traditions et ceux souhaitant faire évoluer la coutume, principalement les jeunes<sup>1616</sup>. Quelques

---

<sup>1612</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « Polynesia in Review: Issues and Events, 1 July 2005 to 30 June 2006 - Wallis and Futuna », p. 288. source non traduite : « The ceremony was postponed again and the government sent a mediator over from Nouméa. On 26 September, New Caledonia Secretary-General Louis Le Franc agreed to the main demands made by the former Chefferie, which regained its legitimacy, authority, and allocations ». Voir aussi, Claudine WERY, « Le gouvernement est contraint de plier devant les partisans du vieux roi de Wallis », *Le Monde*, art. cit. : « Louis Le Franc, secrétaire général du Haut-Commissariat en Nouvelle-Calédonie. Après discussions avec l'entourage du Lavelua, M. Le Franc a dû confirmer, lundi 26 septembre au soir, « la reconnaissance par l'État du Lavelua ». Il a obtenu, en échange, la garantie qu'il n'y aurait pas de représailles à l'encontre des adversaires du roi ».

<sup>1613</sup> Jean-Paul BRISEUL, « Les pouvoirs de l'administrateur supérieur de Wallis-et-Futuna face aux autorités coutumières », art. cit., p. 1184.

<sup>1614</sup> *Ibid.*, p. 1189. Comme le précise le Commissaire du gouvernement Jean-Paul Briseul, « La déclaration d'inexistence a exactement la même conséquence que l'annulation pour excès de pouvoir, à savoir la suppression rétroactive de l'acte de l'ordre juridique. Elle est simplement exprimée de façon plus solennelle pour bien marquer que l'administration aurait dû avoir conscience dès l'origine que l'acte en cause n'aurait jamais dû exister. Mais le juge doit tenir compte de ce que cet acte produit des effets. Bien qu'appelé à être déclaré « non avenu » un acte juridiquement inexistant n'en produit pas moins des effets. L'administration était tenue sans condition de délai de retirer ces décisions juridiquement inexistantes. En effet le régime contentieux des actes inexistantes se répercute sur leur statut propre : ils ne peuvent ni créer de droits ni devenir définitifs. (CE, 3 fev 1956, de Fontbonne) ».

<sup>1615</sup> Tribunal administratif de Mata-Utu, 13 mars 2007, *Circonscription territoriale d'Uvea*, n° 05-11, 05-21 et 06-28.

<sup>1616</sup> Selon un constat de la Cour des comptes lors d'une mission sur place, le départ des jeunes de l'Archipel résulte d'un refus du système coutumier et de l'inaccessibilité des responsabilités coutumières. Voir, COUR DES COMPTES,

mois après le jugement, le roi décède. Si un nouveau roi le remplace rapidement, ce dernier est destitué en 2014 à cause de tensions récurrentes dans sa façon de décider pour la communauté<sup>1617</sup>. De 2014 à 2016, Wallis n'a plus de roi. Les familles royales sont en désaccord sur la personne à nommer et une partie d'entre elles occupent le bâtiment royal. En 2016, un premier roi est alors intronisé dans un autre district, quand un second roi est intronisé au Palais<sup>1618</sup>. Dès lors, le pouvoir coutumier d'Uvea est représenté par deux rois et douze ministres. L'État reconnaît finalement le roi intronisé au Palais, selon la procédure coutumière adéquate, mais dont la vision est aussi plus moderne<sup>1619</sup>. Depuis, les deux rois et les deux chefferies qui en résultent exercent chacun leur pouvoir. Ce pluralisme de la représentation, au sein même de l'archipel, nuit pourtant à l'exercice de la coutume<sup>1620</sup>.

**516.** *In fine*, si dans certaines situations, l'État peut œuvrer à clarifier le pluralisme des sources applicables comme en Guyane, dans d'autres situations, l'État est plutôt en retrait, voire pris à parti, ce qui n'est pas nécessairement souhaité par les autorités. Selon Françoise Douaire-Marsaudon, ce pluralisme devrait être réglé en interne pour qu'une solution consensuelle soit trouvée<sup>1621</sup>. Cela nécessite donc beaucoup de temps. En 2018, les deux rois participent à la même cérémonie. Cet évènement laisse penser à une réconciliation, mais d'autres conflits pourraient encore apparaître entre les différentes institutions représentatives. Dès lors, en faisant parfois appel à l'arbitrage de l'État, cela montre que les tensions entre les systèmes de représentation ne concernent pas uniquement les communautés autochtones en leur sein. Elles se manifestent aussi par la pluralité des ordres juridiques en cause dans la représentation politique.

---

*Observations définitives. Le territoire des îles Wallis et Futuna. Exercices 2016-2021*, Paris, Cour des comptes, 2022, S2022-2223, p. 10-11, note 7.

<sup>1617</sup> Guy DELAMAIRE (dir.), *Wallis-et-Futuna. Rapport annuel 2014*, Paris, Institut d'émission d'Outre-mer, 2015, p. 21 et p. 127. Voir aussi, LE MONDE, « Le roi de Wallis officiellement destitué », *Le Monde*, 05 septembre 2014, en ligne : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/09/05/le-roi-de-wallis-officiellement-destitue\\_4482457\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2014/09/05/le-roi-de-wallis-officiellement-destitue_4482457_3224.html) (consulté le 05.06.2022).

<sup>1618</sup> René LATASTE, « Intronisation à Wallis-Uvea : la journée des rebondissements ! », *France Info*, 16 avril 2016, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/wallisfutuna/wallis/intronisation-wallis-uvea-la-journee-des-rebondissements-350200.html> (consulté le 05.06.2022).

<sup>1619</sup> Délibération n° 2016-09 du lundi 18 avril 2016 constatant l'installation de Monsieur Patalione Kanimoa en qualité de HAU (Chef traditionnel) du royaume d'Uvéea, J.O. du Territoire des îles Wallis et Futuna, du 3 juin 2016, p. 1-2.

<sup>1620</sup> Dominique PECHBERTY, « Le lavelua et sa succession à Uvéea (île de Wallis) » dans Jean-Yves FABERON et Armand HAGE (dir.), *Mondes Océaniques. Etudes en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 91-99, spé. p. 99.

<sup>1621</sup> Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Wallis et Futuna : deux rois pour un trône », *Les Témoins de l'Outre-mer*, 2016, en ligne : <https://www.dailymotion.com/video/x4ar09t> (consulté le 06.05.2022).

## SECTION 2 - Le pluralisme intra-étatique des systèmes de représentation politique

517. Le pluralisme intra-étatique désigne « l'intégration subséquente de deux ordres juridiques antérieurement distincts »<sup>1622</sup>, mais seulement du point de vue du droit étatique et de sa reconnaissance<sup>1623</sup>. *A fortiori*, il s'agit d'observer un ordre juridique unique, mais dont le pluralisme permet de s'interroger particulièrement sur les relations, d'une part, avec les systèmes infra-étatiques et, d'autre part, avec l'ordre juridique international<sup>1624</sup>. Ce courant théorique permet d'analyser la pluralité des ordres et systèmes juridiques où les autochtones sont représentés (PARAGRAPHE 1). Cette multiplicité peut s'avérer source de concurrence et de conflits (PARAGRAPHE 2).

**PARAGRAPHE 1** – Les sources concurrentielles entre ordres et systèmes représentatifs autochtones

518. Dans le prolongement de relations historiques plutôt conflictuelles, les rapports entre les différents ordres et systèmes de représentation semblent en concurrence : leur élaboration repose sur des sources différentes et les compétences attribuées aux uns peuvent être enlevées aux autres (A). Dans ce cadre, l'ordre juridique étatique surplombe l'ensemble des rapports juridiques et se montre assez réticent à reconnaître pleinement les systèmes représentatifs autochtones (B).

### A. Le pluralisme intra-étatique des sources du droit de la représentation

519. Il existe une multiplicité d'ordres et de systèmes juridiques habilités à représenter les autochtones, en France et au Canada. Élaborés selon des sources et des conceptions juridiques différentes, les ordres internationaux et régionaux (1) se distinguent des ordres nationaux et des systèmes locaux (2).

#### 1. L'organisation d'une représentation au sein des ordres internationaux et régionaux

520. À l'échelle de l'ordre juridique supranational, dès les années 1960, s'élabore une représentation « internationale » des autochtones qui ne semble ni fondée sur la production de la

---

<sup>1622</sup> Andrée LAJOIE, « Synthèse introductive », *op. cit.*, p. 44.

<sup>1623</sup> Sabine LAVOREL, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1624</sup> Pour les oppositions doctrinales à cette conception du pluralisme juridique, Voir, para. 456, note 1406.

volonté générale ni sur l'élection<sup>1625</sup>. En revanche, il est possible de concevoir la représentation de ces derniers, ou plutôt leur représentativité, par leurs réclamations et leur participation à l'élaboration des normes internationales. En effet, Thibaud Mulier démontre l'idée que « la réclamation est un outil qui permet, à côté du vote, de redéfinir ce qu'est un Peuple »<sup>1626</sup>. Il soutient ainsi que la réclamation révèle « au peuple sa double identité : abstraite, en tant que Peuple, et concrète, en tant que peuple constitué par le vote et reconstitué, en dehors du cadre électoral, par la réclamation »<sup>1627</sup>. Autrement dit, souhaitant influencer sur la production de normes générales et impersonnelles, les réclamants s'agrègent, se lient, et peuvent se révéler comme un « nous » homogène. Il semble qu'un tel raisonnement puisse trouver à s'appliquer pour les autochtones : en agissant conjointement en faveur d'objectifs similaires, en adoptant des rituels collectifs, les réclamations communes contribuent à envisager l'idée d'un « peuple autochtone global », dont la représentation s'organise notamment à la tribune onusienne, par leur participation à la production de normes internationales<sup>1628</sup>. Cette représentation n'obéit évidemment ni aux critères d'une représentation volitive, puisque la souveraineté des assemblées internationales reste contestable, ni à ceux d'une représentation électorale, puisque ces mêmes assemblées ne sont pas élues. Toutefois, en incorporant des autochtones en leur sein, en invoquant les coutumes et en défendant des intérêts communs, les organes tels que le Mécanisme d'experts subsidiaire au Conseil des droits de l'homme et l'Instance permanente sur les questions autochtones répondent aux revendications de représentativité et d'autodétermination formulées par les autochtones. Ces problématiques communes tendent même à concevoir « les peuples autochtones » comme une entité relativement homogène indépendamment des territoires, car révélée par une réclamation commune.

**521.** Les tensions avec les autres ordres de représentation se manifestent par la pression exercée sur les autres institutions internationales en faveur de l'adoption de textes, ainsi que par l'influence exercée sur les parlements nationaux. En effet, le niveau souverain, c'est-à-dire compétent en dernier ressort, demeure l'ordre étatique : l'ordre juridique supranational n'est pas « toujours à

---

<sup>1625</sup> Voir, Chapitre 3, Section 1. Voir aussi, Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, *op. cit.*, p. 650 et s.

<sup>1626</sup> Thibaud MULIER, « La constitution du peuple par la réclamation », dans Dominique ROUSSEAU (dir.), *Réclamer en démocratie*, Paris, Mare & Martin, 2020, p. 457-495, spé. p. 457.

<sup>1627</sup> *Ibid.*, p. 487.

<sup>1628</sup> À ce titre, la professeure Albane Geslin soutient qu'en « s'emparant » du forum onusien, les autochtones ont construit une identité transnationale autochtone. Voir, Albane GESLIN, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *art. cit.*, p. 661-662. Par exemple, elle relève qu'à partir des années 1980, « les divers peuples de l'Arctique que sont les Yuit de Russie, les Inupiat et Yup'ik d'Alaska, les Uummarmiut, Siglit, Inuinnait et Inuit du Canada, et les Kalaallit, Inuhuit et Tunumiit du Groenland, vont s'unir sous la "bannière Inuit" et décider de s'identifier comme un seul peuple, inventant "une identité pan-ethnique transnationale" ». Voir, Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 139-140.

même d'assurer une sanction en cas de violation et donc d'imposer réellement aux États le respect des cultures et des ordres normatifs autochtones »<sup>1629</sup>.

522. À une autre échelle, le niveau régional ou communautaire peut aussi influencer sur la représentation des autochtones et la coexistence des systèmes entre eux. En 1990, le Canada rejoint ainsi l'Organisation des États américains (OEA). Cette institution œuvre au respect des droits des autochtones et constitue notamment une tribune pour ces derniers lors des discussions pour le *Projet de déclaration interaméricaine relative aux droits des peuples autochtones*. Ils y portent alors leurs revendications et, selon le sens de représentativité, ils y sont représentés. Adoptée en 2016<sup>1630</sup>, l'article XXI (2) de la résolution affirme :

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de développer leurs propres institutions décisionnelles. Ils ont également le droit de participer aux prises de décisions concernant les questions susceptibles de porter atteinte à leurs droits. Ils peuvent exercer ce droit directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, conformément à leurs propres règles, procédures et traditions<sup>1631</sup>.

En Amérique du Nord, cette résolution est garantie par la Commission interaméricaine, institution aux compétences « quasi judiciaires » puisqu'elle reçoit des plaintes et émet des recommandations<sup>1632</sup>, et par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme qui peut être saisie par la Commission ou par un État<sup>1633</sup>. Si le Canada ne reconnaît pas la compétence obligatoire de cette cour<sup>1634</sup>, en tant que signataire de la Charte de l'OEA, il reste lié par la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme* dont les dispositions reçoivent souvent une interprétation alignée sur celle de la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*<sup>1635</sup>. À ce titre, en 2009, la Commission interaméricaine des droits admet une plainte de Premières Nations de Colombie-Britannique concernant la restitution de terres ancestrales et affirme que la Commission des traités de la Colombie-Britannique n'est pas assez efficace pour protéger les droits autochtones en

---

<sup>1629</sup> Aurélie LAURENT, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », dans Nathalie HERVE-FOURNEREAU et Sophie THERIAULT (dir.), *Peuples autochtones et organisations d'intégrations régionales. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles et de la biodiversité ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, p. 115-140, spé. p. 117.

<sup>1630</sup> La *Déclaration américaine des droits des peuples autochtones*, adoptée le 15 juin 2016, fait suite à la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme*, adoptée en 1948, et à la *Convention américaine des droits de l'Homme*, entrée en vigueur en 1978, que le Canada n'a pas ratifiée.

<sup>1631</sup> ASSEMBLEE GENERALE DE L'ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS, *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, Résolution adoptée à la troisième séance plénière, le 15 juin 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

<sup>1632</sup> Éric TARDIF, « Le système interaméricain de protection des droits de l'Homme : particularités, percées et défis », *La Revue des droits de l'Homme*, vol. 6, n°5, 2014, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/962> (consulté le 06.07.2023).

<sup>1633</sup> Irène BELLIER, « Les droits des peuples autochtones. Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires », *L'Homme et la Société*, vol. 206, n° 1, 2018, p. 137-174, spé. p. 158.

<sup>1634</sup> Bernard DUHAIME, « Dix raisons pour lesquelles le Canada devrait adhérer à la convention américaine relative aux droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 31, n° 1, 2018, p. 267-283, spé. p. 268. Cela limite l'effectivité de l'ordre juridique régional au sein de l'ordre canadien.

<sup>1635</sup> Ghislain OTIS, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 39, n° 1-2, 2009, p. 99-108, spé. p. 106.

question<sup>1636</sup>. En outre, la *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones* constitue une source persuasive pour interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1637</sup>. Dès lors, « les obligations internationales aident à faire la lumière sur les obligations constitutionnelles des autorités canadiennes »<sup>1638</sup>, notamment en ce qui concerne le droit des autochtones à l'autodétermination et à développer leurs propres institutions décisionnelles.

**523.** À un même niveau, l'échelle régionale européenne influe aussi sur la représentation des autochtones. Tout d'abord, il est possible de soutenir que les autochtones sont représentés au sein de certaines institutions européennes. En effet, si la législation de l'Union européenne ne concerne pas les territoires d'outre-mer comme la Nouvelle-Calédonie et Wallis et Futuna, celle-ci s'applique en Guyane<sup>1639</sup>. Par la conception volitive selon laquelle le Parlement européen délibère et adopte, avec le Conseil européen, des actes législatifs dont la plupart ont vocation à s'appliquer directement aux territoires européens, l'existence d'une représentation européenne est envisageable. Ce caractère représentatif est notamment affirmé par la Cour de justice des Communautés européennes, dans la décision *Roquette c/Conseil*, selon laquelle la consultation du Parlement européen constitue « un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative »<sup>1640</sup>. Par extension à tous les territoires auxquels s'applique la législation de l'Union, il est possible de conclure que les Amérindiens sont représentés par le Parlement européen. Cette conclusion reste à nuancer devant l'ambivalence quant à l'inexistence d'une souveraineté et d'un peuple européen, qui ne pourrait donc être représenté ni par le Parlement ni par le Conseil européen. La représentation électorale renforce pourtant le caractère représentatif du Parlement. En se fondant

---

<sup>1636</sup> COMMISSION INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME, *Hul'qumi'num Treaty Group*, Canada, Pétition 592-07, Rapport n° 105/09, 30 octobre 2009, para. 37. Source non traduite : « by failing to resolve the HTG claims with regard to their ancestral lands, the BCTC process has demonstrated that it is not an effective mechanism to protect the right alleged by the alleged victims ». En effet, le processus de négociation des traités modernes au Canada est qualifié de trop lent et coûteux pour être conforme aux normes internationales relativement aux recours efficaces en cas de violation des droits ancestraux sur des terres. Voir, COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Rapport de suivi présenté à la Commission canadienne des droits de la personne sur les droits de la personne des Innus du Labrador*, Ottawa, Commission canadienne des droits de la personne, 2021, p. 33.

<sup>1637</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 S.C.R. 391, 2007 CSC 27, para. 78 : « les engagements actuels du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la Charte ». Une source persuasive ne lie pas le juge dans sa décision mais influence ce dernier dans l'interprétation des textes. Voir, Nicole D. HESLER, « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 177–201, spé. p. 189.

<sup>1638</sup> Ghislain OTIS, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 106.

<sup>1639</sup> Ce qu'affirme déjà le professeur Norbert Rouland : « Les Amérindiens nous paraissent tributaires d'au moins quatre systèmes juridiques, regroupés en deux catégories. La première est celle du droit coutumier, lui-même divisé en autant de sous-systèmes dont chacun correspond au droit propre à chaque ethnie. [...] La deuxième catégorie comprend trois systèmes juridiques : le droit français (national), le droit international, le droit européen ». Voir, Norbert ROULAND, « Être amérindien en Guyane française : de quel droit ? », *art. cit.*, p. 494.

<sup>1640</sup> CJCE, Affaire 138/79, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes - Isoglucose - Quotas de production*, 29 octobre 1980.



sur une conception électorale, cet organe cherche régulièrement à renforcer sa légitimité politique : « nous sommes la seule institution européenne élue par les citoyens et nous voulons les représenter et les défendre »<sup>1641</sup>, affirme le président David Sassoli durant la crise sanitaire. Au même titre que les autres citoyens des États membres, les Amérindiens de Guyane bénéficient du droit de vote aux élections européennes. De même, bien que toute la législation européenne ne leur soit pas directement applicable, l'ensemble des Calédoniens et des habitants de Wallis-et-Futuna participent à ces mêmes élections. Selon une conception électorale, toutes ces populations seraient donc représentées au Parlement.

**524.** La réalité juridique nuance encore cette affirmation théorique. S'il peut être admis que les autochtones sont représentés au Parlement européen, tant selon une conception volontariste pour les Amérindiens qu'une conception électorale pour les trois populations d'outre-mer, dans les faits, les taux d'abstentions élevés et l'absence de législations spécifiques aux autochtones limitent la représentativité de l'assemblée. Il semble que les autochtones constituent les « oubliés du droit européen »<sup>1642</sup>. Le droit de l'Union européenne donne une définition applicable aux communautés Inuit et Indigènes :

Les communautés dans les pays indépendants qui sont considérées comme indigènes du fait qu'elles descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation, ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles<sup>1643</sup>.

Comme le précise Aurélie Laurent, cette définition, reste pour l'instant isolée dans le corpus normatif européen. Si l'Union semble volontaire, les législations n'accordent aucun droit particulier aux autochtones<sup>1644</sup>, et sont loin de reconnaître des compétences normatives à leurs systèmes représentatifs. Bien que la définition retenue semble prometteuse, car elle ne renvoie pas aux législations nationales<sup>1645</sup>, leur représentation politique se limite à celle du Parlement européen, au même titre que tous les autres citoyens des États membres.

---

<sup>1641</sup> David SASSOLI, « Statement by David SASSOLI, EP President following the decision taken by the ECB », 19 mars 2020, I-186581.

<sup>1642</sup> Aurélie LAURENT, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », *op. cit.*, p. 115.

<sup>1643</sup> Règlement (UE) n° 737/2010 de la Commission du 10 août 2010 *portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil sur le commerce des produits dérivés du phoque*, art. 2-1, abrogé. Voir, maintenant, Règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil *sur le commerce des produits dérivés du phoque et abrogeant le règlement (UE) n° 737/2010 de la Commission*, art. 4.2.

<sup>1644</sup> « La seule protection dont ils bénéficient est une dérogation extrêmement circonscrite par rapport à une interdiction commerciale catastrophique pour l'économie des communautés inuites et qui semble se contenter de respecter un simple droit de subsistance ». Voir, Aurélie LAURENT, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », *op. cit.*, p. 125.

<sup>1645</sup> Aurélie LAURENT, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », *op. cit.*, p. 122. Comme le soutient Aurélie Laurent, cette définition, indépendante de toute qualification par les droits

**525.** Il reste encore le cas particulier de la *Convention européenne des droits de l'homme*, adoptée par le Conseil de l'Europe, laquelle s'applique tant à la Guyane, qu'à la Nouvelle-Calédonie<sup>1646</sup> et à Wallis et Futuna, en tenant compte des nécessités locales, selon la réserve émise par la France en 1974<sup>1647</sup>. Néanmoins, cet ordre régional ne bénéficie pas de compétences législatives souveraines ni n'est composé de représentants élus<sup>1648</sup>. Dans ce cadre, une représentation politique conventionnelle ne peut s'envisager. Les communautés autochtones peuvent demander la reconnaissance de leur système représentatif, mais cela passe notamment par la juridiction compétente, soit aujourd'hui par la Cour européenne des droits de l'homme. En 1983, lors d'une affaire impliquant les Lapons, la Commission européenne des droits de l'homme, alors compétente pour connaître de cette requête, consacre un principe conventionnel : le droit au mode de vie minoritaire<sup>1649</sup>. Toutefois, ce droit n'a encore jamais été sanctionné, y compris dans l'affaire en l'espèce. La reconnaissance des systèmes normatifs autochtones reste donc extrêmement limitée.

**526.** Finalement, si le pluralisme intra-étatique de la représentation se conçoit par la multiplicité des ordres représentatifs régionaux, ce pluralisme ne s'étend pas jusqu'à la reconnaissance de systèmes normatifs et représentatifs autochtones, par ces mêmes ordres.

## 2. L'organisation d'une représentation au sein des ordres nationaux et des systèmes locaux

**527.** Le niveau le plus concerné par la représentation des autochtones reste l'ordre juridique étatique, en raison de sa souveraineté incontestée. Les parlements fédéraux, provinciaux ou nationaux les représentent sans aucun doute, selon une conception volitive puisque seule la chambre basse est directement élue, que ce soit au Canada ou en France.

**528.** Dans le cadre de l'État fédéral, la Cour du Banc de la Reine du Québec rappelle que si, « la souveraineté est une et indivisible, il n'y a rien qui répugne dans les préceptes du fédéralisme que

---

nationaux, pourrait servir aux juges européens à une éventuelle reconnaissance prétorienne autonome des différents droits étatiques.

<sup>1646</sup> CEDH, 11 janvier 2005, *M. Py c/France*, n° 66289/01.

<sup>1647</sup> Lors de la ratification, l'État a déclaré que la Convention s'applique « à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention [article 56 de la Convention depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11] fait référence ». Voir, *Déclaration consignée dans l'instrument de ratification*, déposée le 3 mai 1974 - Or. fr.

<sup>1648</sup> En effet, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'est pas considérée comme un organe législatif, mais plutôt comme une assemblée de discussion paneuropéenne formée des parlementaires des États membres et désignés par les Parlements nationaux, adoptant des rapports et des propositions de recommandations, afin d'œuvrer au « renforcement de la démocratie et de la défense de la primauté du droit ». Voir, *Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Manuel pour les parlementaires, Strasbourg, ateliers du Conseil de l'Europe, 2022, p. 5-8.*

<sup>1649</sup> Commission EDH, 3 octobre 1983, *G. et E. c/Norvège*, n° 9278/81.

l'exercice de la souveraineté soit partagé. C'est la situation de fait et de droit au Canada »<sup>1650</sup>. Dans ce cadre, la souveraineté est «partagée entre deux paliers de gouvernement "souverains" à l'intérieur de leurs compétences législatives : le Parlement et les législatures »<sup>1651</sup>. Autrement dit, il en résulte un exercice partagé de la représentation politique liée au partage de la production de la volonté générale entre le Parlement fédéral et les Législatures. Le premier représente l'ensemble du peuple canadien et les seconds représentent les provinces. Appartenant à ces deux ensembles, les autochtones sont donc représentés par les parlements étatiques, révélant dès lors un certain pluralisme de la représentation, inhérent au fédéralisme.

**529.** Par ailleurs, le Parlement et les Législatures sont tous deux compétents pour les législations qui s'appliquent aux autochtones. En vertu du paragraphe 91 (24) de la Loi constitutionnelle de 1867, le Parlement fédéral dispose de la compétence législative concernant «les Indiens et les terres réservées aux Indiens». Les lois provinciales générales s'appliquent *ex proprio vigore* aux autochtones, tant qu'elles n'ont pas pour effet d'entraver un élément relevant du « cœur » de la compétence fédérale<sup>1652</sup>. En effet, la Cour suprême affirme que « les Premières nations ne sont pas des enclaves du pouvoir fédéral dans une mer de compétences provinciales »<sup>1653</sup>. De surcroît, l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* incorpore dans le corpus législatif fédéral des lois provinciales qui seraient par ailleurs constitutionnellement inapplicables, les rendant ainsi opposables aux Premières Nations. Toutefois, ce partage des compétences peut parfois conduire à certains conflits entre les deux ordres étatiques de représentation<sup>1654</sup>. L'exemple le plus élémentaire demeure la décision *St Catharine's Milling and Lumber company v. The Queen* de 1887, où la Cour suprême détermine si les terres cédées par traités reviennent à la compétence du fédéral ou du provincial<sup>1655</sup>.

**530.** Dans le contexte fédéral canadien, il existe un troisième ordre de gouvernement : l'échelon local, lieu des municipalités. La conception électorale de la représentation conduit à penser qu'il y existe une représentation locale, puisque « les élections constituent le principal instrument formel d'intervention des citoyens au niveau municipal »<sup>1656</sup>. À ce titre, certains auteurs canadiens parlent

---

<sup>1650</sup> *Switzman c. Elbling*, [1954] B.R. 421, p. 430. Cité aussi par, Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 6<sup>e</sup> éd., 2014, p. 226-227.

<sup>1651</sup> André TREMBLAY, *Droit constitutionnel, Principes*, Montréal, Thémis, 2000, p. 131.

<sup>1652</sup> Ghislain OTIS, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel », *Les Cahiers de droit*, vol. 55, n° 3, 2014, p. 583–618, spé. p. 589. Voir aussi, Sara FRYER et Olivier LEBLANC-LAURENDEAU, *Comprendre la compétence fédérale et les Premières Nations*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Publication n° 2019-51-F, 2021, p. 3.

<sup>1653</sup> *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique*, [2002] 2 R.C.S. 146, para. 66

<sup>1654</sup> Sur ce point, Voir aussi, Chapitre 4, Section 2, Paragraphe 2, para. 543.

<sup>1655</sup> La compétence revient finalement à la province de l'Ontario. Voir, *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.*, (1887) 13 S.C.R. 577, p. 599. Pour l'analyse de la décision, Voir, para. 106.

<sup>1656</sup> Louis QUESNEL, « La démocratie municipale au Québec », *Politique*, n° 9, 1986, p. 61–97, spé. p. 72.

de démocratie locale ou municipale<sup>1657</sup>. Dans la même idée, la loi dispose que « les élus municipaux possèdent la légitimité nécessaire, au sens de la démocratie représentative, pour gouverner selon leurs attributions »<sup>1658</sup> et fait référence aux « instances représentatives du milieu municipal »<sup>1659</sup>. Selon l'article 79 du Code municipal du Québec, toute municipalité est ainsi représentée par son conseil<sup>1660</sup>. De plus, cette « démocratie locale » coexiste, et entre parfois en conflit, avec les conseils de bande ou les représentants coutumiers, comme lors de la crise d'Oka. Pourtant, l'affirmation d'une représentation politique locale reste complexe tant la formulation ne permet pas de rendre compte de la faible autonomie des municipalités et de la délégation unilatérale des compétences réglementaires accordées par les Législatures<sup>1661</sup>. Au sens volitif, il s'agirait tout au plus d'une représentation administrative. Si la conception volitive condamne l'idée même de représentation locale, cela n'empêche pas l'instauration d'une certaine représentativité des citoyens à l'échelon local, soutenu par le lien plus étroit entre la population et les municipalités à une échelle territoriale réduite.

**531.** En France, État unitaire décentralisé, l'organisation intra-étatique se retrouve avec le Parlement, institution représentant la nation, entité abstraite composée des vivants « mais aussi des morts et de ceux qui ne sont pas encore nés »<sup>1662</sup>, ce qui inclue, indifféremment des autres citoyens, les autochtones. Parallèlement à la représentation nationale, la définition d'une représentation locale semble plus complexe. En effet, comme au Canada, l'élection du conseil municipal tend à défendre l'idée selon laquelle il existe une représentation électorale locale. Comme le soutient Georges Burdeau, il n'y a pas « de décentralisation sans élections. Or qui dit élection dit politique, quand bien même il ne s'agit que de pourvoir à des postes administratifs. La décentralisation introduit la politique dans l'administration »<sup>1663</sup>. De même, le Conseil constitutionnel reconnaît le caractère politique des élections municipales, en se fondant sur

---

<sup>1657</sup> *Ibid.* Sur les évolutions des municipalités canadiennes et leur reconnaissance au Québec comme des gouvernements de proximité, Voir, Anne MEVELLEC, Guy CHIASSON, et Yann FOURNIS, « De “créatures du gouvernement” à “gouvernements de proximité” : la trajectoire sinueuse des municipalités québécoises », *Revue française d'administration publique*, vol. 162, n° 2, 2017, p. 339-352.

<sup>1658</sup> *Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, L.Q., 2017, ch. 13, préambule.

<sup>1659</sup> *Ibid.*, art. 1.2.

<sup>1660</sup> *Code municipal du Québec*, c- 27.1, art. 79.

<sup>1661</sup> En effet, l'article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 énonce les pouvoirs exclusifs des législatures provinciales dans seize catégories de sujets, dont « les institutions municipales dans la province ».

<sup>1662</sup> Charles DEBBASCH et al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 470. Selon la conception subjective d'Ernest Renan, une nation ne peut se résumer aux nationaux puisque c'est « une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis ». Voir, Ernest RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? Conférence prononcée le 11 mars 1882 à la Sorbonne », dans Philippe FOREST (dir.), *Qu'est-ce qu'une nation ? Littérature et identité nationale de 1871 à 1914*, Paris, Bordas, 1991, p. 41.

<sup>1663</sup> Georges BURDEAU, *Traité de science politique, t. 2, L'État*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1949, p. 341.

l'article 3 de la Constitution, qui leur est applicable<sup>1664</sup>. Les assemblées locales pourraient donc être considérées, non plus comme de simples autorités administratives, mais comme des autorités politiques, voire représentatives<sup>1665</sup>. C'est ce que soutient Corinne Touret en affirmant d'une part, que «la démocratie locale [...] est en France d'abord représentative» et d'autre part, que «la représentativité inédite du conseiller territorial - sorte de Janus territorial - permet d'avoir un interlocuteur unique représentant à la fois un territoire et sa population»<sup>1666</sup>. En outre, depuis 2013, le Code général des collectivités territoriales dispose le conseil départemental «représente la population et les territoires qui le composent»<sup>1667</sup>. Cette conception pourrait aussi être soutenue avec l'approche retenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui rapproche le conseil municipal d'«une instance pour le moins comparable au Parlement»<sup>1668</sup>. *A fortiori*, l'instauration d'un débat démocratique et de droits conférés à l'opposition amène le professeur François Rangeon à soutenir l'idée de «parlementarisation» des assemblées locales<sup>1669</sup> et le professeur Marc Joyau à associer la libre administration à la «démocratie représentative»<sup>1670</sup>.

**532.** Toutefois, cette analyse ne rencontre pas l'unanimité doctrinale. Le professeur Bruno Daugeron répond que «la volonté du corps électoral se prononçant lors des élections locales ne

---

<sup>1664</sup> CC, Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, J.O.R.F. du 19 novembre 1982, p. 3475, cons. 6-7.

<sup>1665</sup> François RANGEON, «Les assemblées locales et le principe de neutralité», *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 102, 2014, p. 1-10, spé. p. 1.

<sup>1666</sup> Le statut de conseiller territorial n'a toutefois jamais été appliqué. Voir, Corine TOURET, «L'institution des conseillers territoriaux, un gage de renouveau pour la démocratie représentative locale ?», *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 77, 2012 p. 75-82, spé. p. 76-77. Dans la même idée, le Doyen Vedel affirmait : «La décentralisation a une valeur démocratique puisqu'elle se ramène à faire gérer le maximum d'affaires par les intéressés eux-mêmes ou par leurs représentants». Voir, Georges VEDEL, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1961, p. 460.

<sup>1667</sup> Code général des collectivités territoriales, art. L.3121-2, modifié par Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, J.O.R.F. n° 0114 du 18 mai 2013, texte n° 2. Voir aussi, Olivier RENAUDIE, «La représentation des territoires», *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 92, 2013, p. 56-62.

<sup>1668</sup> CEDH, 12 avril 2012, *Mr. De Lesquen du Plessis-Casso c/France*, n° 54216/09, para. 49 : «les propos litigieux ont été tenus au cours d'une réunion du conseil municipal de Versailles. Partant, même si les déclarations du requérant n'étaient pas couvertes par une quelconque immunité parlementaire, elles ont été prononcées dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression : or, dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique.

<sup>1669</sup> François RANGEON, «Les assemblées locales et le principe de neutralité», *art. cit.*, p. 1-2. Dans la même idée, le professeur Pierre Pactet soutient que la décentralisation «vise à assurer une plus grande démocratie là où sans doute elle est particulièrement nécessaire, c'est-à-dire à la base, et c'est pourquoi on peut considérer les collectivités décentralisées comme de véritables contre-pouvoirs». En outre, pour assurer un tel contre-pouvoir dans le cadre d'une autonomie locale, «le procédé le plus efficace est certainement celui de l'élection au suffrage universel direct de l'organe délibérant», ajoute-t-il. Voir, Pierre PACTET, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, p. 48.

<sup>1670</sup> Marc JOYAU, «Décentralisation, adaptation, autonomie», dans Jean-Yves FABERON (dir.), *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 83-97, spé. p. 94 : «la libre administration reste toujours associée à la démocratie représentative, ces mécanismes de démocratie directe, au niveau local, ne peuvent être rattachés à cette modalité particulière de décentralisation qu'est la libre administration et doivent être considérés comme d'autres modalités de décentralisation. Or, comme le texte constitutionnel fait désormais explicitement référence à la décentralisation, il n'est plus possible de soutenir que décentralisation et démocratie (non seulement représentative mais aussi directe) peuvent mener des existences séparées».

saurait ainsi être imputée au peuple souverain évoqué par l'article 3 de la Constitution»<sup>1671</sup>. En outre, la délégation des compétences résulte de la volonté unilatérale de l'État et ne concède qu'un pouvoir réglementaire restreint aux collectivités décentralisées, de surcroît contrôlé par le juge administratif. Il n'y aurait donc pas de représentation volitive au sein des conseils des collectivités territoriales. De façon similaire au Canada, il s'agirait tout au plus d'une «représentation administrative»<sup>1672</sup> ou d'une «démocratie réduite aux élections»<sup>1673</sup>, renforcée par le fait qu'il n'existe pas, selon l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel, de «peuple local»<sup>1674</sup>.

**533.** Il résulte de cette appréciation que les Amérindiens, au même titre que les autres Guyanais, ne sont pas localement représentés par l'Assemblée de Guyane. En effet, cette institution relève des articles 72 et 73 de la Constitution, précisant le régime des collectivités territoriales. De plus, même s'il n'y a pas de communes à Wallis et Futuna, l'Assemblée territoriale ne représente pas politiquement – mais administrativement – les populations de l'Archipel. Ces îles sont régies par les articles 72 et 74 de la Constitution. Ces mêmes qualifications s'appliquent aux provinces<sup>1675</sup> et aux communes de Nouvelle-Calédonie, qui demeurent des collectivités territoriales de la République<sup>1676</sup>.

---

<sup>1671</sup> Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>1672</sup> Le terme est employé pour la première fois par le Comte Gabriel-Jules de Cosnac en 1844 : « Nous avons essayé d'introduire un principe nouveau : la représentation administration. [...] On objecterait sans fondement que nous portons la confusion dans l'application de deux principes, qui bien que distincts, sont pourtant subordonnés l'un à l'autre : le principe de la puissance législative et le principe du pouvoir administratif. Les attributions plus vastes des conseils généraux, qui sont dans notre système l'échelon le plus élevé de la représentation administrative, ne portent aucune atteinte à l'omnipotence parlementaire ; les chambres auront toujours la discussion et le vote des lois, des lois administratives comme de toutes les autres ; les conseils généraux et les assemblées hiérarchiques inférieures ne pourront se mouvoir que dans le cercle tracé par les lois : ainsi aucun contrepoids malencontreux ne viendra rompre ce qu'on appelle l'équilibre des trois pouvoirs ». Voir, Gabriel-Jules DE COSNAC, *De la décentralisation administrative*, Paris, Dentu, 1844, p. 44-45.

<sup>1673</sup> Michel VERPEAUX, « La décentralisation et la démocratie locale », *Titre VII*, n° 9, 2022, p. 55-63, spé. p. 56.

<sup>1674</sup> CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale Corse*, *préc.* Bien que cette décision reconnaisse expressément des « peuples d'outre-mer ».

<sup>1675</sup> Cette affirmation pour les provinces est à nuancer par l'interprétation du Conseil constitutionnel. Il précise que « par les décisions du 15 mars 1999 susvisées, le Conseil constitutionnel a jugé que les assemblées de provinces étaient au nombre des institutions de la Nouvelle-Calédonie et que leurs règles d'organisation et de fonctionnement relevaient de la loi organique prévue à l'article 77 de la Constitution ; que, par suite, si les provinces de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République, elles n'en sont pas moins régies par les dispositions du titre XIII de la Constitution ; qu'il s'ensuit que l'article 72-2 de la Constitution ne leur est pas applicable de plein droit ». Voir, CC, Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, J.O.R.F. du 30 juillet 2004, p. 13562. Ainsi, « Les provinces ne sont pas des collectivités "standard" de la République. Si le Législateur peut parfois assimiler les provinces aux autres collectivités de la République, pour l'application de certains textes, c'est à la double condition que l'extension d'un texte métropolitain ne soit pas contraire aux orientations de l'Accord de Nouméa [...] et que le Parlement français recueille l'avis préalable du Congrès de la Nouvelle-Calédonie ». Voir, Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, *op. cit.*, p. 130. La libre administration s'applique aux provinces et communes de Nouvelle-Calédonie. Voir, CC, Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie (Loi adoptée par référendum - Droit du travail en Nouvelle-Calédonie)*, J.O.R.F. du 27 avril 2014, p. 7360, cons. 12 et 13.

<sup>1676</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 3.



534. En revanche, la poursuite de ces conclusions reste à nuancer pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie qui n'est régie par aucun des articles 73 et 74<sup>1677</sup>. Au-delà de sa compétence réglementaire, ce dernier adopte aussi les lois du pays<sup>1678</sup>, qui bénéficient d'une valeur législative et qui ne sont contrôlées que par le Conseil constitutionnel, comme les lois ordinaires<sup>1679</sup>. Le préambule de l'Accord de Nouméa évoque également une souveraineté partagée avec la France<sup>1680</sup>. À propos de cet accord, Guy Carcassonne constate qu'il « s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie, que notre texte de 1958, bien accueillant, abrite désormais dans son titre XIII »<sup>1681</sup>. Tenant compte de ces exceptions, il semble possible d'admettre l'existence d'une représentation qui n'est plus seulement administrative, mais bien politique et locale par le Congrès de Nouvelle-Calédonie<sup>1682</sup>. Similairement au partage de l'exercice de la souveraineté que l'on retrouve au Canada entre le Parlement fédéral et les Législatures, le partage de compétences entre le Parlement national et le Congrès de Nouvelle-Calédonie ressemble à un fédéralisme, malgré tout très imparfait, voire

---

<sup>1677</sup> Le Conseil d'État précise : « la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales de la République, mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré, et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale ». Voir, CE, 13 décembre 2006, *M. Genelle*, n° 279323, *AJDA*, 19 février 2007, p. 363.

<sup>1678</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 99.

<sup>1679</sup> Le professeur Michel Verpeaux écrit : « ces lois du pays sont adoptées par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie et ne peuvent être contrôlées que par le seul Conseil constitutionnel, poussant ainsi l'assimilation des lois du pays aux lois nationales. Ces lois constituent une atteinte à l'unité du pouvoir normatif, car il y a bien un pouvoir législatif propre ». Voir, Michel VERPEAUX, « L'unité et la diversité dans la République », *art. cit.*, p. 14. *Contra*, Voir, Olivier GOHIN, « Approche comparée des autonomies polynésienne et calédonienne », dans Serge LARCHER, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer (1) comportant les actes du colloque organisé le 10 avril 2014 sur « Un kaléidoscope de l'autonomie locale : théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines »*, Paris, Sénat, 2014, p. 169-186, *spé.* p. 180 : « Le contentieux des lois du pays calédoniennes peut bien ressortir à la compétence du Conseil constitutionnel [...] cela ne suffit pas à faire des lois du pays des lois à part entière ; telle juridiction administrative territoriale a pu dire qu'une loi du pays calédonienne était bien une loi, c'est là une décision d'espèce qui se heurte à des faits têtus : les lois du pays sont des règlements non administratifs qui relèvent du contentieux constitutionnel, en application d'un dispositif exprès, à cet effet, consacré par le pouvoir de révision, en 1998, du moins par voie d'action. Il est donc possible d'évoquer, à Nouméa, une décentralisation, pas seulement administrative, mais politique qui ne suffit pas à constater un fédéralisme asymétrique, mais qui fait de la France un État autonome dans cette seule hypothèse de la Nouvelle-Calédonie ».

<sup>1680</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, *préc.*, préambule : « Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée ».

<sup>1681</sup> Guy CARCASSONNE et Marc GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14<sup>e</sup> éd., 2017, p. 389.

<sup>1682</sup> Cette affirmation est à nuancer par la décision du Conseil constitutionnel antérieure à l'Accord de Nouméa qui précise en 1976 : « Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ». Voir, CC, Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, J.O.R.F. du 31 décembre 1976, p. 7651. Toutefois, dans une décision ultérieure à l'Accord de Nouméa, le Conseil constitutionnel se fonde sur l'article 3 de la Constitution et affirme : « Considérant que le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ». Cette dernière décision semble conférer la qualité d'institution représentative politique et locale au Congrès. Voir, CC, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 24 août 1985, p. 9814.

asymétrique, et de surcroît transitoire<sup>1683</sup>. C'est toutefois ce qui est souhaité par le politique avec une évolution vers une potentielle « pleine souveraineté »<sup>1684</sup>.

**535.** Enfin, dans ce millefeuille de représentation aux conceptions différentes, les autochtones bénéficient parfois de certaines modalités de protection par l'État, dont les contours permettent d'apprécier le degré de reconnaissance de leurs droits, de leurs systèmes normatifs, et par extension, de leur système représentatif. Il est intéressant de constater que cette reconnaissance par l'État est assez limitée. Par analogie, le pluralisme juridique est davantage reconnu et protégé dans les domaines relevant du droit civil<sup>1685</sup>. Pour le Canada autant que pour la France, la différenciation des droits civils concerne surtout le droit de la famille<sup>1686</sup>, la résolution des conflits et la gestion du territoire. Par exemple, concernant la résolution des conflits, des procédures parallèles aux juridictions étatiques sont mises en place pour les autochtones. Au Canada, la *Loi sur les Indiens* autorise la nomination de juges de paix autochtones qui connaissent « des infractions à l'encontre de la loi et des règlements adoptés par un conseil de bande en vertu de celle-ci et de certaines infractions criminelles mineures lorsque l'accusé est un Indien »<sup>1687</sup>. Dans le même ordre d'idée, en France, l'ordonnance de 1982 précise que, pour la Nouvelle-Calédonie, les litiges relevant des règles coutumières sont jugés, après une tentative de conciliation par les autorités

---

<sup>1683</sup> Pour les développements sur le fédéralisme asymétrique en Nouvelle-Calédonie, Voir, Chapitre 7, Section 2, para. 867-876.

<sup>1684</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, préambule.

<sup>1685</sup> Sébastien Grammond et Gérard Orfila affirment que les coutumes autochtones sont principalement reconnues dans les domaines du droit civil, que ce soit au Canada ou en France. Voir, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 288. Voir, Gérard ORFILA, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, op. cit., p. 125. Cette analyse peut même s'élargir à d'autres États qu'« il s'agisse de l'Australie, de Wallis ou de la Calédonie, de Vanuatu ou des Samoa, en réalité partout où peut s'instaurer une dichotomie entre le droit de l'État et celui que réclament les particularismes locaux, on note la montée en puissance de la coutume dans deux domaines juridiques : le droit foncier et le droit des personnes ». Voir, Paul DE DECKKER et Laurence KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, op. cit., p. 126.

<sup>1686</sup> Pour illustrer l'internormativité du droit de la famille, les juridictions canadiennes ont accepté qu'« un mariage ou une adoption autochtone devait avoir les mêmes effets juridiques que s'il avait été célébré selon les formalités du droit canadien ». Voir notamment, *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22 (B.C.C.A.). En outre, depuis 2018, l'adoption coutumière est reconnue par le code civil du Québec. Voir, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, L. Q. 2017, ch. 12. L'adoption s'effectue selon la coutume autochtone avec le concours de l'autorité autochtone compétente qui atteste l'adoption et délivre un certificat d'adoption coutumière. Voir aussi, Ghislain OTIS (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013. Dans la même idée, en France, l'article 7 de la loi organique de 1999 précise « que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes ». Voir, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, préc. La Cour de cassation concède « une compétence générale au statut coutumier ». Voir, Pascale DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », Cass. avis n° 005 0011 du 16 déc. 2005, *RTD civ.*, 2006, p. 516-522, spé. 518. Ainsi, les mariages kanak, et leur dissolution, sont reconnus par les tribunaux et sont régis par la coutume, « selon les rites propres aux aires coutumières ou aux clans de chaque époux », de même que les filiations et les adoptions coutumières. Voir, Délibération n° 424 du 3 avril 1967, J.O.N.C. du 27 avril 1967, p. 360, art. 40. Similairement, à Wallis et Futuna, il existe le mariage, la rupture du mariage et la succession coutumiers. Voir, Tribunal de Nouméa, 12 avril 1999, *Tialetagi c/. Lie*, n° 28/99. Voir aussi, Régis LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 27.

<sup>1687</sup> *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1985, ch. 98, ch. I-6, art. 107. *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. 2001, ch. 8, art. 16. Voir, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 406.



coutumières, par la juridiction de droit commun complétée par des assesseurs ayant voix délibérative, la « coutume de chacune des parties devant être représentée par un assesseur »<sup>1688</sup>. À Wallis et Futuna, les autorités coutumières restent légalement compétentes au niveau du village, du district et du tribunal royal pour sanctionner le non-respect de la coutume<sup>1689</sup>. En outre, le pluralisme juridique est reconnu par les États pour les territoires autochtones<sup>1690</sup>. Au Canada, ces régimes particuliers sont régis par la *Loi sur les Indiens* pour les réserves, par le juge pour les droits et titres ancestraux et enfin par les traités lors d'entente gouvernementale. L'ensemble de ces législations prend en compte l'utilisation traditionnelle et coutumière du territoire. Pour la Nouvelle-Calédonie, l'article 6 de la loi organique précise que le droit de propriété foncière s'exerce « sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières ». De nombreuses terres sont d'ailleurs rétrocédées et agrandissent les « réserves » kanak<sup>1691</sup>.

**536.** Les droits canadien et français présentent donc pléthores d'exemples où le droit positif reconnaît la coutume comme source de l'ordre juridique étatique<sup>1692</sup>. Reprenant la logique de la professeure Pascale Deumier, pour appréhender des domaines aussi vastes, « la coutume doit être entendue comme dépassant une collection de règles pour constituer un ordre juridique plus complet », celui fondé sur les communautés autochtones et leur tradition juridique, leur lien particulier à la terre dont découlent une organisation et une représentation politique particulière<sup>1693</sup>. Un tel pluralisme existe aussi pour la représentation politique. Il rencontre pourtant certains obstacles à sa reconnaissance par le droit positif.

---

<sup>1688</sup> Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 *instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel*, J.O.R.F. du 17 octobre 1982, p. 3106, art. 5. Voir aussi, Gérard ORFILA, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 133.

<sup>1689</sup> Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *art. cit.*, p. 85. Un arrêté du Haut-commissaire de la République de 1978 crée une juridiction de droit local notamment composé d'assesseurs coutumiers, mais cette juridiction n'a pas encore vu le jour. Voir, Olivier AIMOT, « Les instances juridictionnelles coutumières de Wallis et Futuna », dans Paul de DECKKER (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 175-189, spé. p. 178. De plus, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna, il existe la procédure du « pardon coutumier », dont les objectifs restent d'éviter les cycles de vengeance et d'œuvrer à la réconciliation. Voir, Étienne CORNUT, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », dans Étienne CORNUT et Pascale DEUMIER (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 144-189, spé. p. 182.

<sup>1690</sup> Pour une réflexion sur les territoires autochtones et leur coexistence avec la souveraineté de l'État, Voir, Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État postcolonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, *op. cit.*

<sup>1691</sup> Comme le précise François Garde, « sont régis par la coutume ces terres coutumières ainsi que les biens qui y sont situés appartenant aux personnes de statut civil coutumier ». Voir, François GARDE, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 65.

<sup>1692</sup> Pour les Amérindiens de Guyane, malgré l'absence d'un statut coutumier, la loi reconnaît un droit d'usage collectif aux « communautés d'habitants tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt », confirmant que la législation est aménageable, pour s'adapter ici à un pluralisme de fait, plus que de droit. Voir, Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 *modifiant le Code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immenses domaniaux*, J.O.R.F. du 16 avril 1987, p. 4316.

<sup>1693</sup> Pascale DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *art. cit.*

**537.** À rebours des domaines civils précités, les autochtones peinent parfois à reconstruire une représentation politique autonome, de source coutumière et pleinement intégrée au sein de l'ordre juridique étatique. En effet, pour les Amérindiens, les chefs coutumiers sont rémunérés par l'État sans que leurs compétences ne soient reconnues. En Nouvelle-Calédonie, le Sénat coutumier ne dispose que d'un avis consultatif. Les conseils coutumiers ne sont compétents que pour les affaires de droit privé relatives au statut coutumier<sup>1694</sup>. Au Canada, les conseils de bande, encore principalement régis par la *Loi sur les Indiens*, dépendent grandement du Parlement fédéral et des Législatures pour leur financement. Les revendications d'autonomie gouvernementale suscitent également de nombreuses tensions avec les autorités étatiques. Dans ce cadre, la réorganisation historique de la représentation autochtone pour correspondre aux espaces de représentation étatique conduit, en réponse, les revendications autochtones à se structurer différemment. Comme le note le professeur François Luchaire :

Les peuples colonisés réclamèrent leur émancipation au nom de certains principes : [...] à côté de l'idée d'égalité, le sentiment de la nationalité s'installe dans l'âme indigène. Pour beaucoup d'indigènes, ce fut un sentiment d'invention européenne. La vie en clan ou en tribu ne leur donnait pas l'idée nationale, or, la métropole les groupe en villes, en nation, en État en instituant des entités administratives. [...] Tout naturellement après ces deux sentiments est né le désir de souveraineté. Des nations existent, elles sont les égales des autres : elles doivent être souveraines<sup>1695</sup>.

En assignant un régime juridique uniforme à l'ensemble des autochtones, l'État leur permet donc de se constituer en une entité politique nouvelle et homogène, au-delà des différences et conflits interclaniques qui pouvaient exister à l'époque précoloniale. Ainsi, le traitement égalitaire de ces différentes entités par l'appareil étatique conduit parfois à ce que naisse un sentiment d'appartenance à une même catégorie juridique, comme les catégories nationales d'Indien ou d'Indigène, et même ensuite, à celle internationale des « peuples autochtones ».

**538.** Ainsi assemblés et ré-assemblés aux différents niveaux étatiques et actifs auprès des institutions, les autochtones peuvent considérer l'institutionnalisation du pluralisme intra-étatique de la représentation comme insuffisante. Cette situation tendue entre les ordres et les systèmes de représentation soulève peu de questions lorsque le droit étatique reste, dans l'ensemble, majoritairement appliqué et effectif. Toutefois, cette approche néglige les capacités de résistance autochtones – par le boycott, les manifestations, le soulèvement populaire, les revendications indépendantistes ou l'exercice de normes parallèles extra-étatiques<sup>1696</sup> – à la représentation étatique. Comme le relève le professeur Ghislain Otis :

---

<sup>1694</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, op. cit., p. 95.

<sup>1695</sup> François LUCHAIRE, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, op. cit., p. 27.

<sup>1696</sup> « Pas de vagues ! Surtout pas de vagues ! », tel est le discret conseil glissé aux préfets nommés outre-mer ou en Corse, les incitant à tolérer un certain degré de non-respect de la loi afin que soit évitée la démonstration de l'incapacité de la République à faire accepter les contraintes qu'elle comporte ». Voir, Thierry MICHALON, *L'outre-mer français. Évolution institutionnelle et affirmations identitaires*, Paris, L'harmattan, 2009, p. 142.

S'il est possible que le commandement écrit soit dans certains cas tellement effectif et légitime qu'il évincera le droit spontané, il faudra toutefois bien se garder de rédiger intempestivement la notice nécrologique du droit spontané, car ce serait méconnaître le jeu des rapports de force et d'influence dans la configuration du pluralisme juridique. Moins le pouvoir sera en mesure de rendre son droit écrit bénéfique, souhaitable ou incontournable pour les acteurs coutumiers, moins ceux-ci se montreront perméables aux prétentions monopolistiques officielles, si tant est qu'ils en connaissent l'existence et qu'ils les comprennent. Les individus pourront en définitive se trouver au confluent des droits et, à la faveur de cette dynamique concurrentielle, faire un choix en fonction de stratégies diverses qui n'emporteront pas inéluctablement la suppression du droit spontané<sup>1697</sup>.

L'institutionnalisation d'un pluralisme juridique coopératif est ainsi proposée comme une alternative aux conflits entre le droit positif applicable aux systèmes représentatifs autochtones et le droit effectivement appliqué par ces derniers. Dans ce cadre, comprendre les réticences des ordres et systèmes représentatifs en présence reste nécessaire pour en dépasser les tensions, restaurer une cohérence juridique et assurer l'effectivité normative.

## B. Les réticences étatiques à l'intégration d'une représentation autochtone autonome

**539.** Les réticences à l'intégration d'une représentation autochtone autonome interrogent concomitamment les réticences à reconnaître un pluralisme intra-étatique de la représentation. Si le droit privé soulève moins de réticences à l'institutionnalisation d'un véritable pluralisme juridique, c'est parce qu'il régule le droit du « quotidien »<sup>1698</sup>. Pour les règles de droit public en revanche, la reconnaissance d'un système normatif coutumier par le droit étatique soulève des enjeux de pouvoirs, voire conduit à une délégation de compétences. Au sein de l'ordre juridique, Sébastien Grammond souligne que « la problématique du gouvernement autochtone est un baromètre de la tolérance de l'État à l'égard du pluralisme juridique qui peut exister sur son territoire. L'acceptation par l'État de divers types de gouvernements autochtones peut être classée en fonction du degré croissant de pluralisme juridique »<sup>1699</sup>. Ainsi, certaines de ces réticences s'avèrent communes au Canada et à la France, tandis que d'autres, dépendantes des trajectoires historiques et de la forme de l'État, restent propres à chacun des ordres étatiques concernés.

**540.** Plusieurs éléments ressortent régulièrement des réticences à reconnaître une représentation autochtone. La première, commune au Canada et en France, concerne l'autochtonie plus que

---

<sup>1697</sup> Ghislain OTIS, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *art. cit.*, p. 76.

<sup>1698</sup> Selon l'expression employée par le professeur Étienne Cornut. Voir, Étienne CORNUT, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : Assimilationnisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa ? » dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *Actes du Colloque universitaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie des 17 et 18 novembre 2017*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 125-141, spé. p. 125.

<sup>1699</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 288. Voir aussi, Bradford W. MORSE et Gordon R. WOODMAN, « The State's Options », dans Bradford W. MORSE et Gordon R. WOODMAN (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1987, p. 5-24.

l'autonomie et découle des valeurs parfois éloignées infusant les négociations. En effet, il s'agit de traditions juridiques différentes, l'une étatique, l'autre coutumière, qui négocient et dont la seconde demande une reconnaissance par la première. À l'instar de ce que soutient le professeur Jean-François Tremblay, « ces traditions philosophiques distinctes sont au cœur de la problématique des négociations sur l'autonomie gouvernementale »<sup>1700</sup>. Il précise ainsi que certaines valeurs fondatrices « opposeraient le mode de vie des communautés autochtones à celui des sociétés occidentales : le consensus contre la loi de la majorité, le spiritualisme et la loi naturelle contre le matérialisme, la cosmologie contre les droits individuels »<sup>1701</sup>. Pour l'État, il s'agit alors de reconnaître une représentation aux sources juridiques et aux conceptions différentes. Si l'altérité induite par un tel élargissement du droit peut enthousiasmer le politique, elle peut aussi entraîner des implications plus larges, notamment pour d'autres groupes minoritaires. La professeure Dominique Leydet explique que dans des sociétés démocratiques et pluralistes, le processus de reconnaissance, « ne peut longtemps garder la forme d'un simple dialogue entre deux partenaires (le groupe minoritaire exigeant la reconnaissance et l'État appelé à la lui accorder), mais suscite des effets de cascade sur d'autres groupes sociaux qui peuvent alors réclamer une voix au chapitre »<sup>1702</sup>. En effet, les gouvernements doivent pouvoir répondre aux revendications et aux obligations envers les autochtones « dans le contexte d'une myriade d'autres obligations et engagements envers les non-Autochtones, dont beaucoup peuvent être incompatibles avec les droits des Autochtones »<sup>1703</sup>. Ces relations systémiques entraînent inévitablement une certaine réticence à reconnaître des droits à ces derniers.

**541.** De même, la méconnaissance des coutumes peut freiner la reconnaissance. D'un côté, les coutumes sont parfois perçues comme une normativité figée, dont les sources relèvent uniquement de l'ordre précolonial et dont il résulte une inadaptation aux problématiques contemporaines. Cette conception est parfois véhiculée par les tribunaux puisque, pour qu'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale soit reconnu, il faut démontrer que les mêmes coutumes perdurent depuis l'époque précoloniale<sup>1704</sup>. D'un autre côté, les coutumes sont, à plus juste titre, perçues comme adaptables et en constantes réinterprétations par les autorités

---

<sup>1700</sup> Jean-François TREMBLAY, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 133-151, spé. p. 145.

<sup>1701</sup> *Ibid.*

<sup>1702</sup> Dominique LEYDET, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *Négociations*, vol. 8, n° 2, 2007, p. 55-71, spé. p. 56.

<sup>1703</sup> Jessica BOWERING, « Certainty and Finality in the Nisga'a Agreement », *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1, 2002, p. 1-31, spé. p. 3. Source non traduite : « Governments must find a way to meet those obligations in the context of a myriad of other obligations and commitments to non-Aboriginals, many of which may be incompatible with the rights of Aboriginal people ».

<sup>1704</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, p. 509 : « constituent des droits ancestraux les coutumes, pratiques et traditions qui marquent la continuité avec les coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens ».

coutumières compétentes<sup>1705</sup>. Pourtant, cette nuance n'en diminue pas moins les réticences des États à intégrer la représentation coutumière à l'ordre juridique, car les coutumes apparaissent autant incommensurables que difficiles à codifier par le droit positif<sup>1706</sup>.

**542.** Au-delà de telles difficultés liées à l'autochtonie, la reconnaissance d'une représentation coutumière soulève des enjeux d'autonomie politique, qui freinent les évolutions institutionnelles.

La professeure Dominique Leydet souligne pour le Canada :

Modifier de façon radicale les normes de reconnaissance en vigueur entre l'État canadien et les nations autochtones, en d'autres termes tenter de mettre fin au rapport colonial en reconnaissant le statut égal des peuples autochtones, a des implications significatives tant du point de vue du partage du pouvoir au sein de l'espace politique canadien, que de celui de la redistribution des ressources économiques<sup>1707</sup>.

En effet, la reconnaissance d'une représentation politique autonome implique une redistribution du pouvoir et des compétences normatives. L'État unitaire français comme l'État fédéral canadien ne semblent pas toujours prêts à déléguer cet exercice, et encore moins au partage de la souveraineté que certains autochtones appellent de leurs vœux<sup>1708</sup>. D'autant plus pour ce dernier, où le partage doit se négocier à la fois avec le Parlement fédéral, mais aussi avec les Législatures.

**543.** Dans la configuration institutionnelle canadienne, les réticences découlent aussi partiellement de l'entremêlement des acteurs compétents pour la reconnaissance d'une autonomie gouvernementale. Par exemple, en 2019, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis* reconnaît la compétence législative des communautés autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille, laquelle est exercée par un « corps dirigeant autochtone »<sup>1709</sup>. Cette compétence législative s'exerce après avoir passé un accord de coordination ou « en avoir donné avis » au ministre et au gouvernement de chacune des

---

<sup>1705</sup> « S'agissant par ailleurs de leur interprétation des normes, ils tiennent que les organes institués par la Grande Loi de la paix sont compétents non seulement pour interpréter leur propre production normative, mais la Grande Loi elle-même ». Ainsi, les *longhouses* « exercent en effet des activités normatives complètes, énonçant, interprétant et appliquant, à travers les grands conseils du temps de paix et du temps de guerre institués par la Grande Loi de la paix, des normes de portée exclusive adressées à l'ensemble de la communauté ». Voir, Andrée LAJOIE, Henry QUILLINAN, Rod MACDONALD et Guy ROCHER, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *art. cit.*, p. 699-701.

<sup>1706</sup> Jean-François TREMBLAY, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *art. cit.*, p. 146.

<sup>1707</sup> Dominique LEYDET, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 60.

<sup>1708</sup> *Ibid.* La professeure Dominique Leydet écrit : « le gouvernement fédéral persiste à voir la question de l'autonomie gouvernementale comme une question de transfert de pouvoirs plutôt que comme la reconnaissance de la prétention des peuples autochtones d'exercer une autorité politique souveraine à laquelle ils n'auraient jamais renoncé. Le désaccord substantiel sur la nature, le contenu et la portée de ce droit persiste donc, il est simplement contourné, déplacé ». Sur la souveraineté revendiquée par les autochtones, Voir aussi, Renée DUPUIS, *Le gouvernement du Québec et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1995.

<sup>1709</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24, art. 18. Le « corps dirigeant autochtone » est défini par la loi comme un « Conseil, gouvernement ou autre entité autorisé à agir pour le compte d'un groupe, d'une collectivité ou d'un peuple autochtones titulaires de droits reconnus et confirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ».

provinces<sup>1710</sup>. Dans le cas où un accord de coordination est passé, les articles 21 et 22 de cette loi fédérale prévoit que les textes législatifs autochtones, ayant « force de loi, à titre de loi fédérale », l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute loi fédérale ou provinciale dans ce domaine, appliquant ainsi la doctrine de la prépondérance fédérale<sup>1711</sup>. Pourtant, le 20 décembre 2019, le gouvernement du Québec dépose un avis de renvoi à la Cour d'appel du Québec, en soutenant notamment que ces deux articles sont *ultra vires*, puisque la prépondérance fédérale ne peut s'appliquer à un texte législatif autochtone et ne peut conférer une priorité absolue à ce dernier sans modifier unilatéralement l'architecture fondamentale de la Constitution<sup>1712</sup>. La Cour d'appel donne partiellement raison à cette argumentation<sup>1713</sup>, en affirmant que le Parlement ne peut modifier seul l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, « y compris dans sa portée, ni l'architecture fondamentale de la Constitution canadienne. [...] La notion d'architecture constitutionnelle exprime le principe selon lequel chaque élément de la Constitution est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de la structure constitutionnelle »<sup>1714</sup>. Cette affaire démontre toute la complexité inhérente à la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale lorsque différents acteurs interviennent. De même, cette reconnaissance incombe parallèlement aux juges pour les droits et titres ancestraux, et aux pouvoirs exécutif et législatif pour la passation d'ententes gouvernementales. Si les termes d'activisme judiciaire ont été utilisés pour décrire l'engagement des tribunaux dans la reconnaissance des ordres normatifs autochtones, chaque acteur se doit de respecter l'équilibre des pouvoirs et son domaine de compétence. Comme le précise le professeur Jean-François Tremblay, « le juridique peut encadrer la négociation de l'autonomie gouvernementale, mais il ne peut s'y substituer. Les compromis qu'exige l'autonomie gouvernementale sont d'abord et avant tout de nature politique »<sup>1715</sup>. Les précautions employées par chacun des acteurs contribuent donc potentiellement au ralentissement des négociations.

---

<sup>1710</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24, art. 20.

<sup>1711</sup> « La doctrine de la prépondérance fédérale, qui vise à résoudre à certaines conditions les conflits irréconciliables entre lois fédérales et provinciales, ne concerne [normalement] que les lois fédérales valablement adoptées aux termes de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 ». Voir, *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, para. 64.

<sup>1712</sup> La question du décret concernant le renvoi est rédigée ainsi : « La Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis est-elle *ultra vires* de la compétence du Parlement du Canada en vertu de la Constitution du Canada ? ». Voir, GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Décret 1288-2019*, 18 décembre 2019, Gazette officielle du Québec, 8 janvier 2020, 152<sup>e</sup> année, n° 2, p. 154-155. La décision de la Cour d'appel précise « Le procureur général du Québec [...] plaide que [...] Les art. 8 et 18 à 26 de la *Loi* (« Partie II ») sont invalides puisqu'ils constituent une tentative de modification unilatérale de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce qui excède les pouvoirs du Parlement fédéral, et parce qu'ils attentent à l'ordre constitutionnel établi ».

<sup>1713</sup> *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, para. 571.

<sup>1714</sup> *Ibid.*, para. 533-534. La cause est aujourd'hui pendante en Cour suprême.

<sup>1715</sup> Jean-François TREMBLAY, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *art. cit.*, p. 149.

**544.** En France, la répartition des compétences entre le Parlement et le Congrès de Nouvelle-Calédonie constitue également un enjeu de pouvoir et d'autonomie<sup>1716</sup>. L'Accord de Nouméa et l'article 77 de la Constitution qui prévoient le transfert progressif de nombreuses compétences au Congrès, s'accompagne de la loi organique qui adjoint des compensations financières au transfert. Dans les années 2010, ces évolutions impliquent nécessairement de réfléchir au fonctionnement du Congrès. En effet, souligne le professeur Mathias Chauchat, « s'il devait devenir une assemblée légiférant autant que son homologue parlementaire national, il faudra s'attacher à en améliorer sensiblement le fonctionnement et à le professionnaliser »<sup>1717</sup>. Au terme du transfert, il ne reste à l'État que les compétences régaliennes. Principe inspiré du modèle britannique<sup>1718</sup> et procédant « de la crainte envers la versatilité de la politique nationale »<sup>1719</sup>, la Constitution dispose également que ce transfert est irréversible. Le respect de ce principe constitutionnel est interprété localement par les Kanak comme le respect de la parole donnée, élément juridique essentiel dans les sociétés océaniques<sup>1720</sup>. Pour autant, lors de la crise sanitaire, alors que le Congrès est compétent depuis 1957 pour les mesures de santé<sup>1721</sup>, le Conseil constitutionnel étend les lois et décrets de l'état d'urgence sanitaire au territoire calédonien sur le fondement de la garantie des libertés publiques, domaine dévolu à l'État<sup>1722</sup>. Le terme de l'Accord de Nouméa soulève encore de nouveaux enjeux politiques quant aux compétences transférées, mettant en balance les arguments en faveur de la caducité ou de l'irréversibilité de l'Accord et les domaines de compétences concernés<sup>1723</sup>.

**545.** Ensuite, en France et au Canada, les réticences résultent des difficultés à choisir les canaux et les procédures de discussion adaptés avec les représentants autochtones. En effet, quel niveau

<sup>1716</sup> L'article 3 de l'Accord de Nouméa dispose : « les compétences détenues par l'État seront transférées à la Nouvelle-Calédonie ». Voir, *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, art. 3.

<sup>1717</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives, op. cit.*, p. 124.

<sup>1718</sup> Selon lequel « jamais la Reine ne retire une compétence cédée à un Dominion. Ceci est à l'opposé de l'histoire française, plutôt faite d'hésitations et de reniements ». Voir, Mathias CHAUCHAT, « Vers la fin de la garantie d'irréversibilité constitutionnelle de l'Accord de Nouméa », *Jus Politicum Blog*, 2021, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2021/07/12/vers-la-fin-de-la-garantie-dirreversibilite-constitutionnelle-de-laccord-de-noumea-par-mathias-chauchat/#\\_ftn2](https://blog.juspoliticum.com/2021/07/12/vers-la-fin-de-la-garantie-dirreversibilite-constitutionnelle-de-laccord-de-noumea-par-mathias-chauchat/#_ftn2) (consulté le 27.05.2022).

<sup>1719</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives, op. cit.*, p. 261.

<sup>1720</sup> Mathias CHAUCHAT, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, Sénat, 27 juillet 2022, p. 84-97, spé. p. 89.

<sup>1721</sup> Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale en Nouvelle-Calédonie, préc.* L'article 40 vise, au titre des attributions de l'assemblée territoriale, l'hygiène et la santé publique. Aujourd'hui, les compétences dévolues à la Nouvelle-Calédonie comprennent la réglementation en matière de « protection sociale, hygiène publique et santé, contrôle sanitaire aux frontières ». Voir, *Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 22.

<sup>1722</sup> CC, Décision n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020, *M. Pierre-Chanel T. et autres*, J.O.R.F. n°0294 du 5 décembre 2020, texte n° 89. Voir aussi, Mathias CHAUCHAT, « L'état d'urgence sanitaire s'applique à la Nouvelle-Calédonie », *Jus Politicum Blog*, 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/02/12/letat-durgence-sanitaire-sapplique-a-la-nouvelle-caledonie-par-mathias-chauchat/> (consulté le 27.05.2022). Voir aussi, Zérah BREMOND, « La préservation des compétences de la Nouvelle-Calédonie : nouveau moyen invocable en Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) », *RJPENC*, n° 37, 2021, p. 13-18. Voir aussi, Chapitre 6, Section 1, Paragraphe 2, para. 739.

<sup>1723</sup> Mathias CHAUCHAT, « Vers la fin de la garantie d'irréversibilité constitutionnelle de l'Accord de Nouméa », *art. cit.*

de reconnaissance l'État devrait-il privilégier ? Les négociations devraient-elles être nationales ou locales ? À l'instar de l'objection que soulève la professeure Dominique Leydet : « toute procédure qui les intégrerait au processus de négociation au même titre que les groupes de pression ou les groupes minoritaires qui ne mettent pas en cause leur incorporation dans l'ensemble politique canadien signifierait d'emblée le refus de reconnaître le statut spécifique et le type de rapport à l'État canadien qu'ils revendiquent »<sup>1724</sup>. Ainsi, le gouvernement fédéral privilégie les négociations nation par nation. Une même difficulté se retrouve en Nouvelle-Calédonie puisque l'une des mésententes quant au processus d'indépendance concerne le corps électoral susceptible d'y participer, les Kanak refusant que l'entière population de la Nouvelle-Calédonie se prononce sur cette question. Un corps électoral glissant a fini par être instauré, véritable déni de démocratie pour les uns<sup>1725</sup>, compromis temporaire et nécessaire à des négociations bien plus complexes pour les autres<sup>1726</sup>.

**546.** Enfin, devant le manque de clarté de certaines règles coutumières<sup>1727</sup>, les conflits internes aux communautés autochtones peuvent également limiter la reconnaissance juridique par l'appareil étatique. Au sein même des systèmes représentatifs, la procédure de désignation des représentants coutumiers compétents et légitimes n'est pas toujours fixée définitivement, telle que cela est constaté pour les Nations Wet'suwet'en ou les Nations iroquoises. De même, pour certaines communautés, la reconfiguration des ordres normatifs à la suite de la colonisation implique le caractère récent des institutions représentatives, lesquelles n'ont pas encore été reconnues par l'État, mais pour l'être au terme d'un processus qui prend du temps<sup>1728</sup>.

**547.** Pour la France, les obstacles semblent équivalents, mais le cadre institutionnel de l'État unitaire ajoute une certaine coloration « républicaine » aux réticences des autorités. En effet, l'État unitaire est construit sur le fondement d'une souveraineté indivisible, d'où il résulte une seule Constitution, un seul Peuple, une seule langue officielle y compris en outre-mer, et une application du droit souhaitée la plus égalitaire possible sur l'ensemble du territoire. Ainsi, l'article premier de la Constitution de 1958 « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Au titre de ces objectifs, la France n'est constituée

---

<sup>1724</sup> Dominique LEYDET, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 56.

<sup>1725</sup> Olivier GOHIN, « Approche comparée des autonomies polynésienne et calédonienne », dans Serge LARCHER, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer (1) comportant les actes du colloque organisé le 10 avril 2014 sur « Un kaléidoscope de l'autonomie locale : théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines »*, *op. cit.*, p. 169-186,

<sup>1726</sup> Ce corps « glissant » ou « gelé » est notamment validé par le CEDH en raison de son caractère temporaire. Voir, CEDH, 11 janv. 2005, *M. Py c/France*, n° 66289/01.

<sup>1727</sup> Voir, la Section 1 du présent chapitre.

<sup>1728</sup> En effet, le professeur Jean-François Tremblay écrit : « le développement d'institutions communes pour la prise de décision est, dans la plupart des cas, un phénomène récent ». Voir, Jean-François TREMBLAY, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *art. cit.*, p. 148.



que de citoyens<sup>1729</sup> et refuse d'accorder des droits collectifs<sup>1730</sup>. Ainsi, en reconnaissant aux minoritaires et aux autochtones «le même statut qu'à tous les autres citoyens, ils n'auraient plus rien à craindre et donc plus besoin d'un régime particulier»<sup>1731</sup>. Renforçant cette idée, le langage juridique français révèle une acceptation négative du terme «ethnie». Comme le relève le professeur Norbert Rouland, «l'ethnie, le plus souvent, n'est que le cache-misère de la race, et, à ce titre, proscrite dans la plupart des textes juridiques interdisant les discriminations fondées sur l'appartenance ethnique»<sup>1732</sup>. Une fonction d'unification du corps social est donc dévolue au principe d'égalité, n'admettant, dès lors, aucune différenciation liée aux populations autochtones<sup>1733</sup>.

**548.** Pourtant, le professeur Stéphane Pierré-Caps nuance cette conception assez idéalisée :

Cette acception formelle de l'égalité ne sera jamais appliquée de façon exclusive qu'au sein d'une même catégorie. La distinction des «citoyens actifs» et des «citoyens passifs» opérée par la Constitution du 3 septembre 1791 quant à la qualité d'électeur en est la plus élémentaire illustration, nonobstant les dispositions du préambule : «il n'y a plus, pour aucune partie de la Nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français». Il en est de même pour l'exemple de l'instauration du régime de l'Indigénat qui ne consacre un principe d'égalité qu'au sein même du statut d'Indigène, par opposition au statut de citoyen<sup>1734</sup>.

Il relève toute l'ambivalence du principe d'égalité qu'il décrit comme un «véritable Janus, en ce qu'il traduit une dialectique de l'unification et de la différenciation»<sup>1735</sup>.

**549.** Ces conceptions françaises de l'égalité, de l'unité et de l'indivisibilité, fondées sur la rhétorique républicaine, se heurtent régulièrement au droit international qui reconnaît les peuples autochtones et leur octroie spécifiquement des droits. Si le droit positif français aménage progressivement un espace pour les autochtones des outremer, de l'avis du comité onusien pour l'élimination de la discrimination raciale<sup>1736</sup> et de la Commission nationale consultative des droits

---

<sup>1729</sup> Françoise MORIN, «Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones», dans Henri GIORDAN (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Paris, Kimè, 1992, p. 493-510, spé. p. 505.

<sup>1730</sup> Le conseil constitutionnel affirme que la conception de ces principes s'oppose «à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance». Voir, CC, Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, J.O.R.F. du 18 juin 1999, p. 8964.

<sup>1731</sup> Françoise MORIN, «Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones», dans Henri GIORDAN (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, op. cit., p. 493. Voir aussi, SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITES DES NATIONS UNIES, *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, Nations Unies, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, para. 67.

<sup>1732</sup> Norbert ROULAND, «Être amérindien en Guyane française : de quel droit ?», art. cit., p. 510.

<sup>1733</sup> Stéphane PIERRE-CAPS, «L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales», dans Anne-Marie LE POURHIET, *Droit constitutionnel local*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 97-118, spé. p. 109.

<sup>1734</sup> *Ibid.*

<sup>1735</sup> Stéphane PIERRE-CAPS, «L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales», op. cit., p. 109.

<sup>1736</sup> COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Observations finales du CERD suite à l'examen des 20ème et 21ème rapports périodiques de la France*, Nations Unies, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21. Voir aussi, COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE, *Nations Unies*, 2018, CERD/EWUAP/France/2018/JP/ks.

de l'Homme<sup>1737</sup>, de telles évolutions ne permettent pas de rencontrer pleinement les engagements internationaux. La Commission nationale répond aux réticentes étatiques en ces termes :

Confondre égalité et uniformité et en appeler à l'universalité pour refuser la diversité serait aller à l'encontre même des principes d'égalité et de non-discrimination. L'universalité des droits passe inévitablement par la reconnaissance des identités multiples et des singularités territoriales. Sans cette double reconnaissance, il n'y a ni égalité réelle ni respect des peuples, des langues et des cultures<sup>1738</sup>.

**550.** Ainsi, les réticences de l'État à reconnaître une représentation coutumière limitent considérablement l'instauration d'un pluralisme juridique intra-étatique en faveur des autochtones. En France, le pluralisme de la représentation reste donc majoritairement circonscrit aux organes étatiques communs à tous les citoyens. La représentation coutumière, qui a pourtant survécu à la période coloniale, perdure partiellement en deçà d'une reconnaissance juridique, dans un cadre parfois peu intelligible. Pour autant, les aménagements juridiques récents montrent que des évolutions sont possibles et que le droit positif contient plusieurs outils permettant des adaptations.

#### **PARAGRAPHE 2** – Les incidences du pluralisme intra-étatique sur les institutions représentatives autochtones

**551.** Tant que les autochtones s'assimilent pleinement aux systèmes étatiques, l'absence de reconnaissance des systèmes représentatifs coutumiers n'entraîne pas nécessairement de conflits. Toutefois, des décennies de politique coloniale n'ont pas eu pour conséquence l'abandon de la représentation traditionnelle. Dès lors, la représentation étatique peut souffrir de n'être ni appliquée ni effective sur certains territoires. L'ordre juridique souverain peut alors décider d'intégrer ou de rejeter ces survivances coutumières. Cependant, les rejeter suscite irrémédiablement certaines dissidences avec l'ordre juridique international qui, lui, reconnaît une représentation autochtone. En tension donc, les ordres juridiques étatiques oscillent entre d'une part, l'admission limitée d'une participation particulière des représentants autochtones (**A**) et d'autre part, la réaffirmation de leur souveraineté sur ces exceptions autochtones (**B**).

---

<sup>1737</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », *préc.*, p. 16.

<sup>1738</sup> *Ibid.*

**A. L'admission limitée de la participation des autochtones aux institutions représentatives étatiques**

**552.** Afin de mettre en place une coexistence pacifique et équilibrée, l'ONU préconise aux États de mettre en œuvre des politiques d'intégration et de pluralisme, plutôt que des politiques d'assimilation ou de ségrégation<sup>1739</sup>. Au titre de cet objectif, la DNUDDPA dispose à la fois que les autochtones doivent pouvoir participer aux institutions représentatives de leur pays, reflétant une politique d'intégration<sup>1740</sup>, mais aussi qu'elles doivent être consultées par leurs propres institutions représentatives, selon une politique davantage pluraliste<sup>1741</sup>. Si ces dispositions soulèvent des incertitudes à l'intérieur même des communautés afin de définir de façon endogène quelles sont les institutions coutumières compétentes, d'autres interrogations se retrouvent également dans les relations avec les représentants étatiques.

**553.** Au Canada, la participation des autochtones aux parlements étatiques se teinte des principes du fédéralisme. En effet, aux côtés des principes d'autonomie et d'égalité, le fédéralisme repose sur un « système de représentation qui fait participer tous les éléments constitutifs de l'association à la détermination de la volonté de l'ensemble et par la procédure du vote majoritaire »<sup>1742</sup>. Soumis à ces principes, les autochtones, comme tous les autres citoyens canadiens, désignent les représentants du Parlement fédéral et des Législatures. Dans les années 1980 particulièrement, les tensions résident dans le refus par ces récents citoyens de participer aux élections nationales, synonymes pour eux d'appartenance à l'État et d'acceptation

---

<sup>1739</sup> SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITES DES NATIONS UNIES, *La discrimination raciale*, 1971, E/CN.4/Sub.2/307/Add.2., p. 114 et s., Selon l'ONU, le pluralisme est une politique visant « à unir différents groupes ethniques dans un rapport d'interdépendance, de respect mutuel et d'égalité, tout en leur permettant de maintenir et de développer leur mode de vie propre ». *Ibid.*, p. 115, para. 379.

<sup>1740</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, préc.*, art. 5 : « Les peuples autochtones ont le droit [...] de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État ». Voir aussi, art. 18 : Article 18 : « Les peuples autochtones ont le droit de participer à la prise de décisions sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, par l'intermédiaire de représentants qu'ils ont eux-mêmes choisis conformément à leurs propres procédures, ainsi que le droit de conserver et de développer leurs propres institutions décisionnelles ».

<sup>1741</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, préc.*, art. 19 : « Les États se concertent et coopèrent de bonne foi avec les peuples autochtones intéressés - par l'intermédiaire de leurs propres institutions représentatives - avant d'adopter et d'appliquer des mesures législatives ou administratives susceptibles de concerner les peuples autochtones, afin d'obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ». Voir aussi, art. 38 : « Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration ».

<sup>1742</sup> Georges SCELLE, « Le problème du fédéralisme », *Politique étrangère*, n° 2, 1940, p. 143-163, spé. p. 145. Georges Scelle ajoute : « Telle est la loi de vie de toute organisation politique comme de tout ordre juridique, du fédéral comme de l'étatique. Le fédéralisme se distingue du diplomatique parce que le fédéralisme permet d'aboutir à des décisions traduisant la volonté et l'intérêt généraux, tandis que le diplomatique n'aboutit qu'à des compromis bâtards entre intérêts particuliers ». Voir aussi, Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009, p. 180 et s. Pour les développements sur le fédéralisme et la représentation politique des autochtones, Voir, Chapitre 7, Section 2.

du mécanisme électoral. En effet, selon certains autochtones, participer aux élections légitime « le pouvoir des représentants élus d'établir des politiques ayant une incidence sur eux, alors que le nombre relativement peu élevé des électeurs indiens et leur dispersion garantissent qu'ils n'auront guère d'influence réelle sur les résultats des élections »<sup>1743</sup>. Aujourd'hui encore, l'abstention reste plus élevée au sein des populations autochtones<sup>1744</sup>. Il en résulte une sous-représentation des autochtones parmi les parlementaires<sup>1745</sup>.

**554.** La résolution de cette problématique reste pourtant ambiguë et potentiellement conflictuelle. En effet, Michael Morden soulève les paradoxes suivants : « pouvons-nous intégrer une représentation autochtone à l'État canadien sans violer les relations fondées sur des traités [et] pouvons-nous concilier l'autonomie gouvernementale des Autochtones – le projet d'une autonomie autochtone par rapport à l'État canadien – et un renforcement de la présence des peuples autochtones à l'intérieur de cet État ? »<sup>1746</sup>. À ce sujet, Will Kymlicka oppose une perception différente selon laquelle :

La conséquence logique de l'autonomie gouvernementale est une représentation réduite, et non accrue. Le droit à l'autonomie gouvernementale est un droit contre l'autorité du gouvernement fédéral, et non un droit de partager l'exercice de cette autorité. C'est pour cette raison que de nombreux Indiens qui revendiquent l'autonomie gouvernementale s'opposent aux sièges garantis à la Chambre des communes. Selon ce point de vue, une représentation garantie aux Communes pourrait donner au gouvernement central le sentiment qu'il peut légitimement gouverner les communautés indiennes<sup>1747</sup>.

Les autochtones les plus attachés aux systèmes traditionnels refusent donc de participer à l'exercice d'un pouvoir étatique qu'ils jugent illégitime. Par exemple, Ken Deer affirme :

La Confédération [iroquoise] n'a aucun désir de se séparer du Canada, mais nous n'avons jamais fait partie du Canada non plus. Nous avons toujours eu notre propre pays et notre propre gouvernement. Nous répondons aux exigences fondamentales du statut de nation en ayant une population permanente, un territoire défini, un gouvernement et la capacité d'entrer en relation avec d'autres nations. En tant que nations, nous sommes soumis au droit international, et non au droit canadien ou américain<sup>1748</sup>.

---

<sup>1743</sup> Joseph H. CARENS, *La citoyenneté et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, *op. cit.*

<sup>1744</sup> Un tel constat peut s'observer en France et au Canada, mais aussi dans d'autres États. Voir, Kiera L. LADNER et Michael McCROSSAN, *La participation des Autochtones aux élections*, *op. cit.*, p. 35-38.

<sup>1745</sup> Robert A. MILEN, « Représentation des peuples autochtones au Canada. Tour d'horizon des questions importantes », *Publications Gouvernement Canada*, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994, en ligne : <https://data2.archives.ca/rcap/pdf/rcap-211.pdf>

<sup>1746</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 28-30.

<sup>1747</sup> Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 143. Source non traduite : « The logical consequence of self-government is reduced representation, not increased representation. The right to self-government is a right against the authority of the federal government, not a right to share the exercise of that authority. It is for this reason that many Indians who claim self-government oppose guaranteed seats in the House of Commons. On this view, guaranteed representation in the Commons might give the central government the sense that they can rightfully govern Indian communities ».

<sup>1748</sup> Ken DEER, « The failure of International Law to assist Indigenous peoples », dans Andrea P. MORRISON (éd.), *Justice for Natives: Searching for Common Ground*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1994, p. 100-105, spé. p. 101. Source non traduite : « The Confederacy has no desire to separate from Canada, but we have never been part of Canada either. We have halways had our own country and our own government. We meet the fundamental requirements of nationhood by having a permanent population, a definite territory, a government and an ability to

La question de la participation des autochtones aux institutions étatiques semble complexe et dépendante des revendications autonomistes des communautés. Les communautés aux revendications autonomistes fortes ne trouvent pas leur intérêt à participer aux institutions étatiques, dès lors qu'ils tentent de remettre en cause la légitimité de ces dernières, ou du moins, de s'en distancer.

**555.** Il subsiste également des tensions qui résident dans l'oubli, voire le refus de consulter les représentants autochtones. Selon la DNUDPA, les peuples autochtones doivent être consultés par leurs propres institutions représentatives, pour toutes mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner<sup>1749</sup>.

**556.** Au Canada, la Cour suprême précise cette obligation en affirmant d'une part que « tout projet, règlement, loi ou toute action du gouvernement ou d'un entrepreneur qui peut avoir des conséquences sur les droits ancestraux doit faire l'objet de consultations, et ce, même si le titre ancestral et les droits ancestraux ne sont pas établis »<sup>1750</sup> et, d'autre part, que « le gouvernement [...] doit, si les répercussions sur les droits ancestraux sont importantes, s'efforcer de trouver des accommodements aux intérêts des Autochtones »<sup>1751</sup>. Au sein de ce cadre jurisprudentiel, la décision *Mikisew Cree First Nation c Canada* de 2018 démontre particulièrement les potentielles tensions entre l'obligation de consulter les représentants autochtones et la représentation parlementaire. Dans cette affaire, la nation autochtone requérante considère que les *Lois omnibus* contreviennent au régime de protection environnementale, portent atteinte aux droits autochtones garantis par le Traité n° 8, et qu'elles ont été adoptées sans la consultation des communautés<sup>1752</sup>. La majorité des sept juges de la Cour suprême répond que « l'élaboration d'une loi par des ministres est une mesure législative qui ne déclenche pas cette obligation »<sup>1753</sup>. La Cour se fonde alors sur la séparation des pouvoirs : « La doctrine de l'obligation de consulter ne convient pas relativement à l'action législative. [...] Des principes constitutionnels établis depuis longtemps

---

enter into relations with other nations. As nations, we are subjects of international law, not Canadian or American Law ».

<sup>1749</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, préc.*, art. 19

<sup>1750</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, para. 27 : « le principe de l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et à prendre raisonnablement en compte leurs intérêts jusqu'au règlement de la revendication ». Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada, op. cit.*, p. 103.

<sup>1751</sup> *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique*, [2004] 3 R.C.S. 550, para. 25 : « L'obligation de consulter naît lorsqu'un représentant de la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre ». Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada, op. cit.*, p. 103.

<sup>1752</sup> *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765, spé. p. 766.

<sup>1753</sup> *Ibid.*, p. 767. La Cour précise : « Bien que l'obligation de consulter ait été reconnue dans divers contextes, il a été jugé que la conduite de la Couronne suffisante pour déclencher cette obligation englobe uniquement les actes accomplis par l'exécutif, ou en son nom ».

justifient cette réticence à surveiller le processus législatif. [...] Le privilège parlementaire empêche en outre généralement les tribunaux d'assujettir le processus parlementaire à des contraintes procédurales»<sup>1754</sup>. Ainsi, la Cour réaffirme la primauté de la représentation parlementaire. Trois des juges de la majorité nuancent tout de même la liberté du Parlement et font valoir leur désaccord : la Couronne n'est pas « libérée de son obligation de se comporter honorablement », et devrait prendre l'initiative de consulter les communautés autochtones<sup>1755</sup>. Comme l'écrivent Kaitlin Long et Samantha Jenkins, la Cour concilie ici deux principes constitutionnels : « d'une part, la protection des droits et des titres ancestraux et, d'autre part, la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire »<sup>1756</sup>. Devant l'importance reconnue à la consultation des groupes autochtones, elles concluent également que cette décision suscitera vraisemblablement l'attente chez ces derniers d'être consultés dans le cadre du processus législatif<sup>1757</sup>, ce qui présage de nouveaux conflits potentiels.

**557.** Suivant une logique similaire, en France, la participation des autochtones aux institutions étatiques dépend de la nature des revendications. En Nouvelle-Calédonie, les revendications indépendantistes se traduisent régulièrement par un refus de participer aux élections nationales et locales, d'où il résulte une sous-représentation des Kanak au sein des assemblées locales<sup>1758</sup>. De même, par le caractère minoritaire des Kanak sur l'archipel, les députés et sénateurs calédoniens

---

<sup>1754</sup> *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, [2018] 2 R.C.S. 765, spé. p. 768. La Cour ajoute : « Assujettir le processus d'élaboration des projets de loi par les ministres à une obligation de consulter soulèverait aussi des préoccupations d'ordre pratique. Si des amendements sont apportés au projet de loi proposé afin de tenir compte de préoccupations soulevées pendant des consultations, ceux-ci pourraient être supprimés par le Parlement, puisqu'il peut modifier le texte de loi proposé ».

<sup>1755</sup> *Ibid.*, p. 770. Les juges affirment que « l'obligation de consulter fait désormais partie du cadre juridique essentiel du droit des Autochtones et exige une consultation chaque fois que des mesures sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis qui sont protégés par l'art. 35. Cette approche reconnaît que la sphère législative n'échappe pas au principe de l'honneur de la Couronne. Approuver une telle lacune dans le principe de l'honneur de la Couronne créerait également un vide dans le cadre d'analyse régissant l'art. 35, laissant les titulaires de droits ancestraux vulnérables aux mêmes objectifs gouvernementaux réalisés grâce à des mesures législatives plutôt qu'exécutives. Même si les concepts de souveraineté et de privilège parlementaires sont fondamentaux pour assurer que la branche législative du gouvernement est en mesure de s'acquitter de son travail sans interférence indue, ils ne peuvent pas supplanter le principe de l'honneur de la Couronne. Les questions soulevées par le présent appel exigent que la Cour concilie la protection du processus législatif contre l'interférence des tribunaux et la protection des droits autochtones contre le processus législatif, plutôt que de choisir entre elles. Le droit des groupes autochtones d'être consultés quant aux décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts n'est pas simplement politique. Il s'agit d'un droit juridique ayant force constitutionnelle. Les décisions qui préconisent une protection contre l'ingérence dans le processus parlementaire doivent donc être interprétées dans le contexte d'une obligation qui ne constitue pas seulement un impératif constitutionnel, mais qui consiste en une reconnaissance des limites de la souveraineté de la Couronne elle-même ».

<sup>1756</sup> Kaitlin LONG et Samantha JENKINS, « Résumé du jugement Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil) », *Norton Rose Fulbright*, 2018, en ligne : <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/24b304a6/resume-du-jugement-emmikisew-cree-first-nation-c-canada-gouverneur-general-en-conseil> (consulté le 29.04.2022).

<sup>1757</sup> *Ibid.*

<sup>1758</sup> Notamment en novembre 1984 où les partis kanak indépendantistes appellent au boycott actif des élections de l'Assemblée territoriale, desquelles le RPCR sort fortement majoritaire des urnes. Voir, Alexandre JUSTER, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, op. cit., p. 102.

demeurent, jusqu'à aujourd'hui, majoritairement affiliés au parti loyaliste. Communément, les indépendantistes sont également minoritaires au Congrès de Nouvelle-Calédonie<sup>1759</sup>. Comme le précise Irène Bellier, « les présidences du Congrès et du Gouvernement ont été assurées par des Européens anti-indépendantistes, tandis que la vice-présidence du Gouvernement revenait traditionnellement à un Kanak indépendantiste. Ce *statu quo* est bouleversé en 2011 lorsque la présidence du Congrès revient à un Kanak indépendantiste, Roch Wamytan »<sup>1760</sup>, à la suite d'une évolution des clivages politiques. Du reste, il n'y a pas de sièges ni de représentation garantis aux autochtones au sein des institutions représentatives étatiques, que ce soit au Parlement national ou au Congrès de Nouvelle-Calédonie. Par ailleurs, « les représentants du sénat coutumier, prenant notamment exemple sur le parlement Sami de Norvège, demandent à avoir un rôle décisionnel et non plus consultatif »<sup>1761</sup>. Cette demande résulte du constat selon lequel le Sénat coutumier, en tant qu'institution consultative à l'auto-saisine et aux compétences limitées, ne suffit pas à représenter efficacement ni la coutume ni les Kanak. À l'instar des mots employés par Stéphanie Graff, les revendications basculent de l'indépendance étatique « à des revendications de souveraineté autochtone d'autonomie interne renforcée »<sup>1762</sup>.

**558.** Les conflits en Guyane ont également trait à la demande d'une participation renforcée fondée sur l'autochtonie. Les Amérindiens et les Bushinenges constituent une minorité de la population du territoire, ce qui ne leur permet pas de jouer un rôle décisif dans une procédure majoritaire<sup>1763</sup>. En outre, comme le confirme le professeur Norbert Rouland, « les Amérindiens ne disposent que de très peu d'institutions politiques qui leur soient reconnues comme spécifiques »<sup>1764</sup>. Par transposition de la *Convention sur la diversité biologique* adoptée à Rio de Janeiro en 1992 prévoyant la participation des communautés locales à l'élaboration des normes<sup>1765</sup>, le Sénat ajoute à la *Loi d'orientation pour l'outre-mer* l'article suivant : « L'État et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des

---

<sup>1759</sup> 26 élus sur 54, issus des élections provinciales de 2019, mais cette majorité a basculé en faveur des indépendantistes pour la première fois en 2021. Les prochaines élections de 2024 revêtent, dès lors, un enjeu politique important. La Province Sud est généralement présidée par des non-indépendantistes et la Province Nord par des indépendantistes.

<sup>1760</sup> Irène BELLIER, Leslie CLOUD et Laurent LACROIX, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, *op. cit.*, p. 185.

<sup>1761</sup> Stéphanie GRAFF, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 82.

<sup>1762</sup> *Ibid.*

<sup>1763</sup> Les Amérindiens représentent à peine plus de 4 % de la population guyanaise (10 000 individus pour une population totale de 225 000 habitants). Les Bushinenges représentent environ 20 % de la population guyanaise (environ 50 000). Voir, Norbert ROULAND, « Autonomie et autochtonie dans la zone Pacifique sud : approches juridique et historique », *art. cit.*, p. 930.

<sup>1764</sup> *Ibid.*

<sup>1765</sup> Geoffroy FILOCHE, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *Journal de la société des Américanistes*, t. 97-2, 2011, p. 343-368, spé. p. 344.



communautés autochtones et locales fondées sur leurs modes de vie traditionnels et qui contribuent à la conservation du milieu naturel et l'usage durable de la diversité biologique»<sup>1766</sup>. Selon les débats parlementaires, cet article vise expressément à la reconnaissance des communautés autochtones d'outre-mer et de Guyane<sup>1767</sup>. Néanmoins, aucun décret d'application n'est adopté. Toujours, en 2010, le Protocole de Nagoya ratifié par l'Union européenne et par la France fait explicitement référence aux communautés autochtones. Toutefois, la loi de transposition dans le droit français ne parle que de « communautés d'habitants », refusant l'utilisation du terme autochtone<sup>1768</sup>.

**559.** Selon Philippe Karpe et Alexis Tiouka, un droit de participation peut néanmoins être déduit de la création du Conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenges en 2008<sup>1769</sup>. Ce conseil permet aux populations autochtones « de faire entendre leur voix sur les projets qui ont des conséquences sur leur environnement, leur cadre de vie ou leur culture. « C'est quand même la moindre des choses que l'on doit aux populations qui vivent ici depuis toujours ! », affirme le président Nicolas Sarkozy lors d'un discours en 2008, à Canopi<sup>1770</sup>. Toutefois, les parlementaires prennent soin d'insister sur la qualité de simple organe consultatif et même « de dévaloriser à l'extrême l'importance des avis rendus »<sup>1771</sup>. Le député Didier Quentin écrit :

Compte tenu de son objet, qui est la défense des intérêts propres d'une partie seulement des Français résidents en Guyane, un tel conseil ne saurait être doté de réelles prérogatives politiques. Aussi la mise en place de ce nouvel organisme doit-elle s'accompagner d'un discours politique clair en direction des populations amérindiennes et bushinenges, leur évitant toute désillusion ultérieure<sup>1772</sup>.

---

<sup>1766</sup> Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d'orientation pour l'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0289 du 14 décembre 2000, p. 19760, art. 33.

<sup>1767</sup> José BALARELLO, dans J.O.R.F., *Compte rendu des débats parlementaires*, Sénat, Séance du 14 juin 2000, p. 49. (en ligne : <http://www.senat.fr/seances/s200006/s20000614/sc20000614049.html> (consulté le 29.05.2022)) : « cet amendement tend à reconnaître les communautés autochtones et locales, telles que les communautés amérindiennes de Guyane ».

<sup>1768</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (1)*, J.O.R.F. n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 2. Les Communautés d'habitants sont définies comme « toute communauté d'habitants qui tire traditionnellement ses moyens de subsistance du milieu naturel et dont le mode de vie présente un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité ». Voir, Pierre-Alain COLLOT, « Un dispositif d'accès et de partage des avantages sans peuple autochtone ni communauté locale ou les omissions de la loi française pour la reconquête de la biodiversité », *VertigO*, vol. 20, n° 1, 2020, p. 1-30.

<sup>1769</sup> Philippe KARPE et Alexis TIOUKA, « Au-delà du juridisme : la décolonisation progressive des Amérindiens de Guyane française », dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 43-77, spé. p. 66. Ce conseil devient le Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges, créé par l'article 75 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique. La composition évolue mais les compétences du conseil restent limitées et son avis demeure consultatif.

<sup>1770</sup> Nicolas SARKOZY, « Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur les efforts en faveur du département de La Guyane », Canopi, Le 11 février 2008, *Site officiel de l'Élysée*, en ligne, <https://www.elysee.fr/nicolas-sarkozy/2008/02/11/declaration-de-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique-sur-les-efforts-en-faveur-du-departement-de-la-guyane-a-canopi-le-11-fevrier-2008> (consulté le 05.06.2022).

<sup>1771</sup> Philippe KARPE et Alexis TIOUKA, « Au-delà du juridisme : la décolonisation progressive des Amérindiens de Guyane française », *op. cit.*, p. 68.

<sup>1772</sup> Didier QUENTIN, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 3404), adopté par le sénat après déclaration d'urgence, et le projet de loi (n° 3405)*,



En outre, l'influence de ce conseil demeure réduite par son auto-saisine limitée, sa compétence restreinte à certains domaines et le caractère purement consultatif des avis rendus. Ces restrictions sont pourtant contestables au regard du droit international. En effet, Philippe Karpe et Alexis Tiouka soulignent que la DNUDPA reconnaît « aux autochtones un droit de participation à tous les processus de décisions, non pas entrant dans leurs domaines de compétences, mais ayant une incidence immédiate ou non sur leurs droits, ce qui est bien plus large [...]. C'est seulement ainsi conçu que ce droit serait un véritable droit de participation, corollaire du droit à l'autonomie »<sup>1773</sup>.

**560.** En réponse aux limites posées au droit de participation, les chefs coutumiers amérindiens s'investissent dans les assemblées locales<sup>1774</sup>. Cette configuration politique remonte à la création de la commune en 1969, où les premiers conseils municipaux sont d'abord dirigés par les Capitaines et les *Gran Man*<sup>1775</sup>. La participation au sein des collectivités territoriales rencontre toutefois de vives oppositions de la part des élus locaux. Un maire conteste ainsi que les chefs coutumiers s'inscrivent sur les listes locales et mélangent ainsi la politique et la coutume<sup>1776</sup>. Un autre maire dénonce : « Le *Gaan Man* Tolinga, *Gaan Man* des Aluku et premier maire de la commune, s'est retiré de la politique quand il est devenu conscient de la collusion. Les capitaines vont à l'envers, ils s'impliquent dans la politique »<sup>1777</sup>. Dans la même idée, un adjoint au maire maintient que « les capitaines se mettent dans la politique et les élections. C'est de la corruption »<sup>1778</sup>. Le fait que les représentants coutumiers se soient appropriés les mécanismes électoraux ne suffit pas, aux yeux des allochtones, à leur garantir une légitimité de participation aux processus politiques. Ces tensions sont exacerbées par les conflits de compétences qui persistent entre les maires et les chefs coutumiers. Le rapport du Sénat mentionne : « les autorités coutumières et traditionnelles sont chargées de représenter le village, qui ne doit pas être confondu avec la commune, et leur rôle peut s'articuler avec celui du maire [...] Une certaine concurrence entre élus locaux et chefs

---

*adopté par le sénat après déclaration d'urgence, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Sénat, 2007, n° 3593, p. 338.

<sup>1773</sup> Philippe KARPE et Alexis TIOUKA, « Au-delà du juridisme : la décolonisation progressive des Amérindiens de Guyane française », *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>1774</sup> Stéphanie GUYON, « Distance de classe, distance ethnique ? La réception des prétentions à la représentation politique à Saint-Laurent-du-Maroni (Guyane) », *Participations*, vol. 30, n° 2, 2021, p. 97-128, spé. p. 112-113. Stéphanie Guyon rapporte les paroles suivantes : « Je suis cheffe coutumière, je pourrais rester dans le village, mais [...] on s'est rendu compte qu'on était bloqués, que pour faire passer nos idées, il fallait passer par l'élection ».

<sup>1775</sup> Catherine BENOÎT, « "La carte n'est pas le territoire !" Coutume, droit et nationalité plurielle en Guyane », *Ethnologie française*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 121-130, spé. p. 125.

<sup>1776</sup> Catherine BENOÎT, « Pampila et politique sur le Maroni : de l'état civil sur un fleuve frontière », dans Sylvie HUMBERT et Yerri URBAN (dir.), *Histoire de la justice*, vol. 26, n° 1, 2016, p. 237-259, spé. p. 256.

<sup>1777</sup> Propos rapportés par, Catherine BENOÎT, « "La carte n'est pas le territoire !" Coutume, droit et nationalité plurielle en Guyane », *art. cit.*, p. 125.

<sup>1778</sup> Catherine BENOÎT, « Pampila et politique sur le Maroni : de l'état civil sur un fleuve frontière », *art. cit.*, p. 256.

coutumiers peut ainsi parfois être observée»<sup>1779</sup>. En effet, ces deux autorités coexistent et l'inintelligibilité de la répartition des compétences ne permet pas d'éviter certaines frictions.

**561.** Dans un autre contexte, un même phénomène s'observe à Wallis et Futuna, où les chefs coutumiers sont également très impliqués dans la vie politique locale. Par exemple, en 1997, Setefani Hasini devient le Premier ministre du roi de Wallis. Porteur du deuxième titre coutumier, il se fait pourtant réélire en tant que conseiller territorial. Face aux Wallisiens qui s'inquiètent de la confusion des pouvoirs, il répond alors qu'il sait « distinguer les sphères du pouvoir coutumier de celles du pouvoir politique »<sup>1780</sup>. En effet, les deux « sphères » de représentation obéissent à différentes légitimités, mais se rencontrent sur un même terrain politique et se revendiquent parfois d'une même désignation électorale. Ces exemples démontrent également l'influence de l'implantation et s'accompagnent d'un certain clientélisme dans la représentation politique locale<sup>1781</sup>. C'est donc dans ces assemblées que des tensions politiques persistent, liées à un partage conflictuel du pouvoir local et à la difficulté de concevoir un régime juridique intelligible.

**562.** Enfin, paradoxalement, le simple fait d'inscrire dans le droit positif le droit de participation ou de consultation des populations autochtones entraîne, par la même occasion, l'inscription d'une représentation autochtone au sein d'un ordre juridique étatique qui lui est inféodé.

## B. L'inscription d'une représentation coutumière au sein d'une souveraineté étatique

**563.** L'inscription de la participation et de la consultation des populations autochtones dans le droit positif, par l'économie même de la façon dont les droits sont octroyés, entraîne la subordination des systèmes représentatifs coutumiers aux ordres étatiques. En effet, vestige des relations coloniales, l'ordre étatique reste à l'initiative des droits accordés. Dans ce cadre, les représentants coutumiers demeurent inexorablement subrogés à la reconnaissance de l'État. Les compétences qui leur sont confiées résultent d'une volonté unilatérale<sup>1782</sup>. Dans le même ordre d'argument, les conflits de représentations demeurent résolus par les juridictions étatiques, qui renvoient régulièrement la question politique au gouvernement, afin de négocier des accords d'autonomie ou des statuts dérogoires.

---

<sup>1779</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, op. cit., p. 85.

<sup>1780</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « Vie politique, insularité et traditions. L'exemple du TOM de Wallis et Futuna », op. cit., p. 183.

<sup>1781</sup> *Ibid.*, p. 193. Frédéric Angleviel écrit « Le clientélisme est toujours d'actualité ».

<sup>1782</sup> « Très clairement, la compétence d'attribution dénote d'une subordination claire de l'autorité autochtone à l'autorité étatique ». Voir, Zérah BREMOND, *Le territoire autochtone dans l'État postcolonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, op. cit., p. 586.

**564.** Au Canada, par exemple, l'autonomie gouvernementale n'est consacrée comme un droit ancestral que progressivement et selon certaines conditions. Dans l'affaire *Pawamejon*, la Cour suprême rejette la demande des requérants sur l'existence d'un droit à l'autonomie gouvernementale à cause d'une formulation trop large et elle applique à cette demande les critères explicités dans la décision *Van der Peet*<sup>1783</sup>. Les revendications liées à l'autonomie gouvernementale sont donc restreintes à un niveau de spécificité similaire à d'autres droits relatifs à des activités pourtant de nature très différente<sup>1784</sup>. Récemment, dans un renvoi du 10 février 2022 relatif à la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, la Cour d'appel du Québec reconnaît cependant que « les peuples autochtones ont toujours maintenu une forme d'autonomie gouvernementale découlant de leur souveraineté initiale sur le territoire. Ce droit ancestral est aujourd'hui enchâssé par l'art. 35 »<sup>1785</sup>. Cette approche contribue à la reconnaissance d'un droit « générique » à l'autonomie gouvernementale, notamment en matière de services à l'enfance et aux familles, auquel les critères énoncés dans la décision *Pawamejon* ne s'appliqueraient pas<sup>1786</sup>. Pourtant, ce droit à l'autonomie gouvernementale reste inscrit au sein d'une souveraineté étatique puisque « tout corps dirigeant autochtone qui exerce la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille pour le compte d'un groupe, d'une collectivité ou d'un peuple autochtones » se voit appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1787</sup>.

**565.** Cherchant à « s'émanciper » de la souveraineté étatique, les communautés autochtones privilégient souvent un mode d'institutionnalisation de leur rapport avec l'État par traité, puisque celui-ci induit l'idée d'une négociation d'égal à égal avec la Couronne, soit de nation à nation. En effet, la professeure Dominique Leydet explique :

Un processus de réforme constitutionnelle classique leur semble moins à même de concrétiser ce nouveau rapport, et ce pour deux raisons : d'une part, parce que dans un tel processus, les peuples autochtones apparaissent d'emblée comme une partie constitutive de l'ensemble canadien ; d'autre part, parce que les processus de négociations constitutionnelles les forcent à agir à l'intérieur de

---

<sup>1783</sup> R. c. *Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

<sup>1784</sup> Aurélie LAURENT, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>1785</sup> *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, para. 49. Sur appel des gouvernements du Canada et du Québec, la cause est aujourd'hui pendante en Cour suprême.

<sup>1786</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24, art. 18. La Cour d'appel du Québec précise qu'à cet article 18, le Parlement « n'y affirme pas seulement le droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones en matière de services à l'enfance et à la famille. Plutôt, il y pose l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones en droit général et générique dont un aspect spécifique serait celui de l'autonomie en matière de services à l'enfance et à la famille ». L'article 18 est considéré comme constitutionnel par la Cour d'appel. Voir, *Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, 2022 QCCA 185, para. 220 et 486 et s. L'affaire est pendante en Cour suprême. Voir aussi, Sébastien GRAMMOND, « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone », *art. cit.*, p. 201.

<sup>1787</sup> *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24, art. 19.

structures représentatives qui cadrent mal avec le fait qu'il n'y a pas une grande nation autochtone, mais bien une pluralité<sup>1788</sup>.

Dans ce cadre, l'État négocie donc des ententes gouvernementales ou des traités avec les différentes nations<sup>1789</sup>. Cependant, ce processus prend du temps et n'est pas exempt de potentielles frictions, comme en témoigne les négociations pour l'autonomie gouvernementale de la Nation Wet'suwet'en, encouragées par la Cour suprême dès 1997 dans la décision *Delgamuukw*, mais qui n'ont toujours pas abouties.

**566.** Enfin, si un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale « au sein du Canada » est reconnu, ce sont encore les juridictions qui précisent comment ce droit s'agence au sein de la représentation et des législations de l'ordre étatique, réaffirmant l'inscription d'une représentation coutumière au sein d'une souveraineté étatique. En effet, l'affaire *Campbell et al.* porte sur le droit à l'autonomie gouvernementale et sur la constitutionnalité d'un « nouvel ordre de gouvernement », pour reprendre les mots de la Cour suprême de la Colombie-Britannique<sup>1790</sup>. Dans cette affaire qui fait suite à l'accord d'autonomie gouvernementale de la Nation Nisga'a signé en 1998<sup>1791</sup>, les requérants, alors membres de l'Assemblée législative de la province de la Colombie-Britannique, contestent la constitutionnalité de la loi de mise en œuvre du Traité Nisga'a. Selon un premier moyen, ils soutiennent que « le traité viole la Constitution parce que certaines de ses parties visent à conférer à l'organe directeur de la Nation Nisga'a une compétence législative incompatible avec la répartition exhaustive des pouvoirs accordée au Parlement et aux assemblées législatives des provinces par les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 »<sup>1792</sup>. En outre, selon un autre moyen, ils affirment que les citoyens canadiens non Nisga'a qui résident sur le territoire soumis au gouvernement Nisga'a sont privés des droits qui leur sont garantis par l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1793</sup>. La Cour suprême de la Colombie-Britannique rejette ces arguments et estime :

---

<sup>1788</sup> Dominique LEYDET, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *art. cit.*, p. 58.

<sup>1789</sup> *Ibid.*, p. 59 : « Depuis 1995, le gouvernement reconnaît que ce droit inhérent à l'autonomie gouvernementale peut être concrétisé dans des traités et qu'en retour les droits énoncés dans des ententes d'autonomie gouvernementale peuvent être reconnus comme des droits issus de traités au sens de l'article 35 ».

<sup>1790</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123, para. 37.

<sup>1791</sup> *Ibid.*, para. 29-31. Au début de l'année 1996, un accord de principe est conclu. L'accord final est signé le 4 août 1998. Les Nisga'a approuvent l'Accord définitif lors d'un référendum en novembre 1998. La loi de mise en œuvre est adoptée par l'Assemblée législative de la province de Colombie-Britannique le 26 avril 1999 et par le Parlement le 13 avril 2000. Le traité entre en vigueur le 11 mai 2000. Voir, *Nisga'a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, ch. 2 ; *Nisga'a Final Agreement Act*, S.C. 2000, ch. 7.

<sup>1792</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123, para. 12. Source non traduite : « they say that the Treaty violates the Constitution because parts of it purport to bestow upon the governing body of the Nisga'a Nation legislative jurisdiction inconsistent with the exhaustive division of powers granted to Parliament and the Legislative Assemblies of the Provinces by sections 91 and 92 of the Constitution Act 1867 ».

<sup>1793</sup> Selon lequel « Tout citoyen canadien a le droit de voter lors de l'élection des membres de la Chambre des communes ou d'une assemblée législative et d'être qualifié pour en faire partie ». *Campbell v. British Columbia (Attorney*

Les droits ancestraux, et en particulier le droit à l'autonomie gouvernementale, assimilable au pouvoir législatif de faire des lois, ont survécu en tant que « valeurs sous-jacentes » non écrites de la constitution, en dehors des pouvoirs distribués au Parlement et aux législatures en 1867. La répartition fédérale-provinciale des pouvoirs en 1867 visait une problématique différente et constituait une division « interne » à la Couronne<sup>1794</sup>.

Par cette interprétation, elle reconnaît une protection constitutionnelle aux droits issus des traités internes et des ententes gouvernementales, mais également que « l'autonomie gouvernementale en tant que droit ancestral est reconnue constitutionnellement *via* les normes non écrites »<sup>1795</sup>. Malgré cela, la décision ne manque pas de rappeler la souveraineté de l'appareil étatique puisque la protection constitutionnelle des droits issus des traités admet l'intervention du Parlement selon certaines conditions<sup>1796</sup>. À ce titre, la limitation de l'exercice de droits conventionnels « constitue une réponse à l'argument selon lequel la consécration constitutionnelle du traité Nisga'a équivaut à une abdication permanente par le Parlement de son droit d'intervenir dans les décisions du gouvernement Nisga'a Lisims, en tenant compte de l'impact de ces décisions sur le bien public général »<sup>1797</sup>.

**567.** Cette analyse est reprise en 2013 par la Cour d'appel de Colombie-Britannique : si elle confirme la constitutionnalité du traité Nisga'a, elle réaffirme également la possibilité pour le

---

*General*), [2000] BCSC 1123, para. 12. Source non traduite : « Finally, they argue that by granting legislative power to citizens of the Nisga'a Nation, non-Nisga'a Canadian citizens who reside in or have other interests in the territory subject to Nisga'a government are denied rights guaranteed to them by section 3 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. That section reads: 3 Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein ».

<sup>1794</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123, para. 81. Source non traduite : « A consideration of these various observations by the Supreme Court of Canada supports the submission that aboriginal rights, and in particular a right to self-government akin to a legislative power to make laws, survived as one of the unwritten “underlying values” of the Constitution outside of the powers distributed to Parliament and the legislatures in 1867. The federal-provincial division of powers in 1867 was aimed at a different issue and was a division “internal” to the Crown ».

<sup>1795</sup> Aurélie LAURENT, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1796</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123, para. 127 : « la Cour suprême du Canada a reconnu que la protection constitutionnelle des droits issus de traités, tout comme celle des droits ancestraux, admet l'ingérence du Parlement sous réserve uniquement de la nécessité d'une justification conforme à l'honneur de la Couronne, tel que décrit dans l'arrêt Sparrow ». Source non traduite : « the Supreme Court of Canada has recognized that the constitutional protection for treaty rights, just as for aboriginal rights, admits of interference by Parliament subject only to the necessity for justification consistent with the honour of the Crown as was described in Sparrow ». Les critères de l'arrêt *Sparrow* sont notamment les suivants : « L'atteinte au droit ancestral vise-t-elle la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel ? La législation respecte-t-elle l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral ? La limitation est-elle aussi minimale que possible en regard de l'objectif désiré ? Le groupe autochtone concerné a-t-il été consulté à propos des mesures de limitation proposées ? ». Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>1797</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123, para. 128. Source non traduite : « This limitation upon the exercise of otherwise constitutionally-protected treaty rights is important in the case at bar. Because it applies to treaties, it is an answer to the submission that the constitutional entrenchment of the Nisga'a Treaty amounts to a permanent abdication by Parliament of its right to interfere with decisions of the Nisga'a Lisims Government taking into account the impact of those decisions upon the greater public good ».

Parlement fédéral et les Législatures de limiter les droits issus du traité<sup>1798</sup>. Ainsi, bien que les lois autochtones nisga'a puissent prévaloir dans certains domaines sur les législations étatiques, l'accord d'autonomie ne s'oppose pas aux interventions possibles des représentants étatiques. En 2013, la Cour suprême rejette le pourvoi relatif à cette affaire, mais, comme le soutient Aurélie Laurent, « il y a fort à parier qu'elle ne reviendra pas sur la constitutionnalité des accords organisant une autonomie gouvernementale autochtone »<sup>1799</sup>, des accords en l'occurrence négociés par les gouvernements, précis et limités à certains domaines. C'est donc bien que l'autonomie gouvernementale permise par les traités internes, desquels il résulte une représentation autochtone autonome, s'insère toutefois au sein d'une souveraineté étatique et reste soumise à la représentation parlementaire fédérale.

**568.** La situation est assez similaire en France. En effet, le titre I<sup>er</sup> de la loi organique de 1999 « intègre dans le droit positif applicable en Nouvelle-Calédonie l'ordre normatif coutumier kanak »<sup>1800</sup>. Pour la Nouvelle-Calédonie plus largement, les lois du pays restent contrôlées par le Conseil constitutionnel, signe d'une soumission de l'assemblée délibérante au droit constitutionnel français. De plus, bien que l'Accord de Nouméa marque le principe d'irréversibilité du transfert des compétences, rien n'empêche juridiquement le pouvoir constituant de réviser ce point. À ce titre, au terme des trois consultations référendaires d'autodétermination, les loyalistes demandent à ce que des compétences soient rendues au Parlement national, dans le cadre d'un nouveau statut constitutionnel de « pays intégré »<sup>1801</sup>. De la sorte, la possibilité juridique de revenir sur le principe d'irréversibilité démontre *a fortiori* la subordination du Congrès de Nouvelle-Calédonie au Congrès du Parlement<sup>1802</sup>.

---

<sup>1798</sup> *House of Sga'nisim v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, para 71 : « À la simple lecture de ses dispositions, le traité n'a pas pour effet juridique de conférer à la Nation Nisga'a des droits à l'autonomie gouvernementale, ou d'autres droits issus de traités, qui ne peuvent être enfreints, modifiés ou retirés d'une manière compatible avec les exigences constitutionnelles imposées par l'art. 35. Je ne vois rien dans le traité qui vise à écarter le principe constitutionnel selon lequel un gouvernement ou une législature ne peut lier son successeur en tentant de l'empêcher de se fonder sur l'article 35 pour porter atteinte aux droits énoncés dans le traité. Même si une telle tentative était faite, elle ne serait pas constitutionnellement valide ». Source non traduite : « On a plain reading of its provisions, the Treaty does not have the legal effect of conferring rights to self-government, or other treaty rights, on the Nisga'a Nation that cannot be infringed, modified or withdrawn in a manner consistent with the constitutional requirements imposed by s. 35. I see nothing in the Treaty that purports to displace the constitutional principle that one government or legislature cannot bind a successor by attempting to prevent it relying on s. 35 justifiably to infringe rights set out in the Treaty. Even if such an attempt were made it would not be constitutionally valid ».

<sup>1799</sup> Aurélie LAURENT, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1800</sup> Xavier MAGNON, « La Nouvelle-Calédonie : “un pays à souveraineté partagée ?” », dans *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé*, Rabat, Actes des journées d'études organisées par la Remald, 2009, p. 135-149, spé. p. 142.

<sup>1801</sup> Jean-Frédéric GALLO, « Les Loyalistes veulent que la Nouvelle-Calédonie devienne un “pays intégré” », *Les Nouvelles calédoniennes*, le 08, février 2023, en ligne : <https://www.lnc.nc/article-direct/nouvelle-caledonie/politique/les-loyalistes-veulent-que-la-nouvelle-caledonie-devienne-un-pays-integre> (consulté le 05.03.2023).

<sup>1802</sup> Mathias CHAUCHAT, « Vers la fin de la garantie d'irréversibilité constitutionnelle de l'Accord de Nouméa », *art. cit.* Voir aussi, François LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP*, n° 1, 1999, p. 37-46, p. 39.

**569.** De façon semblable, la représentation coutumière de Wallis et Futuna s'inscrit au sein de la souveraineté française. Selon le statut de 1961, le représentant de l'État, soit l'administrateur supérieur, prend, « après avis du conseil territorial, tous actes réglementaires propres à assurer l'exécution des délibérations de l'assemblée territoriale et tous actes réglementaires qui relèvent de sa compétence de chef de territoire aux termes des lois, décrets et règlements »<sup>1803</sup>. Cela signifie que tout acte réglementaire émis avec le concours de l'Assemblée territoriale passe nécessairement par son contrôle. Dès lors, « le préfet a un droit de veto sur les lois votées par l'Assemblée territoriale »<sup>1804</sup>. Toutefois, l'article 3 du même statut dispose que « la République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice [...] de leurs coutumes en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions de la présente loi »<sup>1805</sup>, préservant le domaine coutumier des interventions de l'État. En effet, « le représentant de l'État ne peut intervenir dans la sphère coutumière que lorsqu'il y a violation des principes généraux du droit et des dispositions de la loi de 1961 »<sup>1806</sup>. Si ces interventions restent conditionnées, la représentation de Wallis-et-Futuna s'inscrit bel et bien au sein de la souveraineté étatique.

**570.** Enfin, il reste à préciser que certains systèmes représentatifs autochtones, aux prétentions extra-étatiques fortes, n'ont pas toujours intérêt à être reconnus par l'ordre juridique étatique. À l'instar de ce qu'explique le professeur Ghislain Otis, « l'action des opérateurs étatiques et non étatiques [...] est largement tributaire de la vitalité respective des systèmes en jeu, c'est-à-dire leur légitimité aux yeux de la population et leur capacité à diffuser leur autorité de manière efficace »<sup>1807</sup>. Cette analyse pourrait trouver à s'appliquer tant aux Mohawks qu'aux Kanak. En effet, les premiers « se considèrent comme une nation souveraine, membre de la Confédération

---

<sup>1803</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019.

<sup>1804</sup> « Sauf en ce qui concerne le foncier et les programmes de développement », ajoute l'auteur. Voir, Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *Ethnologie française*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 81-92, spé. p. 82.

<sup>1805</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019.

<sup>1806</sup> Jeanne ADRIAN, « Regards sur la succession du Lavelua à Uvéa (Wallis) », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, 2007, en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/regards-sur-la-succession-du-lavelua-a-uvea-wallis/> (consulté le 27.05.2022).

<sup>1807</sup> Ghislain OTIS, « Manifestations et enjeux du pluralisme juridique pour les peuples autochtones », dans Irène BELLIER (dir.), *Justices et droits des peuples autochtones*, Paris, Rencontre du réseau thématique international JUSTIP (CNRS), 2022, actes en cours de publication. De même, il interroge en ces termes la nécessaire reconnaissance de l'État : « le fait que les systèmes juridiques en présence s'ignorent mutuellement ou se fassent concurrence est-il nécessairement source de précarité ou de contrainte pour l'individu ? ». Il ajoute plus loin : « le retrait, parce qu'il laisse vivre de manière autonome des systèmes historiquement fragilisés, pourrait être plus en phase avec l'idée d'une décolonisation de la gestion du pluralisme juridique ». Voir, Ghislain OTIS, « La gestion du pluralisme juridique : définitions et approches », *op. cit.*, p. 28 et p. 61.

iroquoise, ou Haudenosaunee, et ils délivrent leur propre passeport»<sup>1808</sup>. Par leurs revendications politiques, ils œuvrent ainsi à s'émanciper de cette reconnaissance étatique. Dans la même idée, les Kanak qui souhaitent sortir de l'ordre juridique français démontrent peu d'intérêt à voir leur système de représentation politique reconnu si le processus d'indépendance est, un jour, mené à son terme puisque le territoire obtiendra alors sa propre souveraineté.

**571.** Ainsi, entre la volonté de s'extraire de l'État et la difficulté d'inscrire la représentation coutumière au sein d'une souveraineté étatique, le pluralisme intra-étatique suscite encore d'importants conflits entre les systèmes représentatifs étatiques et autochtones.

---

<sup>1808</sup> Thierry Rodon ajoute que ce passeport est « accepté par la Suisse, le Nicaragua et la Russie, bien que les récents resserrements des règles de sécurité compliquent son utilisation ». Voir, Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 115.



**572.** Le cadre théorique du pluralisme juridique amène à constater le pluralisme de la représentation politique. Bien qu'une ontologie puisse conduire à voir ce qu'elle suppose, ce pluralisme semble indéniable : aux côtés d'un pluralisme intra-étatique organisé par l'État, il perdure un pluralisme extra-étatique, de sources coutumières, interrogeant régulièrement l'effectivité des normes positives.

**573.** Dans le pluralisme intra-étatique, les ordres et les systèmes juridiques se superposent, les uns exerçant une influence et parfois une ascendance sur les autres. L'ordre juridique étatique règle les relations entre les différents institutions et représentants volitifs, électoraux ou coutumiers. Cet encadrement se réalise parfois au détriment des communautés autochtones, pour lesquelles l'État oppose régulièrement certaines réticentes à la reconnaissance d'une représentation autonome. Sous l'influence du droit international, il est toutefois sollicité pour faire évoluer ses normes, et pour intégrer en son sein, une participation et une consultation effectives de ces populations. Dans ce cadre, il réaffirme toutefois sa souveraineté, soutenant que ce sont bien les systèmes représentatifs autochtones qui s'insèrent et dépendent de l'ordre étatique, et non l'inverse.

**574.** Pourtant, par le pluralisme extra-étatique, il apparaît qu'une autre source de normativité peut déstabiliser le droit positif. Aujourd'hui encore, il existe des systèmes de représentation coutumiers d'origines précoloniales. Leur survivance entre souvent en concurrence directe avec les systèmes étatiques locaux et les systèmes représentatifs de « droit coutumier » élaborés par l'État.

**575.** Toutes ces situations sont vectrices de tensions, de frictions, et plus rarement, de conflits. Le flou juridique autour de certaines questions, comme la représentation amérindienne en France ou la reconnaissance d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale au Canada, ne facilite pas une coexistence coopérative et harmonieuse. Les réticences étatiques entraînent parfois de vives réactions de la part des autochtones ou des sommations de la part de l'ONU. Les autochtones affirment leur volonté d'être entendu, d'exercer une influence ou de participer à l'élaboration des normes qui les concerne, et *in fine* d'être effectivement représentés. À l'aune de ces tensions, de nombreuses interrogations persistent : comment faire coexister des modèles élaborés selon des légitimités et des mécanismes différents ? Comment permettre, dans cet *imbroglio* juridique, l'existence d'une représentation politique distincte ? Comment résoudre les éventuels conflits entre les sources du droit et les systèmes de représentation ? Ces difficultés ne sont toutefois pas insurmontables. Des solutions ont même été avancées, démontrant encore que le droit de la représentation, loin d'être inadapté, peut s'accommoder de différentes conceptions juridiques.



## CONCLUSION DU TITRE 2

---

**576.** Marquée par l'assimilation des autochtones à l'ordre juridique étatique, la période coloniale s'achève par un constat peu discuté : démontrant toutes les limites à l'uniformisation des conceptions de la représentation, les coutumes d'origine précoloniale et les systèmes représentatifs qui en résultent ont survécu. Sous l'influence de la législation étatique, ces derniers se sont parfois réorganisés à différentes échelles et se sont adaptés aux conceptions juridiques dominantes. Désormais, les revendications autochtones se portent devant les institutions internationales et nationales. Ces revendications peuvent être de nature décoloniale, indépendantiste ou autonomiste, mais les unes comme les autres réclament l'institution d'une représentation autochtone habilitée à *vouloir pour* la communauté, aux compétences reconnues et dont les représentants seraient désignés selon des procédures librement choisies. Ce sont, du moins, les objectifs formulés par la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*. Nombre de ces objectifs sont d'ailleurs intégrés dans le droit positif des ordres juridiques canadien et français. Cette intégration reflète le fonctionnement des traditions juridiques canadiennes et françaises selon qu'elle soit respectivement impulsée par le juge ou le législateur.

**577.** Cependant, de façon assez paradoxale, la reconnaissance des systèmes représentatifs autochtones ne conduit pas nécessairement à une intelligibilité des situations en présence. En effet, la reconnaissance – souvent partielle – des systèmes représentatifs coutumiers révèle leur coexistence avec des systèmes représentatifs modulés par le droit étatique, instaurés antérieurement par les autorités. Plusieurs systèmes représentatifs, aux sources, aux conceptions et aux institutions juridiques différentes, subsistent au sein d'un même ordre étatique : il s'agit donc d'une situation de pluralisme juridique. Si cette représentation a pour fondement le droit positif, le pluralisme est intra-étatique, comme pour certaines institutions de Nouvelle-Calédonie, pour les conseils de bande du Canada et pour le gouvernement Nisga'a. Si le fondement s'avère uniquement coutumier, le pluralisme reste extra-étatique, ce qui est principalement le cas pour les *longhouses* iroquoises, les chefs traditionnels wet'suwet'en, les chefs coutumiers de Guyane et Wallis-et-Futuna, où l'État se refuse à toute intervention dans le domaine de la coutume.

**578.** Ces configurations semblent elles-mêmes influencées par un pluralisme intra-étatique entre les ordres juridiques internationaux, régionaux et nationaux, lesquels ont chacun des rapports avec les systèmes locaux. Chaque niveau revendique une représentation des autochtones selon des conceptions et des logiques différentes. De ces antagonismes, peuvent surgir des tensions, voire des conflits, entre les parlements nationaux et les communautés ou entre les maires et les chefs coutumiers. Toutefois, dans ce dialogue à plusieurs échelles, peuvent aussi résider de nombreuses solutions.



**579.** Tant pour la France que pour le Canada, la méthode historico-comparative permet un même constat scientifique concernant l'évolution des rapports juridiques entre l'État et les communautés autochtones : ces évolutions historiques sont marquées par de grandes ambivalences. D'abord, durant la période précoloniale, les représentants souverains s'« accommodent » entre eux. Toutefois, la reconnaissance précoloniale des systèmes représentatifs autochtones reste principalement motivée par les desseins coloniaux en construction. Le paradoxe est alors celui d'une reconnaissance des systèmes coutumiers comme préalable à leur assimilation. Ensuite, durant la période coloniale, les autorités ont pour objectif l'assimilation des systèmes autochtones. Pourtant, l'organisation coloniale concourt parfois à la conservation des systèmes coutumiers, soit parce que la vie en réserve conduit à préserver, voire à restructurer les institutions, soit parce que les représentants coutumiers constituent les relais privilégiés des autorités étatiques. Enfin, depuis les années 1960, la résurgence des systèmes coutumiers s'observe dans les revendications autochtones et dans la persistance de l'usage des procédures coutumières. Cependant, révélateur d'une ambivalence supplémentaire, que ce soit devant les instances internationales ou les institutions nationales, la résistance autochtone reprend aussi majoritairement les codes du droit positif, au détriment de certaines conceptions coutumières.

**580.** Dès lors, les mécanismes de la représentation apparaissent comme le miroir de ces équivoques. En effet, l'élection constitue à la fois un mécanisme imposé par l'État, mais aussi un moyen de désignation nécessaire à la légitimité des institutions désignées. Dans le même ordre d'idée, certains autochtones ne semblent plus si attachés aux mécanismes héréditaires de désignation, quand d'autres refusent *a contrario* tous processus fondés sur le droit étatique. Ces ambivalences sont inévitablement source de tensions et même de conflits. Chronologiquement, les « événements » de Nouvelle-Calédonie, la crise d'Oka, les blocages wet'suwet'en, et la crise coutumière wallisienne en constituent des exemples symptomatiques. Le pluralisme juridique inhérent à ces cas de figure semble alors uniquement vecteur d'altercations et de contradictions. Toutefois, adopter une telle vision serait restreindre à la fois la réalité des faits juridiques, la doctrine du pluralisme juridique et les ressources adaptatives du droit positif. C'est en ayant conscience des tensions existantes qu'il convient désormais de les dépasser.



**SECONDE PARTIE - L'HARMONISATION DES SYSTEMES DE REPRESENTATION  
ENTRE L'INTERDEPENDANCE ET L'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLES**

---

**581.** Par ces rencontres ayant lieu il y a plusieurs centaines d'années, les ordres juridiques d'origine européenne et les systèmes autochtones apparaissent désormais inexorablement liés. À la lumière des tensions précédemment analysées, il semble que les allochtones ne quitteront pas les territoires occupés depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, de même que les autochtones ne pourront retrouver leurs systèmes de représentation politiques précoloniaux. Comme le déclare Jean-Marie Tjibaou, « le retour à la tradition est un mythe. Aucun peuple ne l'a jamais vécu »<sup>1809</sup>.

**582.** Cette fatalité n'est pas pour autant une malédiction. Avec beaucoup d'ingéniosité et de volonté politique, il faut alors inventer, et peut-être même réinventer chaque jour, une nouvelle manière de vivre ensemble. Dans cet objectif, ni les traditions juridiques de chacun ni les précédents conflits ne sont à négliger. En effet, trois éléments revêtent une grande importance dans le fonctionnement des régimes politiques : le Politique, certes, mais aussi le Droit et l'Histoire<sup>1810</sup>. L'Histoire permet au Politique et au Droit d'inscrire la communauté dans une continuité, une filiation, une civilisation<sup>1811</sup>. C'est donc en puisant dans les diverses traditions européennes et autochtones et en tenant compte des tensions historiques que ces nouvelles coexistences trouveront le fondement de leurs équilibres.

**583.** Les échanges entre les autorités étatiques et les systèmes de représentation autochtones ne sont pas uniquement vecteurs de conflits. Suivant des processus de négociations, d'influences réciproques et de conciliation des modèles de représentation, un équilibre peut naître, dont l'apparente stabilité tente de s'inscrire dans la pérennité. Ainsi, « éviter le conflit des normes sera certainement l'objectif permanent, si ce n'est principal des autorités : concilier plutôt que confronter »<sup>1812</sup>. Les tensions laissent alors la place à la mise en cohérence des systèmes représentatifs étatiques et autochtones, négociée et accordée par l'État selon certaines conditions,

---

<sup>1809</sup> Jean-Marie TJIBAOU, « Notre identité est devant nous », *op. cit.*, p. 210-211.

<sup>1810</sup> Marcel GAUCHET, *L'Avènement de la démocratie*, vol. I, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2007, p. 147 : l'Histoire, c'est « l'idée que nous sortons du passé, dans les deux sens du terme : nous nous en éloignons, nous nous en séparons, mais, dans sa distance, nous le reconnaissons comme ce dont nous sommes issus, comme ce qui nous a faits »

<sup>1811</sup> Dominique ROUSSEAU, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 101-109, spé. p. 103.

<sup>1812</sup> Xavier PHILIPPE, « Common Law et droits coutumiers dans le nouvel ordre constitutionnel sud-africain », *Annuaire des pays de l'Océan Indien*, vol. 15, 1997, p. 259-281, spé. p. 281.

au cas par cas, nation autochtone par nation autochtone (**TITRE 3**). Par ailleurs, ces aménagements de la représentation politique revêtent des modalités multiples. Tel un laboratoire institutionnel, ils démontrent le profond intérêt de l'ingénierie constitutionnelle et sont révélateurs de toutes les évolutions possibles pour les systèmes de représentation étatiques et coutumiers (**TITRE 4**).



### TITRE 3 - LA MISE EN COHERENCE DES SYSTEMES REPRESENTATIFS ETATIQUES ET COUTUMIERS

---

**584.** En fonction des typologies retenues, il existe de nombreux rapports possibles entre les ordres et les systèmes juridiques. D'après les quatre modèles du professeur Bradford W. Morse, il peut y avoir un rejet des systèmes autochtones, une incorporation des coutumes autochtones au sein du droit positif, une séparation ou enfin, une coopération entre les deux systèmes<sup>1813</sup>. De même, selon la modélisation de William Twining, ces relations se constituent de conflits, de compétition, de symbiose stable, de subsomption, d'imitation, de convergence, d'adaptation, d'intégration partielle, d'évitement, de fusion, de subordination, de répression, ou même de destruction<sup>1814</sup>. Dans ce cadre, la destruction, la répression ou l'assimilation ne sont ni en accord avec les objectifs de « réconciliation » ou de « destin commun », ni politiquement souhaitables. Tout autant, les rapports de conflits, de compétition ou de concurrence observés dans le pluralisme extra-étatique semblent inadéquats : en laissant planer l'incertitude sur les systèmes de représentation auxquels les populations adhèrent et en favorisant les incohérences au sein d'un même ordre juridique, ces rapports relativisent l'effectivité du droit étatique. En tant qu'ordre juridique unitaire, fermé et stable, le droit étatique souffre inévitablement des incertitudes et des incohérences, alors que la cohérence constitue le « pourquoi » du droit<sup>1815</sup>. Dans le cadre du partage territorial entre allochtones et autochtones, la coopération, la convergence, l'adaptation, l'intégration partielle ou la fusion apparaissent donc comme les rapports les plus souhaitables pour l'autonomie et l'interdépendance de chacun des systèmes, mais aussi pour la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble.

**585.** À cette fin, loin de toujours nier ou d'assimiler les contradictions et les incompatibilités, il est aussi possible de les harmoniser et de les concilier. La mise en cohérence se veut d'une part verticale - une norme de valeur juridique inférieure doit être conforme aux normes supérieures - et d'autre

---

<sup>1813</sup> Bradford W. MORSE, « Indigenous Law and State Legal System : Conflict and Compatibility », *op. cit.*, p. 101 et s.

<sup>1814</sup> William TWINING, « Normative and Legal Pluralism : A Global Perspective », *Duke Journal of comparative and international law*, vol. 20, 2010, p. 473-517, spé. p. 489 : « c'est une distorsion de penser que l'interlégalité - les relations entre les ordres juridiques coexistants - est typiquement une affaire de conflit et de concurrence. La manière dont ces ordres interagissent est une question empirique qui couvre un éventail de possibilités, dont la symbiose, la subsomption, l'imitation, la convergence, l'adaptation, l'intégration partielle et l'évitement, ainsi que la subordination, la répression ou la destruction. Il est préférable de considérer l'interlégalité comme un processus dynamique plutôt que comme des structures statiques ».

<sup>1815</sup> Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2012, p. 8 et p. 129. Jean-Louis Bergel écrit aussi : « une certaine stabilité du droit est inhérente à sa fonction. [...] De plus, tout ordre juridique constitue un ensemble hiérarchisé et solidaire de normes diverses, mais qui se rattachent les unes aux autres, s'interfèrent ou s'excluent, si bien que toute règle incompatible avec le système se trouve neutralisée ou éliminée par d'autres. La cohérence, l'interdépendance des éléments de tout système juridique l'empêchent de digérer les corps étrangers ».

part, horizontale - les normes de même valeur juridique ne doivent pas se contredire entre elles. Pour répondre à ces exigences concernant la représentation, l'État œuvre ainsi à mettre en cohérence verticalement et horizontalement les systèmes représentatifs coutumiers avec les normes relatives à la représentation politique en vigueur. Ce processus, qui ne consiste ni en l'assimilation ni en la fusion des systèmes, cherche à atteindre un certain équilibre dans le respect des traditions juridiques de chacun.

**586.** Il s'agit donc d'analyser un pluralisme intra-étatique et équilibré de la représentation, c'est-à-dire tel qu'il est autorisé, aménagé et conditionné par l'État, dans le respect des cultures autochtones. Ce pluralisme intra-étatique s'inscrit dans le courant théorique du plurijuridisme ou du pluralisme juridique modéré, selon lequel l'État reste la source centrale de la production normative, mais autorise d'autres systèmes de représentation d'origine coutumière<sup>1816</sup>. Ainsi, la mise en cohérence des systèmes représentatifs coutumiers avec le droit positif conduit à l'aménagement des conceptions étatiques et coutumières de la représentation, c'est-à-dire à une conciliation horizontale des règles (**CHAPITRE 5**). Ce processus s'inscrit également dans le droit positif et reste encadré par le droit constitutionnel, œuvrant à la compatibilité verticale des normes (**CHAPITRE 6**).

---

<sup>1816</sup> Diana Villegas explique ainsi que le pluralisme juridique modéré, aussi nommé « *weak legal pluralism* », « conserve l'État comme axe central, en imposant à ces “nouveaux” ordres une relation de dépendance – totale ou partielle – à la reconnaissance étatique. Bien que ce type de pluralisme juridique permette de penser le droit à partir d'une ouverture épistémologique qui suppose la présence de divers centres et lieux créateurs de droit (par exemple les entreprises, les syndicats, les organismes professionnels, les peuples autochtones), il se limite à reconnaître les ordres juridiques les moins dérangeants pour la stabilité et la sécurité juridique de l'ordre étatique ou ceux qui doivent se soumettre à la reconnaissance et à la limitation de celui-ci ». Voir, Diana VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2018, p. 149-150. Si cette approche théorique peut être critiquée, ce choix paraît le plus adapté à la problématique de la présente recherche qui porte sur les relations entre l'État et les systèmes coutumiers de représentation.

## CHAPITRE 5 - LA CONCILIATION HORIZONTALE DES SYSTEMES ETATIQUES ET COUTUMIERS DE LA REPRESENTATION

**587.** La volonté politique de résoudre les tensions conduit les États et les autochtones à mettre en place des relations entre les systèmes de représentation qui ne soient pas conflictuelles. Dans le cadre de cet objectif, en 1970, l'ONU recommande l'adoption de politiques d'intégration, de fusion et de pluralisme<sup>1817</sup>. L'intégration se définit comme « un processus en vertu duquel divers éléments s'associent entre eux tout en gardant leur identité propre. L'accent n'est mis dans ce contexte ni sur l'uniformité ni sur l'élimination de toutes les différences, sinon de celles qui, dans chaque partie constitutive, compromettraient ou empêcheraient l'unité de l'ensemble »<sup>1818</sup>. Il peut s'agir d'un premier pas dans la direction du pluralisme, selon lequel l'État « peut tenter d'encadrer le gouvernement autochtone dans des structures existantes, par exemple en faisant des municipalités qui ne distinguent pas, sur le plan juridique, des municipalités non autochtones »<sup>1819</sup>. Cependant, par volonté de limiter les clivages ethniques et pour garantir exactement les mêmes droits à tous, les politiques d'intégration peuvent dériver en processus d'assimilation.

**588.** Selon une autre modalité, le pluralisme juridique « vise à unir différents groupes ethniques dans un rapport d'interdépendance, de respect mutuel et d'égalité, tout en leur permettant de maintenir et de développer leur mode de vie propre »<sup>1820</sup>. La différence réside ici dans la diversité et dans l'égalité des différentes entités étatiques ou coutumières. Dans la forme la plus développée de pluralisme, la représentation autochtone est autonome et à la source de son propre système normatif : « l'État se borne alors à reconnaître, en totalité ou en partie, cet ordre juridique qu'il n'a pas créé et à organiser l'interface entre les deux »<sup>1821</sup>. Toutefois, en conservant les clivages, les politiques pluralistes peuvent conduire à des séparations non souhaitées, voire à une stratification ethnique<sup>1822</sup>.

**589.** Enfin, la fusion « est un processus en vertu duquel deux cultures au moins s'associent pour en produire une autre qui diffère de façon marquée de chacune des cultures initiales, mais qui comprend des éléments de chacune d'entre elles ainsi que de nouveaux éléments produits par le contact »<sup>1823</sup>. Ici, à la différence de l'assimilation, l'initiative des changements culturels n'est pas

---

<sup>1817</sup> Hernân Santa CRUZ, *La discrimination raciale*, Nations Unies, *préc.*, p. 114 et s.

<sup>1818</sup> *Ibid.*, p. 114, para. 373.

<sup>1819</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 280.

<sup>1820</sup> Hernân Santa CRUZ, *La discrimination raciale*, Nations Unies, *préc.*, p. 115, para. 379.

<sup>1821</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 281.

<sup>1822</sup> Hernân Santa CRUZ, *La discrimination raciale*, Nations Unies, *préc.*, p. 115, para. 379.

<sup>1823</sup> *Ibid.*, p. 115.

unilatérale. La fusion reste néanmoins freinée si l'une des deux populations n'est disposée ni à évoluer ni à « fusionner ».

**590.** Les politiques étatiques combinent majoritairement les trois approches de façon plus ou moins prégnante. Concernant la représentation politique, la complexité réside dans le fait que des règles juridiques différentes sont appliquées à chacune des communautés. Autrement dit, le régime applicable aux diverses populations autochtones d'un même État n'est pas uniforme. Afin de saisir la complexité de la situation, le plus pertinent reste donc une approche nation par nation au Canada et population par population en France. Deux idéaux types semblent alors se distinguer : les régimes juridiques initiés par la loi, reflets de politiques intégratives et les régimes initiés par des accords gouvernementaux avec les autochtones, vecteurs de politique pluraliste. La catégorisation n'est toutefois pas aussi manichéenne puisque les accords restent ensuite traduits en législation, de même que les lois ne sont pas exemptes de négociations préalables entre les autorités étatiques et autochtones. Ce cadre posé, il s'agit de s'intéresser à la conciliation des systèmes de représentation, par les accords gouvernementaux, d'une part (**SECTION 1**) et au travers de la loi, d'autre part (**SECTION 2**).

#### **SECTION 1** – La conciliation des systèmes de représentation par le biais d'accords gouvernementaux

**591.** Les accords gouvernementaux sont le reflet d'un pluralisme juridique organisé par l'État, en coopération avec les autochtones. Dans ces cas particuliers, l'autonomie accordée aux systèmes de représentation coutumiers semble bien plus large que celle généralement confiée aux municipalités locales. Ces accords, autrement nommés les « traités modernes », sont régulièrement conclus au Canada, dont l'un des exemples précurseurs est la représentation issue de l'Accord niska'a (**PARAGRAPHE 1**). En France, ces accords ne concernent que les Kanak de Nouvelle-Calédonie (**PARAGRAPHE 2**).

##### **PARAGRAPHE 1** – La représentation autochtone issue des accords gouvernementaux au Canada

**592.** L'*Accord définitif niska'a* de 2000 constitue l'un des premiers accords conclus au Canada entre une nation autochtone et les gouvernements du Canada et de Colombie-Britannique. Le système de représentation autochtone prévu est ainsi aménagé, en faveur de mécanismes et procédures

coutumiers (A). Par la suite, d'autres accords sont conclus, vecteurs de nouvelles potentialités pour les systèmes représentatifs traditionnels (B).

A. La représentation politique instaurée par l'*Accord définitif nisga'a*.

**593.** Après l'affaire *Calder* portée devant la Cour suprême en 1973<sup>1824</sup>, les Nisga'a mettent plus de vingt ans à négocier un accord avec les gouvernements du Canada et de Colombie-Britannique<sup>1825</sup>. En 1998, l'accord est presque finalisé. Au mois d'août de cette année, les responsables des négociations se rendent de village en village pour discuter et débattre de la teneur de l'accord final<sup>1826</sup>. Avant son adoption définitive par la communauté, le chapitre 22 de l'accord précise qu'une assemblée de la Nation devra débattre des différents articles et décider s'il y a lieu de le ratifier par référendum ou autrement<sup>1827</sup>. Malgré des oppositions persistantes<sup>1828</sup>, en novembre 1998, les Nisga'a le ratifient par un vote de 72 % des voix exprimées, parallèlement au 15 % d'abstention. En l'espèce, seule une majorité qualifiée est nécessaire pour adopter l'accord. Toutefois, ce dernier prévoit l'adoption d'une Constitution nisga'a pour laquelle un seuil de 70 % des suffrages est fixé pour le référendum, seuil qui reste par ailleurs en vigueur pour toute modification du texte<sup>1829</sup>.

**594.** Par cet accord d'autonomie gouvernementale, la propriété collective des Nisga'a est prévue sur plus de deux mille kilomètres carrés de terres, une grande superficie qui ne reflète pourtant que 8 % du territoire ancestral précolonial et des revendications initiales. Au-delà des terres, des compensations financières, des ressources naturelles et du règlement des différends, le document de trois cents pages prévoit aussi les modalités de l'autonomie gouvernementale nisga'a. Cette autodétermination interne est également précisée par la Constitution nisga'a, ratifiée en 1998. La collaboration des pouvoirs exécutif et législatif nisga'a s'inscrit schématiquement dans le modèle du régime parlementaire, tout en s'enrichissant des pratiques et traditions coutumières.

**595.** Ainsi, l'accord et la Constitution établissent que le gouvernement nisga'a au sens large est composé de cinq organes. Premièrement, le *Wilp Si'ayuukhl Nisga'a* : il s'agit de l'organe législatif qui adoptent les lois nisga'a. Les membres de l'assemblée sont constitués de six membres de

---

<sup>1824</sup> *Calder et al. c. Procureur de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Voir aussi, Chapitre 3, Section 2, Paragraphe 2, para. 431.

<sup>1825</sup> La Province de Colombie-Britannique n'entre dans les négociations qu'à partir de 1991.

<sup>1826</sup> Miles HOGAN, « The Nisga'a Final Agreement and International Norms », *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 11, n° 3, 2004, p. 299-325, spé. p. 317.

<sup>1827</sup> *Accord définitif nisga'a*, chapitre 22 (2).

<sup>1828</sup> En 1998, les Chefs héréditaires de la nation voisine Gitanyow initient une procédure judiciaire pour faire reconnaître que les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique ne négocient pas de bonne foi. Le conflit porte en fait sur le fait que 85 % des terres traditionnelles Gitanyow sont incluses dans l'Accord Nisga'a de principe de 1996.

<sup>1829</sup> Voir, *l'Accord définitif nisga'a*, chapitre 11, art. 11 pour les révisions de la Constitution et chapitre 12, art. 12, pour l'adoption première de la Constitution.

L'organe exécutif du gouvernement *Nisga'a Lisims*, des chefs et des conseillers de chacun des quatre villages *nisga'a* et deux représentants des trois aires locales urbaines, chacun élu *a minima* tous les cinq ans<sup>1830</sup>. Traditionnellement, la Nation *Nisga'a* est composée de quatre clans, eux-mêmes constitués de maisons (les *Wilps*), une division qui se retrouve dans la composition de l'assemblée avec les villages. Les aires locales urbaines concernent les autochtones installés dans les villes, en dehors des réserves. Dans le contexte de l'assemblée délibérative, le *Ganim Simiyeensk*, défini par la Constitution comme le bâton de parole, « symbole de la continuité et de l'autorité de la Nation *Nisga'a* »<sup>1831</sup>, est transmis par les chefs héréditaires et matriarches à l'assemblée délibérante lors de chaque session.

**596.** Deuxièmement, l'exécutif du gouvernement est incarné par le gouvernement *Nisga'a Lisims* qui supervise l'administration. Il est composé d'un président, d'un vice-président, d'un secrétaire-trésorier, élus lors d'une élection générale, et du président du conseil des Anciens, des chefs de chacun des quatre villages *nisga'a*, et d'un représentant des trois aires locales urbaines<sup>1832</sup>. Il adopte des règlements dans les domaines internes à la nation<sup>1833</sup>.

**597.** Troisièmement, il existe quatre gouvernements de village constitué d'un chef et de conseillers élus. Chaque village dispose de sa propre charte et de l'autorité d'établir ses propres lois et règlements concernant les questions locales. Par exemple, selon la Charte de *New Aiyansh*, « l'autorité législative du gouvernement du village de *New Aiyansh* ne peut être exercée que par le conseiller en chef et les conseillers du village agissant ensemble, et conformément à toute règle de procédure établie par ou en vertu de la présente charte »<sup>1834</sup>. Cette division locale s'inscrit dans les traditions précoloniales des *nisga'a* où il n'existait pas d'autorité centrale. C'est pourquoi la structure du gouvernement semble plus dispersée<sup>1835</sup>. Les chefs et conseillers de village appartiennent à l'Assemblée législative *nisga'a*, quand les premiers font aussi partie de l'exécutif. Au niveau local comme au niveau de la Nation *Nisga'a*, le rôle des aînés est reconnu dans l'interprétation des coutumes.

---

<sup>1830</sup> *Constitution de la Nation Nisga'a*, Chapitre 5, *Nisga'a lisims government*, Part A - legislative authority of *nisga'a lisims government* art. 31 (2).

<sup>1831</sup> *Ibid.*, art. 31 (3). Source non traduite : « symbol of the continuity and authority of the *Nisga'a* Nation ».

<sup>1832</sup> *Ibid.*, Part B, art. 42.

<sup>1833</sup> Les questions internes relèvent des domaines suivants : « l'appartenance à la nation, les institutions du gouvernement *nisga'a Lisims*, le mariage, les services sociaux, les services de santé, les services à l'enfance et à la famille, la garde, l'adoption et l'éducation des enfants ; la gestion des terres *nisga'a*, incluant le développement et la gestion d'un régime d'enregistrement des titres fonciers, du contrôle de l'accès aux territoires et autoroutes *nisga'a*, ainsi que l'utilisation, la gestion, la planification, le zonage et le développement des terres *nisga'a* ; la gestion des ressources sur les terres *nisga'a*, incluant la forêt, les pêches, la faune et les ressources ». Voir, John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada, op. cit.*, p. 175, note 192.

<sup>1834</sup> *New Aiyansh Village Charter*, 18 octobre 2000, disponible en ligne : <http://www.gitlaxtaamiks.com/wp-content/uploads/2020/08/New-Aiyansh-Village-Charter.pdf> (consulté le 20.07.2022). Source non traduite : « The legislative authority of the *New Aiyansh Village Government* may be exercised only by the Chief Councillor and Village Councillors acting together, and subject to any rules of procedures established by or under this Charter ».

<sup>1835</sup> Tracie Lea SCOTT, *Postcolonial Sovereignty ? The Nisga'a Final Agreement*, Saskatoon, Purich Publishing, 2012, p. 103.

598. Quatrièmement, les aires locales urbaines concernent les citoyens niska'a qui résident dans trois zones à Vancouver, Terrace, et Prince Rupert-Port Edward. Ils élisent deux représentants qui font partie de l'assemblée législative. L'un de ces représentants participe aussi à l'exécutif.

599. Cinquièmement, enfin, le gouvernement niska'a comprend le conseil des Anciens, institution traditionnelle précoloniale composée des chefs héréditaires (*Simgigat*), des matriarches héréditaires (*Sigidimbaank*) et des aînés respectés. L'un des critères pour appartenir au conseil est d'avoir au moins soixante ans<sup>1836</sup>. Ils ne sont pas désignés par l'élection, mais sont cooptés sur une liste par le président du conseil des Anciens et validés ensuite par les membres de l'exécutif<sup>1837</sup>. Le président du conseil représente les anciens en tant que membre de l'Assemblée législative niska'a et du gouvernement *Lisims*. Le rôle des anciens consiste à interpréter et à conseiller les quatre autres organes du gouvernement niska'a concernant les lois, les valeurs et les terres traditionnelles. Dans ce sens, le préambule de l'accord reconnaît « l'importance renouvelée pour la Nation Niska'a que les *Simgigat* et les *Sigidimbaanak* (les chefs héréditaires et les matriarches) continuent de raconter leurs *adaawak* (histoires orales) concernant leur *ango'oskw* (les territoires familiaux de chasse, de pêche et de cueillette) en accord avec les *ayuuksbl* (les lois et pratiques niska'a traditionnelles) »<sup>1838</sup>. L'accord reconnaît ainsi, comme source interprétative du droit, les *ayuuksbl*. Il s'agit d'un code juridique aux origines précoloniales qui, selon Tom Molloy, le négociateur de l'accord pour le gouvernement canadien, « soutient la comparaison avec n'importe quelle constitution ou déclaration moderne d'État et de nationalité »<sup>1839</sup>. Pourtant, les négociations définitives de l'accord ont pour conséquence la perte 90 % des terres traditionnelles : certaines maisons se retrouvent donc sans leur territoire traditionnel essentiel aux coutumes niska'a. Le rôle des anciens reste alors particulièrement important lors des fêtes traditionnelles pour la transmission des coutumes et des prérogatives d'une génération à l'autre : ces événements servent à « rendre ces prérogatives publiques et à les faire entériner par les autres chefs »<sup>1840</sup>.

600. Par ces cinq composantes, le gouvernement niska'a emprunte certaines de ces caractéristiques au régime parlementaire, et notamment la collaboration des organes exécutif et législatif entre eux et une certaine responsabilité des membres du premier devant le second<sup>1841</sup>. Le

---

<sup>1836</sup> *Niska'a Government Act*, 2006, art. 44, 1. A.

<sup>1837</sup> *Ibid.*, art. 44, (3) et (4).

<sup>1838</sup> *Accord définitif niska'a*, Préambule.

<sup>1839</sup> Tom MOLLOY, *The World Is Our Witness : The Historic Journey of the Niska'a into Canada*, Calgary, Fifth House, 2000, p. 121.

<sup>1840</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>1841</sup> En effet, les membres de l'assemblée sont constitués de six membres de l'organe exécutif du gouvernement *Niska'a Lisims*, des chefs et des conseillers de chacun des quatre villages niska'a et deux représentants des trois aires locales urbaines. Les élus sont donc à la fois membre du législatif et de l'exécutif ce qui entraîne nécessairement une collaboration entre les organes. Le critère de la responsabilité est plus complexe. L'article 23 cite le gouvernement responsable comme principe de gouvernance de la Nation. Cependant, cette responsabilité n'est pas collective, mais individuelle. Voir la *Constitution de la Nation Niska'a*, Chapitre 5, niska'a lisims Government, art. 38, 5 : « (5) *Wilp*

gouvernement est compétent pour adopter des lois concernant la citoyenneté niska'a, la langue et la culture niska'a, la propriété sur les terres niska'a, les biens niska'a l'ordre public, la paix et la sécurité, l'emploi, le réseau routier et les transports, les services sociaux et de santé, les enfants et la famille, la célébration des mariages, la garde d'enfant, l'adoption et l'éducation<sup>1842</sup>. Il dispose également de la compétence pour taxer ses citoyens<sup>1843</sup>, ce qui peut être considéré comme l'exercice d'une certaine souveraineté<sup>1844</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de l'accord, l'assemblée niska'a, en tant qu'organe central du gouvernement, a promulgué plus d'une trentaine d'actes législatifs. Parmi les plus importantes figurent le *Niska'a Interpretation Act* de 2006 relatif à la procédure législative, le *Niska'a Elections Act* de 2006 relatif au déroulé des référendums et à la tenue de scrutins proportionnels quand plus de deux postes sont à pourvoir<sup>1845</sup> et le *Niska'a Offence Act* de 2007 relatif à la police locale et à la résolution des conflits. La validité de ces lois peut être contestée devant la Cour suprême de Colombie-Britannique<sup>1846</sup>.

**601.** En 2006, est aussi adopté le *Niska'a Government Act* qui délimite précisément les rôles et responsabilités de chacun des organes du gouvernement. L'acte prévoit la participation des citoyens à la production des actes législatifs<sup>1847</sup>. En effet, précise le professeur John Borrows, « lors des réunions du *Wilp Si'aynuukhl*, les citoyens Niska'a peuvent s'exprimer, participer aux périodes de questions, présenter des pétitions, soulever des questions urgentes, et débattre des projets de loi niska'a qui sont déposés. Une loi est promulguée par le *Wilp Si'aynuukhl' Niska'a* après qu'un projet ait été introduit, étudié, voté et signé par le président »<sup>1848</sup>. Il s'agit d'un aménagement supplémentaire de la procédure législative au profit d'une participation de la communauté, lequel se rapproche des procédures coutumières précoloniales.

**602.** En outre, la représentation électorale est aménagée par le *Niska'a Citizenship Act* de 2008, qui énonce la réglementation relative à la citoyenneté niska'a fondée sur le sang et cumulable à la citoyenne canadienne<sup>1849</sup>. En vertu du *Citizenship Act*, le gouvernement autochtone peut accorder

---

*Si'aynuukhl Niska'a* peut démettre de ses fonctions un agent du gouvernement Niska'a Lisims par une résolution appuyée par au moins les deux tiers de ses membres et uniquement pour les motifs suivants : (a) une conduite ou un comportement qui a jeté le discrédit sur la fonction; ou (b) une incapacité mentale ou physique à exercer les fonctions de cette fonction.» Source non traduite : « (5) *Wilp Si'aynuukhl Niska'a* may remove an Officer of Niska'a Lisims Government from office by a resolution supported by at least two-thirds of its members and only on the grounds of: (a) conduct or behaviour that has brought the office into disrepute; or (b) mental or physical inability to perform the functions of that office ».

<sup>1842</sup> *Accord définitif niska'a*, art. 32 à 125.

<sup>1843</sup> *Accord définitif niska'a*, chapitre 16.

<sup>1844</sup> Jacques BUISSON, « Impôt et souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, n° 46, 2002, p. 25-31, spé. p. 27.

<sup>1845</sup> *Niska'a Elections Act*, 2006, art. 58 : les résultats référendaires sont adoptés à la majorité absolue.

<sup>1846</sup> *Constitution de la Nation Niska'a*, chapitre 1, art. 7.

<sup>1847</sup> *Niska'a Government Act*, 2006, version consolidée en 2015, Part. 7, art. 61.

<sup>1848</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. 174, note 187.

<sup>1849</sup> L'*Accord définitif niska'a* énonce : « un individu est admissible à l'inscription en vertu de l'Accord, si cet individu : a. est d'ascendance niska'a et sa mère est issue de l'une des tribus Niska'a ; (b) est un descendant d'un individu décrit à l'alinéa 1. a ou 1.c ; (c) est l'enfant adoptif d'un individu décrit à l'alinéa 1. a ou 1.b ; ou (d) est un individu autochtone



le droit de vote aux citoyens canadiens résidents sur son territoire qui ne sont pas Nisga'a, tout comme il peut se contenter de simplement les consulter<sup>1850</sup>. Cette citoyenneté repose non pas sur une différence racialisée générée par l'État et liée, autrefois, à leur exclusion, mais sur le fait « qu'ils appartiennent à une communauté politique préexistante qui détient des droits inhérents ou extraconstitutionnels »<sup>1851</sup>. À la différence de la citoyenneté calédonienne, il ne s'agit pas de la constitution d'un corps électoral transitoire lié à l'autodétermination externe<sup>1852</sup>, mais bien d'« une politique de la différence inscrite dans le temps, une politique de la “survivance” culturelle »<sup>1853</sup>.

**603.** Si l'accord garantit la citoyenneté nisga'a, il ne permet pourtant qu'une légère adaptation à la représentation électorale dans son principe. En effet, selon les termes de l'accord, il est exigé que la Constitution nisga'a prévoit la tenue d'élections *a minima* tous les cinq ans pour l'ensemble du gouvernement<sup>1854</sup>. La seule exception concerne la désignation du conseil des Anciens :

Après avoir consulté le président du Conseil des Anciens [...] le président [du gouvernement Lisims] doit, à partir de la liste [...], fournir à l'exécutif une liste des noms de huit personnes ou plus qu'il recommande de nommer au Conseil des Anciens. En novembre de chaque année, l'exécutif doit, à partir de la liste fournie par le président [...] nommer quatre membres réguliers et quatre membres suppléants du Conseil des aînés, chacun pour un mandat de deux ans<sup>1855</sup>.

**604.** Ces dispositions confirment ainsi que « le système nisga'a est une démocratie représentative, les trois éléments du gouvernement étant élus par vote, chaque citoyen nisga'a

---

qui est marié à quelqu'un décrit à l'alinéa 1. a, 1. b ou 1.c et a été adopté par l'une des quatre tribus Nisga'a conformément aux Ayuukhl Nisga'a, c'est-à-dire, il a été accepté par une tribu Nisga'a comme membre de cette tribu en présence de témoins des autres tribus Nisga'a à une cérémonie d'installation ou de déplacement de pierres ». Cette citoyenneté fondée sur la mère donne le droit de voter et de se présenter aux élections locales à partir de 18 ans. Voir, *Constitution de la Nation Nisga'a*, chapitre 2, art. 12.

<sup>1850</sup> Jean-François LISEE, « Citoyenneté interne - Les exemples scandinave, français, suisse et... canadien », *Le Devoir*, 2007, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/161520/citoyennete-interne-les-exemples-scandinave-francais-suisse-et-canadien> (consulté le 20.07.2022).

<sup>1851</sup> Carole BLACKBURN, « Differentiating Indigenous Citizenship : Seeking Multiplicity in Rights, Identity, and Sovereignty in Canada », *American Ethnologist*, vol. 36, n° 1, 2009, p. 66-78, spé. p. 71. Source non traduite : « they have rights as citizens of the Nisga'a nation not because of the racialized difference generated by the state and linked, formerly, with their exclusion but because they belong to a previously existing political community that holds inherent or extraconstitutional rights ».

<sup>1852</sup> L'avenir du statut du territoire démontrera si la citoyenneté calédonienne est vraiment « transitoire » ou si celle-ci se pérennise. Pour la définition de la citoyenneté calédonienne, voir Chapitre 5, Section 2, Paragraphe 2.

<sup>1853</sup> Jean-Pierre JACOB et Pierre-Yves LE MEUR, « Introduction », dans Jean-Pierre JACOB et Pierre-Yves LE MEUR (dir.), *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Paris, Karthala, 2010, p. 5-60, spé. p. 40.

<sup>1854</sup> *Accord définitif nisga'a*, chapitre 11, art. 9, k. Voir aussi, *Constitution de la Nation Nisga'a*, chapitre 5, Part. B, art. 38 : « (2) Chaque agent du gouvernement Nisga'a Lisims doit être élu par la Nation Nisga'a lors d'une élection générale ». Source non traduite : « (2) Each Officer of Nisga'a Lisims Government must be elected by the Nisga'a Nation in a general election ». L'article 28 du chapitre 4 de la Constitution nisga'a prévoit une élection générale tous les quatre ans pour toutes les fonctions du Gouvernement.

<sup>1855</sup> *Nisga'a Government Act*, 2006, version consolidée en 2015, Part. 4, art. 44. Source non traduite : « Each year, after consulting the Chairperson of the Council of Elders and before the Executive exercises its powers under subsection (4) in that year, the President must, from the roster maintained under subsection (2), provide to the Executive a list of the names of eight or more persons whom the President recommends for appointment to the Council of Elders. In November of each year, the Executive must, from the list provided by the President under subsection (3), (a) appoint four regular members and four alternate members of the Council of Elders, each for a term of office of two years, more or less, as determined under section 45(1), and (b) designate each alternate member appointed under paragraph (a) as the alternate for a particular regular member appointed under that paragraph ».

ayant une voix »<sup>1856</sup>. Dans une certaine mesure, la mise en œuvre de l'accord modifie les traditions juridiques niska'a ancestrales<sup>1857</sup>. Ces évolutions se sont heurtées à quelques résistances. Ross Hoffman, membre de la Nation Niska'a, témoigne en ces termes des difficultés rencontrées :

En tant que Niska'a, il était difficile de comprendre que notre autonomie gouvernementale signifiait que nous devions nous adapter aux systèmes et structures occidentaux qui faciliteraient l'« autonomie gouvernementale ». En tant que Niska'a d'abord, et ensuite en tant que membre de l'assemblée législative, cela enlevait à nos maisons respectives le pouvoir d'utiliser nos connaissances traditionnelles dans la poursuite de l'autonomie gouvernementale. En tant que produit de l'ère *Calder*, je pensais que l'autonomie gouvernementale signifierait que nos *Simgigat* et *Sigidimhanak* (chefs et matriarches) établiraient des formes de gouvernance qui refléteraient notre autorité traditionnelle sur les terres faisant partie des terres visées par le traité des Niska'a. J'étais loin de me douter que notre autorité serait érodée au profit d'une approche plus moderne des responsabilités communautaires et nationales déléguées<sup>1858</sup>.

Ainsi, certaines coutumes perdent de leur vigueur ou sont réinterprétées au prisme de l'accord et des lois nouvellement adoptées. Ross Hoffman déplore certaines évolutions des pratiques au sein de la communauté. Selon lui, alors qu'ils le peuvent, trop peu de citoyens niska'a participent aux délibérations de l'assemblée législative et aux réunions de l'exécutif<sup>1859</sup>. Bien que les informations soient transmises à tous les citoyens, explique-t-il, « cela n'a pas le même poids qu'une participation orale active aux activités de gouvernance de notre *Yukw* (fêtes et réunions traditionnelles) »<sup>1860</sup>. L'application effective de l'accord est donc un processus qui prend du temps et qui ne peut s'accomplir que si celui-ci rencontre une forte adhésion chez les citoyens concernés.

**605.** Seuls le consentement et la volonté de la communauté permettent que la nation soit désormais représentée par une assemblée législative désignée par l'élection, mais dans laquelle les citoyens peuvent aussi s'impliquer. Pour autant, l'adoption du mécanisme électoral n'est pas nécessairement l'antagonisme du système représentatif héréditaire. En effet, les résultats des

---

<sup>1856</sup> Agnieszka SZPAK, « A Comparison of Niska'a Self-Government and International Standards of Indigenous Self-Determination », *Polish Political Science Yearbook*, vol. 49, n° 3, 2020, p. 77-95, spé. p. 81. Source non traduite : « Niska'a system is representational democracy, with all three elements of the government elected by voting, each of the Niska'a citizens having one vote ». Voir aussi, Ross HOFFMAN et Andrew ROBINSON, « Niska'a self-government: a new journey has begun », *The Canadian Journal of Native Studies*, vol. 30, n° 2, 2010, p. 387-405, spé. p. 392. Ross Hoffman confirme que « les trois aspects du gouvernement niska'a sont des démocraties représentatives basées sur un processus électoral d'une voix par citoyen niska'a ». Les trois aspects du Gouvernement désignent l'organe législatif, l'organe exécutif et les organes locaux. Source non traduite : « All the three aspects of Niska'a government are representational democracies based on a one vote per Niska'a citizen electoral process ».

<sup>1857</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1858</sup> Ross HOFFMAN et Andrew ROBINSON, « Niska'a self-government: a new journey has begun », *art. cit.*, p. 398. Source non traduite : « to me as a Niska'a person, it was hard to grasp the fact that our self-government meant adapting to western systems and structures that would facilitate "self-government." As a Niska'a person first, and second as a member of a Niska'a Wilp, it removed the authority from our respective house groups to facilitate our traditional knowledge in the pursuit of self-governance. As a product of the Calder era, I thought that self-government was going to mean our Simgigat and Sigidimhanak (Chiefs and Matriarchs) establishing forms of governance that reflected our traditional authority on the lands that made up the Niska'a Treaty Lands. Little did I know that our authority would be eroded for a more modern take on delegated communal and national responsibilities ».

<sup>1859</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>1860</sup> *Ibid.* Source non traduite : « Sure things are forwarded onto our respective membership, but this does not hold the same weight as active oral participation in the governance activities of our Yukw ».

élections de l'organe législatif révèlent que « la forte tendance à élire des dirigeants héréditaires, observée en 2001, s'est poursuivie. La majorité des personnes élues à des postes de responsabilité au sein du nouveau système gouvernemental sont en même temps des chefs ou des sous-chefs au sein du système traditionnel de gouvernance des festins qui sert les Nisga'a depuis des temps immémoriaux »<sup>1861</sup>.

**606.** Ainsi, l'*Accord définitif nisga'a* permet l'autonomie interne de la nation, par l'autodétermination de leur système de représentation dans le respect de l'élection. Parallèlement, il institutionnalise aussi le conseil des Anciens et reconnaît les coutumes comme source de droit. De la sorte, ce modèle d'accord gouvernemental combine des éléments traditionnels et modernes : « les premiers étant illustrés par la reconnaissance du rôle des anciens et les seconds par la division et l'équilibre des pouvoirs caractéristiques de la démocratie représentative moderne »<sup>1862</sup>. Les systèmes de représentation étatiques et autochtones semblent juridiquement cohérents : les lois fédérales, provinciales et les lois nisga'a se reconnaissent mutuellement, ont des champs de compétences précis et ne se contredisent pas entre elles<sup>1863</sup>.

**607.** Selon Agnieszka Szpak, la mise en place d'institutions représentatives propres aux autochtones telles que celles du gouvernement nisga'a respecte la DNUDPA et met en œuvre l'article 5, sur le maintien d'institutions politiques distinctes aux peuples autochtones et l'article 18, garantissant aux peuples indigènes le droit de participer au processus de prise de décision sur les questions qui pourraient affecter leurs droits<sup>1864</sup>. De même, l'accord permet aux Nisga'a d'exercer leur droit à l'autodétermination sans pour autant remettre en cause l'intégrité territoriale ou la souveraineté nationale d'États indépendants tels que le Canada. Cela montre « comment

---

<sup>1861</sup> Ross HOFFMAN et Andrew ROBINSON, « Nisga'a self-government: a new journey has begun », *art. cit.*, p. 402. Ils nomment l'Assemblée législative, la chambre des représentants nisga'a. Source non traduite : « the representatives to the Wilp Si'ayuukhl Nisga'a (Nisga'a House of Representatives), reveals that the strong trend to elect hereditary leaders that was observed in 2001 has continued. The majority of those elected to positions of responsibility within the new government system are at the same time either Chiefs or Sub-Chiefs within the traditional feast system of governance that has served the Nisga'a since time immemorial ». Les auteurs font référence aux élections de 2008.

<sup>1862</sup> *Ibid.*

<sup>1863</sup> Étant entendu que la section « définitions » de l'*Accord définitif nisga'a* précise : « "loi" comprend la législation, les lois, les ordonnances, les règlements, les décrets en conseil, les règlements administratifs fédéraux, de la Colombie-Britannique et Nisga'a, et la common law, mais il est entendu qu'elle ne comprend pas les *ayuukhl* Nisga'a ou les *ayuuk* ». Les *ayuukhl* Nisga'a ou les *ayuuk*, soit les lois et pratiques traditionnelles, continuent de s'appliquer de manière autonome en dehors de l'État, mais inspire également la rédaction des lois nisga'a reconnues en droit positif canadien.

<sup>1864</sup> Agnieszka SZPAK, « A Comparison of Nisga'a Self-Government and International Standards of Indigenous Self-Determination », *art. cit.*, p. 89. Source non traduite : « In the case of the Nisga'a – and considering the background remarks on the meaning of autonomy – there exist self-governance bodies such as the central government (Nisga'a Lisims Government) with its legislative and executive arms as well as local governments (four Village Governments) and three Urban Locals. This corresponds to the Art. 5 of UNDRIP on maintenance and strengthening of indigenous peoples distinct political institutions and Art. 18 guaranteeing the indigenous peoples the right to participate in the process of decision-making in matters that would affect their rights ».

l'autodétermination des peuples autochtones devrait être mise en œuvre»<sup>1865</sup>. Loin d'être un équilibre figé, argumente le professeur John Borrows, l'accord « aidera les récits nisga'a à refaire surface et à percer les fictions juridiques canadiennes qui leur avaient, auparavant, nié leurs droits sur leurs territoires traditionnels »<sup>1866</sup>.

**608.** En outre, les potentialités de l'accord « doivent être comprises dans le contexte de la délégation de pouvoir et de la décentralisation, ainsi que des processus [...] juridiques pluralistes de reconnaissance de la diversité et des différences »<sup>1867</sup>. En effet, défini comme un traité interne, l'accord consacre l'égalité des parties et la répartition des compétences qui sont ainsi protégées par l'article 35 de la Constitution. La protection constitutionnelle des traités internes « récupère également la promesse du pluralisme juridique. [...] En tant qu'accords constitutionnels, ils articulent les termes et conditions de base de la coexistence sociale et rendent possible l'exercice de l'autorité constitutionnelle »<sup>1868</sup>. Par exemple, l'Accord nisga'a ne peut être amendé qu'avec le consentement des trois parties, soit la Nation Nisga'a, la Province de Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Dans ces relations, les autochtones perçoivent davantage un rapport de nation à nation.

**609.** À ce titre, le chercheur autochtone James Youngblood Henderson développe la théorie du « fédéralisme des traités » ou « fondé sur les traités », pour décrire les relations politiques entre l'État canadien et les nations autochtones, par opposition au « fédéralisme des provinces » contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867 qui régit les relations entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux<sup>1869</sup>. Le fédéralisme des traités « implique un processus de coordination et de conciliation qui suppose lui-même l'autonomie et l'égalité de toutes les parties »<sup>1870</sup>. Selon une conception semblable, dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, la juge en chef McLachlin

---

<sup>1865</sup> Agnieszka SZPAK, « A Comparison of Nisga'a Self-Government and International Standards of Indigenous Self-Determination », *art. cit.*, p. 89.

<sup>1866</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>1867</sup> Patrick DILLON and Dawid BUNIKOWSKI, « Arguments from Cultural Ecology and Legal Pluralism for Recognising Indigenous Customary Law in the Arctic », dans Leena HEINÄMÄKI et Thora MARTINA HERRMANN (eds.), *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sami and other Indigenous Peoples. The Sacred Arctic*, Rovaniemi, Springer, 2017, p. 37-64, spé. p. 54. Source non traduite : « All these provisions must be understood in the context of delegation of power and decentralisation as well as cultural ecological processes of adaptation to the today's situation or legal-pluralistic processes of recognition of diversity and differences ».

<sup>1868</sup> Patrick MACKLEM, « Indigenous Peoples and the Ethos of Legal Pluralism in Canada », dans Patrick MACKLEM et Douglas SANDERSON (dir.), *From recognition to reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016, p. 17-34, spé. p. 28. Source non traduite : « The new constitutional status of treaties also recovers the promise of legal pluralism. [...] As constitutional accords, they articulate basic terms and conditions of social coexistence and make possible the exercise of constitutional authority ».

<sup>1869</sup> James Youngblood HENDERSON, *Affirming treaty federalism*, Ottawa, étude présentée à la Commission royale sur les peuples autochtones, 5 mars 1993. Voir aussi, James Youngblood HENDERSON, « Empowering Treaty Federalism », *Saskatchewan Law Review*, vol. 58, n° 2, 1994, p. 241-330.

<sup>1870</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 167, n° 1, 2001, p. 167-176, spé. p. 170.

déclare que les traités « permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne »<sup>1871</sup>. Les termes de « souveraineté autochtone » placent ici les autochtones sur un pied d'égalité avec la Couronne, en faveur d'une meilleure conciliation. Pour l'ensemble de ces raisons, il semble que l'accord gouvernemental, en tant que traité interne, semble un des outils juridiques les plus appropriés à la coexistence harmonieuse des systèmes de représentation. L'Accord niska'a n'est d'ailleurs pas le seul à avoir été conclu au Canada<sup>1872</sup>.

## B. Une pluralité d'accords d'autodétermination possibles

**610.** Entre 1973 et 2015, le gouvernement fédéral du Canada règle vingt-six revendications territoriales globales et signe trois ententes d'autonomie gouvernementale dont la *Convention de la baie James et du Nord québécois* en 1975, la *Convention du Nord-Est québécois* en 1978, l'*Accord-cadre définitif avec le Conseil des Indiens du Yukon* en 1993, l'*Accord définitif niska'a* en 2000, l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador* en 2005 et l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Nunavik* en 2008<sup>1873</sup>. L'Accord niska'a figure parmi les premières ententes et constitue un modèle de traité interne pour la suite. Si le terme de « traité »<sup>1874</sup> désigne l'ensemble des accords *sui generis* conclus avec les autochtones sur une période de plus de trois siècles, leurs objectifs et leurs modalités ont varié dans le temps<sup>1875</sup>. Après les traités de paix conclus au XVIII<sup>e</sup> siècle et les traités numérotés signés à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, succèdent les traités modernes, tels que l'Accord niska'a, qui permettent de mettre en œuvre le droit à l'autonomie gouvernementale et de « constituer des

---

<sup>1871</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, para. 20 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, para. 42 : « l'objectif du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 est de favoriser la conciliation ultime de l'occupation antérieure du territoire par les Autochtones et la souveraineté de fait de la Couronne ». En anglais, les termes « asserted » ou « assumed » sont employés pour parler de la souveraineté. Pour une interprétation, Voir, Jeremy WEBBER, « We Are Still in the Age of Encounter: Section 35 and a Canada beyond Sovereignty », dans Patrick MACKLEM et Douglas SANDERSON (dir.), *From recognition to reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016, p. 63-99, spé. p. 71-72.

<sup>1872</sup> « Plusieurs Nations autochtones hésitent à négocier de telles ententes, puisque celles-ci les placent sans ambiguïté sous le régime juridique étatique alors que plusieurs n'ont jamais renoncé à leur propre statut de communautés politiques distinctes ». De même, certaines nations, telles que les Wet'suwet'en, ne veulent pas renoncer à une partie de leurs terres dans le processus de négociations. Voir, Martin PAPILLON, « Les peuples autochtones et la citoyenneté : quelques effets contradictoires de la gouvernance néolibérale », *Éthique publique*, vol. 14, n° 1, 2012, p. 1-18, spé. p. 3-11.

<sup>1873</sup> Pour la liste complète, Voir, Keith CROWE, « Revendications territoriales globales : traités modernes », *L'Encyclopédie canadienne*, 2019, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/revendications-territoriales-globales-traites-modernes> (consulté le 19.07.2022). Par ailleurs, d'autres ententes sont en cours de négociation et devraient prochainement aboutir, dont celle concernant la Nation Wet'suwet'en.

<sup>1874</sup> La Cour suprême a précisé que le traité signé avec une communauté autochtone est « un accord *sui generis*, qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international ». Voir, *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387. Voir aussi, *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, 1037.

<sup>1875</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », *op. cit.*, para. 70.

gouvernements dotés de pouvoirs beaucoup plus considérables que ceux dont jouissent les conseils de bande aux termes de la *Loi sur les Indiens* »<sup>1876</sup>.

**611.** L'Accord-cadre définitif avec le Conseil des Indiens du Yukon de 1993 est particulier puisqu'il a donné suite à plusieurs ententes finales avec les Premières Nations du Yukon entre 1993 et 2008. Il y a ainsi onze Premières Nations du Yukon, régies à la fois par l'accord « parapluie » et par un accord plus spécifique, pour lesquelles la *Loi sur les Indiens* ne s'applique donc plus<sup>1877</sup>. Partant, le Conseil des Indiens du Yukon est chargé, à une échelle plus globale, « de la représentation des Premières Nations du Yukon »<sup>1878</sup>, soit les nations Na cho Ny'ak Dun, Champagne et Aishihik, Gwitchin Vuntut, Trondëk Hwëch'in (anciennement Dawson), du Conseil des Tlingits de Teslin, Selkirk, Kluane, Ta'an Kwach'an, Carcross/Tagish, Little Salmon/Carmacks, ainsi que Kwanlin Dun. Si neuf de ces Premières Nations choisissent d'adopter l'élection pour le chef et les conseils de la communauté<sup>1879</sup>, elles procèdent également à de nombreux aménagements du système représentatif. Par exemple, elles prévoient toutes la tenue d'une assemblée générale de citoyens, ayant lieu *a minima* tous les ans, devant laquelle le conseil et le chef sont responsables, et lors de laquelle l'ensemble de la communauté détient le pouvoir d'adopter, d'amender ou d'abroger les lois et de prendre des décisions fondées sur le consensus<sup>1880</sup>. De façon notable, la Constitution de

---

<sup>1876</sup> Jean LECLAIR et Michel MORIN, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », *op. cit.*, para. 74.

<sup>1877</sup> Dans ce cadre, l'accord définitif d'une Première Nation du Yukon désigne « un accord sur une revendication territoriale pour une Première Nation du Yukon qui comprend des dispositions propres à cette Première Nation du Yukon et qui incorpore les dispositions de l'Accord définitif parapluie ». Cette disposition est reprise dans les constitutions des Premières Nations du Yukon. Voir, par exemple, *Constitution des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik*, 2022, section définitions.

<sup>1878</sup> Geneviève MOTARD, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, thèse de doctorat en droit, version en ligne, 2013, p. 55.

<sup>1879</sup> Par exemple, L'élection du chef et du conseil de la Première Nation est notamment prévue par les Premières Nations de Champagne et d'Aishihik, la Première Nation des Nacho Nyak Dun, la Première Nation du Kluane, la Première Nation de Selkirk, la Première Nation de Little Salmon/Carmacks, la Première Nation des Gwitchin Vuntut, la Première Nation des Kwanlin Dün et la Première Nation des Tr'ondëk Hwëch'in.

<sup>1880</sup> Par exemple, *First Nation of Nacho Nyak Dun Self-Government Agreement*, 1993, art. 12 : « Délégation 12.1 La Première Nation des Nacho Nyak Dun peut déléguer ses pouvoirs, notamment ses pouvoirs législatifs, à : 12.1.1 un organe public ou un fonctionnaire établi par une loi de la Première Nation 12.1.2 le gouvernement, y compris un ministère, un organisme ou un officiel du gouvernement ». Voir aussi, *Constitution de la Première Nation de Kluane*, 2018 [1995], art. 7.10 : « Les responsabilités de l'assemblée générale sont les suivantes : (a) examiner et évaluer les rapports ou les ententes du Conseil ou d'un autre organe directeur de la Première Nation de Kluane ; (b) adopter des résolutions, établir des lignes directrices en matière de politique et fournir des directives au Conseil ; (c) modifier la Constitution ; (d) adopter ou abroger des lois, comme le permet la Constitution ; (e) examiner le rendement des organes directeurs de la Première Nation de Kluane ; (f) demander et prendre en considération les conseils des Anciens ; (g) agir en tant qu'autorité directrice sur toutes les questions relatives au bien-être politique, économique, social et culturel de tous les citoyens ; et (h) examiner les états financiers annuels vérifiés ». Voir encore, *Constitution des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik*, 2022, part. 2, art. 13 : « Chaque citoyen [...] a le droit de participer à tous les processus démocratiques du gouvernement, y compris : a) le vote pour les membres du Conseil des Premières Nations ; et b) la participation à l'Assemblée générale, au Sénat des Anciens et au Conseil des Jeunes ». Voir aussi, *Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2015, art. 9.2 : « L'Assemblée se tient au moins une fois par année civile » ; art. 9.8 : « L'Assemblée a l'autorité générale pour la protection et le bon gouvernement des Citoyens et de leurs droits, titres et intérêts et, sous réserve de la présente Constitution, l'Assemblée peut adopter des lois de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks ». Voir, *Constitution de la Première Nation des Gwitchin Vuntut*, 2019 [1992], art. VI. Voir encore, *Constitution de la Première Nation des Tr'ondëk Hwëch'in*, 2018 [1998], art. 8. En revanche, pour la

la Première Nation de Selkirk précise qu'en l'absence de consensus, les décisions à valeur législative des citoyens selkirk sont prises par un vote de non moins de 90 % des citoyens présents lors de l'Assemblée générale<sup>1881</sup>. Dans ces cas, l'assemblée générale constitue l'organe législatif et représentatif de la Première Nation, quand le chef et son conseil sont plutôt des organes exécutifs chargés de mettre en œuvre les décisions prises annuellement. Le système juridique peut alors adopter certains mécanismes de démocratie directe.

**612.** De surcroît, dans la plupart des constitutions des Premières Nations précitées, les conseils de bande majoritairement élus sont composés d'un ancien et d'un jeune qui restent nommés par leur conseil respectif<sup>1882</sup>. Autrement dit, l'élection – ici plus proche de la cooptation – s'avère interne aux conseils des Aînés ou des Jeunes. Non élus, ces deux derniers conseils peuvent conseiller le chef et le conseil de la Première Nation, mais leur avis reste consultatif. Ce caractère non décisif peut s'expliquer par la source de leur légitimité : ces conseils s'avèrent représentatifs au sens de la représentativité, mais non au sens de la représentation électorale.

**613.** D'autres aménagements importants sont encore réalisés par les Premières Nations du Yukon. La Première Nation de Little Salmon/Carmacks prévoit que l'élection du chef et du conseil épouse l'organisation clanique des communautés. L'élection du conseil est prévu par l'aménagement suivant :

Les conseillers du clan du loup et les conseillers du clan du corbeau sont élus lors d'une élection générale. Lors d'une élection, un citoyen ayant le droit de vote peut voter pour un maximum de quatre candidats au poste de conseiller du clan, quel que soit le clan. Les deux candidats au poste de conseiller du clan du loup qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du

---

Première Nation des Kwanlin Dün, les compétences de l'Assemblée générale semblent différentes puisque la Constitution parle d'un pouvoir de « recommandation » Voir, *Constitution de la Première Nation des Kwanlin Dün*, 2020, Chap VI, art. 28 et 29 : « L'Assemblée générale peut [...] recommander l'élaboration de lois ». Source non traduite : « The General Assembly may [...] recommend the development of laws ».

<sup>1881</sup> Par exemple, *Constitution de la Première Nation de Selkirk*, 2013, art. 7.3 : « Il y aura une Assemblée générale des citoyens au moins une fois tous les douze mois civils » ; art. 7.6 : « L'Assemblée : 7.6.1 a peut exercer toute la capacité juridique, les droits, les pouvoirs et les privilèges de la première nation de Selkirk en tant que personne morale [...] 7.6.4 met en œuvre et fait respecter la loi de Selkirk ». Art. 7.12 : « L'Assemblée prend ses décisions par consensus, si possible, mais s'il est impossible de parvenir à un consensus sur une question, et que le quorum est atteint ou que les trois quarts des chefs de famille sont présents, l'Assemblée peut trancher la question par un vote d'au moins quatre-vingt-dix pour cent des citoyens ayant le droit de vote et présents au moment du vote ». Source non traduite : « There shall be a General Assembly of the Citizens not less often than once every twelve calendar months » ; art. 7.6 : « the Assembly: 7.6.1 shall have and may exercise all the legal capacity, rights, powers and privileges of the Selkirk First Nation as a legal entity [...] 7.6.4 shall implement and enforce Selkirk Law ». art. 7.12 : « An Assembly shall make decisions by consensus, if possible, but if consensus on a matter cannot be reached, and a quorum is present, or three-quarters of the Family Heads are present, the Assembly may decide the matter by a vote of not less than ninety per cent of the Citizens eligible to vote and present at the time the vote is taken ». La *Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks* prévoit plutôt un seuil d'adoption de 75 %. Ces seuils ne s'appliquent que lorsque les conditions mentionnées sont réunies.

<sup>1882</sup> Voir, *Constitution de la Première Nation des Gwich'in Vuntut*, 2019 [1992], art. VII, « Elders councils », 3, (b). Voir aussi, *Constitution de la Première Nation des Kwanlin Dün*, 2020, Chap VI, art. 33 : « Pouvoirs du conseil des aînés : (b) nommer un aîné pour siéger comme membre sans droit de vote du conseil ». Source non traduite : « Powers of the Elders Council : (b) appoint one Elder to sit as a non-voting member of the Council ».

clan du loup, et les deux candidats au poste de conseiller du clan du corbeau qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du corbeau<sup>1883</sup>.

À cette répartition s'ajoute le chef, un ancien nommé par le conseil des Anciens et un jeune nommé par le conseil des Jeunes. Cette procédure de désignation illustre *ipso facto* plusieurs conceptions de la représentation. Par l'élection, la désignation des conseillers correspond à une conception électorale de la représentation et donc à une légitimité du même nom. Par l'attention qui est portée à la composition clanique, la procédure s'insère aussi dans une légitimité coutumière et respecte une certaine représentativité des clans. Enfin, ce conseil restent compétent pour *vouloir pour* leur communauté respective, ce qui ressemble finalement à une conception volitive de la représentation. La coexistence d'une multiplicité de mécanismes semble donc possible pour aménager la représentation autochtone.

**614.** Dès lors, devant le succès politique de certains accords, les Wet'suwet'en, les Mohawks d'Akwesasne en Ontario et de Kahnawake au Québec ont conclu des protocoles d'entente en vue de négociations pour un accord d'autonomie gouvernementale<sup>1884</sup>. De la sorte, les conseils de bande adoptent peu à peu leurs propres lois afin d'atteindre progressivement les objectifs d'autonomie fixés par les autorités étatiques. L'aboutissement de ces négociations, corrélé à la nécessaire intelligibilité des systèmes représentatifs autochtones, peut prendre des dizaines d'années.

**615.** Dans ce cadre, les accords d'autonomie gouvernementale peuvent aboutir à trois types de modèles de gouvernements autochtones. Dès 1996, la Commission royale sur les peuples autochtones distingue le modèle de la nation, du territoire et de la communauté d'intérêts<sup>1885</sup>. Les accords d'autonomie nisga'a ou du Yukon correspondent au premier modèle, celui de la nation, où seuls les membres de la nation autochtone sont citoyens. Ce modèle permet une protection importante de la culture autochtone, surtout dans des conditions où ces derniers s'avèrent minoritaires sur le territoire : « il correspond également au modèle des conseils de bande, qui sont

---

<sup>1883</sup> *Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2015 [1999], art. 10.8 : « Les conseillers du Clan du loup et les conseillers du Clan du corbeau sont élus lors d'une élection au suffrage universel. Lors d'une élection, un citoyen ayant le droit de vote peut voter pour un maximum de quatre candidats au poste de conseiller du clan, quel que soit le clan. Les deux candidats au poste de conseiller du clan du loup qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du loup, et les deux candidats au poste de conseiller du clan du corbeau qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du corbeau ». Source non traduite : « The Wolf Clan Councillors and the Crow Clan Councillors shall be elected in an election at large. In an election, a Citizen entitled to vote may vote for up to four candidates for Clan Councillor, regardless of Clan. The two candidates for Wolf Clan Councillor who receive the highest number of votes shall become the Wolf Clan Councillors, and the two candidates for Crow Clan Councillor who receive the highest number of votes shall become the Crow Clan Councillors. »

<sup>1884</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ententes en cours de négociation », *Site officiel du Gouvernement du Canada*, 2018, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031846/1529416092300> (consulté le 29.08.2022).

<sup>1885</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir, op. cit.*, p. 330.



aussi des gouvernements ethniques »<sup>1886</sup>. Toutefois, selon Thierry Rodon, ces critères, s'ils sont trop rigides, peuvent aller à l'encontre « du mode universaliste qui est privilégié par la démocratie libérale, où l'on privilégie plutôt un modèle territorial, regroupant tous les résidents d'un territoire, et dont la naissance ou la satisfaction aux critères d'immigration sur ledit territoire procure la citoyenneté »<sup>1887</sup>.

**616.** *A contrario*, dans le deuxième modèle du gouvernement public, ce dernier « représente l'ensemble de la population d'un territoire donné »<sup>1888</sup> sans aucune distinction. Néanmoins, le caractère fortement majoritaire d'une population conduit à ce qu'elle soit la principale à investir les institutions représentatives et gouvernementales. Par exemple, c'est en partie « grâce à un arrangement de cette nature que l'on peut dire que le fédéralisme canadien protège la population francophone du Québec »<sup>1889</sup>. À l'instar de la classification établie par la Commission royale, ces gouvernements publics « autochtones représenteront [...] tous les habitants d'un territoire donné, qu'ils soient autochtones ou non »<sup>1890</sup>. Ces gouvernements diffèrent des gouvernements publics canadiens non autochtones, car leur fonctionnement et leurs procédures peuvent refléter les coutumes ancestrales<sup>1891</sup>. Ils peuvent également bénéficier de certaines compétences supplémentaires normalement dévolues aux Provinces. Ce modèle est notamment adopté par les Inuit du Nunavut compte tenu de leur caractère majoritaire sur leurs territoires, ce qui leur assure *de facto* le contrôle de leur système de représentation<sup>1892</sup>. Ce choix politique aurait été fortement influencé par les Inuit du Groenland, auxquels le Danemark a octroyé une autonomie similaire<sup>1893</sup>. En revanche, ce modèle d'accord ne semble pas convenir pour les autochtones minoritaires sur leur territoire, où le modèle de la nation paraît plus adapté.

**617.** Enfin, le troisième modèle est celui de la communauté d'intérêts, c'est-à-dire un modèle non territorial, principalement en milieu urbain, « où des autochtones liés à des nations différentes, mais ayant des besoins et des intérêts communs, peuvent s'associer de leur plein gré pour essayer d'atteindre certains objectifs d'ordre gouvernemental »<sup>1894</sup>. L'autonomie est certes, plus restreinte,

---

<sup>1886</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 178.

<sup>1887</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>1888</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 293.

<sup>1889</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>1890</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, *op. cit.*, p. 332.

<sup>1891</sup> *Ibid.*

<sup>1892</sup> Ils représentent plus de 80 % de la population du territoire. Voir, l'*Entente finale du Nunavut* de 1993. Voir aussi, *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, L.C. 1993, ch. 29. Voir, David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 170.

<sup>1893</sup> *Ibid.*, p. 171. En 2009, la Loi sur l'autonomie du Groenland de 2009 (*Self-Government Act*) remplace la loi sur l'autonomie du Groenland de 1979 (*Home Rule*) et renforce les compétences exclusives du territoire. Dans ce cadre, les organes exécutif (le *Naalakkersuisut*) et législatif (l'*Inatsisartut*) « disposent du droit de produire la loi dans un domaine donné et sont responsables de son application et de son financement ». Voir, Alexandra CYR, « La politique du Groenland et sa quête d'autonomie », *Conseil québécois d'études géopolitiques, Université de Laval*, vol. 7, n° 1, 2021, en ligne : <https://cqegehiulaval.com/2021/03/30/la-politique-du-groenland-et-sa-quete-dautonomie/> (consulté le 21.08.2022).

<sup>1894</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, *op. cit.*, p. 334.

mais des aménagements de la représentation politique sont possibles. Par exemple, les Cris de la Baie-James signent une entente en 2012 avec le gouvernement du Québec<sup>1895</sup> qui prévoit « un mode de gouvernance régionale hybride, représentant à parts égales les Cris et les habitants non autochtones, ou Jamésiens, alors qu’au niveau local on conserve une gouvernance crie »<sup>1896</sup>. L’objectif consiste à remplacer l’ancienne municipalité de la Baie-James regroupant uniquement les non-Autochtones, en intégrant les Cris et en leur donnant plus d’autonomie pour la gestion des ressources naturelles et l’administration de certaines terres<sup>1897</sup>. Cette autonomie s’est d’ailleurs ensuite élargie avec les adoptions en 2017 de l’*Entente sur la gouvernance de la Nation crie* et de la Constitution crie.

**618.** Les ententes par communautés d’intérêts peuvent aussi concerner plusieurs nations comme c’est le cas pour le projet de gouvernement régional des huit communautés Gwich’in et Inuvialuit des Territoires du Nord-Ouest. Huit gouvernements autochtones élus localement devaient coexister avec des conseillers et un maire élu par l’ensemble de la population. En outre, le système de représentation devait s’organiser comme ceci :

Le nombre de conseillers pour chacun des groupes était déterminé par le pourcentage de la population autochtone. Au plan régional, on trouvait un gouvernement régional composé des maires des huit communautés, d’un président élu par l’ensemble de la population, du président de la Société régionale Inuvialuit et du président du Conseil tribal Gwich’in. [...] Ce modèle permettait de conjuguer les trois modèles en reconnaissant tous les groupes présents sur le territoire et en tempérant la « tyrannie de la majorité »<sup>1898</sup>.

Cependant, les négociations n’ont finalement pas abouti et l’accord n’est jamais entré en vigueur.

**619.** Ainsi, les modèles de la nation, du gouvernement public et de la communauté d’intérêts constituent les trois modèles de gouvernements autochtones. Le choix de l’un ou de l’autre relève principalement de trois critères, à savoir la superficie du territoire, le caractère majoritaire ou non des autochtones et la composition plurinationale ou non du groupe autochtone<sup>1899</sup>. Selon Tracie Lea Scott, ces traités s’avèrent possibles en raison de la conception canadienne et multiculturelle de la nation<sup>1900</sup>. En effet, John Ibbitson affirme lui aussi :

Notre absence d’homogénéité nationale, qui a réduit le Canada au plus petit dénominateur commun des États, a inculqué au pays une acceptation de la diversité et un respect des sensibilités minoritaires inégalés en aucun autre endroit de la planète. Les immigrants se sont intégrés plus facilement au tissu de la société parce que la conception du vêtement était une mosaïque, une couverture en patchwork qui accueillait et s’enrichissait de nouveaux patches. Et l’absence d’une

---

<sup>1895</sup> *Entente sur la gouvernance dans le territoire de la Baie James d’Eeyou Istchee entre les Cris d’Eeyou Istchee et le Gouvernement du Québec*, 2012. Cette entente se fonde sur la *Convention de la Baie James et du Nord québécois* (1975) et la *Paix des Braves* (2002) pour établir un partenariat entre les Cris, le Québec et les Jamésiens pour la gouvernance d’Eeyou Istchee. Pour une analyse de ce partenariat, Voir, para. 888.

<sup>1896</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, op. cit., p. 181.

<sup>1897</sup> *Ibid.*

<sup>1898</sup> *Ibid.*

<sup>1899</sup> COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, op. cit., p. 334.

<sup>1900</sup> Tracie Lea SCOTT, *Postcolonial Sovereignty ? The Nisga’a Final Agreement*, op. cit., p. 144.

culture nationale dominante facilitait l'assimilation des immigrants, puisqu'il n'y avait rien de très intimidant pour eux<sup>1901</sup>.

S'il réside là une interprétation plausible, d'autres éléments peuvent expliquer la faisabilité des traités modernes. Par exemple, Sébastien Grammond explique que l'Accord niska'a « démontre qu'il est plus facile de parvenir à un accord d'autonomie gouvernementale dans les territoires nordiques, là où aucun gouvernement provincial n'est impliqué et ne cherche à maintenir ses propres pouvoirs »<sup>1902</sup>. La répartition géographique des traités modernes, pratiquement tous situés au nord du Canada dans des zones très faiblement peuplées, ne peut que confirmer cette analyse.

**620.** En l'espèce, bien que liés aux politiques canadiennes, ces trois modèles d'ententes peuvent se transposer à d'autres territoires comme en France. Par exemple, à Wallis et Futuna, où un gouvernement public semble dévolu aux autochtones qui restent majoritaires sur le territoire. En Guyane, le modèle de la nation apparaît comme le seul envisageable, du fait du caractère minoritaire des Amérindiens. Enfin, en Nouvelle-Calédonie, la répartition de la population permet d'envisager des accords hybrides, par communautés d'intérêts. Concernant ce dernier territoire, c'est d'ailleurs ce qui a été mis en œuvre ces dernières années. Sur le modèle de la communauté d'intérêts, des accords politiques internes, permettant une autonomie kanak renforcée mais inscrite au sein des institutions étatiques, ont été régulièrement conclus pour permettre la coexistence harmonieuse des systèmes de représentation.

## **PARAGRAPHE 2** – La représentation issue des accords de Matignon-Oudinot et de Nouméa

**621.** Entre 1946 et 1988, la Nouvelle-Calédonie fait l'objet d'une dizaine de statuts législatifs différents<sup>1903</sup>. Par définition, chacun d'eux constitue une dérogation plus ou moins importante au droit commun pour organiser ce territoire d'outre-mer. Dans ce cadre la représentation politique fait l'objet d'aménagements notables, toutefois marqués par l'instabilité du régime<sup>1904</sup>. Des accords sont

---

<sup>1901</sup> John IBBITSON, Will KYMLICKA et al. (eds.), *Uneasy Partners : Multiculturalism and Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007, p. 50. Source non traduite : « Our lack of national homogeneity, which has reduced Canada to a lowest common denominator of statehood, inculcated in the country an acceptance of diversity and a respect for minority sensibilities unmatched by any other place on the planet. Immigrants integrated more easily into the fabric of the society because the design of the garment was a mosaic, a patchwork quilt that welcomed and was enriched by new patches. And the absence of a dominant national culture made it easier to assimilate immigrants, since there was nothing all that intimidating for them to assimilate into ».

<sup>1902</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 293.

<sup>1903</sup> De 1984 à 1989, les statuts se succèdent même à un rythme annuel.

<sup>1904</sup> En effet, la reconnaissance juridique de la représentation coutumière se trouve principalement dans les Accords de Matignon et de Nouméa. Toutefois, des prémisses peuvent se lire dans les premiers statuts législatifs et dans les délibérations de l'Assemblée territoriale de Nouvelle-Calédonie (le nom donné à l'actuel Congrès de 1957 à 1985). Par exemple, en 1981, l'Assemblée territoriale reconnaît les conseils de clan et les conseils des chefs de clan et le conseil des grands chefs. Voir, Délibération n° 351 du 10 décembre 1981 *relative au conseil du clan et au conseil des chefs de clan*,

finale­ment signés entre l'État, le FLNKS et le RPCR : les Accords Matignon-Oudinot, d'abord, en 1988, puis l'Accord de Nouméa, en 1998, instaurent un véritable réé­quilibre et inscrivent les institutions représentatives calédoniennes et kanak dans une perspective à long terme. Ces accords gouvernementaux aménagent d'une part, la représentation « volitive » locale fondée sur l'adoption des lois du pays (A) et la représentation électorale locale, fondée sur une conception différente de certains corps électoraux (B).

#### A. L'aménagement de la représentation « volitive » locale

**622.** Dès 1988, le texte n° 2 des Accords de Matignon prévoit « l'administration et le développement du Territoire fédéral de la Nouvelle-Calédonie [...] dans le cadre des trois provinces »<sup>1905</sup>. Le terme « fédéral » laisse supposer que les aménagements au droit français sont plus importants que les précédents, tout autant que le terme de Province utilisé pour se distinguer volontairement des régions métropolitaines. Ainsi, ces nouvelles provinces se voient déjà « transférer certaines des compétences précédemment exercées par les services centraux de Nouméa »<sup>1906</sup> : la décentralisation est renforcée. L'accord dispose que les provinces Nord, Sud et Loyauté, « s'administre librement par une assemblée élue au scrutin proportionnel pour six ans »<sup>1907</sup>. Le scrutin proportionnel suivant la règle de la plus forte moyenne mis en place vise à établir une meilleure représentativité. Afin de renforcer cette représentativité, des conseils coutumiers à caractère consultatif fondés sur les huit aires coutumières du territoire sont également associés à chaque province, leur regroupement constituant le Conseil consultatif coutumier, soit l'ancêtre du Sénat coutumier<sup>1908</sup>.

---

J.O.N.C. du 28 décembre 1981, p. 1728. Voir aussi, Délibération n° 352 du 10 décembre 1981 *portant création d'un conseil des grands chefs*, J.O.N.C. du 28 décembre 1981, p. 1729.

<sup>1905</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988, art. 1.

<sup>1906</sup> Gilles BLANCHET, « Réflexions sur le concept de réé­quilibre en Nouvelle-Calédonie », dans Gilbert DAVID, Dominique GUILLAUD, Patrick PILLON (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins : 1989- 1997*, Paris, Société des Océanistes - Institut de Recherche pour le Développement, 1996, p. 37-55, spé. p. 45.

<sup>1907</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988., art. 1.

<sup>1908</sup> Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, préc.*, p. 14093, art. 61. En effet, « des conseils (locaux) des anciens émergent coutumièrement à la fin des années 1940 et dans le courant des années cinquante. La reconnaissance officielle du Conseil des Anciens faisait partie du programme de M. Lenormand lors de son élection comme député en 1951. Dans la foulée du colloque qui s'était tenu en 1980 sur la "Promotion mélanésienne", les indépendantistes kanak avaient proposé la création d'un Conseil de Clan, d'un conseil de Chefs de clan et d'un Conseil des Grands-Chefs. Le projet se concrétisa avec la délibération n° 352 du 10 décembre 1981 portant création d'un Conseil des Grands Chefs, édictée après la délibération n° 351 relative au conseil du clan et au conseil des chefs de clan. Les divers statuts politiques appliqués entre 1984 et 1998 reconduiront tous – sauf le statut Pons I de 1986, sous des formes ne différant que par des détails, le principe d'une instance coutumière à caractère consultatif. Après l'Assemblée des pays (statut Lemoine, 1984), et le Conseil coutumier territorial (statut Fabius-Pisani, 1985), les Accords de Matignon-Oudinot de 1988 instituèrent un

**623.** Aux côtés des provinces, à un échelon administratif plus large, les Accords de Matignon réaffirment le rôle du Congrès du territoire en tant qu'assemblée délibérative de Nouvelle-Calédonie, formé dorénavant par la réunion des trois assemblées de Province<sup>1909</sup>. Ses compétences relatives aux « affaires du territoire » sont à la fois précisées par le texte 2 des Accords de Matignon<sup>1910</sup> et par la loi référendaire de 1988, transposition de l'Accord d'Oudinot<sup>1911</sup>. À cette période, le Congrès tient aussi un rôle important dans la poursuite des négociations afin d'éviter le « référendum couperet » prévu en 1998.

**624.** Bien que ces institutions ne concernent pas exclusivement la représentation kanak, elles organisent conjointement la représentation de l'ensemble des Calédoniens, donc des Kanak, au sein d'un même organe, ce qui contribue à l'instauration d'un dialogue et à l'organisation d'une coexistence équilibrée et pacifiée au sein d'institutions partagées. Dans ce cadre, les objectifs de l'Accord de Nouméa reflètent la continuité, voire l'approfondissement, des aménagements entrepris par les Accords Matignon-Oudinot. Pour le professeur Ferdinand Melin-Soucramanien, cet accord symbolise la « "voie du milieu" chère à Montaigne en ne limitant pas le champ des possibles soit à l'intégration à tout prix, soit à la rupture brutale »<sup>1912</sup>. Ratifié par le même comité des signataires, l'accord de 1998 est ensuite validé par une consultation locale, sans qu'aucun seuil ni quorum ne soit explicitement indiqué<sup>1913</sup>. L'Accord de Nouméa reste toutefois largement approuvé avec plus de 72 % des suffrages exprimés.

**625.** Par définition, ce nouveau statut est transitoire, dérogatoire et même inséré au sein de la Constitution. Il est transitoire, car il s'inscrit dans le processus de décolonisation encouragé par l'ONU et pourrait déboucher sur la pleine indépendance du territoire. Il est dérogatoire, car les

---

Conseil consultatif coutumier du territoire regroupant, selon les usages reconnus par la coutume, les représentants de l'ensemble des aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie. Celui-ci regroupait les grands chefs des aires coutumières : il est l'ancêtre du Sénat coutumier ». Voir, Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 82. Voir aussi, Délibération n° 352 du 10 décembre 1981 portant création d'un conseil des grands chefs, préc., art. 1 : Il est créé « un Conseil des Grands Chefs qui constitue auprès des pouvoirs publics l'organe de consultation des collectivités qu'il représente au plan coutumier. Article 2. L'autorité désignée coutumièrement à la tête de chaque district représente celui-ci au Conseil des Grands Chefs ».

<sup>1909</sup> Auparavant formée par les quatre conseils de région et constituée de quarante-six membres, les Accords de Matignon-Oudinot font évoluer la répartition de la composition de l'Assemblée.

<sup>1910</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988., art. 3. B : « le Territoire conserve les compétences de coordination et les matières qui ne peuvent pas être transférées aux provinces : - fiscalité et budget territorial - équipements et infrastructures d'intérêt territorial (hôpital, réseau routier territorial, ouvrages hydrauliques d'intérêt territorial) - adaptation des programmes nationaux de l'enseignement primaire.

<sup>1911</sup> Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, préc.

<sup>1912</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « La République française et la Nouvelle-Calédonie : réussir (enfin) une décolonisation ? », dans Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, t. 2, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 1239-1249, spé. p. 1246.

<sup>1913</sup> Voir, Décret n° 98-733 du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution, J.O.R.F. n° 193 du 22 août 1998, p. 12844, art. 5 : « Le corps électoral se prononcera à la majorité des suffrages exprimés ».

règles particulières prévues revisitent certains référents républicains tels que les principes d'indivisibilité, d'universalité du suffrage, et d'égalité des droits<sup>1914</sup>. Les dérogations prévues ne peuvent toutefois intervenir que « dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord »<sup>1915</sup>, démontrant que l'accord est bien la source première des aménagements et de la conciliation des conceptions<sup>1916</sup>. Pour résoudre toute difficulté relative à leur conformité à la Constitution, ces importantes dérogations nécessitent toutefois une révision de la norme fondamentale, adoptée le 20 juillet 1998 sous le titre XIII, parfois décrit comme une autre Constitution accueillie au sein de la Constitution « à la façon des poupées russes »<sup>1917</sup> ou encore comme « Constitution-bis »<sup>1918</sup>. Dans ce cadre, comme pour les accords gouvernementaux du Canada et les Accords de Matignon avant lui, la particularité de cet accord relève du « mélange normatif entre la forme contractuelle – l'accord ou le pacte – et la forme législative – la loi ordinaire, la loi organique et la loi constitutionnelle »<sup>1919</sup>. En effet, précise le professeur Olivier Beaud, « les accords de Matignon et de Nouméa sont des pactes politiques au sens d'accords entre les représentants de groupements politiques. Mais ces pactes ont connu une forme d'institutionnalisation législative (loi référendaire de 1988) ou constitutionnelle (révision de 1998) »<sup>1920</sup>.

**626.** Dès lors, grâce à l'inscription de cet accord au sein de la Constitution, d'importantes innovations juridiques et institutionnelles peuvent être mises en œuvre. Le préambule affirme la nécessité de « poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », et ouvre une nouvelle étape, « marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté »<sup>1921</sup>. Dans le cadre de ces objectifs, dès 1999, le Congrès de Nouvelle-Calédonie gagne en autonomie et le transfert irréversible de compétences de l'article 77 de la Constitution s'organise à son profit. Fondé sur l'orientation du point 2.1.3 de l'Accord de Nouméa, l'article 99 de la loi organique précise les domaines du pouvoir législatif du Congrès. Ainsi, les « règles relatives à l'assiette et au recouvrement des impôts, droits et

---

<sup>1914</sup> Félicien LEMAIRE, « Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 121-135, spé. p. 122.

<sup>1915</sup> CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, cons. 3 et 17.

<sup>1916</sup> Il est à noter que l'accord n'aurait pas pu être appliqué sans l'intervention du législateur organique puisqu'il ne contient que des orientations dépourvues de tout effet direct. Voir, François LUCHAIRE, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000, p. 11.

<sup>1917</sup> Guy CARCASSONNE, *La Constitution, op. cit.*, p. 389.

<sup>1918</sup> L'expression est initialement de Louis Favoreu. Voir, Louis FAVOREU, « Constitution révisée ou Constitution bis », *Le Figaro*, 21 avril 1992, reproduit dans *La Constitution et l'Europe, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 356. Elle est reprise par Stéphane Diemert. Voir, Stéphane DIEMERT, « L'ancrage constitutionnel de la France d'outre-mer », *op. cit.*, p. 79.

<sup>1919</sup> Olivier BEAUD, « Libres propos sur le 3ème référendum en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*

<sup>1920</sup> *Ibid.*

<sup>1921</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, préambule.

taxes de toute nature » doivent faire l'objet d'une loi du pays, confirmant l'autonomie fiscale renforcée de la Nouvelle-Calédonie<sup>1922</sup>. Selon l'article 107, « les lois du pays ont force de loi » dans ces domaines. En outre, le Congrès peut aussi adopter des résolutions qui ont valeur réglementaire. Cet organe délibératif reste original par son caractère hybride puisqu'il détient « tantôt des pouvoirs le rapprochant des assemblées parlementaires nationales (pouvoir législatif), tantôt des assemblées locales (pouvoir réglementaire et notamment vote du budget) ou des assemblées des territoires d'outre-mer (avis et résolution) »<sup>1923</sup>. Ces innovations institutionnelles confirment les adaptations de la représentation politique entreprises pour répondre aux défis du territoire, y compris dans un État présenté comme unitaire et décentralisé.

**627.** Désigné au scrutin proportionnel, le Congrès est toujours composé des élus des assemblées de province, mais seulement des premiers noms de chaque liste, pour un total de cinquante-quatre membres<sup>1924</sup>. Avec l'Accord de Nouméa, le mandat des élus est également réduit à cinq ans<sup>1925</sup>. Le Congrès est chargé d'élire à la proportionnelle le gouvernement calédonien, responsable devant lui par l'adoption d'une motion de censure revêtue de la signature d'au moins un cinquième de ses membres<sup>1926</sup>. Le Congrès désigne entre cinq et onze membres élus ou non en son sein<sup>1927</sup>. Une telle approximation laisse à l'organe délibérant une marge de manœuvre qui en détermine le nombre avant l'élection. La variation quant à la composition de l'exécutif s'avère rationalisée ainsi :

Avec deux hommes, l'un domine l'autre. À trois, l'expérience des consuls pèse sur la mémoire historique. S'il y en a quatre, la paralysie est imaginable, faute de majorité possible en cas de division par moitié. Au contraire, à partir de cinq personnes, un gouvernement collégial paraît capable de fonctionner de manière à peu près satisfaisante. Au-delà de onze, on ferait du gouvernement une petite assemblée, une sorte d'« armée sud-américaine »<sup>1928</sup>.

---

<sup>1922</sup> Plus largement, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière d'« impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie ; création ou affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes au bénéfice des provinces, des communes, des établissements publics de coopération intercommunale ; réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions », selon l'art. 22 de la loi organique de 1999. Jocelyn Bénéteau confirme l'autonomie fiscale du législateur calédonien, mais refuse le qualificatif de « souveraineté fiscale », car « d'une part, la Nouvelle-Calédonie ne dispose pas de la compétence de la compétence, d'autre part, elle ne détient pas la plénitude de la compétence fiscale sur son territoire ». En effet, la compétence de l'État n'est pas exclue en matière fiscale sur le territoire calédonien. Il est à noter que l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie en matière fiscale est une compétence ancienne, remontant au XIX<sup>e</sup> siècle et qui ne date pas des accords de 1988 ou de 1998. Voir notamment, Loi du 13 avril 1900 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1900*, J.O.R.F. du 14 avril 1900, p. 2312, art. 33. Voir, Jocelyn BÉNETEAU, « L'autonomie fiscale de la Nouvelle-Calédonie », dans Xavier CABANNES (dir.), *Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud, Journal de droit comparé du pacifique*, volume hors-série, n° XVIII, 2015, p. 5-24, sp. p. 8-9.

<sup>1923</sup> Carine GINDRE-DAVID, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Paris, L'Harmattan, 2009, p. 64.

<sup>1924</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, préc., art. 185

<sup>1925</sup> *Ibid.*, art. 186.

<sup>1926</sup> *Ibid.*, art. 108.

<sup>1927</sup> *Ibid.*, art. 109. Toutefois, selon l'article 118 de la loi organique, « le membre du congrès ou le membre d'une assemblée de province, élu au gouvernement, cesse d'appartenir à l'assemblée dont il était membre ».

<sup>1928</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, op. cit., p. 57.

L'exécutif est donc collégial, mais aussi proportionnel, ce qui traduit une volonté de faire œuvrer ensemble les différentes composantes de la société calédonienne<sup>1929</sup>. Un gouvernement de même nature existe par exemple en Irlande du Nord, institué par l'Accord du Vendredi saint de 1998 : un exécutif collégial est nommé par une assemblée élue au scrutin proportionnel. Le Premier ministre et le vice-premier ministre sont respectivement unioniste et nationaliste. De ce fait, les principaux partis ne peuvent se retrouver exclus des décisions politiques et sont contraints de collaborer. En Nouvelle-Calédonie, la décision se prend à la majorité et « les arrêtés du gouvernement sont signés par le président et contresignés par les membres du gouvernement chargés d'en contrôler l'exécution »<sup>1930</sup>. Les membres chargés d'en contrôler l'exécution sont alors ceux « chargés de contrôler le secteur de l'administration auquel incombe la mise en œuvre de ces arrêtés »<sup>1931</sup>. Pourtant, à la différence du gouvernement français, le refus de contresigner ne conduit pas à la démission d'office : c'est ici la particularité et la condition de la collégialité calédonienne laquelle semble se rapprocher du consensus kanak<sup>1932</sup>. La professeure Carine David explique :

La plupart des lois du pays adoptées à ce jour sont issues de projets proposés par le Gouvernement et dont le contenu a au préalable été arrêté en réunion de collégialité, parfois après d'après négociations. [...] L'originalité du système ainsi mis en place a pour conséquence que les discussions entre formations politiques ont lieu en amont, au sein de l'exécutif, et non devant l'Assemblée législative<sup>1933</sup>.

Ainsi, malgré le gouvernement collégial, le Congrès n'est pas pour autant une assemblée puissante. L'ensemble de ces éléments amènent Christophe Chabrot et le professeur Mathias Chauchat à supposer que le régime est de type parlementaire<sup>1934</sup>, de surcroît avec une pratique parlementariste<sup>1935</sup>. À tout le moins, il semble que « la Calédonie vit ainsi dans un système mixte qui s'inspire de la tradition constitutionnelle française, matinée d'influences océaniques »<sup>1936</sup>.

**628.** En outre, par l'Accord de Nouméa, les trois provinces sont maintenues dans l'organisation institutionnelle et obtiennent la compétence de droit commun selon laquelle toutes les matières qui

---

<sup>1929</sup> Le Bilan de l'Accord de Nouméa précise d'ailleurs que « la collégialité apparaît comme un facteur déterminant de la reconnaissance de la légitimité des institutions et de leurs décisions, jusqu'au niveau technique, par les deux sensibilités principales ». Voir, CABINET CM INTERNATIONAL, *Bilan institutionnel, administratif et financier de l'accord de Nouméa*, Paris, Cabinet CM International, 2023, p. 28.

<sup>1930</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *préc.*, art. 128.

<sup>1931</sup> CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sections réunies, avis n° 266754 du 15 juillet 2004.

<sup>1932</sup> Sur les oppositions entre collégialité et consensus au sein du gouvernement calédonien, voir, Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives, op. cit.*, p. 69-70 : en 1999, le FNLSK défend la thèse de la recherche systématique du consensus, selon lequel « une discussion doit se poursuivre jusqu'à ce qu'un accord puisse intervenir ». Le RPCR réplique que la collégialité implique seulement l'obligation pour la majorité d'informer la minorité. Soulignée par Pierre Frogier, une certitude demeure selon laquelle, en Nouvelle-Calédonie, « la force majoritaire ne fait pas jouer sa majorité [...] Le parti majoritaire s'oblige à partager le pouvoir avec la minorité au congrès, notamment avec les partis indépendantistes ».

<sup>1933</sup> Carine DAVID, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 98, n°2, 2014, p. 317-344, spé. p. 321.

<sup>1934</sup> Christophe CHABROT, « La nature du régime politique calédonien », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 161-163, spé. p. 163.

<sup>1935</sup> Mathias CHAUCHAT, « La nature du régime politique calédonien », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 164-173, spé. p. 166.

<sup>1936</sup> *Ibid.*



ne sont pas dévolues par la loi à l'État ou au Congrès de Nouvelle-Calédonie leur reviennent<sup>1937</sup>. Ce découpage provincial permet ainsi « à chaque mouvance politique de détenir le pouvoir sur les parties de territoire où elle est majoritaire »<sup>1938</sup>. Les Kanak, principalement indépendantistes, administrent les provinces nord et des îles Loyauté, quand les loyalistes se retrouvent dans la province sud.

**629.** De même, l'Accord de Nouméa maintient la représentation coutumière avec les conseils coutumiers des huit aires, mais remplace le Conseil consultatif coutumier par le Sénat coutumier, qui doit être obligatoirement consulté sur les sujets intéressants l'identité kanak<sup>1939</sup>. La terminologie de « Sénat » n'est pas neutre, car elle rappelle le projet de constitution de Kanaky, rédigé en 2018 par le FLNKS, prévoyant un Sénat contribuant « à l'élaboration de la loi »<sup>1940</sup>. Selon le projet kanak, cette chambre devrait être composée « de représentants des aires coutumières et de représentants des autres groupes culturels vivant au Pays [...] désignée selon les us et coutumes propres à chaque communauté »<sup>1941</sup>. C'est désormais le cas des sénateurs coutumiers qui, après de vives discussions<sup>1942</sup>, restent désignés selon les procédures coutumières consensuelles propres à chaque aire, majoritairement lors de réunions en assemblée générale du conseil coutumier ou du conseil des chefs de clan. Par exemple, le conseil coutumier d'Ajié Arho précise la procédure de désignation coutumière du sénateur par l'article 17 de son règlement intérieur :

- 1) Un seul candidat est validé par le chef de clan.
- 2) Le chef de clan le présente en réunion de conseil des chefs de clan de la tribu dont il est ressortissant. Chaque candidature est accompagnée d'un procès-verbal de désignation signé par les membres du clan. Le conseil des chefs de clan valide une seule candidature parmi les candidats présentés par les clans. Un procès-verbal de réunion est signé de tous les membres du conseil des chefs de clan présents à la réunion. S'il n'y a pas de consensus, les candidatures amenées au conseil des chefs de clan concerné sont transmises au conseil de district dont il est ressortissant qui statue<sup>1943</sup>.

De façon similaire, le règlement intérieur du conseil coutumier de Xârâcùù énonce une règle de désignation liée à l'organisation coutumière :

---

<sup>1937</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 20.

<sup>1938</sup> Carine DAVID, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 320.

<sup>1939</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, *préc.*, point 1. 2. 5. Il est important de souligner que, dans sa thèse de doctorat, Léon Wamytan, frère du dirigeant indépendantiste et grand chef autochtone Roch Wamytan, consacre plusieurs paragraphes à ce qu'il nomme également la « représentation coutumière ». Cette terminologie recouvre les institutions du Sénat coutumier, des grands chefs, des chefs et des conseils coutumiers au sein des aires coutumières. Son étude relève aussi les obstacles que rencontrent cette représentation coutumière. Voir, Léon WAMYTAN, *Peuple kanak et droit français : du droit de la colonisation au droit de la décolonisation, l'égalité en question*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, 2013, p. 275-284.

<sup>1940</sup> FRONT DE LIBERATION NATIONALE KANAK ET SOCIALISTE, *Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle Calédonie souveraine*, Nouvelle-Calédonie, FLNKS, 2018, p. 13.

<sup>1941</sup> *Ibid.*

<sup>1942</sup> Voir, Chapitre 4, Section 1, Paragraphe 2.

<sup>1943</sup> Délibération n° 2020-02/CCAA du 25 juillet 2020 *portant règlement intérieur du conseil coutumier Ajié Arho*, J.O.N.C. du 25 août 2020, p. 12750.

Les membres du Sénat coutumier sont désignés par la hiérarchie coutumière suivante : les clans, la chefferie, le conseil de district en tenant compte du principe suivant : un sénateur représentera les districts de la côte ouest, l'autre sénateur représentera les districts de la côte est [...]. Un procès-verbal de palabre atteste de cette désignation. Il doit être signé par les chefs des clans, le chef coutumier et le président du Conseil des Anciens, le président et les chefs coutumiers faisant partie du conseil de district<sup>1944</sup>.

La composition est ainsi élargie puisque le Sénat n'est plus uniquement constitué de grands chefs. De surcroît, le règlement intérieur du conseil de Xârâcùù révèle une exigence de compétences professionnelles en matière économique, sociale, éducative, religieuse et politique. Le texte affirme que «les sénateurs qui fournissent un travail jugé insuffisant par les membres du conseil coutumier sont démis de leurs fonctions»<sup>1945</sup>, ce qui atteste de l'existence de mécanisme de mise en responsabilité et de destitution, y compris pour les institutions de droit coutumier.

**630.** L'Accord de Nouméa valorise aussi la représentation coutumière en confiant aux huit conseils «un rôle dans la clarification et l'interprétation des règles coutumières»<sup>1946</sup> et en associant les autorités coutumières «à l'élaboration des décisions des assemblées locales»<sup>1947</sup>. De même, il prévoit la redéfinition du statut juridique du procès-verbal de palabre afin de lui donner une pleine force juridique<sup>1948</sup>. Grâce à l'ensemble de ces orientations, les procédures coutumières de désignation des représentants sont pleinement reconnues et intégrées au droit positif, et cela même si ces dernières n'utilisent pas l'élection. En effet, la loi organique de 1999, prise en application de l'Accord de Nouméa, dispose que la composition du conseil coutumier «est fixée selon les usages propres à celle-ci»<sup>1949</sup> et que «les règles d'organisation et de fonctionnement de chaque conseil coutumier sont fixées par un règlement intérieur publié au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie»<sup>1950</sup>. Par exemple, le conseil coutumier d'Ajié Arho précise sa composition par les articles 5 et 6 de son règlement intérieur :

Le conseil coutumier Ajié Arho est composé : - des autorités coutumières : grands chefs de district, chefs de tribu, chefs de clan ; - des instances coutumières : présidents des conseils des districts, présidents des conseils des chefs de clan, membres du bureau du conseil coutumier. [...] Les anciens présidents et sénateurs sont membres de droit.<sup>1951</sup>

---

<sup>1944</sup> Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâcùù n° 01/D du 20 janvier 2001*, J.O.N.C. du 15 juillet 2021, p. 11553, art. 24.

<sup>1945</sup> Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâcùù n° 01/D du 20 janvier 2001, préc.*, art. 26.

<sup>1946</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, point 1. 2. 2.

<sup>1947</sup> *Ibid.*, point 1. 2. 4.

<sup>1948</sup> *Ibid.*, point 1. 2. 1 : «le statut juridique du procès-verbal de palabre (dont le nom pourrait être modifié) doit être redéfini, pour lui donner une pleine force juridique, en fixant sa forme et en organisant une procédure d'appel permettant d'éviter toute contestation ultérieure». Voir aussi, Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C. du 30 janvier 2007, p. 647, art. 1 : «le palabre est une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak, à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée. Cette décision peut être transcrite dans le cadre d'un acte coutumier». Pour une analyse plus approfondie, Voir, Chapitre 6, Section 1, Paragraphe 1, para. 712.

<sup>1949</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 149.

<sup>1950</sup> *Ibid.*, art. 152.

<sup>1951</sup> Délibération n° 2020-02/CCLAA du 25 juillet 2020 *portant règlement intérieur du conseil coutumier Ajié Arho, préc.*

La *Charte du peuple kanak* indique que la désignation des représentants coutumiers obéit à des processus à la fois héréditaire et consensuel. Si c'est régulièrement le premier né de la branche aînée qui est proposé, la nomination d'un chef doit faire l'objet d'un consensus issu de la consultation des clans<sup>1952</sup>. Le règlement intérieur du conseil coutumier de Xârâciù énonce les règles de désignation en ces termes :

Les membres du conseil coutumier sont désignés par la hiérarchie coutumière suivante : les clans, la chefferie, le conseil de district. [...] Sont membres d'office, les chefs coutumiers, les présidents des conseils des anciens, les présidents des conseils de district et les sénateurs représentant l'aire coutumière<sup>1953</sup>.

La hiérarchie coutumière kanak comprend les conseils de district, les conseils de chefs de clans et les conseils de clans<sup>1954</sup>. Le conseil des chefs de clan est composé « de chacun des représentants coutumiers des clans faisant partie de la tribu »<sup>1955</sup>. L'article 4 du règlement intérieur précise :

Pour la désignation d'un chef de clan, le procès-verbal de palabre portant nomination ou l'acte coutumier doit être accompagné du procès-verbal de réunion de famille, du procès-verbal de réunion de conseil de chefs de clan, et du procès-verbal de réunion du conseil de district coutumier<sup>1956</sup>.

De la sorte, la nomination des représentants coutumiers de l'ensemble de la hiérarchie se réalise lors de réunions et échappe à une désignation électorale. Cela constitue une adaptation du droit positif qui admet une procédure coutumière de désignation en son sein. En outre, la reconnaissance juridique garantie par l'Accord de Nouméa et la loi organique va jusqu'à l'attribution d'une dotation aux huit conseils, au remboursement des frais de transport et de séjour pour les membres et au versement d'une « indemnité forfaitaire pour frais de représentation » aux présidents des conseils coutumiers<sup>1957</sup>.

---

<sup>1952</sup> *Charte du peuple kanak*, art. 46.

<sup>1953</sup> Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâciù n° 01/D du 20 janvier 2001, préc.*, art. 2.

<sup>1954</sup> Guylène NICOLAS, « le rôle des autorités et institutions coutumières », dans Étienne CORNUT et Pascale DEUMIER (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 338-353, spé. p. 341. Voir, Délibération n° 351 du 10 décembre 1981 *relative au conseil du clan et au conseil des chefs de clan, préc.* Le rapport de James Anaya clarifie ainsi la représentation coutumière : « les clans sont dirigés par des chefs de clan et constituent 341 tribus, dirigée chacune par un chef de tribu. Les tribus sont elles-mêmes regroupées en 57 chefferies ou districts coutumiers, chacun mené par un chef principal et formant les subdivisions administratives des aires coutumières. Les Accords de Matignon de 1988 ont donné une existence formelle aux huit aires coutumières et à leurs chefferies traditionnelles, lesquelles se réunissent pour former le conseil coutumier de la Nouvelle-Calédonie. L'Accord de Nouméa a fait de cet organe le Sénat coutumier actuel, qui comprend deux représentants de chacune des huit aires coutumières et qui, d'une manière générale, a reconnu la légitimité des autorités coutumières ». Voir, CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6., para. 20.

<sup>1955</sup> Délibération n° 351 du 10 décembre 1981 *relative au conseil du clan et au conseil des chefs de clan, préc.*, art. 1 : « le Conseil du clan règle toutes affaires intéressant les biens du clan. Il est composé des représentants de chaque groupe familial constituant le Clan. Article 2. À l'échelon de la tribu, il peut être constitué un Conseil des Chefs de Clan composé de chacun des représentants coutumiers des clans faisant partie de la tribu. Article 3. Lorsqu'il est entièrement constitué, le Conseil des Chefs de Clan se substitue au Conseil des Anciens en ce qui concerne les attributions exercées par ce dernier. Le Conseil des Chefs de Clan traite de l'Administration générale coutumière de la tribu ».

<sup>1956</sup> Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâciù n° 01/D du 20 janvier 2001, préc.*, art. 4.

<sup>1957</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 151.

**631.** Finalement, les représentations étatiques et coutumières se conjuguent au sein de l'Accord de Nouméa, l'une responsable de l'élaboration du droit commun, l'autre du droit coutumier. À la fin des années 1990, en France, il s'agit d'un aménagement important, ce que relève le Sénat coutumier dans un rapport en 2019 :

Nous retiendrons que dans le cadre des décolonisations à la Française, c'était quelque chose de novateur et cela s'est passé 9 années avant l'adoption de la Déclaration de l'ONU sur la reconnaissance des droits autochtones. Ainsi, il faut considérer aujourd'hui que l'Accord de Nouméa a marqué un changement de paradigme conséquent, sur le plan politique bien sûr, mais surtout sur le plan sociétal avec la prise en compte de la coutume comme source de droit et système d'organisation d'une population autochtone, les Kanak<sup>1958</sup>.

Ainsi fondées sur des procédures de désignation différentes, les représentations étatiques et coutumières ne semblent pas nécessairement antagonistes et peuvent même s'avérer complémentaires. Cette complémentarité des modèles juridiques se retrouve d'ailleurs comme objectif de la *Charte des valeurs calédoniennes*, pendant de la *Charte du peuple kanak*, adoptée en 2018 par le Groupe de dialogue<sup>1959</sup>. En effet, le premier article affirme l'attachement des Calédoniens aux « aux valeurs universelles et républicaines » et « aux valeurs Kanak et océaniques millénaires, en tant que composantes et sources d'inspiration, par leur dimension universelle, des valeurs calédoniennes »<sup>1960</sup>. La dernière phrase de la charte précise que « les institutions publiques mettent en place les politiques nécessaires pour faire vivre ces valeurs et leur donner corps dans la vie quotidienne des Calédoniens »<sup>1961</sup>. Par ces dispositions, les signataires kanak et calédoniens encouragent un dépassement des divisions manichéennes et avancent l'existence de valeurs communes et complémentaires.

**632.** L'enrichissement des modèles de représentation s'avère également souhaité par le Sénat coutumier, qui écrit dans son journal d'information :

La gestion juridique et institutionnelle du pays doit rompre avec les rouages du monisme juridique ou du centralisme administratif pour permettre le dialogue juridique entre les deux légitimités présentes en Nouvelle-Calédonie. La légitimité coutumière est basée sur l'individu collectif kanak avec à la base, l'indissociabilité de l'individu de son groupe familial, clanique. La légitimité démocratique repose sur les droits et la liberté de l'individu. Chaque légitimité doit trouver les moyens de son expression, l'un servant de contrepoids à l'autre et *vice versa* et le tout s'exerçant dans une recherche constante d'équilibre et de progrès<sup>1962</sup>.

---

<sup>1958</sup> SENAT COUTUMIER, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, Nouméa, Sénat coutumier, 2019, p. 8.

<sup>1959</sup> Le groupe de dialogue signataire est alors composé de Daniel Goa, Philippe Gomès, Philippe Michel, Paul Néaoutyine, Victor Tutugoro, Rock Wamytan, Gaël Yanno, sous la présidence de Thierry Lataste, et avec François Seners en représentant du Premier ministre. Peu avant l'échéance du référendum de 2018, le prologue de la charte précise « nous, responsables politiques, avons décidé d'établir, de porter et de partager la présente *Charte des valeurs calédoniennes* pour mettre en évidence ce qui rassemble et unit les Calédoniens dans leur diversité ». La charte a été élaborée suite à la consultation d'institutions, d'associations et de Calédoniens.

<sup>1960</sup> HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE, *Charte des valeurs océaniques*, Nouméa, 2018, art. I, points 1 et 2.

<sup>1961</sup> *Ibid.*

<sup>1962</sup> SENAT COUTUMIER, « Mandature 2017-2018, Orientation stratégique », *La Parole Journal d'information du Sénat coutumier*, n° 25, 2017, p. 9.

Un tel objectif semble adéquat aux objectifs politiques formulés dans le cadre du « destin commun ». Toutefois, rompre avec les rouages du monisme juridique relève d'une entreprise complexe. Les accords gouvernementaux tels que ceux de Matignon et de Nouméa semblent pourtant déjà vecteurs d'un certain pluralisme en ce qu'ils obligent au dialogue entre les parties et les mettent sur un pied d'égalité. Il reste que l'autonomie renforcée par les accords gouvernementaux dépend grandement de la géographie. Selon une logique similaire à la répartition des accords au Canada<sup>1963</sup>, la distance entre l'Hexagone et la Nouvelle-Calédonie facilite l'institutionnalisation d'une représentation certes autonome du Parlement national, mais aussi très éloigné géographiquement. C'est un des critères qui influe sur la portée des aménagements apportés au système de représentation politique. Du reste, les institutions représentatives calédoniennes ne sont pas les seules à connaître des adaptations, puisque la conception électorale de la représentation en fait aussi l'expérience.

## B. L'aménagement de la représentation locale électorale

**633.** Durant la période coloniale, la représentation électorale des Indigènes est niée. Les Kanak n'accèdent au droit de vote qu'à partir de 1946. Celui-ci leur est octroyé progressivement, dans le contexte des années 1970 où l'objectif gouvernemental affiché reste celui d'inverser le rapport numérique des populations allochtones et autochtones<sup>1964</sup>. Dès lors, cette problématique se positionne au centre des négociations qui perdurent encore aujourd'hui.

**634.** Les Accords de Matignon-Oudinot et de Nouméa avancent une solution de compromis par la définition d'un corps électoral restreint<sup>1965</sup>. Ainsi, au sens volitif, tous les Calédoniens sont représentés, mais au sens électoral, seule une fraction d'entre eux peut voter, dépendamment de l'enjeu et du type de scrutin. En 1988, le texte n° 2 des Accords de Matignon précise déjà que pour le scrutin d'autodétermination prévu dix ans plus tard, « les électeurs et les électrices de Nouvelle-Calédonie qui seront appelés à se prononcer sur ce projet de loi référendaire, ainsi que leurs

---

<sup>1963</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 293.

<sup>1964</sup> Pierre MESSMER, *Lettre du Premier ministre au secrétaire d'État aux DOM-TOM sur les vertus de l'immigration massive pour empêcher les revendications indépendantistes*, Juillet 1972, cité par Isabelle LEBLIC, « Chronologie de la Nouvelle-Calédonie », art. cit., p. 302. L'objectif est que les habitants d'origine européenne deviennent et restent majoritaires sur l'Archipel.

<sup>1965</sup> Le professeur Mathias Chauchat attire l'attention sur le fait que le terme « restreint » demeure connoté. En effet, le scrutin n'est restreint que du point de vue des métropolitains, et reste ouvert selon les Kanak. Les Kanak sont le peuple colonisé concerné par la décolonisation, mais ce scrutin s'est ouvert à d'autres personnes. Il explique : les Kanak considèrent en effet « qu'ils sont le peuple colonisé et que l'utilisation par les autres de leur droit de vote pour empêcher l'autodétermination est une rupture du contrat social. Si l'on touche au corps électoral, on risque d'annuler toute la séquence. Ce qui meurt dans l'ouverture du corps électoral, c'est le peuple calédonien, qui disparaît pour ne laisser qu'une rupture entre les Kanaks et les Français ». Voir, Mathias CHAUCHAT, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, op. cit., p. 86.

descendants accédant à la majorité, constituent les populations intéressées à l'avenir du Territoire. Ils seront donc seuls autorisés à participer jusqu'en 1998 aux scrutins qui détermineront cet avenir»<sup>1966</sup>. Les scrutins concernés sont ceux des élections aux conseils de province – qui déterminent la composition du Congrès<sup>1967</sup> – et du référendum d'autodétermination sur le fondement de l'article 53-3 de la Constitution.

**635.** Dix ans plus tard, l'Accord de Nouméa prévoit trois référendums d'autodétermination successifs pour éviter tout référendum-couperet. Une liste électorale spéciale est donc prévue pour ces consultations locales, comprenant huit critères alternatifs, renvoyant principalement aux électeurs admis à participer à la consultation de 1998 ou à ceux qui peuvent justifier d'une durée de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie ou qui ont un parent citoyen calédonien<sup>1968</sup>. Selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, cette restriction ne serait pas contraire au droit international. Il affirme dans les constatations de l'Affaire Gillot du 15 juillet 2002 que les mesures prises ne revêtent pas un caractère disproportionné « vis-à-vis d'un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents »<sup>1969</sup>.

---

<sup>1966</sup> Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988.

<sup>1967</sup> Cette disposition n'est pas retranscrite dans l'Accord d'Oudinot soumis à référendum quelques mois plus tard, « en raison de la contradiction avec le principe à valeur constitutionnelle d'égalité du suffrage posé par l'article 3 de la Constitution ». Voir, Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 61-72, spé. p. 68.

<sup>1968</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, point 2.2.1. : « Le corps électoral pour les consultations relatives à l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie intervenant à l'issue du délai d'application du présent accord (point 5) comprendra exclusivement : les électeurs inscrits sur les listes électorales aux dates des consultations électorales prévues au 5 et qui ont été admis à participer au scrutin prévu à l'article 2 de la loi référendaire, ou qui remplissaient les conditions pour y participer, ainsi que ceux qui pourront justifier que les interruptions dans la continuité de leur domicile en Nouvelle-Calédonie étaient dues à des raisons professionnelles ou familiales, ceux qui, de statut coutumier ou nés en Nouvelle-Calédonie, y ont eu le centre de leurs intérêts matériels et moraux et ceux qui ne sont pas nés en Nouvelle-Calédonie, mais dont l'un des parents y est né et qui y ont le centre de leurs intérêts matériels et moraux. Pourront également voter pour ces consultations les jeunes atteignant la majorité électorale, inscrits sur les listes électorales, et qui, s'ils sont nés avant 1988, auront eu leur domicile en Nouvelle-Calédonie de 1988 à 1998 ou, s'ils sont nés après 1988, ont eu un de leurs parents qui remplissait ou aurait pu remplir les conditions pour voter au scrutin de la fin de 1998. Pourront également voter à ces consultations les personnes qui pourront justifier, en 2013, de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie ». L'article 218 de la loi organique reprend ces dispositions et précise que « sont admis à participer à la consultation les électeurs inscrits sur la liste électorale à la date de celle-ci et qui remplissent l'une des conditions suivantes : a) Avoir été admis à participer à la consultation du 8 novembre 1998 ; b) N'étant pas inscrits sur la liste électorale pour la consultation du 8 novembre 1998, remplir néanmoins la condition de domicile requise pour être électeur à cette consultation ; c) N'ayant pas pu être inscrits sur la liste électorale de la consultation du 8 novembre 1998 en raison du non-respect de la condition de domicile, justifier que leur absence était due à des raisons familiales, professionnelles ou médicales ; d) Avoir eu le statut civil coutumier ou, nés en Nouvelle-Calédonie, y avoir eu le centre de leurs intérêts matériels et moraux ; e) Avoir l'un de leurs parents né en Nouvelle-Calédonie et y avoir le centre de leurs intérêts matériels et moraux ; f) Pouvoir justifier d'une durée de vingt ans de domicile continu en Nouvelle-Calédonie à la date de la consultation et au plus tard au 31 décembre 2014 ; g) Être nés avant le 1er janvier 1989 et avoir eu son domicile en Nouvelle-Calédonie de 1988 à 1998 ; h) Être nés à compter du 1er janvier 1989 et avoir atteint l'âge de la majorité à la date de la consultation et avoir eu un de leurs parents qui satisfaisait aux conditions pour participer à la consultation du 8 novembre 1998 ». Voir aussi, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*

<sup>1969</sup> Constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies en date du 15 juillet 2002, disponible dans CEDH, 11 janvier 2005, *M. Py c/France*, n° 66289/01, p. 12 : « Le Comité a pris note du fait que les scrutins locaux s'inscrivaient dans le cadre d'un processus d'autodétermination des populations de Nouvelle-Calédonie. [...] Le

**636.** Pour les scrutins provinciaux, l'Accord de Nouméa reprend également l'engagement initial et dispose : « comme il avait été prévu dans le texte signé des accords de Matignon, le corps électoral aux assemblées des provinces et au Congrès sera restreint »<sup>1970</sup>. Pour éviter tout risque d'inconstitutionnalité cette fois, la restriction du corps électoral se fonde désormais sur les nouveaux articles 76 et 77 de la Constitution. Ces articles reprennent les modalités de l'accord et constituent des normes de référence dans le contrôle de constitutionnalité des lois relatives à la Nouvelle-Calédonie<sup>1971</sup>, évitant par la même occasion l'inconstitutionnalité de la loi organique<sup>1972</sup>. Concernant le scrutin provincial, l'accord de 1998 stipule donc :

Il sera réservé aux électeurs qui remplissaient les conditions pour voter au scrutin de 1998, à ceux qui, inscrits au tableau annexe, rempliront une condition de domicile de dix ans à la date de l'élection, ainsi qu'aux électeurs atteignant l'âge de la majorité pour la première fois après 1998 et qui, soit justifieront de dix ans de domicile en 1998, soit auront eu un parent remplissant les conditions pour être électeur au scrutin de la fin de 1998, soit, ayant eu un parent inscrit sur un tableau annexe justifieront d'une durée de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection<sup>1973</sup>.

L'article 188 de la loi organique de 1999 reprend formellement ces conditions. Toutefois, la complexité réside dans la nature du « tableau annexe » précité. Entre 1997 et 2007, celui-ci fait l'objet de nombreuses controverses entre les interprétations des loyalistes favorables à un corps électoral glissant et celles des indépendantistes en faveur d'un corps électoral « gelé » aux seuls inscrits sur les listes en 1998. Jusqu'en 2007, la commission administrative chargée d'établir les listes électorales spéciales se fonde sur un corps électoral « glissant », ou autrement dit un corps « évolutif » des électeurs admis à participer aux scrutins des institutions représentatives calédoniennes. Le Conseil constitutionnel adopte initialement une conception « glissante » similaire, considérant « qu'il ressort des dispositions combinées des articles 188 et 189 que doivent notamment participer à l'élection des assemblées de province et du congrès les personnes qui, à la date de l'élection, figurent au tableau annexe mentionné au I de l'article 189 et sont domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie, quelle que soit la date de leur établissement en Nouvelle-Calédonie, même postérieure au 8 novembre 1998 »<sup>1974</sup>. Il suffit alors de justifier de dix ans de domicile sur le territoire pour voter aux élections provinciales, quelle que soit la date d'arrivée, ce qui constitue déjà en soi un aménagement de la représentation électorale.

---

Comité estime, en l'occurrence, que les critères établis sont raisonnables dans la mesure où ils s'appliquent strictement et uniquement à des scrutins s'inscrivant dans un processus d'autodétermination »

<sup>1970</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*

<sup>1971</sup> Agnès ROBLLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2007, p. 119 et s.

<sup>1972</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>1973</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, point 2. 2. 1.

<sup>1974</sup> CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, p. 4234.

637. Pourtant, il ressort de la lecture des travaux préparatoires qu'un tableau annexe « gelé » à l'année 1998 s'approche davantage de la conception envisagée par le législateur organique<sup>1975</sup>. Cette interprétation est finalement entérinée en 2007 par le Parlement réuni en Congrès qui modifie l'article 77 de la Constitution<sup>1976</sup>. Le gel du corps électoral acquiert donc une valeur constitutionnelle. Il s'agit d'un véritable lit de justice visant à contourner la jurisprudence constitutionnelle par l'exercice du pouvoir constituant<sup>1977</sup>. Selon Nicolas Clinchamps, si le corps électoral glissant avait été retenu, de nouveaux électeurs arrivés à partir de 2009 auraient pu voter aux élections provinciales et jouer un rôle déterminant sur la politique locale :

Il va de soi que cette lecture contenait le ferment d'une potentielle dépossession du destin des « calédoniens historiques », car l'acquisition d'une citoyenneté au bout d'une telle période comportait un risque de déséquilibre en cas d'arrivée massive de métropolitains. [...] Or le fameux équilibre ethnique issu de l'accord de Nouméa repose sur les populations installées avant 1998. À n'en pas douter, le phénomène de distorsion justifiant la restriction du corps électoral se serait à nouveau amplifié avec la reconnaissance de la thèse du corps électoral glissant<sup>1978</sup>.

Dès lors, depuis 2007, les électeurs des assemblées de Province et du Congrès sont donc les nationaux français, inscrits sur les listes pour la consultation prévue en 1998, ou inscrits au tableau annexe « gelé » dressé à cette même date et justifiant de dix ans de domicile, ainsi que les descendants de ces électeurs<sup>1979</sup>. Ces critères conditionnent ainsi l'octroi de la citoyenneté néo-calédonienne<sup>1980</sup>, dont la définition réside dans le fait de pouvoir désigner ses « représentants provinciaux ». À ce titre, Olivier Gassiot dénonce « la consécration constitutionnelle de l'hérité du droit de vote en Nouvelle-Calédonie »<sup>1981</sup>.

---

<sup>1975</sup> Par exemple, l'un des rapporteurs du projet de loi organique, Jean-Jacques Hiest, estime que « l'intention sous-jacente à l'accord de Nouméa n'est pas d'instaurer un corps électoral glissant s'enrichissant au fil du temps des personnes dont l'inscription serait progressivement portée au tableau annexe et qui en sortiraient pour devenir des électeurs au moment où elles pourraient justifier de dix ans de résidence ». Voir, Jean-Jacques HYEST, *Rapport sur le projet de loi et le projet de loi organique adoptés par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence relatifs à la Nouvelle-Calédonie*, Sénat, session ordinaire de 1998-1999, document n° 180, tome 1, 28 janvier 1999, p. 220-223. Voir aussi, Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 68-69.

<sup>1976</sup> Il est inscrit à l'article 77 de la Constitution : « Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer ». La modification de la loi organique a ainsi été rendue inutile par la précision de la révision constitutionnelle.

<sup>1977</sup> Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 69.

<sup>1978</sup> Nicolas CLINCHAMPS, « Distorsions et corps électoraux en Nouvelle-Calédonie », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 127, 2008, p. 151-165, spé. p. 157.

<sup>1979</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 188.

<sup>1980</sup> *Ibid.*, art. 4.

<sup>1981</sup> Olivier GASSIOT, « Une réforme constitutionnelle de trop : le gel du corps électoral calédonien », dans Henry ROUSSILLON (dir.), *Les élections présidentielles et législatives de 2007*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 421-461, spé. p. 450.



**638.** Concernant cet aménagement de la représentation électorale, le Conseil d'État, par l'arrêt *Sarran* de 1998<sup>1982</sup>, et la Cour de cassation, par l'arrêt *Mlle Fraisse* de 2000<sup>1983</sup>, refusent d'exercer un contrôle de conventionnalité sur des dispositions ayant un fondement constitutionnel. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme garantit la compatibilité des restrictions du corps électoral provincial avec la Convention européenne : les restrictions ne violent pas le principe du droit à des élections libres inscrit à l'article 3 du protocole n° 1 additionnel à la Convention, car l'article 56 de la même Convention permet d'y déroger pour des « nécessités locales ». En l'espèce, la cour précise :

Le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'autodétermination. Il s'agit d'un « système inachevé et transitoire ». [...] Or, après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, cette condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier<sup>1984</sup>.

En effet, en cas d'indépendance de la Nouvelle-Calédonie, le gel du corps électoral constituerait un mécanisme transitoire dans le sens où la citoyenneté calédonienne deviendrait nationalité<sup>1985</sup>. Cet aménagement est donc conforme à la Convention européenne.

**639.** Par conséquent, il existe trois listes électorales différentes en Nouvelle-Calédonie : la liste spéciale pour le référendum d'autodétermination, celle spéciale pour les élections provinciales et la liste soumise au régime de droit commun pour les scrutins européens, nationaux et municipaux. La liste spéciale pour le référendum d'autodétermination comprend 185 004 personnes<sup>1986</sup>, quand la liste électorale générale en comprend 220 279, soit une différence de 35 275 personnes. La liste

---

<sup>1982</sup> CE, Ass., 30 octobre 1998, *M. Claude Sarran*, n° 200286. Il s'agit d'une contestation du décret du 20 août 1998 portant organisation de la consultation du 8 novembre 1998 sur l'Accord de Nouméa au regard du droit international. Le juge refuse le contrôle de conventionnalité au motif que l'article 76 nouveau de la Constitution opère un renvoi explicite à ces dispositions qui ont « elles-mêmes valeur constitutionnelle ».

<sup>1983</sup> Cass. ass. plén., 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, n° 99-60274. Il s'agit d'une contestation de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 au droit communautaire. Le refus du contrôle de conventionnalité se fonde sur le même raisonnement que celui de l'arrêt *Sarran*. Pour une analyse de ces deux arrêts, Voir, Olivier GOHIN, « La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie », dans *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 187-210, spé. p. 195-199.

<sup>1984</sup> CEDH, 11 janvier 2005, *M. Py c/France*, n° 66289/01.

<sup>1985</sup> L'Accord de Nouméa dispose que : « l'un des principes de l'accord politique est la reconnaissance d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie. Celle-ci traduit la communauté de destin choisie et s'organiserait, après la fin de la période d'application de l'accord, en nationalité, s'il en était décidé ainsi ».

<sup>1986</sup> Selon la liste établie pour le scrutin d'autodétermination de 2021. Voir, Françoise TROMEUR, « Référendum 2021 : les chiffres à retenir concernant la liste électorale spéciale pour la consultation », *France Info Nouvelle-Calédonie*, 2021, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/referendum-2021-les-chiffres-a-retenir-concernant-la-liste-electorale-speciale-pour-la-consultation-1121962.html> (consulté le 02.08.2022). Ces chiffres ont été mis à jour par le bilan de l'Accord de Nouméa : « Au 30 avril 2023, 178 374 électeurs inscrits sur la LESP et 220 970 sur la liste électorale générale (LEG), 184 364 électeurs inscrits pour la consultation de 2021 ». Voir, CABINET CM INTERNATIONAL, *Bilan institutionnel, administratif et financier de l'accord de Nouméa, op. cit.*, p. 16.

spéciale provinciale admet elle 169 635 électeurs<sup>1987</sup>. Il y a donc plus de personnes qui votent pour l'autodétermination que pour les provinciales. Face à cette incohérence, malgré la rigueur des critères, la pratique s'avère plus nuancée. Pour les natifs sans parents citoyens calédoniens qui votent au scrutin d'autodétermination, les indépendantistes acceptent, en violation de la loi organique, qu'ils soient inscrits sur les listes des électeurs provinciales<sup>1988</sup>. Le professeur Mathias Chauchat explique que la condition d'un parent citoyen n'est alors pas vérifiée et que les Kanak s'engagent à ne pas faire de recours<sup>1989</sup>. La citoyenneté s'acquiert donc parce que la personne naît dans le pays et y vit encore à ses dix-huit ans ou parce que la personne née ailleurs a un parent citoyen.

**640.** Bien que complexe, cette différenciation des corps électoraux demeure une composante du contrat social calédonien et organise un compromis ayant apporté plus de vingt ans de coexistence pacifique. Si les trois référendums ont eu lieu, l'Accord de Nouméa précise que « tant que les consultations n'auront pas abouti [...], l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette irréversibilité étant constitutionnellement garantie »<sup>1990</sup>. Dans ce cadre, Christophe Chabrot précise que le constituant ne pourrait modifier unilatéralement l'accord puisqu'en vertu du parallélisme des formes et de l'autonomie des volontés, « cet accord n'a pas été adopté par le constituant lui-même. Ce dernier n'a fait qu'inscrire la référence dans le texte constitutionnel »<sup>1991</sup>. Ainsi, l'accord reste toujours en vigueur aujourd'hui, dans l'attente d'évolutions juridiques.

**641.** Le caractère restreint du corps électoral pourrait être maintenu, particulièrement pour d'autres scrutins d'autodétermination. En effet, la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU du 16 juin 2022 rappelle que l'organisation d'une future consultation doit se faire conformément aux règles du droit international à partir « de listes électorales justes, régulières, crédibles et transparentes, comme prévu par l'Accord de Nouméa »<sup>1992</sup>, ce qui désigne l'exigence d'un corps électoral circonscrit aux populations calédoniennes intéressées.

**642.** Toutefois, à la veille de changements statutaires profonds, l'aménagement de la représentation électorale bute ici sur une de ses limites. Si « l'Accord de Nouméa consécutif aux

---

<sup>1987</sup> Pour les provinciales de 2019, Voir, Angélique SOUCHE, « 169 635 électeurs de Calédonie appelés aux urnes le 12 mai », *France Info Nouvelle-Calédonie*, 2019, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/169-635-electeurs-caledonie-appelés-aux-urnes-12-mai-705637.html> (consulté le 01.08.2022).

<sup>1988</sup> Mathias CHAUCHAT, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>1989</sup> *Ibid.*

<sup>1990</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, point 5.

<sup>1991</sup> Christophe CHABROT, « Le pouvoir constituant peut-il modifier l'Accord de Nouméa ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 137-149, spé. p. 139. En revanche, l'auteur précise que la référence constitutionnelle à l'accord peut tout à fait être modifiée, voire supprimée.

<sup>1992</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, A/AC.109/2022/L.22.

Accords de Matignon a marqué la paix et le développement d'une Nouvelle-Calédonie plurielle », souligne le professeur Jean-Yves Faberon<sup>1993</sup>, le caractère « pluriel » reste à nuancer. Dans un contexte où les Kanak ont historiquement été mis en minorité et où l'aménagement des conditions du scrutin au prix d'entorses aux principes démocratiques ne va pas jusqu'à les rendre électoralement majoritaires, les restrictions n'ont que peu d'effet sur les scrutins d'autodétermination, dans le sens où celles-ci n'ont pas conduit à l'indépendance du territoire. En outre, les atteintes aux principes démocratiques constitueraient un prix trop élevé pour des résultats contestés<sup>1994</sup>. De même, le caractère manichéen de l'outil référendaire renforce la division de la société calédonienne entre loyalistes et indépendantistes, entre allochtones et Kanak. À l'instar de ce que soutient le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, « comme le montrent de nombreux exemples récents (la Catalogne avec la question de son indépendance, la Grande-Bretagne sur le Brexit, etc.), l'organisation d'un référendum sur une question clivante ne résout rien lorsque la société est profondément divisée et qu'il n'existe pas de consensus en son sein »<sup>1995</sup>. L'outil semble donc potentiellement inadapté à la mise en œuvre du « destin commun ». C'est également ce que constate un rapport sénatorial de 2022 selon lequel « ce processus trentenaire n'a pour l'heure pas débouché sur une solution politique consensuelle et pérenne quant à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie »<sup>1996</sup>. En effet, les rapporteurs consultés arguent que « les différents mécanismes mis en place par l'Accord de Nouméa n'ont pas fait émerger une vision pleinement partagée au sein de la population calédonienne quant à l'avenir institutionnel de l'archipel »<sup>1997</sup>. Roch Wamytan, président du Congrès de la Nouvelle-Calédonie déclare par exemple que « les deux groupes sont renvoyés dos à dos »<sup>1998</sup>.

**643.** Les limites de l'outil référendaire pourraient se retrouver de nouveau dans l'hypothèse formulée par le ministre des Outre-mer, Sébastien Lecornu, prévoyant pour juin 2023, un référendum dit « de projet consensuel » puisque l'outil référendaire n'est pas particulièrement

---

<sup>1993</sup> Jean-Yves FABERON, « Aboutissement de l'Accord de Nouméa : consécration du partage ou des clivages ? », *RJPENC*, n° 37, 2021, p. 7-12, spé. p. 7. Il ajoute même que ces accords établissent une nouvelle Nouvelle-Calédonie, celle de l'intelligence et de la conciliation.

<sup>1994</sup> Pour le professeur Olivier Gohin, cette restriction du corps électoral confisque délibérément le caractère universel du suffrage à partir d'une conception communautariste de la société néo-calédonienne. Voir notamment, Olivier GOHIN, « La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 192.

<sup>1995</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Nouvelle-Calédonie : à la recherche du consensus perdu », *RJPENC*, 2018, vol. 2, n° 32, p. 12-13, spé. p. 12.

<sup>1996</sup> François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR Et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, n° 831, Sénat, 2022, p. 17.

<sup>1997</sup> Alain Christnacht, affirme notamment qu'« au terme des trois référendums, le pari initial - à savoir sortir à terme du clivage ethnique - n'a pas vraiment été tenu ». Voir, François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR Et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1998</sup> *Ibid.*

consensuel<sup>1999</sup>. Pourtant, grâce à la comparaison, des correctifs au référendum pourraient permettre l'atteinte d'un consensus. Par exemple, en s'inspirant de l'adoption de la Constitution niska'a, un quorum de participation et un seuil d'approbation de 70 % pourraient être requis afin d'entériner le projet. De cette manière, avec le quorum, les parties s'assurent que l'adhésion de chaque groupe reste nécessaire au processus, et, avec le seuil, que les termes de l'accord emportent un consensus important, nécessaire à un destin commun. De surcroît, le quorum et le vote qualifié apparaissent aussi comme des procédures plus démocratiques que la restriction du corps électoral, et moins susceptibles d'être remises en cause par les juridictions nationales et internationales. Arrivé au terme de la période transitoire, le contrat social calédonien fondé sur ces aménagements électoraux devra *in fine* faire l'objet de nouvelles négociations entre les parties à l'accord. Il reste qu'au-delà des accords, la représentation politique peut aussi être aménagée par la voie législative.

## SECTION 2 – La conciliation des systèmes de représentation par la loi

**644.** La loi peut œuvrer à l'harmonieuse coexistence de différents systèmes de représentation. Deux aménagements législatifs peuvent être observés : celui qui relève de la représentation politique et celui qui organise une certaine représentativité. La première conception s'entend de la représentation prise au sens collectif et la seconde, au sens distributif : « dans les deux cas, on représente un peuple fait d'individus, mais dans le premier on le représente comme une unité et dans le second comme une série d'individus juxtaposés »<sup>2000</sup>. Dans ce second cas, la représentation n'équivaut plus à *vouloir pour* ou à *tenir lieu*, mais plutôt à *ressembler à*. Pour les autochtones, le fait de *ressembler à* s'accompagne d'un troisième sens donné à la représentation : *porter la parole*<sup>2001</sup>. En outre, il s'agit d'aménager une représentativité où des autochtones portent la parole et représentent les intérêts particuliers des autochtones. Ce cadre établi, l'analyse porte donc sur les aménagements législatifs portés aux systèmes de représentation autochtones (**PARAGRAPHE 1**) et les aménagements législatifs instaurant une certaine représentativité autochtone au sein des institutions étatiques (**PARAGRAPHE 2**).

---

<sup>1999</sup> Sébastien LECORNU, « Déclaration sur l'avenir de la Nouvelle-Calédonie », Paris, le 2 juin 2021, *Vie Publique*, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/280324-sebastien-lecornu-02062021-nouvelle-caledonie> (consulté le 11.05.2022).

<sup>2000</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 1.

<sup>2001</sup> *Ibid.*, p. 16-17. Le professeur Jean-Marie Denquin explique que les trois sens peuvent converger : « tel représentant au sens juridique de *tenir lieu*, c'est-à-dire qui vote les lois applicables à ceux qu'il représente, peut être le *porte-parole* de ceux-ci, c'est-à-dire défendre leurs intérêts, tout en leur *ressemblant* ».

## PARAGRAPHE 1 – Un aménagement des systèmes représentatifs autochtones par la loi

**645.** Les systèmes autochtones de représentation sont aménagés par la loi. Par définition, cela concerne les communautés encore soumises à la loi et exclut celles suscitées, régies par des accords gouvernementaux particuliers. Par conséquent, ces législations concernent particulièrement les Wet’suwet’en et les Mohawks, au Canada (A) et les insulaires de Wallis et Futuna, en France (B).

### A. L’aménagement des systèmes représentatifs autochtones au Canada

**646.** Dans la décision *Bone c. Sioux*, la Cour fédérale estime que le pouvoir de la bande de choisir ses représentants selon la coutume est un pouvoir « inhérent », autrement dit sa source ne provient pas de la loi, mais de l’existence historique de la communauté, en marge du droit étatique<sup>2002</sup>. Pourtant, le droit inhérent à l’autonomie gouvernementale n’équivaut pas à un droit à la souveraineté<sup>2003</sup> : c’est tout de même le droit positif « qui vient donner effet aux normes coutumières dans le droit fédéral »<sup>2004</sup>. Ainsi, la représentation des autochtones du Canada relève historiquement de la *Loi sur les Indiens*, et ce depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>2005</sup>. Dans ce cadre, l’article 74 (3) établit que le chef d’une bande doit être élu : « (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande, (ii) soit à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d’entre eux, le chef ainsi élu devant cependant demeurer conseiller »<sup>2006</sup>. De même, les conseillers d’une bande doivent être élus « (i) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande, (ii) soit à la majorité des votes des électeurs de la bande demeurant dans la section électorale que le candidat habite et qu’il projette de représenter au conseil de la bande »<sup>2007</sup>. La *Loi sur les Indiens* permet une procédure de désignation similaire à celle du régime parlementaire canadien. Décrite comme inadaptée et peu soucieuse de préserver les coutumes, le Parlement essaie régulièrement de moderniser et de combler les lacunes de cette législation<sup>2008</sup>. Dans cet objectif, les autochtones peuvent décider de suivre la

---

<sup>2002</sup> *Bone v. Sioux Valley Indian Band*, (1996) 107 F.T.R. 133.

<sup>2003</sup> MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, « L’approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l’autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie », *Gouvernement du Canada*, 2010, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136#moreinfo> (consulté le 11.05.2022).

<sup>2004</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 412.

<sup>2005</sup> Depuis 2015, cette loi est précisée par le *Règlement sur les élections au sein de bandes d’Indiens*. Voir, *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens*, C.R.C., ch. 952.

<sup>2006</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74 (3).

<sup>2007</sup> *Ibid.*

<sup>2008</sup> À partir de 1999 par exemple, le Parlement tente d’adopter la *Loi sur la Gouvernance des Premières Nations*. Voir, *Loi concernant le choix des dirigeants, le gouvernement et l’obligation de rendre compte des bandes indiennes et modifiant certaines lois*, Projet de loi C-7, 2<sup>e</sup> session, 37<sup>e</sup> législature, 51-52 Elizabeth II, 2002-2003. Si cette loi permet de s’exempter du régime de la *Loi sur*

*Loi sur les élections au sein de premières nations*, adoptée en 2014. Par exemple, elle permet un allongement des mandats de deux à quatre ans, réduit l'intervention du ministre, prévoit le remboursement des frais de campagne et le vote anticipé des autochtones en dehors de la réserve<sup>2009</sup>.

**647.** Ajouté à ces deux modalités, l'article 2 de la *Loi sur les Indiens* précise qu'il existe également des bandes régies par la coutume pour la sélection de leurs représentants<sup>2010</sup>. Ces bandes répondent à deux critères : soit elles n'ont jamais été assujetties au régime électoral de la *Loi sur les Indiens*, soit elles y ont été assujetties, mais sont ensuite revenues à « la méthode coutumière en se conformant aux exigences de la politique fédérale »<sup>2011</sup>. Selon le comité sénatorial des peuples autochtones, « si la *Loi sur les Indiens* ne prescrit aucune règle concernant la sélection des dirigeants suivant la coutume, les bandes ne sont jamais autorisées à revenir à un régime de sélection autre qu'électoral »<sup>2012</sup>. Dès lors, depuis 1988, les exigences fédérales consistent en l'écriture d'un code électoral coutumier, ou « code électoral communautaire », lequel doit notamment préciser les mécanismes d'appel, être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et contenir des dispositions sur la participation des membres ne vivant pas dans la réserve<sup>2013</sup>.

**648.** Trois cents des six cent dix-neuf bandes autochtones sont ainsi régies par le système électoral selon la coutume<sup>2014</sup>, parmi lesquelles figure notamment la bande des Wet'suwet'en<sup>2015</sup>. En 2017, cette dernière adopte le *Wet'suwet'en First Nation Custom Election Code* qui précise qu'un chef et deux conseillers sont élus pour un mandat triennal<sup>2016</sup>. En 2019, l'organisation des élections est même déléguée à la société privée *One Feather*, société responsable des élections de près de deux cents bandes et Premières Nations autochtones selon quatre modalités possibles : le

---

*les Indiens*, elle est aussitôt accusée d'imposer une forme de gouvernement et un système de représentation électorale aux autochtones et sera finalement abandonnée en 2003. Voir, Kiera L. LADNER et Michael O. NONE, « De l'«infériorité négociée» à l'«inutilité de négocier» : la *Loi sur la gouvernance des Premières Nations* et le maintien de la politique coloniale », *Politique et Sociétés*, vol. 23, n° 1, 2004, p. 59-87, spé. p. 82.

<sup>2009</sup> *Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5.

<sup>2010</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 (1), d.

<sup>2011</sup> Gerry SAINT GERMAIN et Lillian Eva DYCK, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, op. cit., p. 9.

<sup>2012</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>2013</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Politique sur la conversion à un système électoral communautaire », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1433166668652/1565371688997> (consulté le 28.06.2022).

<sup>2014</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/eng/1337794249355/1565361052618> (consulté le 11.06.2022).

<sup>2015</sup> La bande (ou Première Nation) portait autrefois le nom de *Broman Lake Indian Band*. La Nation Wet'suwet'en est plus grande que la Première Nation ou « bande ». La bande compte environ deux cent soixante membres. [http://darac.sg-host.com/wp-content/uploads/Media\\_Kit\\_-\\_Wetsuweten\\_First\\_Nation\\_Chief\\_and\\_Council\\_Elections\\_2019.pdf](http://darac.sg-host.com/wp-content/uploads/Media_Kit_-_Wetsuweten_First_Nation_Chief_and_Council_Elections_2019.pdf)

<sup>2016</sup> *Wet'suwet'en First Nation Custom Election Code*, 2017.

vote numérique, par correspondance, par téléphone ou par scrutin traditionnel<sup>2017</sup>. Les trois premières modalités se sont rapidement développées durant la pandémie de Covid-19. Le système de l'élection selon la coutume n'apparaît pas nécessairement incompatible avec les moyens technologiques.

**649.** Pour pallier la fragmentation politique des quelque six cents communautés autochtones<sup>2018</sup>, dans les années 1970, les Wet'suwet'en, dont la bande compte près de deux cents membres, s'allient également avec sept autres bandes pour former le conseil tribal Carrier-Senaki, constitué d'un chef et d'un conseil élus<sup>2019</sup>. En 2019, le conseil tribal signe l'*Accord Pathways Forward 2.0* avec la province de Colombie-Britannique. Celui-ci, dont le préambule mentionne que « la gouvernance du conseil Carrier Sekani comprend des formes traditionnelles et électives »<sup>2020</sup>, précise que les parties mettent en place une équipe de collaboration qui s'efforce d'élaborer par consensus des recommandations consensuelles en ce qui concerne certains grands projets<sup>2021</sup>. Par ailleurs, « les grands projets peuvent nécessiter des processus décisionnels collaboratifs personnalisés »<sup>2022</sup>. Ces dispositions permettent de rechercher le plus grand consensus possible et une large adhésion à certains projets communs.

**650.** Ainsi, en attendant l'aboutissement de l'accord gouvernemental avec la Nation Wet'suwet'en, des formes adaptées de représentation restent possibles : les bandes peuvent créer des alliances, rassembler les membres de leur conseil et en modifier le nombre. Elles peuvent également moduler la durée des mandats. Concernant la désignation, si l'élection reste imposée, il est encore possible de les organiser selon des modalités numériques et distancielles. Bien que le système électoral selon la coutume soit loin des conceptions coutumières précoloniales, il reste une occasion pour les autochtones de se réappropriier les élections et le mandat représentatif en définissant les modalités au sein du code électoral coutumier.

**651.** *Mutatis mutandi*, parmi les Nations iroquoises, les trois bandes des Mohawks d'Akwesasne, de Kahnawake et de Kanésatake, ainsi que la bande des Six Nations de Grand River ont

---

<sup>2017</sup> ONE FEATHER, « Wet'suwet'en First Nation. 2019 General Election », *One Feather*, 2019, en ligne : <https://www.onefeather.ca/nations/wetsuweten/elections/may-2019> (consulté le 03.08.2022).

<sup>2018</sup> Thierry RODON, *En partenariat avec l'État : les expériences de cogestion des autochtones du Canada*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 30.

<sup>2019</sup> La formation date de 1974, et s'intitule *Lakes District Chiefs*. En 1979, cela devient le conseil tribal Carrier Senaki. Ce conseil a aujourd'hui le statut de société, selon le *Societies Act*, S.B.C., 2015, c. 18. Voir, FIRST NATIONS INFO, « Carrier Sekani Timeline », *First Nations info*, en ligne : <https://www.first-nations.info/carrier-sekani-timeline.html> (consulté le 28.06.2022).

<sup>2020</sup> *Pathway Forward 2.0. Agreement entre Sa Majesté la Reine et notamment le Conseil tribal Carrier Sekani*, 2019, Part 1, 1,2, b., en ligne : [https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/cstc\\_pathways\\_20\\_agreement\\_signed\\_-\\_jan\\_2020.pdf](https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/cstc_pathways_20_agreement_signed_-_jan_2020.pdf) (consulté le 28.06.2022). Source non traduite : « Carrier Sekani governance integrates traditional and elected forms ».

<sup>2021</sup> *Ibid.*, Point 7. 4. B., 2019.

<sup>2022</sup> *Ibid.*, Point 7.2.

également adopté le système électoral selon la coutume<sup>2023</sup>. Le préambule du Code électoral d'Akwesasne énonce d'ailleurs l'historique des législations relatives à la sélection des représentants : « attendu que le Conseil des Mohawks d'Akwesasne est le successeur du Conseil de la bande de Saint-Régis ou du Conseil des Iroquois de la bande de Saint-Régis qui ont été élus conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* et du *Règlement sur les élections des bandes d'Indiens* »<sup>2024</sup>. Dès 1988, le code électoral permet à la communauté de ne plus se voir appliquer ces précédents régimes. L'approbation requise de la bande pour procéder au changement de régime législatif relève d'une certaine originalité puisqu'elle a été obtenue par des membres de la bande au moyen du porte-à-porte, lors duquel certains autochtones décrits comme « traditionnalistes » n'ont pourtant pas été consultés<sup>2025</sup>. Une élection du conseil s'est ensuite tenue sur le fondement du nouveau règlement électoral. Le code électoral précise que le Conseil des Mohawks d'Akwesasne, « composé d'un Grand Chef et de douze chefs de district », élus pour trois ans<sup>2026</sup>, « doit siéger en tout temps »<sup>2027</sup>. La *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne* adoptée en 1997 rappelle que le conseil dispose du droit inhérent de faire des lois pour la communauté mohawk d'Akwesasne<sup>2028</sup>. De même, selon l'article 3, le grand chef facilite les discussions au niveau du conseil, en tant que président impartial, mais vote en cas d'égalité des voix sur les résolutions du Conseil des Mohawks d'Akwesasne<sup>2029</sup>. Quant aux chefs de district, ils votent les résolutions du Conseil mohawk d'Akwesasne. Dans ce cadre, l'article 4 affirme que ces

<sup>2023</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *op. cit.* Il faut préciser que toutes les Premières Nations appartenant aux Nations iroquoises n'ont pas adhéré au système électoral selon la coutume. Certaines sont encore soumises à l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>2024</sup> CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Akwesasne Election Law*, adoptée en 1994, en ligne : <http://www.akwesasne.ca/history-resources/akwesasne-election-law/> (consulté le 05.09.2022). Source non traduite : « The Mohawk Council of Akwesasne is the successor of the St. Regis Band Council or the Council of the Iroquois of the St. Regis Band who were elected pursuant to the provisions of the Indian Act and the Regulations Governing Indian Band Elections ».

<sup>2025</sup> *Jock c. Canada*, [1991] 2 CF, 355, spé. p. 357 (1<sup>ère</sup> instance). Il s'agit d'un référendum « porte à porte » auxquels les mohawks traditionnalistes n'ont pas participé, ce qui représenterait environ cinq cents personnes. Pourtant, selon le juge, « le fait que les traditionalistes n'aient pas été officiellement appelés, par référendum, ou autrement, à approuver ou à désavouer le nouveau règlement électoral ne suffit pas, à lui seul, à rendre celui-ci illégal ». En effet, la tenue d'un référendum n'est pas obligatoire et l'approbation d'un nouveau règlement électoral peut être obtenu selon d'autres formes. Voir, *Badger c. Canada*, [1991] 1 C. F. 191 (1<sup>ère</sup> instance). Voir aussi, *Mcleod Lake Indian Band c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185, para. 11.

<sup>2026</sup> CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Akwesasne Election Law*, 1994, section 3.

<sup>2027</sup> *Ibid.*, Source non traduite : « There shall be a sitting Council at all times ».

<sup>2028</sup> CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne*, 1997, préambule, disponible en ligne : [http://webdev.akwesasne.ca/wp-content/uploads/2017/07/ethical\\_conduct\\_law\\_for\\_the\\_mohawk\\_council\\_of\\_akwesasne.pdf](http://webdev.akwesasne.ca/wp-content/uploads/2017/07/ethical_conduct_law_for_the_mohawk_council_of_akwesasne.pdf) (consulté le 02.07.2022). Le préambule se lit : « Attendu que le Conseil des Mohawks d'Akwesasne est un gouvernement communautaire au sein de la Nation Mohawk et qu'il a donc le droit inhérent de faire des lois pour la communauté mohawk d'Akwesasne ». Source non traduite : « Whereas, the Mohawk Council of Akwesasne is a community Government within the Mohawk Nation and therefore has the inherent right to make laws for the Mohawk Community at Akwesasne ».

<sup>2029</sup> *Ibid.*, art. 3. Source non traduite : The Grand Chief « Acts and facilitates, the discussions at the Council level, as impartial Chairperson. Votes as tie-breaker on Mohawk Council of Akwesasne resolutions save and except on contentious inter-District issues ».



derniers «représente[nt] les intérêts de la communauté et du district auprès du Conseil des Mohawks d'Akwesasne»<sup>2030</sup>.

**652.** Selon un autre exemple, le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanesatake est approuvé par référendum en 2015 : il constitue une codification de pratiques électorales coutumières déjà appliquées depuis les années 1990<sup>2031</sup>. Le référendum de 2015 vient entériner la pratique, ce que confirme le préambule du code qui explicite que « depuis de nombreuses années, les Mohawks de Kanesatake choisissent leurs dirigeants en utilisant un projet de code électoral »<sup>2032</sup>. Le code dispose ainsi que le conseil est formé d'un grand chef et de six chefs, les conseillers, élus pour un mandat de quatre ans<sup>2033</sup>. Par le nombre de conseillers et la durée du mandat, il y a encore là un aménagement au régime de la *Loi sur les Indiens*, toujours inscrit dans le cadre d'une représentation électorale.

**653.** De même, le Conseil mohawk de Kahnawake se dote d'une loi électorale particulière en 1990. Dans sa version amendée de 2018, le préambule précise : « cette loi est une affirmation de notre propre processus pour nommer et sélectionner les représentants politiques des membres de Kahnawà:ke »<sup>2034</sup>. Le texte mentionne que le conseil est composé de onze chefs conseillers et d'un grand chef pour trois ans<sup>2035</sup>, élus par les citoyens de Kahnawake et parmi ces citoyens, tels que le précise la loi sur l'appartenance à Kahnawake<sup>2036</sup>. Certains membres de la communauté sont

---

<sup>2030</sup> *Ibid.*, art. 4. Source non traduite : The district chief « (g) Represents community and district issues to the Mohawk Council of Akwesasne. [...] (j) Consults with the Mohawk Council of Akwesasne on a continuing basis, to establish a position on a given topic. (k) Votes on Mohawk Council of Akwesasne resolutions ».

<sup>2031</sup> Voir *Gabriel c. Nicholas*, [1983] A.C.F. n°2 (T.D.) ; *Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1992] 3 C.N.L.R. 156 ; (1991), 43 F.T.R. 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Voir aussi, *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, [2003] 4 CF 1133. Il est écrit dans cette dernière décision : « En l'espèce, le code et le règlement connexe n'ont jamais été adoptés de façon officielle, mais le code a généralement été utilisé comme "ligne directrice concernant la tenue des élections" ».

<sup>2032</sup> CONSEIL MOHAWK DE KANESATAKE, *Résolution concernant le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanesatake*, ratifié le 20 juin 2015, disponible en ligne : <http://kanesatake.ca/wp/wp-content/uploads/2018/02/2015-Custom-Electoral-Code-French.pdf> (consulté le 09.05.2022). Source non traduite : « for many years, the Mohawks of Kanesatake have been selecting their leadership utilizing a draft election code ».

<sup>2033</sup> *Ibid.*

<sup>2034</sup> CONSEIL MOHAWK DE KAHNAWA:KE, *Election Law*, K.R.L., c. E-1, 2018, Préambule, en ligne : <http://www.kahnawakemakingdecisions.com/legislation/laws/docs/Elections2018.pdf> (consulté le 09.05.2022). Source non traduite : « This Law is an affirmation of [...] our own process to nominate and select the political representatives of the Kanien'kehá:ka of Kahnawà:ke ».

<sup>2035</sup> *Ibid.*

<sup>2036</sup> En 1984, le conseil de bande adopte la *Kahnawà:ke Mohawk Law*, première loi sur l'appartenance à la communauté qui établit une proportion de sang mohawk de 50 % comme condition pour être membre de la communauté. Révisée en 2003, maintenant intitulée la *Kahnawà:ke Membership Law*, il faut maintenant avoir quatre arrières-grands-parents kanien'keha:ka sur huit pour être membre de la communauté. Voir, Sébastien BRODEUR-GIRARD et Ève LAOUN, « La formulation des critères d'appartenance à la communauté par les autochtones », *op. cit.*, p. 90. Voir, *Kahnawà:ke Membership Law*, K.R.L. c. M-1, 2003 ; *Kanien'kehá:ka of Kahnawà:ke Law*, K.R.L. c. M-1, 2018. Pour les nombreux conflits portés devant les tribunaux au sujet de l'appartenance à la communauté de Kahnawà:ke voir notamment, *Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake*, [1998] 3 C.N.L.R. 68 (F.C.D.P.). Voir encore, *Miller c. Mohawk Council of Kahnawà:ke*, 2018 QCCS 1784. Certains de ces conflits ont eu une résonance médiatique importante. La règle de « 50 % de sang mohawk » (*blood quantum*) est assez stricte et ne se retrouve pas au sein de toutes les communautés autochtones.

d'ailleurs considérés comme inéligibles au poste de grand chef, car ils n'ont que « 48,5 % de sang mohawk dans les veines »<sup>2037</sup>. Des aménagements à la *Loi sur les Indiens* sont donc possibles permettant aux autochtones de choisir eux-mêmes les règles de sélection de leurs représentants, mais aussi les règles d'éligibilité, en lien avec les critères retenus pour appartenir à la communauté. En ce sens, la définition de l'appartenance à la communauté, et plus largement la définition du *demos*, a une influence sur la détermination des représentants.

**654.** Si ces aménagements s'inscrivent dans une conception électorale, il semble tout de même possible de combiner différents mécanismes de représentation en s'inspirant de mécanismes plus conformes aux droit et coutumes autochtones. Adopté en 2000, le Code de la représentation de la Nation huronne-wendat s'avère un exemple intéressant<sup>2038</sup>. Le conseil se compose « d'un Grand chef ainsi que d'un chef familial par Cercle familial »<sup>2039</sup>. Assurément, l'originalité du système électoral tient dans le réinvestissement des groupements lignagers traditionnels. La communauté est ainsi divisée en huit cercles familiaux<sup>2040</sup>, chacun représenté par un chef familial qui se regroupe au sein du conseil de la nation, assemblée productrice de normes elle-même présidée par un grand chef élu.

**655.** L'élection des chefs familiaux et du grand chef comprend deux étapes successives. La première consiste à réunir le cercle familial lors d'une assemblée de mise en candidature, pour désigner les candidats aux postes de chef familial et de grand chef<sup>2041</sup>. Faisant penser au système des parrainages, il faut bénéficier d'un appui minimum des électeurs de son cercle familial pour se porter candidat<sup>2042</sup>. L'assemblée vote à main levée ou, si nécessaire, à bulletin secret<sup>2043</sup>. Durant la

---

<sup>2037</sup> TVA NOUVELLES, « Kahnawake: candidat au conseil de bande inéligible à cause de son sang », *TVA Nouvelles*, 2000, en ligne : <https://www.tvanouvelles.ca/2000/06/03/kahnawake-candidat-au-conseil-de-bande-ineligible-a-cause-de-son-sang> (consulté le 09.05.2022).

<sup>2038</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *op. cit.* Selon le site du Gouvernement du Canada, il est précisé que le système électoral de la Première Nation Huronne Wendat se fonde sur la « coutume ». Il faut rappeler que ces aménagements communautaires restent fondés sur la *Loi sur les Indiens* et ne permettent que des aménagements relatifs. En effet, « l'adoption de ces procédures électorales ne comporterait de coutumier que le nom. Comme l'indique un rapport sénatorial, ce terme désigne ici les codes adoptés par les communautés elles-mêmes, « plutôt que des systèmes de choix des dirigeants fondés sur l'hérédité, les clans ou le consensus ». Sur ce point, Voir, Chapitre 4, Section 1, para. 476. Sur la cosmologie qui entoure le droit huron wendat, Voir, Georges E. SIOUI, *Les Hurons-Wendat. L'héritage du cercle*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2019.

<sup>2039</sup> *Code de la représentation de la Nation huronne-wendat*, 2018 [2000], art. 2.

<sup>2040</sup> Le code précise la définition suivante : « On entend par cercle familial un ensemble de Hurons-Wendat figurant sur la liste de bande de la Nation huronne-wendat, unis par des liens basés soit sur la filiation, la cognation, la famille ou la même lignée. Donc, il est possible que les membres d'un même cercle familial puissent avoir un nom de famille différent ».

<sup>2041</sup> *Ibid.*, art. 43 : « Lorsqu'une élection doit avoir lieu, le Président d'élection doit faire parvenir par la poste, aux électeurs membres du *Cercle familial* concerné une convocation à une assemblée de mise en candidature pour permettre au *Cercle familial* de choisir des candidats pour les postes concernés par le scrutin ».

<sup>2042</sup> *Ibid.*, art. 53-55. Une candidature doit être déposée par formulaire avant l'assemblée de mise en candidature et doit être soutenue par cinq pour cent des électeurs. Toutefois, une candidature peut aussi être proposée directement lors de l'assemblée de mise en candidature. Enfin, un candidat peut être désigné s'il recueille « cinquante pour cent plus un

seconde étape, l'ensemble de la Première Nation élit les chefs familiaux et le grand chef parmi les listes des candidats proposés. Cette fois-ci le vote est obligatoirement secret.

**656.** Le Code de la représentation prévoit un scrutin majoritaire préférentiel, pour lequel les électeurs peuvent donc désigner leurs candidats selon un ordre de préférence. L'article 16 du code précise :

[...Le Président d'élection] compte le nombre de premières préférences que chaque candidat a reçu. Si aucun candidat n'obtient la majorité absolue des voix valides, il élimine le candidat ayant reçu le plus petit nombre de premières préférences. Puis, il transfère aux autres candidats les voix du candidat éliminé selon la préférence suivante exprimée pour un candidat non éliminé sur le bulletin de vote, en éliminant les bulletins de vote épuisés aux fins du calcul de la majorité absolue. Ce processus d'élimination de candidats et de transfert des votes se continue jusqu'à ce qu'un candidat obtienne la majorité absolue des voix valides<sup>2044</sup>.

Selon le professeur Ghislain Otis, « cette procédure originale empêche la colonisation de l'organe gouvernemental par une famille hégémonique, évite l'enfermement clanique de l'électeur et donne aux chefs élus une double légitimité, à la fois familiale et communautaire »<sup>2045</sup>.

**657.** Ces mêmes cercles familiaux désignent aussi un sage pour la formation du Cercle des sages. Selon la définition reprise par le Code de la représentation, « les Sages sont des personnes qui, par leurs connaissances, leur sagesse et leur expérience au long de nombreuses années, ont mérité le respect et l'affection de leurs communautés. Ce sont également des personnes qui ont su donner l'exemple et contribuer au bien-être des autres. Ce faisant, ils sacrifient souvent un peu d'eux-mêmes, sous le rapport du temps, de l'argent ou des efforts »<sup>2046</sup>. Les sages sont désignés lors d'une assemblée du Cercle familial à main levée ou par bulletin secret, pour un mandat de quatre ans renouvelable. Faisant valoir son expérience politique, le Cercle des sages est notamment compétent pour guider le conseil de la nation et pour les recours en matière électorale : il se prononce sur la régularité des élections et rend son avis lors de projets de révisions du Code de représentation. Ainsi, avec la Nation Huronne-Wendat, un premier exemple est fait que des aménagements importants du système électoral sont possibles et peuvent notamment s'inspirer des conceptions traditionnelles autochtones, sans que les principes démocratiques ne soient nécessairement mis à mal<sup>2047</sup>.

---

(50 % +1) des votes des électeurs du Cercle familial concerné présents à l'assemblée alors qu'un minimum de dix pour cent (10 %) des électeurs de ce Cercle familial est présent à l'assemblée

<sup>2043</sup> *Ibid.*, art. 56.

<sup>2044</sup> *Ibid.*, art. 16.

<sup>2045</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 407.

<sup>2046</sup> *Code de la représentation de la Nation huronne-wendat*, 2018 [2000], préambule.

<sup>2047</sup> Cet aménagement du droit reste fondé sur l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. C'est pourquoi, il peut être perçu comme largement insuffisant par les membres de la Nation et n'est pas exclusif d'autres aménagements : il peut se combiner avec la négociation d'un accord d'autonomie gouvernementale. La première Nation Huronne-Wendat a d'ailleurs signé une entente-cadre dans ce but au mois de mai 2023. Voir, RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES, AFFAIRES DU NORD CANADA ET NATION HURONNE-WENDAT, « La Nation huronne-wendat et le Canada s'engagent sur la voie de la réconciliation et signent une entente-cadre visant la poursuite de la relation de Nation à Nation », *Site*

658. De façon similaire, la Première Nation yukonne de White River a aussi adapté la procédure électorale afin que l'élection du conseil épouse l'organisation clanique de la communauté, divisée entre les Tananas et les Tutchones du Nord regroupés en une seule bande par le Gouvernement fédéral dans les années 1950. Ainsi, la Constitution de White River dispose que les deux clans, les Tutchones du Nord et les Haut Tanana, élisent chacun deux des quatre conseillers<sup>2048</sup>. Le chef est également désigné selon un vote préférentiel où « les électeurs éligibles inscrivent un “1” à côté de leur premier choix, un “2” à côté de leur deuxième choix, et ainsi de suite, pour classer autant de candidats qu'ils le souhaitent, par ordre de préférence »<sup>2049</sup>. Ces dispositions, visant à éviter tout clivage au sein de la communauté, sont aujourd'hui formellement codifiées au sein du code électoral coutumier et approuvées par un référendum. Ces exemples de conciliation peuvent encourager d'autres Premières Nations à faire revivre les institutions traditionnelles précoloniales au prisme des exigences fédérales contemporaines. En effet, la coutume est loin d'être figée : elle peut s'adapter et se réinterpréter à la lumière du contexte et des besoins communautaires. Les codes électoraux peuvent être modifiés pour tenir compte des clans qui composent chaque communauté et des besoins de chaque Première Nation. En revanche, ces aménagements doivent se fonder sur un large consensus concernant la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs doivent être modifiés<sup>2050</sup>. Dans ce cadre, la jurisprudence estime qu'une simple proclamation faisant la démonstration d'un large consensus dans la communauté peut opérer une modification valide d'un régime communautaire<sup>2051</sup>. Le code électoral communautaire peut aussi évoluer par la pratique constante et répétée d'une norme différente par la bande. Les juridictions estiment alors

---

*officiel du Gouvernement du Canada*, le 25 mai 2023, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/rerelations-couronne-autochtones-affaires-nord/nouvelles/2023/05/la-nation-huronne-wendat-et-le-canada-sengagent-sur-la-voie-de-la-reconciliation-et-signent-une-entente-cadre-visant-la-poursuite-de-la-relation-de.html> (consulté le 04.06.2023).

<sup>2048</sup> Voir, *Constitution de la Première Nation de White River*, 1996, art. 6.2 : « Les membres de Northern Tutchone éliront deux (2) des quatre (4) conseillers et un (1) conseiller suppléant et les membres de Upper Tanana éliront deux (2) des quatre (4) conseillers et un (1) conseiller suppléant ». Source non traduite : « Northern Tutchone Members shall elect two (2) of the four (4) Councillors and one (1) alternate Councillor and Upper Tanana Members shall elect two (2) of the four (4) Councillors and one (1) alternate Councillor ».

<sup>2049</sup> *White River First Nation consolidated Custom Election Code*, 2010, art. 5.

<sup>2050</sup> *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, [2019] 4 R.C.F., 217, spé. p. 221 : Le juge Grammond précise que « les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le “large consensus” de leurs membres ».

<sup>2051</sup> *McLeod Lake Indian Band c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185, para. 8-10. Le juge Reed écrit : « Je suis convaincue que lors de l'adoption des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, l'intention du Parlement était de laisser à la bande le soin de déterminer la coutume régissant le choix du “conseil de la bande”. Cela découle de la nature de la coutume, qui consiste en une pratique établie ou adoptée par les personnes à qui elle s'applique et qui ont accepté d'être dirigées par elle [...] Il faut ajouter que la coutume n'est pas immuable. Elle évolue selon les circonstances. Une bande peut décider de cesser de s'en remettre à sa tradition orale et mettre sa coutume par écrit. Elle peut passer d'un système fondé sur la succession à un système électoral. Elle peut décider d'adopter comme usages des pratiques et une procédure comparable à la procédure électorale utilisée pour élire des gouvernements municipaux ou provinciaux. Je ne peux interpréter l'expression “coutume de la bande”, contenue au paragraphe 2(1), comme empêchant une bande de modifier au besoin sa coutume de gouvernement pour tenir compte de situations nouvelles ». Il poursuit au paragraphe 20 : « La question de savoir si une décision prise à la majorité des voix des membres présents à une assemblée générale démontre l'existence d'un large consensus dépend des circonstances entourant cette assemblée ».

que la norme coutumière en vigueur s'avère celle dictée par la pratique plutôt que par le code<sup>2052</sup>. Enfin, les codes électoraux peuvent évoluer par leur propre révision ou par l'ajout de nouveaux articles. Par exemple, dans le cas de la Nation Huronne-Wendat, depuis l'adoption du Code de la représentation en 2000, de nombreuses modifications y ont été apportées, dont l'une permet que des propositions d'amendements soient directement à l'initiative des membres de la nation.

**659.** La révision des codes de sélection des représentants montre comment des aménagements du système représentatif permettent un équilibre renouvelé entre mécanisme électoral et coutumes, tout en affichant certaines limites. En effet, une fois les nouveaux codes électoraux approuvés par un arrêté du ministre des Services aux Autochtones, les autorités étatiques ne disposent d'aucun fondement légal pour intervenir dans les amendements apportés à ce code. Certaines Premières Nations reviennent alors parfois à des pratiques non électorales de sélection après l'approbation ministérielle. De telles évolutions entraînent des conflits de légitimités, comme en témoigne le conseil de chefs héréditaires Da'naxda'xw accusé de « dictature » par des membres de la communauté<sup>2053</sup>. Bien que le ministère décline sa compétence à intervenir, un recours

---

<sup>2052</sup> Voir *Napoleon v. Garbiit*, [1997] B.C.J. n° 1250 (Cour Suprême de Colombie-Britannique). Dans la décision, *Francis c. Conseil mobank de Kanesatake*, [2003] ACF n° 156 (QL), para. 33-35, le juge Martineau résume l'affaire *Napoleon v. Garbiit* en ces termes : « Dans cette affaire, la bande avait adopté en 1988 la *Saulteau Indian Band Government Law* (loi régissant la bande indienne de Saulteau) (la loi) en vertu de laquelle elle était reconnue par AINC (le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada) à titre de bande qui choisissait les membres de son conseil conformément à sa coutume. [...] Au cours de l'automne de 1996, un certain nombre de résolutions ont été adoptées au sujet du processus d'élection du chef et des membres du conseil. La Cour a été saisie de la question de savoir comment la loi devait être interprétée en ce qui a trait aux modifications. De l'avis du juge Parrett, pour que cette loi, qui avait pour effet d'appliquer la coutume de la bande, puisse être modifiée, [...] la majorité des citoyens devaient consentir à celles-ci ou voter en faveur de leur approbation. Cependant, le juge Parrett a également souligné qu'en pratique, la bande ne s'était pas conformée au libellé strict des dispositions de la loi qui concernent les modifications. Plutôt que de respecter à la lettre les exigences techniques de la loi en question, la bande avait adapté celle-ci en fonction de l'évolution de ses besoins. La Cour a conclu que la coutume de la bande en ce qui concerne la "modification" de sa loi consistait à obtenir un consensus chez les membres de la bande au moyen de votes informels ou de réunions. Les mesures prises par les présumés "dissidents", les défenseurs dans cette affaire, représentaient des tentatives en vue d'apporter des changements par la voie démocratique, tandis que la conduite de la partie adverse, les demandeurs, semblait être celle de personnes qui désiraient conserver le pouvoir au détriment des principes démocratiques. [34] Cela étant dit, je ne crois pas qu'il soit possible d'affirmer que toutes les règles coutumières pouvant être invoquées par les membres d'une bande ont un contenu identique en tous points à celui des règles énoncées dans un code électoral. À certains égards, il n'y a peut-être pas tout à fait chevauchement des domaines régis par les deux sources de droit et les règles de fond énoncées ne sont peut-être pas identiques quant au contenu. En fait, c'est souvent ce qui se produit dans le cas de règles plus techniques régissant le déroulement des élections, lesquelles règles ne seront pas toujours appliquées de la même façon en pratique, selon les circonstances concomitantes. La question est de savoir si une règle donnée d'un code électoral existe également à titre de règle coutumière, soit parce que la coutume de la bande a simplement été codifiée ou fixée dans le code, soit parce qu'elle a influencé l'adoption subséquente de la règle en question. [35] Ainsi, il est nécessaire de savoir comment un code électoral a été appliqué en pratique à une situation donnée ».

<sup>2053</sup> Par une résolution de code coutumier signée en 1987 par vingt et une personnes, le conseil de chefs héréditaires Da'naxda'xw affirme que le système sera celui d'un chef héréditaire, accompagné de deux conseillers et ne tient plus d'élection depuis lors. Toute la difficulté réside dans le fait que leur code coutumier a été approuvé par le ministère juste avant que les critères démocratiques et les exigences fédérales soient clarifiés quant aux changements de régime de sélection. Si les nominations sont héréditaires et restent ensuite confirmées par des potlachs, certains membres de la Première Nation en appellent aux autorités fédérales qui rétorquent ne pouvoir intervenir. Voir, Peter O'NEIL, « One family has controlled every part of their peoples' lives': Tiny Vancouver Island First Nation want court to end "dictatorship" », *Vancouver Sun*, 2017, en ligne : <https://vancouversun.com/news/national/tiny-vancouver-island>

judiciaire reste toujours envisageable, précisant les conditions juridiques dans lesquelles les codes électoraux selon la coutume peuvent évoluer<sup>2054</sup>. Ainsi, en 2021, la Cour fédérale enjoint donc définitivement à la Première Nation Da'naxda'xw de rédiger un nouveau code électoral coutumier et de le soumettre à l'approbation majoritaire de la bande.

**660.** Si cet accord majoritaire est acquis chez d'autres nations, il est donc envisageable pour les Wet'suwet'en ou les Mohawks de mettre un terme à certaines de leurs dissensions internes en imaginant un code électoral coutumier ou communautaire mettant à l'honneur les chefs héréditaires ou les maisons longues, tout en répondant aux exigences démocratiques. La décision d'une telle initiative appartient, le cas échéant, à chaque communauté, en fonction de son contexte sociopolitique particulier et de ses traditions juridiques.

**661.** Au-delà des procédures de désignation des représentants, toujours fondé sur les codes électoraux coutumiers, les conseils de bande adaptent aussi le fonctionnement des procédures délibératives. L'objectif consiste à combiner les procédures coutumières consensuelles et les procédures de vote majoritaire. Schématiquement, la procédure majoritaire s'inscrit dans les règles théorisées par l'Américain Henry Robert, fondée sur « la conviction que l'on peut compter sur une majorité pour prendre des décisions qui conviennent à l'ensemble du groupe et que les règles de délibération ordonnée sont le meilleur moyen d'y parvenir »<sup>2055</sup>. Les *Règles de procédures de Robert* constituent un manuel de procédures délibératives dont l'objectif consiste à « permettre aux assemblées de toute taille, en tenant dûment compte de l'opinion de chaque membre, de parvenir à la volonté générale sur le nombre maximum de questions de complexité variable dans un minimum de temps et dans toutes sortes de climats internes, allant de l'harmonie totale à la division d'opinion endurcie ou passionnée »<sup>2056</sup>. L'accent est donc mis sur l'efficacité du procédé pour adopter une décision, dans le cadre d'une délibération rationnelle, respectant les procédures. Les premières propositions sont fondamentales et sont seulement modifiées par des amendements ou par le vote final<sup>2057</sup>. Dans ce cadre, c'est la majorité qui décide : les opinions

---

first-nation-dictatorship-under-fire (consulté le 29.06.2022). En 2021, la Cour fédérale ordonne à la Première Nation de rédiger un nouveau code électoral coutumier, et de le soumettre à l'approbation de la bande. Voir, *Première Nation des Da'naxda'xw c. Peters*, 2021 CF 360.

<sup>2054</sup> Les conditions posées par le juge sont développées dans le chapitre 6, Section 2, para. 788.

<sup>2055</sup> Tom ATLEE et Rosa ZUBIZARRETA, « Comparison of Roberts Rules of Order, Consensus Process and Dynamic Facilitation », *The Co-intelligence institute*, 2013, en ligne : <https://www.co-intelligence.org/i-comparisonrr-cc-df.html> (consulté le 02.07.2022). Source non traduite : « based on the belief that a majority can be counted on to make decisions that will work for the whole group, and that rules for orderly deliberation are the best guide to getting there ».

<sup>2056</sup> Henry M. ROBERT et al., *Robert's Rules of Order Newly Revised*, New York, PublicAffairs, 12<sup>e</sup> éd., 2020, p. 1. Source non traduite : « to enable assemblies of any size, with due regard for every member's opinion, to arrive at the general will on the maximum number of questions of varying complexity in a minimum amount of time and under all kinds of internal climate ranging from total harmony to hardened or impassioned division of opinion ».

<sup>2057</sup> Tom ATLEE et Rosa ZUBIZARRETA, « Comparison of Roberts Rules of Order, Consensus Process and Dynamic Facilitation », *art. cit.*

minoritaires ou dissidentes sont ignorées et les décisions sont considérées comme définitives jusqu'à ce qu'elles soient annulées par une nouvelle majorité<sup>2058</sup>.

**662.** Nombreuses sont les règles de procédures de Robert qui inspirent le fonctionnement des parlements étatiques et notamment le Congrès des États-Unis<sup>2059</sup>. Par exemple, le Code de la représentation de la Nation Huronne-Wendat mentionne explicitement le *Code Morin*, directement inspiré des règles de Robert, mais davantage employé au Canada et au Québec<sup>2060</sup>. En outre, la majorité des voix des chefs familiaux présents est exigée pour toute question soumise au conseil<sup>2061</sup>.

**663.** Pour les Iroquois, la procédure majoritaire est aussi prévue pour le vote des lois et des règlements au sein des conseils de bande, tels que le spécifient notamment les codes électoraux de Kanesatake et d'Akwesasne. Par exemple, le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanesatake dispose que « la majorité électorale des membres majeurs est l'autorité ultime pour toute question relative aux Kanesatakehrónon [les membres de la communauté de Kanesatake] et à leur Territoire »<sup>2062</sup>. De même, la *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne* définit une résolution comme une « motion formelle proposée et appuyée par les membres du Conseil et adoptée par la majorité des personnes présentes et autorisées à voter lors de la réunion »<sup>2063</sup>.

**664.** Cependant, ces mêmes codes prévoient parallèlement des procédures régulières de consultation de la communauté et cherchent davantage le consensus. Si cela nécessite beaucoup de temps, l'aménagement de la procédure majoritaire vers une procédure dite « consensuelle majoritaire » signifie que les citoyens sont largement encouragés à participer au processus de décision, à manifester leur opposition et à proposer des alternatives. Comme le précisent Frank Cassidy et Robert L. Bish, « de nombreuses bandes combinent les réunions régulières du conseil

---

<sup>2058</sup> *Ibid.*, Source non traduite : « The majority rules. Dissenting minority opinions and leftover feelings and dissatisfaction are ignored. Decisions are considered final until overturned by a new majority ».

<sup>2059</sup> Henry M. ROBERT et al., *Robert's Rules of Order Newly Revised*, op. cit.

<sup>2060</sup> *Code de la représentation de la Nation huronne-wendat, Annexe 3 - Règlements sur la procédure et le fonctionnement des assemblées*, 2018 [2000], art. 17 : « En cas de difficulté ou d'interrogation sur la conduite des délibérations lors de toute assemblée du Conseil, le président doit se référer à la Procédure des assemblées délibérantes (Code Morin) ». Voir, Victor MORIN et Michel DELORME, *Procédure des assemblées délibérantes*, Montréal, Beauchemin, 1994. Sur les différents codes de procédures relatives aux assemblées délibérantes, Voir notamment, François ROBERT, « Engagement et participation en assemblée délibérante », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 20, n° 1, 2007, p. 196–211.

<sup>2061</sup> *Code de la représentation de la Nation huronne-wendat, Annexe 3 - Règlements sur la procédure et le fonctionnement des assemblées*, 2018 [2000], art. 24 : « Toute question soumise au Conseil se décidera à la majorité des voix des Chefs familiaux présents ».

<sup>2062</sup> CONSEIL MOHAWK DE KANESATAKE, *Résolution concernant le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanesatake*, préc.

<sup>2063</sup> Par exemple, CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne*, 1997, définitions : « "Resolution" means a formal motion moved and seconded by members of Council and passed by majority of those present and entitled to vote at the meeting ».

avec les réunions des membres de toute la communauté»<sup>2064</sup>. L'accent réside dans une volonté de représentativité de l'essentiel des opinions de la communauté. Ainsi, la *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne* prévoit que les chefs de district et le grand chef rendent compte «à la communauté d'Akwesasne, à intervalles réguliers et dans un forum public, des efforts déployés en son nom par le Conseil des Mohawks d'Akwesasne»<sup>2065</sup>. En outre, les membres de la communauté peuvent eux-mêmes proposer des amendements aux lois adoptées, que ce soient concernant les codes électoraux coutumiers ou les codes d'appartenance à la communauté<sup>2066</sup>. L'objectif consiste à intégrer au maximum la communauté aux décisions prises par les représentants. Si ce sont les représentants qui délibèrent et prennent les décisions, cette représentation n'est pas exclusive et autorise l'intervention des représentés. D'une certaine façon, la démocratie représentative se combine ainsi avec la démocratie participative, ou, autrement dit, la représentation électorale se combine avec des mécanismes de participation citoyenne.

**665.** Dans le même but, en 2005, la procédure majoritaire est aménagée par le Conseil mohawk de Kahnawake en faveur d'un modèle de prise de décision communautaire<sup>2067</sup>. Les membres de la communauté qui le souhaitent peuvent participer à l'élaboration de la loi<sup>2068</sup>. En outre, c'est surtout la procédure consensuelle qui est utilisée pour l'adoption des lois. Les participants constituent trois groupes qui délibèrent et transmettent par un orateur leurs décisions d'un groupe à l'autre<sup>2069</sup>. Le processus d'échange entre les groupes se poursuit jusqu'à ce qu'un consensus soit atteint<sup>2070</sup>. La décision finale est ensuite présentée au chef du conseil qui élabore un premier projet de loi avec des participants de l'audience. Le projet est ensuite présenté à la communauté pour un second processus d'audience consensuelle, jusqu'à ce que la loi soit promulguée<sup>2071</sup>. L'objectif consiste à recueillir l'assentiment de tous les participants : «le consensus cherche au moins à

---

<sup>2064</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice*, *op. cit.*, p. 80. Source non traduite : «many bands combine regular council meetings with full-membership meetings».

<sup>2065</sup> CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne*, 1997, art. 3 et 4.

<sup>2066</sup> Par exemple la *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne* dispose que «le processus de modification de la présente loi commence par [...] une pétition présentée au conseil, signée par au moins 150 électeurs admissibles, exposant la modification proposée». Voir, CONSEIL DES MOHAWKS D'AKWESASNE, *Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne*, 1997, art. 16. Source non traduite : «the process to amend this law shall begin by [...] a petition presented to council signed by at least 150 eligible voters setting out the proposed amendment».

<sup>2067</sup> Kahente HORN-MILLER, «What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process», *art. cit.*, p. 121.

<sup>2068</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>2069</sup> *Ibid.*, p. 125. Les groupes sont composés d'un animateur, d'une personne-ressource, d'un rédacteur de procès-verbaux et des membres de la communauté.

<sup>2070</sup> Alexandra LAHAM, «The Kahnawake Community Decision Making Process», Participedia, 2021, en ligne : <https://participedia.net/case/5036> (consulté le 02.07.2022). Les audiences durent au maximum deux heures et demie et il n'y a pas plus de deux audiences par semaine.

<sup>2071</sup> Kahente HORN-MILLER, «What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process», *art. cit.*, p. 126.



obtenir un accord - et, au mieux, une compréhension commune si profonde qu'elle amène tout le monde à adopter naturellement une approche commune de la situation»<sup>2072</sup>. La professeure Kahente Horn-Miller précise toutefois que le consensus n'est pas synonyme d'unanimité :

Il se peut que chaque décision ne fasse pas l'objet d'un accord complet, mais il y a toujours un consentement complet. [...] Un membre peut exprimer son désaccord avec une décision s'il estime qu'elle va à l'encontre du meilleur intérêt du collectif. Cependant, cette personne a la responsabilité de proposer une idée alternative ou de contribuer à une résolution. Lorsque des personnes sont en désaccord, elles sont reconnues et invitées à fournir une solution ou des informations supplémentaires, qui sont ensuite ajoutées aux délibérations. Si la décision est toujours la même, leur désaccord est enregistré et on leur demande s'ils peuvent consentir à la décision du groupe<sup>2073</sup>.

Dans ce cadre, l'écoute de toutes les voix dissidentes demeure essentielle à la cohésion de la communauté. Par comparaison, si la procédure majoritaire et les règles de Robert peuvent fonctionner en l'absence d'esprit communautaire grâce à leurs procédures très structurées, le consensus exige lui un niveau élevé de sentiment communautaire et d'engagement<sup>2074</sup>. S'assurer que tout le monde est entendu contribue donc au sentiment d'accomplissement collectif<sup>2075</sup>.

**666.** De prime abord, les procédures majoritaires et consensuelles semblent contradictoires, tant elles se concentrent sur des éléments différents. Pourtant, elles ne s'avèrent nullement incompatibles. En effet, si une loi ou une décision est adoptée consensuellement, elle l'est aussi nécessairement adoptée majoritairement, puisque l'accord consensuel de l'ensemble du conseil ou de la bande emporte automatiquement l'accord d'une majorité. En ce sens, les procédures consensuelles répondent aux exigences fédérales d'un consentement *a minima* majoritaire au sein de la communauté pour toute adoption ou révision des normes locales. Les procédures majoritaires et consensuelles sont alors compatibles, l'une consiste simplement en un approfondissement de l'autre et à une adaptation à un contexte autochtone. Elles peuvent même se combiner. En effet, expliquent les professeurs Frank Cassidy et Robert Bish, « lorsque des questions essentielles sont en jeu, l'accord des membres de la bande sur leur nature est presque toujours atteint avant que le vote n'ait lieu. Le vote, qu'il s'agisse d'une assemblée générale, d'un référendum ou de l'adoption d'une résolution du conseil de bande, ne sert le plus souvent qu'à

---

<sup>2072</sup> Tom ATLEE et Rosa ZUBIZARRETA, « Comparison of Roberts Rules of Order, Consensus Process and Dynamic Facilitation », *art. cit.* Source non traduite : « consensus seeks at least agreement - and, at best, shared understanding so deep that it aligns everyone naturally to a shared approach to the situation ».

<sup>2073</sup> Kahente HORN-MILLER, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *art. cit.*, p. 116. Source non traduite : « With consensus there may not be a complete agreement in every decision, but there is always complete consent. This process gives voice to individuals with minority viewpoints. One member can express dissent to a decision if he or she feels it is against the best interest of the collective. However, that person has the responsibility to provide an alternative idea or contribute to a resolution. When individuals disagree, they are acknowledged and asked to provide a solution or additional information, which is then added to the deliberations. If the decision is still the same, their dissent is recorded, and they are asked if they can consent to the group decision ».

<sup>2074</sup> Tom ATLEE et Rosa ZUBIZARRETA, « Comparison of Roberts Rules of Order, Consensus Process and Dynamic Facilitation », *art. cit.*

<sup>2075</sup> *Ibid.*

officialiser ce que la communauté a déjà décidé par la discussion et le débat»<sup>2076</sup>. Il s'agit d'une configuration idéale où le consensus précède le vote. La procédure de recherche de consensus n'est donc pas incompatible avec la procédure majoritaire : la première pourrait même enrichir la seconde en fonction des objectifs politiques.

**667.** Ainsi, par l'aménagement des procédures de décision et de sélection des représentants, la loi permet certaines adaptations des systèmes de représentation autochtone en faveur de la coutume. Ces adaptations se retrouvent aussi en France, avec le statut législatif de Wallis-et-Futuna.

## B. L'aménagement des systèmes représentatifs autochtones en France

**668.** Le principal statut législatif pérenne en France reste celui de Wallis et Futuna<sup>2077</sup>. Ces îles n'ont pas connu de colonisation de peuplement et, dans les années 1960, le processus de rapprochement avec l'Hexagone s'effectue à contre-courant des mouvements internationaux de décolonisation et des autonomisations concomitantes de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française. Territoire d'outre-mer depuis 1959, l'Acte II de la décentralisation transforme ces îles en collectivité d'outre-mer. Elles sont soumises au principe de spécialité législative de l'article 74 de la Constitution selon lequel les lois nationales ne sont pas applicables de plein droit, mais seulement après une mention expresse d'applicabilité<sup>2078</sup>. Elles demeurent toutefois toujours régies par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, une forme atypique de « contrat de libre association »<sup>2079</sup> qui organise donc par la loi la coexistence du droit positif et de l'univers coutumier.

---

<sup>2076</sup> Frank CASSIDY et Robert L. BISH, *Indian Government: Its Meaning in Practice, op. cit.*, p. 78. Source non traduite : « When key matters are at stake, concurrence of band members on their nature is almost always reached before voting takes place. Voting, whether in a general meeting, on a referendum, or for the purposes of passing a Band Council resolution, most often serves only to formalize what the community has already decided through discussion and debate ».

<sup>2077</sup> En effet, l'un des seuls aménagements en faveur des Amérindiens de Guyane est celui mis en place par le décret ministériel du 14 avril 1987, créant des Zones de Droit d'Usage Collectifs à destination des « communautés d'habitants tirant traditionnellement leur subsistance de la forêt », pour ne pas employer le terme autochtone. Cet aménagement, somme toute assez limité, leur offre un accès à la terre, principalement l'usufruit pour des activités de subsistance et la gestion des territoires correspondant à leur mode de vie. Aujourd'hui, ces territoires sont nettement « urbanisés ». Voir, Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 modifiant le Code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immenses domaniaux, J.O.R.F. du 16 avril 1987, p. 4316. Voir aussi, Damien DAVY, Isabelle TRITSCH et Pierre GRELAND, « citoyenneté et territoire dans une commune amérindienne de la République française », dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 151-166, spé. p. 153. Par conséquent, les développements dans ce paragraphe concernant ces populations autochtones s'avèrent limités.

<sup>2078</sup> Le statut fixe notamment les conditions dans lesquelles les lois et règlements sont applicables à Wallis et Futuna. Voir, Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1), préc., art. 4, a.

<sup>2079</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois, 2014, p. 19.

669. Par ce statut législatif, les systèmes représentatifs de Wallis et Futuna se présentent comme des royautes intégrées à la République. À ce titre, Sophie Chave-Dartoën parle d'une souveraineté à deux niveaux, sur le modèle du statut de la Nouvelle-Calédonie<sup>2080</sup>. En effet, sur le versant étatique, les Wallisiens et Futuniens désignent un député et un sénateur<sup>2081</sup> : par le découpage électoral et le nombre peu élevé de la population, les insulaires se retrouvent surreprésentés au Parlement national, surreprésentation qui résulte de la volonté du législateur. Du reste, l'État détient les compétences régaliennes<sup>2082</sup> et les exerce suivant trois niveaux institutionnels : l'administrateur supérieur, chef de l'exécutif ayant le rang de préfet<sup>2083</sup>, l'Assemblée territoriale et l'administration locale. L'Assemblée territoriale délibérante comprend vingt membres élus au suffrage universel selon un scrutin proportionnel tous les cinq ans<sup>2084</sup>. La coutume s'avère « très présente dans ces élections puisqu'aujourd'hui encore, il est rare qu'une personne non issue d'une famille princière se présente à un mandat politique »<sup>2085</sup>. L'administrateur supérieur contribue au fonctionnement de l'Assemblée territoriale puisqu'il prépare les rapports permettant d'initier la réglementation territoriale, donne son avis au moyen du conseil territorial, et participe à la gestion des fonds publics<sup>2086</sup>. Dans ce cadre, l'assemblée adopte non des lois du pays, mais des délibérations qui ont valeur réglementaire<sup>2087</sup>. Elle n'est pas régie par le principe de libre administration de l'article 72 de la Constitution en raison de la tutelle de l'administrateur supérieur, mais elle bénéficie de compétences renforcées pour lever des impôts locaux. En effet, « le statut de 1961 octroie une compétence financière et fiscale aux autorités chargées de représenter les Wallisiens et les Futuniens »<sup>2088</sup>. Parallèlement, l'administrateur supérieur dispose

---

<sup>2080</sup> Sophie CHAVE-DARTOËN, *Royaute, chefferie et monde socio-cosmique à Wallis (« Uvea ») : Dynamiques sociales et pérennité des institutions*, Marseille, Pacific-Credo publications, 2017, p. 13.

<sup>2081</sup> Auxquels s'ajoute, sur le plan de la représentativité, un conseiller économique et social.

<sup>2082</sup> Plus précisément, « l'État exerce ses compétences dans les domaines de la défense, du respect des lois, du fonctionnement du Trésor public et de la douane, des relations extérieures, du contrôle administratif et financier, de la santé et de l'enseignement, à l'exception de l'enseignement primaire, concédé au diocèse catholique de Wallis-et-Futuna au travers d'une convention passée avec l'État ». Voir, Marie-Anne POUSSIN-DELMAS (dir.), *Wallis et Futuna. Rapport annuel 2018*, Paris, Institut d'Émission d'outre-mer, 2019, p. 20.

<sup>2083</sup> L'administrateur a le rang de préfet depuis 1987. Par ailleurs, les compétences de l'administrateur supérieur sont définies par la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961. Voir, Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 8.

<sup>2084</sup> Sur les vingt membres, treize membres sont désignés par l'île de Wallis et sept par les îles de Futuna.

<sup>2085</sup> Jeanne PAGE, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'Outre-mer aux « pays d'Outre-mer »*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, p. 237.

<sup>2086</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 65.

<sup>2087</sup> Il s'agit d'un pouvoir réglementaire autonome. Les attributions de l'Assemblée territoriale sont définies par le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957. Voir, Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'Assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, J.O.R.F. du 23 juillet 1957, p. 7253, art. 40.

<sup>2088</sup> William GILLES, « La fiscalité à Wallis-et-Futuna : entre faiblesse, paradoxe et apparence », dans Xavier CABANNES (dir.), *Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud*, *Journal de droit comparé du pacifique*, volume hors-série, n° XVIII, 2015, p. 39-54, spé. p. 41. Voir, Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'Assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, *préc.*, p. 7253, art. 46. En effet, l'assemblée territoriale dispose « d'un pouvoir de délibération renforcé en matière financière par rapport aux autres domaines

d'un droit de veto sur les délibérations votées par l'Assemblée territoriale, sauf celles concernant le foncier et les programmes de développement, mais y compris en ce qui concerne la matière fiscale<sup>2089</sup>. En donnant le dernier mot au représentant de l'État, de surcroît au chef exécutif du territoire, ce droit de veto s'éloigne pourtant du droit de consentir librement à l'impôt par l'intermédiaire de ses représentants.

**670.** À l'échelle locale, les îles correspondent à trois circonscriptions gérées par des chefs de circonscription d'origine métropolitaine - souvent l'administrateur supérieur pour Uvéa et son délégué, pour Alo et Sigavé à Futuna - qui les administrent dans tous les actes de la vie civile, essentiellement concernant l'état civil et la voirie<sup>2090</sup>. Il s'agit du seul découpage territorial de la collectivité, il n'y a pas de communes qui sont considérées comme une façon « d'affaiblir les chefferies et de supprimer les traditions coutumières »<sup>2091</sup>. Les circonscriptions administratives constituent donc les institutions charnières dans le sens où chacune d'entre elles reste présidée par le roi compétent et dispose d'un conseil de circonscription dont les membres sont désignés selon les usages prévus par la coutume, principalement les détenteurs des titres de chefferie<sup>2092</sup>. Ainsi, le découpage territorial étatique rejoint le découpage précolonial coutumier : les trois royaumes gouvernés par les trois rois se superposent aux trois circonscriptions administratives.

**671.** En outre, le statut législatif permet une collaboration des deux univers juridiques au sein d'une autre institution hybride accordant une place certaine aux représentants coutumiers : le conseil territorial. Cet organe est composé de l'administrateur supérieur qui préside, des trois rois coutumiers qui en sont les vice-présidents, et de trois membres nommés par l'administrateur supérieur et approuvés par l'Assemblée territoriale<sup>2093</sup>. Il est consulté sur la gestion des affaires locales et si ses avis ne lient pas juridiquement l'Assemblée territoriale, l'opposition du conseil

---

relevant de sa compétence puisqu'elle doit délibérer sur tous les projets portant sur cette matière qui aurait été étudiés en Conseil de gouvernement, mais aussi de toutes les propositions qui auraient pu être formulées en ce domaine par un membre de l'assemblée ».

<sup>2089</sup> Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *art. cit.*, p. 82.

<sup>2090</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 61. Voir aussi, Florence FABERON, « La République et la coutume à Wallis et Futuna », *AJDA*, n° 9, 2014, p. 518-520, spé. p. 518.

<sup>2091</sup> Le député Kamilo Gata répond ainsi au ministre de l'outre-mer : « Je tiens à vous dire, monsieur le ministre, que personne sur l'archipel ne souhaite la création des communes, car tout le monde a le sentiment que ce serait une façon d'affaiblir les chefferies et de supprimer les traditions coutumières ». Voir, Kamilo GADA, « Compte rendu intégral », *J.O.R.F., Débats parlementaires, Assemblée nationale*, 10<sup>e</sup> législature, Compte rendu intégral, 1<sup>ère</sup> séance du 8 novembre 1994, p. 6602.

<sup>2092</sup> Florence FABERON, « La République et la coutume à Wallis et Futuna », *art. cit.*, p. 518.

<sup>2093</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 10. Frédéric Angleviel précise que généralement, « il s'agit de l'évêque [...] le secrétaire du lavelua ou le kivalu, c'est-à-dire son Premier ministre, et un élu national ». Voir, Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 64.

fragilise grandement la légitimité du texte à adopter<sup>2094</sup>. Longtemps peu convoqué, ce conseil « a tendance depuis peu à prendre toute la place que lui reconnaît le statut de 1961 [...et] est en train de devenir “la voix de la coutume” »<sup>2095</sup>. La coutume est d’autant plus importante « du fait de la petite taille du territoire et de la faible intégration de ces citoyens français des antipodes dans le système »<sup>2096</sup>.

**672.** Parallèlement, sur le versant coutumier, l’article 3 de la loi de 1961 garantit le respect des coutumes produites et interprétées par les autorités traditionnelles. Dans ce cadre particulier où l’État reste en retrait<sup>2097</sup>, la chefferie, le statut civil coutumier et le droit foncier relèvent de la coutume, dont les rois restent les garants<sup>2098</sup>. De façon générale, le système coutumier comprend trois niveaux hiérarchisés - les trois royaumes, les districts et les villages – chacun dirigé par un chef assisté d’un conseil. Vestige du passé colonial, les rois, les ministres et les chefs coutumiers sont indemnisés par les autorités françaises. Il existe donc un roi à Wallis et deux à Futuna<sup>2099</sup>. Ils sont désignés parmi les familles royales, par les familles nobles de l’île<sup>2100</sup>. La procédure de désignation fait donc penser à une cooptation. Chaque roi dirige les assemblées délibératives (*fono*) et *a minima* une fois par mois une assemblée « pour régler les problèmes courants de ces petites sociétés rurales insulaires pétries de traditions séculaires »<sup>2101</sup>. Sur le plan judiciaire, le roi est donc le dernier recours concernant les conflits coutumiers et ses décisions relèvent du sacré (*tapu*<sup>2102</sup>). C’est pourquoi « la tradition - qui semble souffrir quelques entorses - veut qu’ils ne s’expriment pas directement dans les assemblées, mais seulement par le truchement d’un porte-parole »<sup>2103</sup>.

---

<sup>2094</sup> Les compétences du conseil territorial sont définies par un décret du 14 mars 1962. Voir, Décret n° 62-287 du 14 mars 1962 *fixant les attributions du conseil territorial des îles Wallis et Futuna*, J.O.R.F. du 17 mars 1962, p. 2835.

<sup>2095</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « Vie politique, insularité et traditions. L’exemple du TOM de Wallis et Futuna », *op. cit.*, p. 191.

<sup>2096</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l’État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d’un mariage de raison », *op. cit.*, p. 65.

<sup>2097</sup> Selon la classification opérée par les professeurs Ghislain Otis et Sophie Thériault, « le retrait participe du “lâcher-prise” face à l’effectivité inhérente d’une juridicité externe et indépendante de celle du système gestionnaire. [...] le retrait est plus couramment informel ou “officieux” ; il n’est généralement pas prescrit ou organisé dans les constitutions, les lois ou même la jurisprudence, bien qu’il existe des exceptions comme le montre les lois exigeant parfois des juges étatiques qu’ils se retirent ou s’abstiennent d’agir jusqu’à épuisement des préalables coutumiers ». Le statut de Wallis et Futuna compte donc parmi ces exceptions. Voir, Ghislain OTIS et Sophie THERIAULT, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>2098</sup> Sophie CHAVE-DARTOEN, *Royauté, chefferie et monde socio-cosmique à Wallis (« Uvea »): Dynamiques sociales et pérennité des institutions*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2099</sup> Le terme *Lavelua* est employé à Wallis, *Tugaijo* à Alo et *Tuisigavé* à Sigavé.

<sup>2100</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, Sénat, Rapport d’information fait au nom de la commission des lois, 2014, p. 18.

<sup>2101</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l’État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d’un mariage de raison », *op. cit.*, p. 61.

<sup>2102</sup> Le mot français « tabou » provient de ce terme.

<sup>2103</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, *op. cit.*, p. 17.

**673.** Pour transmettre leurs décisions, les rois sont accompagnés d'un conseil de ministres coutumiers (*alike*<sup>2104</sup>) auquel appartient un premier ministre. Cet ensemble constitue la « grande chefferie ». Le roi de Wallis nomme aussi trois chefs de districts chargés de l'exécution des décisions de la grande chefferie et qui procèdent à la liaison avec les chefs de villages (*pulekolo*) de leur district. Par leur fonction, les chefs de district ne sont pas détenteurs d'un titre et sont nommés principalement parmi les membres de la famille royale<sup>2105</sup>. À ce titre, ils ne président pas non plus le conseil de district, lequel réunit les chefs de village, mais dont la présidence revient souvent à un ministre. Futuna, qui n'est pas divisé en districts, mais seulement en deux circonscriptions administratives entre Sigave et Alo, obéit à une structure hiérarchique moins marquée<sup>2106</sup>.

**674.** En sus, les chefs de village des îles (*pulekolo*) sont désignés par les Conseils des Anciens<sup>2107</sup>. À l'origine, le statut prévoyait leur élection au suffrage universel, « une disposition inapplicable en pratique et qui fut abrogée en 1976 au profit d'un retour à la nomination selon la procédure traditionnelle »<sup>2108</sup>. De même que les six conseillers de la « grande chefferie », les chefs de village de la « petite chefferie » occupent donc des positions associées à des noms-titres et transmises, en fonction de différents critères, parmi les descendants des ancêtres qui les ont fondées<sup>2109</sup>. Dans ce cadre, les missions des chefs de village sont multiples puisqu'ils dirigent notamment les assemblées délibératives locales lors desquelles les affaires du village sont directement administrées par les habitants<sup>2110</sup>. De plus, ils participent aux cérémonies du kava, réceptionnent et redistribuent les dons, dirigent les travaux collectifs et surtout, ils portent la parole et les intérêts

---

<sup>2104</sup> Que l'on pourrait traduire par noble ou « porteur de titre », c'est-à-dire des « individualités qui ont obtenu la confiance de leur village ou de leur district grâce à leur courage militaire ou grâce à leurs qualités d'orateurs et de diplomates ». Voir, Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 50. Il y a six ministres à Wallis. Les cinq ministres en dehors du Premier ministre coutumier sont répartis de cette manière : le *Mabe Fotuaika*, chargé de l'environnement et des affaires maritimes, le *Ului Monua*, chargé de l'agriculture, le *Kulitea*, chargé de la justice et de la culture, le *Fotua Tamai*, chargé de la santé et le *Mukoi Fenua*, chargé de la jeunesse. De même, les rois de Alo et Sigave sont accompagnés d'un Premier ministre et de six ministres. Voir, Marie-Anne POUSSIN-DELMAS (dir.), *Wallis et Futuna. Rapport annuel 2018*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>2105</sup> Hélène GUIOT, Isabelle LEBLIC et Bernard VIENNE, « Présentation », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 122-123, 2006, p. 1-12, spé. p. 3.

<sup>2106</sup> Hélène GUIOT, Isabelle LEBLIC et Bernard VIENNE, « Présentation », *art. cit.*, p. 3.

<sup>2107</sup> Thierry QUEFFELEC, *Livret d'accueil administration supérieure*, Wallis et Futuna, préfecture des îles, 2019, p. 9. Il y a vingt et un chefs de village à Uvéa et quinze à Futuna.

<sup>2108</sup> Hélène GUIOT, Isabelle LEBLIC et Bernard VIENNE, « Présentation », *art. cit.*, p. 2.

<sup>2109</sup> Sophie CHAVE-DARTOEN, *Royauté, chefferie et monde socio-cosmique à Wallis (« Uvea »): Dynamiques sociales et pérennité des institutions*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>2110</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, *op. cit.*, p. 36.

de leur communauté<sup>2111</sup>. Il y a régulièrement des changements dans la répartition des titres de la petite chefferie qui restent certes un honneur, mais s'avèrent aussi une lourde tâche<sup>2112</sup>.

**675.** Dans le même ordre d'idée, la coutume intègre des mécanismes de contre-pouvoirs puisque les chefs de tous niveaux, y compris les Rois, « peuvent être déposés par la chefferie, sur la demande des autres chefs ou sur celle de la population », ce qui s'est souvent produit<sup>2113</sup>. Par exemple, « tout chef qui mécontente la majorité des chefs de famille de sa "circonscription" est assuré d'être bientôt remplacé au profit d'un autre membre de sa famille ou d'un représentant des autres familles pouvant porter le titre en question »<sup>2114</sup>. Ainsi, « nullement figé, à la fois spécifique à Wallis et Futuna et vieux comme le monde », Frédéric Angleviel qualifie ce système coutumier d'oligarchie participative<sup>2115</sup>.

**676.** La pérennité du statut législatif s'explique par le maintien de cet équilibre fragile entre coutume et institutions républicaines. Cette réussite relève notamment du fait que ce dernier « ne s'est pas traduit par la coexistence du pouvoir coutumier à côté du pouvoir républicain, mais par l'intégration des autorités coutumières au sein des institutions mises en place par la République »<sup>2116</sup>. De la sorte, tant les institutions républicaines que les systèmes de représentation coutumiers se sont adaptés pour permettre cette coopération. Cela s'illustre par l'aménagement du découpage territorial et par l'institution du conseil territorial, mais encore par le tribunal administratif qui s'est adapté aux procédures particulières du système coutumier. En effet, lors du jugement de première instance du 30 octobre 2013, *M. Faupala et autres*, « la conciliation de la République et de la coutume justifie de pouvoir déroger aux règles classiques de la recevabilité d'un recours contentieux »<sup>2117</sup>.

**677.** Dans cette affaire, les chefs coutumiers déposent un recours devant le tribunal administratif de Mata-Utu contre des arrêtés qui « n'ont pas été pris en conseil territorial ou après avis du conseil territorial et de l'assemblée territoriale »<sup>2118</sup>. En tant que présidents de circonscriptions territoriales, les rois d'Uvéa, Alo et de Sigavé s'avèrent compétents pour

---

<sup>2111</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 56.

<sup>2112</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>2113</sup> « Avant le règne de Tomasi Kulimoetoke (1959-2007), la plupart des hau [rois] ont été déposés après quelques années, parfois quelques mois ». Voir, Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *art. cit.*, p. 82. Voir aussi, Chapitre 4.

<sup>2114</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 62.

<sup>2115</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 62.

<sup>2116</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>2117</sup> Florence FABERON, « La République et la coutume à Wallis et Futuna », *art. cit.*, p. 518.

<sup>2118</sup> Tribunal administratif de Mata-Utu, 30 octobre 2013, n° 1260027.

représenter leur circonscription en justice. Toutefois, selon la coutume, «ils ne sauraient être signataires de requêtes»<sup>2119</sup>. C'est pourquoi ce sont donc les Premiers ministres qui signent. Par conséquent, «se pose la question de la recevabilité même de la requête et de l'intérêt à agir des requérants. La requête peut-elle être le fait d'une représentation établie coutumièrement?»<sup>2120</sup>. L'administrateur supérieur soutient que ni les rois ni leur Premier ministre n'ont compétence pour agir<sup>2121</sup>. Le tribunal administratif de Mata-Utu ne fait pourtant pas droit à cet argument et affirme à propos du Premier ministre traditionnel :

La tradition confère à ce haut dignitaire coutumier des attributions étendues auprès du chef coutumier ; qu'il est notamment chargé des rapports entre la chefferie et les autorités territoriales ou nationales dont il est l'interlocuteur privilégié ; que ces règles coutumières ne sont contraires ni aux principes généraux du droit, ni aux dispositions de la loi du 29 juillet 1961 qui en tient d'ailleurs compte dans la rédaction de ses articles 10 et 18 ; qu'ainsi, par dérogation aux dispositions des articles R. 431-2 et R. 431-4 du code de justice administrative, M. Setefana Hanisi doit être regardé comme ayant qualité pour agir devant le tribunal administratif au nom de M. Kapeliele Faupala qui se prévaut lui-même de sa qualité de président d'un des trois conseils de circonscription<sup>2122</sup>.

Le tribunal de première instance s'est donc fondé sur la coutume, «en vertu de laquelle le Premier ministre exerce des attributions étendues auprès du chef coutumier»<sup>2123</sup>. Selon Florence Faberon, en appliquant la coutume, le juge «met en œuvre le pluralisme juridique reconnu par la France»<sup>2124</sup>. *A fortiori*, cette affaire démontre que «les autorités coutumières, quant à elles, acceptent de jouer activement le jeu des institutions de la République et de considérer le tribunal administratif comme leur régulateur»<sup>2125</sup>. Malgré cela, la décision du tribunal administratif a été annulée par la Cour administrative d'appel au motif que, sur cette question, «le conseil territorial n'avait pas à être consulté ; que par suite, la qualité de vice-président du conseil territorial ne conférait pas davantage aux demandeurs intérêt pour agir»<sup>2126</sup>.

**678.** Malgré l'interjection en appel, c'est dans cet espace de dialogue entre l'État et les représentants traditionnels que le système coutumier évolue lui aussi. Par exemple, la coutume consistant à s'humilier par respect devant les représentants de la chefferie n'est plus pratiquée<sup>2127</sup>. Il reste que le système traditionnel s'avère régulièrement critiqué pour son immobilisme. Il reste que ce ne sont pas seulement la coutume et les lois républicaines qui coexistent à Wallis et Futuna,

---

<sup>2119</sup> Florence FABERON, «La République et la coutume à Wallis et Futuna», *art. cit.*, p. 518.

<sup>2120</sup> *Ibid.*

<sup>2121</sup> Tribunal administratif de Mata-Utu, 30 octobre 2013, *préc.* : «la requête est signée par les premiers ministres coutumiers de Wallis, Alo et Sigave qui n'ont pas qualité pour agir ; les requérants sont également dépourvus d'intérêt pour agir, les arrêtés attaqués ne pouvant faire grief aux conseils de circonscription»

<sup>2122</sup> Tribunal administratif de Mata-Utu, 30 octobre 2013, *préc.*, cons. 3.

<sup>2123</sup> CE, *Rapport public 2014. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, La Documentation française, 2015, p. 126.

<sup>2124</sup> Florence FABERON, «La République et la coutume à Wallis et Futuna», *art. cit.*, p. 518.

<sup>2125</sup> *Ibid.*

<sup>2126</sup> CAA de Paris, 6<sup>e</sup> Chambre, 15 juin 2015, *Ministre des outre-mer c. M. B.*, n° 13PA04562.

<sup>2127</sup> Frédéric ANGLEVIEL, «La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison», *op. cit.*, p. 56.



mais plutôt cinq pouvoirs imbriqués « que sont la coutume, la religion, le négoce, l'administration et depuis 1961, la politique »<sup>2128</sup>. Cet équilibre des systèmes en présence explique « la prudence avec laquelle toute modification du statut peut être envisagée même si certaines évolutions sont parfois souhaitées »<sup>2129</sup>. Dès lors, malgré des réformes souvent évoquées, le statut législatif n'a pas connu d'évolutions significatives depuis 1961. En 2009, les états généraux de l'outre-mer envisagent une réforme en faveur d'une plus grande autonomie de l'Assemblée territoriale et d'une redéfinition de ses compétences. Néanmoins, les autorités coutumières n'ont pas donné suite à cette proposition<sup>2130</sup>. Il demeure que « l'adaptation du statut du territoire et son évolution pour répondre à des aspirations nouvelles vers plus d'autonomie de décision, plus d'intégration à la vie politique, plus de responsabilité » s'affirme comme un premier enjeu pour l'avenir du statut législatif<sup>2131</sup>.

**679.** Sur une autre question, si la place accordée à la coutume semble importante, le bénéfice du statut coutumier s'avère conditionné à la naissance de l'individu sur le territoire insulaire. Ainsi, plus de vingt mille Wallisiens et Futuniens en Nouvelle-Calédonie sont astreints au droit commun, ce qui représente bien plus de la moitié de cette population<sup>2132</sup>. À terme, le statut risque donc de disparaître puisqu'ils sont de plus en plus à émigrer, notamment sur l'archipel calédonien où ils constituent le troisième groupe de résidents, après les Calédoniens d'origine européenne et les Kanak. Dans ce cadre, le statut de cette population implantée durablement en Nouvelle-Calédonie et son intégration, de fait comme de droit, en tant qu'acteur reconnu dans la construction du « destin commun » s'affirme comme le second enjeu d'avenir du statut de Wallis et Futuna<sup>2133</sup>. Une telle présence wallisienne et futunienne en Nouvelle-Calédonie pourrait d'ailleurs bénéficier d'un organe dédié à leur représentativité, comme la loi a pu en aménager pour les Amérindiens en Guyane. En effet, à défaut, la représentativité peut être aménagée comme un palliatif au sentiment que les intérêts particuliers des insulaires ne seraient pas pris en compte.

---

<sup>2128</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « Vie politique, insularité et traditions. L'exemple du TOM de Wallis et Futuna », *op. cit.*, p. 193. Françoise Douaire-Marsaudon parle elle de quatre forces agissantes avec « la coutume, la Mission, la politique et la jeunesse ». Elle explique que « tout ce qui, au sein de l'organisation politique propre à Wallis, ressortit aux institutions de la République française, à leurs principes et à leur fonctionnement (assemblées, conseils, élections, partis politiques etc.), est désigné par les Wallisiens par le terme général de "la politique" ». Voir, Françoise DOUAIRE-MARSAUDON, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *art. cit.*, p. 82.

<sup>2129</sup> Sophie JOISSAINS et Jean-Pierre SUEUR, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>2130</sup> Marie-Anne POUSSIN-DELMAS (dir.), *Wallis et Futuna. Rapport annuel 2018*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>2131</sup> Hélène GUIOT, Isabelle LEBLIC et Bernard VIENNE, « Présentation », *art. cit.*, p. 7.

<sup>2132</sup> Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 63. Ils sont environ 12 000 à vivre sur les îles.

<sup>2133</sup> Hélène GUIOT, Isabelle LEBLIC et Bernard VIENNE, « Présentation », *art. cit.*, p. 7.

## PARAGRAPHE 2 - L'aménagement d'une représentativité des autochtones par la loi

**680.** Outre l'aménagement de la représentation par la loi, un même processus se constate pour l'aménagement d'une représentativité. À l'instar de ce qu'explique le professeur Jean-Marie Denquin, cette conception se fonde sur l'idée « qu'un “homme comme nous”, qui “connaît nos problèmes” saura les exposer, les défendre en haut lieu et ne nous trahira pas »<sup>2134</sup>. Il y a alors la volonté d'intégrer une certaine ressemblance entre les représentés et leurs représentants. Suivant cette idée, un espace institutionnel est créé par la loi pour que des autochtones portent la parole et représentent les intérêts particuliers des autochtones.

**681.** À ce titre, la représentation des autochtones reste initialement pensée par le prisme de la représentativité. Par leur histoire, par leur situation minoritaire au sein de la nation, par leurs traditions juridiques différentes, les autochtones opposent des intérêts particuliers à l'intérêt général. L'État tente de les prendre en compte grâce à divers outils. Les quotas, par exemple, sont un mécanisme juridique efficient et régulièrement utilisé pour intégrer une certaine représentativité au sein de la représentation nationale. Néanmoins, pour les autochtones, cet outil ne se retrouve ni au Canada ni en France. Dans ces deux ordres juridiques, il s'observe principalement deux autres aménagements que sont la création d'organes particuliers et propres à la représentativité des autochtones (**A**) ou l'existence d'assemblées publiques, mais dédiées *de facto*, par l'organisation même du territoire, aux autochtones (**B**).

### A. La création d'organes dédiés à la représentativité des autochtones

**682.** La représentativité autochtone au moyen d'organes particuliers résulte de différents processus : soit elle procède de la continuité des associations portant les revendications politiques des années 1960 et sont intégrées à l'appareil étatique, soit les pouvoirs publics sont directement à l'origine de la création de nouvelles institutions dédiées aux intérêts autochtones. La première modalité correspond par exemple aux assemblées autochtones du Canada comme l'Assemblée des Premières Nations (APN) et l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador (APNQL) (**1**), tandis que la seconde correspond davantage aux assemblées instituées en France, telles que le Sénat coutumier ou le Grand conseil coutumier de Guyane (**2**).

---

<sup>2134</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *art. cit.*, p. 7.

## 1. La représentativité au Canada

**683.** En 1982, l'APN succède à la Fraternité nationale des Indiens (FNI) qui elle-même succédait au Conseil national indien créée en 1961, institutions qui « représentai[ent] les intérêts des Autochtones tout au long des années 1960 et 1970 »<sup>2135</sup>. Lors de l'Assemblée générale de la FNI en 1982, « les chefs déclarent alors que l'Assemblée [des Premières Nations] représente la seule et unique voix des Premières Nations au Canada »<sup>2136</sup>. Dès lors, l'APN joue un rôle important et donne son avis sur les questions autochtones traitées par les gouvernements fédéral et provinciaux telles que la révision de la constitution, la modification de la *Loi sur les Indiens* et les politiques fédérales ou provinciales touchant les Premières Nations.

**684.** Plus de six cent trente-quatre communautés sont regroupées et bénéficient d'un représentant au sein de l'Assemblée qui adopte annuellement des résolutions. Un quorum de 51 % est nécessaire à la prise de décision. De plus, si le consensus n'est pas atteint, seul un « vote positif de 60 % des Chefs et des mandataires présents dans la salle de l'Assemblée est suffisant pour constituer une décision »<sup>2137</sup>. De cette manière, l'APN s'assure d'afficher une forte légitimité politique, représentative de plus de la moitié des Premières Nations du territoire.

**685.** Outre les « Premières Nations-en-Assemblée », l'APN agit aussi régulièrement par le biais de ces autres organes, listés par la *Charte de l'Assemblée des Premières Nations*<sup>2138</sup>. Il s'agit de la Confédération des Nations, un corps exécutif chargé de veiller à la bonne exécution des décisions et responsable devant l'Assemblée ; du Comité exécutif, principal organe exécutif de l'APN composé du Chef national, de Chefs régionaux, et du président du Conseil des Gardiens du savoir<sup>2139</sup> ; du secrétariat, soit la Fraternité des Indiens du Canada intégrée au sein de l'APN ; du Conseil des Gardiens du savoir, composé de trois Gardiens du savoir, un de sexe masculin, l'autre de sexe féminin et le dernier issu de la confrérie 2ELGBTQQIA+<sup>2140</sup> ; du Conseil des femmes, composé de femmes venant des onze régions du Canada<sup>2141</sup> ; du Conseil national des jeunes, qui compte « deux représentants pour chacune des onze régions de l'Assemblée de Premières Nations », âgés entre 16 et 29 ans inclusivement<sup>2142</sup> ; du conseil des anciens combattants des Premières Nations, composé de tous les corps de métiers de l'armée répartis également selon les

---

<sup>2135</sup> Tabitha de BRUIN et Michael POSLUNS, « Assemblée des Premières Nations », *L'Encyclopédie canadienne*, 2019, en ligne, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/assemblee-des-premieres-nations> (consulté le 28.07.2022).

<sup>2136</sup> *Ibid.*

<sup>2137</sup> Assemblée générale annuelle du 6 au 8 juillet 2021, Toronto (Ont.), *Résolution 03/2021*, Article 8 (1) Clarification relative aux représentants désignés et aux mandataires.

<sup>2138</sup> ASSEMBLÉE DES PREMIÈRES NATIONS, *Charte de l'Assemblée des Premières Nations*, 2021 [1985], art. 5. 1.

<sup>2139</sup> *Ibid.*, art. 16.

<sup>2140</sup> *Ibid.*, art. 23.

<sup>2141</sup> *Ibid.*, art. 23. A.

<sup>2142</sup> *Ibid.*, art. 23. B.

différents genres<sup>2143</sup> ; et enfin le Conseil des personnes bispirituelles, lesbiennes, gaies, bisexuelles, transgenres, queers, en questionnement, intersexes et asexuelles plus (2ELGBTQQIA+)<sup>2144</sup>. Les critères de représentativité sont donc portés à leur paroxysme puisqu'au-delà de l'autochtonie, les minorités autochtones sont aussi représentées par les différents organes selon leur genre, leur orientations sexuelles, leur âge...

**686.** L'APN porte principalement les intérêts autochtones sur la scène politique par le biais du comité exécutif national. Il s'agit d'un corps exécutif restreint qui agit collégalement et sur mandat. Les Chefs régionaux sont élus tous les trois ans par les Chefs de leur région. Le Chef national, lui, est élu par les Premières Nations-en-Assemblée selon une majorité de 60 % des membres<sup>2145</sup>. Chacun d'entre eux peut être destitué par la même assemblée et selon le même processus qui l'a désigné<sup>2146</sup>. De même, le Chef national est aussi doublement responsable : « envers la Confédération des Nations et de manière ultime, envers les Premières Nations-en-Assemblée »<sup>2147</sup>. En cela, sa parole n'est pas libre, elle est liée à ce que décide collégalement le comité exécutif national et aux missions qui leur sont confiées. Son mandat semble donc impératif, c'est pourquoi la charte précise : « le Chef national a un rôle politique et est le principal porte-parole de l'Assemblée des Premières Nations »<sup>2148</sup>. En application de ces principes, le 28 juin 2023, la cheffe nationale de l'APN, RoseAnne Archibald, est destituée à l'issue d'un vote obtenant 71% des voix, lors d'une réunion virtuelle, notamment après que des plaintes pour harcèlement ont été déposées contre elle par plusieurs employés<sup>2149</sup>. Elle avait déjà été suspendue une première fois de ses fonctions en juin 2022 en raison d'une « déclaration publique qui a enfreint ses obligations » envers l'APN<sup>2150</sup>. Cela illustre bien la double responsabilité qui pèse sur la cheffe

---

<sup>2143</sup> Assemblée générale annuelle, 8 et 9 décembre 2020, Ottawa (Ont.), *Résolution 02/2020*. Voir aussi, ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, *Charte de l'Assemblée des Premières Nations*, 2021 [1985], art. 23. C. : « 1. Le Conseil des anciens combattants des Premières Nations est composé de tous les anciens combattants des Premières Nations au Canada et aux États-Unis d'Amérique, ainsi que des membres des Premières Nations au sein de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), du ministère canadien de la Défense nationale, des sociétés des gardiens de la paix des Premières Nations, des forces de police des Premières Nations, et des membres des Premières Nations qui ont servi dans d'autres agences de maintien de l'ordre. 2. Le Conseil des anciens combattants des Premières Nations est composé d'hommes, de femmes et de membres 2ELGBTQQIA ».

<sup>2144</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, *Charte de l'Assemblée des Premières Nations*, 2021 [1985], art. 23. D.

<sup>2145</sup> *Ibid.*, art. 22.

<sup>2146</sup> Par exemple, pour destituer le chef national, seul le vote positif d'une majorité de 60 % des représentants de l'Assemblée des Premières Nations est nécessaire. Voir, *Ibid.*, art. 22. 2. En juin 2023, la cheffe nationale de l'APN, Rose Anne Archibald, a d'ailleurs été destituée à l'issue d'un vote obtenant 71% des voix, tenu lors d'une réunion virtuelle. La cheffe est accusée de harcèlement à l'égard de plusieurs employés. Elle avait déjà été suspendue une première fois de ses fonctions en juin 2022 en raison d'une « déclaration publique qui a enfreint ses obligations » envers l'APN.

<sup>2147</sup> *Ibid.*, art. 20. 2.

<sup>2148</sup> *Ibid.*, art. 20. 4.

<sup>2149</sup> Bruno MARCOTTE, « La cheffe nationale RoseAnne Archibald perd son poste », La Presse, le 28 juin 2023, en ligne : <https://www.lapresse.ca/actualites/national/2023-06-28/assemblee-des-premieres-nations/la-cheffe-nationale-roseanne-archibald-perd-son-poste.php> (consulté le 29.06.2023).

<sup>2150</sup> *Ibid.*

nationale, à l'encontre de l'APN et de l'ensemble des Premières Nations. Ainsi, pour éviter tout abus de pouvoir, l'article 21 de la charte dispose également :

1. Le Chef national n'aura pas d'autorité politique inhérente.
2. Toute autorité que pourrait avoir le Chef national dérivera exclusivement et entièrement de l'autorité qui lui sera conférée de temps à autre par les Premières Nations-en-Assemblée.
3. En tant que leader exerçant des mandats, des pouvoirs, des responsabilités et des devoirs délégués, le Chef national a la responsabilité politique sacrée de se soumettre entièrement aux directives émises par les Premières Nations-en-Assemblée, la Confédération des Nations et le Comité exécutif.

Ce ne sont pas uniquement les pouvoirs du Chef national qui sont restreints puisque la charte rappelle bien que l'APN est au service des Premières Nations et non l'inverse, comme en témoigne la rédaction de l'article 2. 5 :

L'Assemblée des Premières Nations demeurera, en tout temps, l'instrument destiné à promouvoir les aspirations des Premières Nations et ne deviendra pas plus forte, plus puissante, ou ne possédera plus de ressources ou de juridiction que les Premières Nations pour lesquelles elle a été établie et qu'elle devra servir.<sup>2151</sup>

Pour beaucoup de communautés autochtones, la représentativité ne se limite pas à cet organe, mais s'avère complémentaire à celle d'autres organisations provinciales ou régionales<sup>2152</sup>. Par exemple, les Premières Nations du Québec et du Labrador sont aussi membres de l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador (APNQL), organisme régional rattachée à l'APN. Créée en 1985, il se compose de chefs de quarante-trois communautés autochtones appartenant aux dix Nations du Québec et du Labrador dont les Mohawks font partie. Sa structure comprend une assemblée des Chefs et un bureau administratif<sup>2153</sup>. Les Chefs en Assemblée élisent, tous les trois ans, un porte-parole connu sous le titre de Chef régional de l'APNQL, qui porte la voix des autochtones du Québec auprès des autorités provinciales<sup>2154</sup>.

**687.** À la différence du Sénat coutumier kanak ou du Grand conseil coutumier de Guyane, dont les statuts institutionnels et les compétences consultatives sont explicitement protégés par la loi,

---

<sup>2151</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, *Charte de l'Assemblée des Premières Nations*, 2021 [1985], art. 2. 5. L'article 4 rend compte de la même volonté d'encadrement du pouvoir : « 4. Tous pouvoirs, mandats ou responsabilités délégués dériveront de la souveraineté des Premières Nations ; et les personnes ou institutions qui auront reçu l'exercice de cette délégation ont le devoir sacré, dans l'exercice de leurs fonctions, d'adhérer strictement à la nature et à la qualité de cette délégation ».

<sup>2152</sup> Il est à noter que la représentativité de l'APN (et de trois autres associations autochtones) a elle-même déjà été contestée dans le cadre de la négociation de l'Accord de Charlottetown, en 1992. L'Association des femmes autochtones du Canada, qui se plaignait de la promotion insuffisante des droits et intérêts des femmes autochtones par l'APN, avait intenté un recours pour obtenir un financement distinct de celle-ci afin de mieux faire valoir ses droits et intérêts. Dans la mesure où le recours était fondé sur le droit à la liberté d'expression garanti dans la Charte canadienne et où ce droit, hormis des cas exceptionnels non encore précisés, était conceptualisé comme un droit négatif qu'il ne faut pas entraver plutôt que comme un droit positif à un mode précis d'expression, la Cour suprême rejeta ce recours. Voir, *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.S.C. 627.

<sup>2153</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DU QUEBEC-LABRADOR, *Site officiel. À propos*, 2017, en ligne : [https://apnql.com/fr/?page\\_id=343](https://apnql.com/fr/?page_id=343) (consulté le 05.08.2022).

<sup>2154</sup> INSTITUT DE DEVELOPPEMENT DURABLE DES PREMIERES NATIONS DU QUEBEC ET DU LABRADOR, *Protocole de consultation des Premières Nations du Québec et du Labrador*, Wendake, Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, 2005, p. 6.

l'APN et l'APNQL constituent plutôt des « organisations de défense des intérêts », assimilables à des « groupes de pression »<sup>2155</sup>. Pourtant, leur rôle reste important puisque, réaffirmé par les décisions de Cour suprême *Sparrow*, *Gladstone*, *Delgamuukw* et plus récemment, *Haida* et *Taku*, la Couronne, c'est-à-dire le pouvoir exécutif des gouvernements fédéral et provinciaux, a l'obligation constitutionnelle de consulter les Premières Nations et d'accommoder leurs intérêts lorsqu'elle prend des décisions qui pourraient avoir une incidence sur les droits ancestraux, le titre aborigène et les droits issus de traités<sup>2156</sup>. À cette fin, elle « doit établir un équilibre raisonnable entre les préoccupations des Autochtones, d'une part, et l'incidence potentielle de la décision sur le droit ou le titre revendiqué et les autres intérêts sociétaux, d'autre part. L'accommodement est donc un compromis qui vise à harmoniser des intérêts opposés »<sup>2157</sup>. Dans ce cadre, l'APN et ses organismes régionaux peuvent constituer des institutions privilégiées de consultation, souvent en parallèle d'une consultation des chefs et conseils des Premières Nations directement concernés par le projet ou la mesure en question. À ce titre, l'APN et ses organismes régionaux sont financés par l'État en vertu du programme de « contributions pour appuyer la capacité organisationnelle de base des organismes représentant les Autochtones »<sup>2158</sup>. Il peut s'agir d'un premier financement de base et d'un second financement plus variable lié aux différents projets<sup>2159</sup>, lesquels sont rendus possibles par des accords de contributions conclus par le Gouvernement du Canada en vertu de la *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*<sup>2160</sup>. Ces financements sont présentés comme visant à « aider les organisations autochtones à contribuer et à participer à l'élaboration

---

<sup>2155</sup> Sur le site de l'Assemblée des Premières Nations, c'est en ces termes qu'est décrit la Fraternité nationale des Indiens du Canada, qui précède l'APN, comme « un groupe de pression unique et homogène ». Voir, ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, « Notre histoire », *Site officiel*, 2022, en ligne <https://afn.ca/fr/a-propos/notre-histoire/> (consulté le 02.04.2022). Sur ce point, Voir aussi l'enquête de terrain réalisée par Audrée Ross sur l'APNQL, Audrée ROSS, *La représentation politique des Premières Nations du Québec*, Québec, Fondation Jean-Charles Bonenfant, Assemblée nationale du Québec, 2014, p. 9-25.

<sup>2156</sup> R. c. *Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; R. c. *Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 ; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550. Les deux dernières décisions consacrent une interprétation large de l'obligation de consulter puisque celle-ci s'applique à la Couronne y compris pour les droits et titre ancestraux revendiqués, mais non encore définis ou prouvés, c'est-à-dire dès qu'il y a une présomption de droit.

<sup>2157</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, op. cit., p. 103.

<sup>2158</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, « Contributions pour appuyer la capacité organisationnelle de base des organismes représentant les Autochtones », *Site officiel*, 2022, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1386252384754/1615724544238> (consulté le 02.04.2022). Ces contributions sont légalement autorisées

<sup>2159</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES, « Financement de la capacité organisationnelle de base », *Site officiel Services aux Autochtones*, 2016, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1386699114943/1619633478942> (consulté le 20.06.2023).

<sup>2160</sup> L'autorisation légale résulte de la *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, ch. I-6, art. 4 et surtout du *Décret de juillet 2004 autorisant le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à agir à titre d'interlocuteur fédéral pour les Métis et les Indiens non inscrits*, lequel « autorise le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à agir à titre d'interlocuteur fédéral auprès des Métis et des Indiens non inscrits et à conclure des accords de contribution avec des organismes représentant les Métis et les Autochtones hors réserve ». Aujourd'hui, ces accords sont conclus par les ministres des Relations Couronne-Autochtones, des affaires du Nord et des Services aux autochtones en fonction des projets en consultation.

des politiques et des programmes gouvernementaux [... et à] une contribution accrue à l'élaboration des projets de loi, des politiques et des programmes pour mieux refléter les points de vue des Autochtones »<sup>2161</sup>. Dans le cadre d'accords de contribution pour des tâches spécifiques, l'APN et les assemblées régionales publient des résolutions et contribuent notamment à l'amélioration de la loi en proposant des amendements aux parlementaires, comme ce fut le cas pour l'adoption du projet de loi C-15 visant à intégrer la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* dans l'ordre juridique canadien<sup>2162</sup>. La représentativité est ainsi avancée pour pallier un défaut de représentation au sein des Parlements fédéral et provinciaux, compte tenu du caractère largement minoritaire des Premières Nations.

## 2. La représentativité en France

**688.** En France, cette représentativité trouve son existence dans d'autres fondements juridiques que le prolongement des associations des années 1960. Les organes dédiés à la représentation des autochtones sont plutôt initiés par le législateur. Le Sénat coutumier est institué par la loi organique de 1999<sup>2163</sup>, le Grand conseil coutumier de Guyane par la loi de programmation de 2017<sup>2164</sup> et le conseil territorial de Wallis et Futuna, par la loi de 1961<sup>2165</sup>. En outre, la représentativité doit se conjuguer avec la conception unitaire de l'État : il s'agit d'organiser la représentativité des autochtones comme des populations tout en affirmant l'existence d'un peuple unique au sein de la République. Le cadre législatif posé, ces assemblées revêtent des caractéristiques similaires à celles observées au Canada.

**689.** Comme pour l'APN et l'APNQL, les trois institutions françaises précitées ont en commun d'être expressément composées de représentants autochtones, à savoir les sénateurs kanak pour le premier<sup>2166</sup>, les chefs amérindiens et bushinenges pour le deuxième<sup>2167</sup>, et notamment les rois

---

<sup>2161</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, « Contributions pour appuyer la capacité organisationnelle de base des organismes représentant les Autochtones », *art. cit.*

<sup>2162</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, « Fiche d'information. L'APN et le projet de loi C-15 : Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Assemblée des Premières Nations*, 2021, en ligne : [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/05/C-15\\_Backgrounder\\_FRE-v2.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/05/C-15_Backgrounder_FRE-v2.pdf) (consulté le 05.08.2022).

<sup>2163</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137 à 152. Toutefois, le Sénat coutumier résulte aussi d'une revendication du Mouvement de libération kanak. Voir, Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>2164</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *préc.*, art. 78.

<sup>2165</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 10.

<sup>2166</sup> « Le sénat coutumier est composé de seize membres désignés par chaque conseil coutumier, selon les usages reconnus par la coutume, à raison de deux représentants par aire coutumière de la Nouvelle-Calédonie ». Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137.

<sup>2167</sup> « Le grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges est composé de : 1° Six représentants des autorités coutumières et traditionnelles amérindiennes désignés par leurs pairs ; 2° Six représentants des autorités

wallisien et futunien pour le troisième. Toujours dans cette volonté de « ressemblance » représentative, les membres qui les composent ne sont désignés que par des autochtones, selon des corps de désignation restreints. Les sénateurs coutumiers sont désignés par les conseils coutumiers, selon les usages reconnus par la coutume<sup>2168</sup>. Les représentants amérindiens et bushinenges sont désignés par leurs pairs selon la coutume<sup>2169</sup>. Enfin, les rois de Wallis et Futuna présents au sein du conseil territorial sont nommés par les grandes familles coutumières des deux îles. En effet, les secondes chambres sont souvent désignées selon un mode de suffrage différent. Pour ces institutions, la différence va au-delà puisque leur désignation constitue même une entorse au mécanisme électoral, différence qui ne se retrouve pas au Canada. En revanche, le lien est souvent fait entre le caractère non décisif de leur décision et de leur désignation non démocratique, puisque ces institutions ont encore en commun de n'être que consultatives<sup>2170</sup>.

**690.** Le Sénat coutumier, par exemple, est consulté sur « tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers est transmis au sénat coutumier par le président du congrès »<sup>2171</sup>. Il dispose d'un délai de deux mois après sa saisine. Cette institution éclaire donc la loi du pays quant aux enjeux kanak. Il a aussi une fonction de représentation lors de protocole<sup>2172</sup>, d'événements<sup>2173</sup>, et dans différents comités où siègent les sénateurs<sup>2174</sup>. Elle oscille « entre représentation de la coutume et

---

coutumières et traditionnelles bushinenges désignés par leurs pairs ; 3° Deux représentants désignés par les organismes et associations représentatifs des populations amérindiennes ; 4° Deux représentants désignés par les organismes et associations représentatifs des populations bushinenges ; 5° Deux personnalités qualifiées désignées par arrêté du ministre chargé de l'outre-mer ». Voir, Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation *relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *préc.*, art. 78.

<sup>2168</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137.

<sup>2169</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *préc.*, art. 78.

<sup>2170</sup> Voir par exemple, Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>2171</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 142.

<sup>2172</sup> « Le sénat coutumier au vu de sa composition et de sa légitimité, représente le pays kanak dans tout protocole coutumier institutionnel à l'échelon de la Nouvelle-Calédonie ». Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 *portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 10 octobre 2000, p. 5578, art. 4.

<sup>2173</sup> Comme lors de L'Assemblée du Peuple Kanak, événement annuel qui « entend le bilan de l'année écoulée, ainsi que les sollicitations du Sénat coutumier et des Conseils Coutumiers », mais aussi lors de la célébration de la *Charte du peuple kanak* et de la Fête de l'Igname. Voir, Délibération n° 15-2015/SC du 13 octobre 2015 *modifiant la délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000*, J.O.N.C. du 31 décembre 2015, p. 12403, art. 20 et 21.

<sup>2174</sup> Par exemple au Conseil économique et social de Nouvelle-Calédonie (2 sièges), à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (2 sièges), à l'Agence de développement de la culture kanak (2 sièges), à la Commission consultative pour la gestion du domaine territorial (2 sièges), au Comité consultatif de l'environnement de Nouvelle-Calédonie (1 siège) ou au Haut-conseil du sport calédonien (2 sièges). Voir, SENAT COUTUMIER, *Le Sénat coutumier. Les dix ans d'une institution*, Nouméa, Sénat coutumier, 2009, p. 9.



représentation du peuple kanak»<sup>2175</sup>. Selon le professeur Mathias Chauchat, c'est donc une «institution politique de représentation du monde coutumier»<sup>2176</sup>. Dans le même sens, le préambule du règlement intérieur du Sénat coutumier énonce : «La mission ainsi dévolue au Sénat coutumier en tant qu'institution est de porter la parole des structures coutumières, de les représenter notamment sur et pour tout ce qui relève de l'identité kanak»<sup>2177</sup>. Vecteur de procédures coutumières de désignation et de fonctionnements, le Sénat coutumier permet une certaine représentativité, puisqu'il représente les intérêts particuliers des Kanak au sein du système calédonien et de l'ordre juridique français<sup>2178</sup>.

**691.** À ce titre, le Sénat coutumier adopte différents actes : pour la reconnaissance officielle des autorités coutumières, l'assemblée adopte une «délibération constatant la désignation des autorités coutumières»<sup>2179</sup>. Pour une saisine au titre de l'article 143 de la loi organique, l'assemblée adopte une «délibération portant avis du sénat coutumier»<sup>2180</sup>. Enfin, pour une autosaisine sur le fondement de l'article 145 de la loi organique, l'assemblée adopte une «délibération portant saisine de»<sup>2181</sup>. Concernant ces dernières délibérations, l'activité de l'institution est plutôt effective<sup>2182</sup>. Toutefois, en pratique, sur le fondement des articles 142 et 143, «le Gouvernement et le Législateur calédoniens ne semblent pas toujours disposés à tenir compte des avis du Sénat»<sup>2183</sup>. De même, sur plus de deux cents lois du pays, seule la loi du pays de 2007 *relative aux actes coutumiers* est adoptée après l'avis conforme du Sénat coutumier<sup>2184</sup>.

**692.** Privé de la personnalité morale et doté de faibles moyens financiers, l'avis du Sénat n'est pas décisive, le dernier mot appartient au Congrès. Son avis est régulièrement rendu après l'adoption de la loi et il n'a pas la compétence de saisir le Conseil constitutionnel pour vérifier la conformité des lois du pays aux orientations de l'Accord de Nouméa ou à la loi organique<sup>2185</sup>. Le Sénat coutumier est «loin d'apparaître dans les textes comme une “seconde chambre”». À l'instar de ce que soulève le professeur Antoine Leca, «il y a là une ambiguïté, car le rôle auxiliaire d'un

---

<sup>2175</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, op. cit., p. 91.

<sup>2176</sup> Mathias CHAUCHAT, «Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans», art. cit.

<sup>2177</sup> Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, préc. Mise à jour par, Délibération n° 15-2015/SC du 13 octobre 2015 modifiant la délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000, préc.

<sup>2178</sup> Selon le règlement intérieur, «le Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie porte la Parole Coutumière dans les Institutions de la Nouvelle-Calédonie, auprès de l'État français et des Instances Internationales». Voir, Délibération n° 15-2015/SC du 13 octobre 2015 modifiant la délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000, préc., art. 3.

<sup>2179</sup> Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, préc., art. 17.

<sup>2180</sup> *Ibid.*

<sup>2181</sup> Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, préc., art. 17.

<sup>2182</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 84, note 301.

<sup>2183</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>2184</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, préc., p. 647.

<sup>2185</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 84.

organe consultatif privé d'un pouvoir de décision autonome contredit une appelation qui est celle d'une chambre parlementaire et qui plus est d'une chambre haute»<sup>2186</sup>. De nombreuses évolutions pourraient donc être apportées concernant l'absence de caractère décisoire des décisions du Sénat coutumier pour améliorer tant la représentation que la représentativité des Kanak.

**693.** Le même caractère consultatif s'applique aux actes rédigés par le Grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges<sup>2187</sup>. En effet, depuis la loi de 2017<sup>2188</sup>, ce conseil voit soumettre à son avis préalable « tout projet ou proposition de délibération de l'assemblée de Guyane emportant des conséquences sur l'environnement ou le cadre de vie ou intéressant l'identité des populations amérindiennes et bushinenges »<sup>2189</sup>. Il peut aussi connaître « tout projet ou proposition de délibération de la collectivité territoriale de Guyane intéressant directement l'environnement, le cadre de vie ou les activités culturelles » de ces mêmes populations<sup>2190</sup>. Tout comme le Sénat coutumier, il dispose d'un délai de deux mois après la saisine pour statuer. Le Grand conseil coutumier se prononce à la majorité de ses membres, mais « les avis du grand conseil coutumier mentionnent les positions des minorités »<sup>2191</sup>. Enfin, comme pour le Sénat coutumier, ses missions incluent la constatation de la désignation des autorités coutumières et traditionnelles<sup>2192</sup>.

**694.** Selon la loi de 2017, le Grand conseil coutumier « a dorénavant pour objet d'assurer la représentation des populations amérindiennes et bushinenges et de défendre leurs intérêts juridiques, économiques, sociaux, culturels, éducatifs et environnementaux »<sup>2193</sup>. À ces fins, les membres du Grand conseil coutumier demandent l'augmentation de leurs moyens afin se rendre plus fréquemment dans les villages pour dialoguer avec la population<sup>2194</sup>. Le rapport d'information du Sénat « considère que le lien de représentation qui unit le grand conseil aux habitants de

---

<sup>2186</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>2187</sup> Le premier Conseil consultatif des populations amérindiennes et bushinenges est créé en juin 2008, sous la forme d'une commission administrative à caractère consultatif placée auprès de la préfecture. Toutefois, de l'avis de la ministre des Outre-mer, George Pau-Langevin, il n'avait ni les moyens financiers, ni le statut nécessaire pour « assurer une meilleure représentation des populations autochtones de Guyane et promouvoir leurs intérêts spécifiques ». Voir, Tiffanie HARIWANARI, « Le Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges : Amorce d'un dialogue en Guyane », dans Catherine AUBERTIN et Anne NIVART (dir.), *La nature en partage : Autour du protocole de Nagoya*, Marseille, IRD Éditions, 2021, p. 241-248, spé. p. 241.

<sup>2188</sup> Concernant le Grand conseil coutumier, la loi est mise en œuvre en 2018. Voir, Décret n° 2018-273 du 13 avril 2018 *relatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges*, J.O.R.F. n° 0088 du 15 avril 2018, texte n° 22.

<sup>2189</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *préc.*, art. 78.

<sup>2190</sup> *Ibid.*

<sup>2191</sup> Décret n° 2018-273 du 13 avril 2018 *relatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges*, *préc.*, art. 1. Voir aussi, art. D7124-43 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>2192</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, *J. préc.*, art. 78.

<sup>2193</sup> *Ibid.*

<sup>2194</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 8.

villages amérindiens et bushinenges ne pourrait que se distendre si cette demande n'était pas suffisamment prise en compte»<sup>2195</sup>. C'est donc bien un lien de représentativité, fondé sur la ressemblance, la consultation et la défense d'intérêts particuliers, qui unit les membres du Grand conseil coutumier aux autochtones de Guyane<sup>2196</sup>.

**695.** Ce lien de représentativité ne doit pourtant pas s'émanciper des conceptions amérindiennes de la représentation : pour les Amérindiens, la parole d'un homme, même celle d'un chef, « est la sienne et n'engage pas sa communauté »<sup>2197</sup>. Ainsi, certains chefs coutumiers indiquent que le Grand conseil coutumier ne prend pas de réelles décisions, « mais il sert de relais aux attentes de la population auprès des institutionnels, et c'est très positif »<sup>2198</sup>. *A contrario*, d'autres chefs souhaitent renforcer le rôle de cette institution, notamment par le biais d'un possible droit de veto sur les sujets intéressant les populations amérindiennes et bushinenges ou, à tout le moins, par la possibilité d'obliger l'Assemblée territoriale de Guyane à une seconde délibération en cas d'avis défavorable du Grand conseil coutumier. Bien que renforcé par rapport au Conseil consultatif coutumier de 2008, « la disparition du mot “consultatif” dans le nouveau nom donné à ce grand conseil ne doit donc pas faire illusion »<sup>2199</sup>. Le rôle de ce conseil pourrait donc être renforcé.

**696.** Enfin, le conseil territorial de Wallis-et-Futuna répond aux mêmes caractéristiques que les autres institutions : il examine « tous les projets concernant les affaires d'intérêt territorial à soumettre aux délibérations de l'assemblée territoriale »<sup>2200</sup>. Selon l'article 8, « sont pris en conseil territorial les actes réglementaires du chef de territoire concernant la gestion des affaires territoriales, y compris les projets d'arrêtés qui doivent être soumis à l'avis préalable de l'assemblée territoriale »<sup>2201</sup>. Dans ce cadre, le conseil territorial, et particulièrement les rois coutumiers qui le composent, ont un rôle particulièrement suivi de conseiller de l'État et de son représentant, l'administrateur supérieur. Par sa légitimité, le conseil territorial constitue donc « une garantie

---

<sup>2195</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>2196</sup> *Ibid.*, p. 89-90. Outre le Grand conseil coutumier, plusieurs initiatives ont été mises en œuvre pour assurer la représentativité des populations amérindiennes et bushinenges dans la prise de décision. Ainsi, dans le domaine minier par exemple, « des représentants des communautés amérindiennes et bushinenges siègent au sein de la commission des mines, afin de leur permettre de suivre l'impact environnemental des projets miniers et de garantir leur consultation sur les projets aurifères. De la même manière, le conseil d'administration de l'établissement public du parc amazonien de Guyane comprend cinq représentants des communautés coutumières ».

<sup>2197</sup> Tiffanie HARIWANARI, « Le Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges : Amorce d'un dialogue en Guyane », *op. cit.*, p. 245.

<sup>2198</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>2199</sup> Aude DENIZOT, « Du conseil consultatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges », *RTD civ.*, n° 3, 2018, p. 748.

<sup>2200</sup> Décret n° 62-287 du 14 mars 1962 *fixant les attributions du conseil territorial des îles Wallis et Futuna*, *préc.*, art. 7.

<sup>2201</sup> *Ibid.*, art. 8.

contre toute promulgation de délibération de l'assemblée territoriale portant atteinte au droit coutumier »<sup>2202</sup>.

**697.** En outre, la « représentativité » des autochtones ne se limite pas à ces trois institutions. De nombreux organes contribuent à rendre ces populations et leurs coutumes visibles. Il est possible de se référer au Comité des sages, fondé peu avant le premier référendum de 2018 pour veiller au bon déroulement des opérations électorales, composé de douze personnalités calédoniennes « reconnues, respectées et représentant la diversité calédonienne » et présentées comme des « gardiens de la parole »<sup>2203</sup>. En ce sens, les assesseurs coutumiers en Nouvelle-Calédonie contribuent également à la visibilité et aux évolutions de la coutume. En Guyane, il existe encore le sous-préfet aux communes de l'intérieur, notamment en charge des relations avec les autorités coutumières<sup>2204</sup>. D'autres organismes sont aussi créés par les autochtones eux-mêmes. C'est le cas du conseil national des grands chefs, institution purement coutumière dont l'existence est « officialisée » en septembre 2022<sup>2205</sup>, de l'Assemblée du peuple kanak instaurée par la *Charte du peuple kanak*<sup>2206</sup>, du Congrès du Pays kanak et de l'Assemblée générale des huit pays pour la Nouvelle-Calédonie<sup>2207</sup>, mais aussi de la Fédération des organisations amérindiennes de Guyane (FOAG), comme autant d'organisations représentatives d'une certaine autochtonie. Pour autant, les trois assemblées précitées gardent leurs spécificités en ce qu'elles bénéficient d'un statut institutionnel et d'un rôle de conseil reconnu par le droit positif au sein de la procédure législative

---

<sup>2202</sup> MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Réponse à la question n° 17956*, J.O.R.F. Débats parlementaires, Assemblée nationale du 3 septembre 2019, p. 7890.

<sup>2203</sup> Selon les termes du Premier ministre Édouard Philippe. Voir, HAUT-COMMISSARIAT DE LA RÉPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALÉDONIE, « 27 décembre - Première réunion du Comité des sages pour la campagne relative au référendum », *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, 2017, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/Actualites/Archives/2017/27-decembre-Premiere-reunion-du-Comite-des-sages-pour-la-campagne-relative-au-referendum> (consulté le 18.08.2022). Voir aussi, Jean-Tenahe FAATAU, « Nouvelle-Calédonie : Le comité des sages s'inquiète sur la tournure de la campagne référendaire », *Outremers 360*, 2020, en ligne : <https://outremers360.com/politique/nouvelle-caledonie-le-comite-des-sages-sinquiete-sur-la-tournure-de-la-campagne-referendaire> (consulté le 18.08.2022).

<sup>2204</sup> PREFET DE LA REGION GUYANE, « Sous-préfet aux communes de l'intérieur », *les services de l'État en Guyane*, 2022, en ligne : <https://www.guyane.gouv.fr/Services-de-l-Etat/Prefecture-et-Sous-prefecture/Sous-prefet-aux-communes-de-l-interieur> (consulté le 05.08.2022).

<sup>2205</sup> Delphine BOSSY, « Le Conseil des grands chefs veut intégrer les discussions institutionnelles », *art. cit.*

<sup>2206</sup> La *Charte du peuple kanak* dispose que « l'Assemblée du peuple kanak regroupe l'ensemble des chefferies et les districts des huit Pays coutumiers ainsi que les représentants désignés par eux. L'Assemblée du peuple kanak est chargée d'exercer les attributs de la souveraineté autochtone Kanak jusqu'à ce qu'un nouveau Contrat Social soit fondé avec les autres composantes de la Nouvelle-Calédonie ». Ses missions sont principalement données au Sénat coutumier. Voir, *Charte du peuple kanak*, 2014, chapitre III.

<sup>2207</sup> Elle est composée des sénateurs coutumiers, des grands chefs de districts, des chefs et des présidents des conseils des chefs de clans ou du Conseil des Anciens, des huit présidents des conseils coutumiers et, enfin, du membre du gouvernement calédonien chargé des affaires coutumières qui y est invité. L'Assemblée se réunit tous les deux mois pour harmoniser les divers avis des autorités coutumières du pays après saisine afin de parvenir à un consensus. Voir, SENAT COUTUMIER, « Les conseils coutumiers », *Sénat coutumier*, date non renseignée, en ligne : <https://www.senat-coutumier.nc/aires-coutumieres/les-conseils-coutumiers> (consulté le 22.08.2022).

ou réglementaire locale<sup>2208</sup>. Bien que les membres de ces institutions ne soient considérés ni comme des représentants au sens volitif de la théorie classique ni comme des représentants élus, ils sont « représentatifs » en ce qu'ils permettent une meilleure représentativité des autochtones. Outre la mise en place d'institutions dédiées, un autre moyen permet d'aménager la représentativité des autochtones.

## B. L'existence d'assemblées publiques dédiées *de facto* aux autochtones

**698.** L'idée d'une représentativité *de facto* est particulière puisque la loi n'aménage aucun espace institutionnel particulier : elle n'institue pas d'organe représentatif dédié, ni ne vise par ces termes aucun statut coutumier, aucune population d'outre-mer, aucune communauté autochtone. En revanche, la loi prévoit des assemblées délibératives locales de droit commun, dans lesquelles tout citoyen peut être désigné et pour lesquelles tout citoyen peut voter. Ainsi, lorsqu'une telle institution est créée dans une région où la population autochtone revêt un caractère majoritaire, par le jeu de l'élection, il est attendu qu'elle soit largement, *de facto* et non *de jure*, composée de ces derniers. De cette manière, une telle institution, largement représentative des autochtones sur le critère de la ressemblance, peut répondre à leurs préoccupations et à leurs intérêts particuliers, sans pour autant ignorer ceux des habitants non autochtones du territoire<sup>2209</sup>. Ce modèle rejoint celui du gouvernement public mis en place au Canada, avec l'exemple du Nunavut, où les Territoires du Nord-Ouest ont été divisés pour créer un nouveau territoire dans lequel les Inuit sont dorénavant majoritaires<sup>2210</sup>. En France, cet arrangement *de facto* concerne la commune d'Awala-Yalimapo en Guyane, le découpage des territoires des provinces de Nouvelle-Calédonie, et les circonscriptions de Wallis et Futuna.

**699.** La Guyane est régie par le principe d'assimilation législative de l'article 73 de la Constitution : son droit reste principalement celui de l'Hexagone. La France ne reconnaît ainsi pas officiellement de compétences aux autorités coutumières locales. Pour autant, après les revendications de territoires propres des années 1980, la commune d'Awala-Yalimapo est créée en 1989. Monoethnique, elle est composée à 70 % de membres de la communauté kali'na et presque à 100 % d'Amérindiens<sup>2211</sup>. À cette période, l'institution coutumière et l'institution communale

---

<sup>2208</sup> Ce qui s'avère moins le cas pour l'APN et l'APNQL au Canada, lesquelles, si elles s'avèrent régulièrement consultées, sont plutôt considérées comme des regroupements associatifs, aujourd'hui principalement en vertu de la *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif*, L.C. 2009, ch. 23.

<sup>2209</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>2210</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>2211</sup> Mathieu BRIER et Anne LOEVE, « Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'État ». Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon », *art. cit.*, spé. p. 123.

courent le risque de se trouver en concurrence directe<sup>2212</sup>. Afin d'éviter de tels conflits, « les Amérindiens utilisent les subtilités ou les silences des textes [...] le droit est réinvesti tout en restant dans le droit, c'est-à-dire dans les limites des interprétations acceptables par le système administratif et juridictionnel »<sup>2213</sup>. Les Amérindiens cherchent donc à investir le droit commun tout en essayant de l'aménager en faveur des conceptions coutumières de la représentation. Cet aménagement se réalise avec la mise en place, par le Conseil municipal, sur le fondement des articles L. 2121-22 et L. 2141-1 du Code général des collectivités territoriales<sup>2214</sup> d'une « commission d'action communale en milieu amérindien »<sup>2215</sup>. Cette commission mixte à la commune et aux communautés autochtones est composée de cinq conseillers municipaux désignés par l'assemblée délibérante et dix personnes désignées par les autorités coutumières<sup>2216</sup>. Le maire de la commune et les deux chefs coutumiers d'Awala et de Yalimapo en sont membres de droit<sup>2217</sup>.

**700.** Cette commission formule des avis consultatifs sur les projets communaux : « formellement, elle n'a pas de pouvoir de décision, parce que le droit français ne le permettrait pas. C'est là toute la force de cette institution : d'un point de vue strictement juridique, les avis des autorités coutumières n'obligent pas les autorités municipales, sauf quand elles le choisissent »<sup>2218</sup>. Toutefois, dans la pratique, le conseil municipal se sent lié par l'avis rendu. Si la répartition des compétences au sein de la commission varie en fonction des rapports de force politique, elle se distingue principalement en deux catégories : « le foncier plutôt "traditionnel" (relatif à l'installation de telle personne sur tel terrain) et le foncier plutôt "contemporain" (relatif aux nouvelles exigences en matière d'assainissement, d'électricité, d'équipements collectifs...) »<sup>2219</sup>. Sur la première, les chefs coutumiers ont la compétence de principe, mais cela renforce aussi leur légitimité à s'exprimer et à être entendu concernant la seconde catégorie. Dès lors, cet organe permet de raccorder le coutumier avec l'action communale, et donne l'opportunité officieuse aux chefs coutumiers de participer aux délibérations. Selon Geoffroy Filoche, « Un nouveau processus coutumier est à l'œuvre, dessinant des domaines d'intervention conjointe, des seuils de prise en

---

<sup>2212</sup> Gérard COLLOMB, « Du "capitaine" au "chef coutumier" chez les Kali'na », *art. cit.*, p. 549-557, spé. p. 552.

<sup>2213</sup> Geoffroy FILOCHE, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *art. cit.*, p. 345.

<sup>2214</sup> Code général des collectivités territoriales, art. L2121-22 : « Le conseil municipal peut former, au cours de chaque séance, des commissions chargées d'étudier les questions soumises au conseil soit par l'administration, soit à l'initiative d'un de ses membres ».

<sup>2215</sup> Gérard COLLOMB, « Du "capitaine" au "chef coutumier" chez les Kali'na », *art. cit.*, p. 555.

<sup>2216</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>2217</sup> Geoffroy FILOCHE, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *art. cit.*, p. 352.

<sup>2218</sup> *Ibid.*

<sup>2219</sup> *Ibid.*, p. 353.

compte des avis des autorités coutumières selon les traitées, et des pratiques d'écoute des « citoyens-coutumiers »<sup>2220</sup>. Il emploie notamment les termes d'« enchevêtrement des légitimités »<sup>2221</sup>. À l'instar de ce que soutient le maire d'Awala-Yalimapo, Jean-Paul Ferreira, réélu jusqu'en 2026 pour un quatrième mandat, il s'agit par ce moyen « d'appréhender le territoire dans sa réalité »<sup>2222</sup>.

**701.** Cette représentativité des autochtones se retrouve dans d'autres localités. En effet, dans certaines communes de Nouvelle-Calédonie et dans les trois circonscriptions de Wallis-et-Futuna, les autochtones sont majoritaires. Par les élections, il est attendu que les conseils municipaux et les conseils de circonscription reflètent cette caractéristique de la population. Par exemple, la côte est de l'Archipel, les îles Loyauté et les îles Belep restent des communes indépendantistes, où résident majoritairement les Kanak. De même, « la province Nord est composée à 75 % de population kanak »<sup>2223</sup>. Au-delà de cette représentativité, l'aménagement du système local sur le modèle d'Awala-Yalimapo pourrait se retrouver dans ces communes françaises. En se fondant sur l'article L.2121-22 du Code général des collectivités territoriales, le conseil municipal peut former des commissions chargées d'étudier ses projets, commissions qui pourraient alors inclure des représentants coutumiers et contribuer davantage à l'existence d'une représentativité autochtone.

---

<sup>2220</sup> Geoffroy FILOCHE, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *art. cit.*, p. 352.

<sup>2221</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>2222</sup> Philippe BAS et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>2223</sup> Pierre-Christophe PANTZ, « Le paradoxe d'un référendum historique... sans surprise ? », *RJPENC*, n° 32, 2016, p. 35-45, spé. p. 42.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 5

**702.** Par de nombreux moyens juridiques, les systèmes de représentation étatiques et autochtones sont aménagés, sont adaptés, et trouvent leur voie vers une certaine conciliation. Celle-ci s'organise par la passation d'accords gouvernementaux constitutionnellement protégés. Les accords organisent une représentation coutumière, parfois hybride, mais toujours autonome au sein de l'État, si bien qu'il est pertinent d'appliquer la grille de lecture du pluralisme juridique. Ainsi, l'assemblée nisga'a doit être élue, mais elle peut ensuite adopter des lois de façon autonome dans ses domaines de compétences. De façon similaire, le Congrès de Nouvelle-Calédonie bénéficie irréversiblement de compétences et les exerce dans le cadre d'une autonomie renforcée proche du fédéralisme.

**703.** Pour adapter la représentation politique, la voie législative constitue une autre possibilité : celle-ci intègre une représentation entre droit positif et coutume. Si au Canada, la modernisation de la *Loi sur les Indiens* amène aux autochtones une plus grande autonomie dans le choix de leur système de représentation, en France, le statut législatif de Wallis-et-Futuna autorise des royaumes au sein de la République. La loi institutionnalise également une certaine représentativité où des autochtones portent la parole et les intérêts particuliers des autochtones de leur territoire. Ainsi, les règles coexistent dans un rapport horizontal, dans un contexte où les autochtones investissent le droit positif tout en essayant de le mettre en adéquation avec leurs coutumes. Réciproquement, le droit positif s'adapte et tolère des particularités innovantes en son sein.

**704.** Il ressort de l'ensemble de ces adaptations que les conceptions volitives et électorales de la représentation politique demeurent conciliables avec les conceptions coutumières. Au-delà des aménagements réalisés, le constat s'impose que certains mécanismes ne sont pas essentiellement antagonistes : la désignation héréditaire peut être validée par l'élection, tout comme la décision majoritaire peut être précédée d'un consensus. Toutefois, la conciliation du droit coutumier au sein de l'ordre juridique n'est pas sans conséquences : en vertu d'une certaine cohérence verticale, celui-ci doit respecter des conditions formelles, dont la hiérarchie des normes, mais aussi matérielles, comme les droits fondamentaux. Telle est la contrepartie de cette reconnaissance par l'ordre juridique.



## CHAPITRE 6 - LA COMPATIBILITE VERTICALE DES SYSTEMES REPRESENTATIFS COUTUMIERS AVEC L'ORDRE JURIDIQUE

**705.** La conciliation des systèmes représentatifs étatiques et autochtones ne s'effectue pas à n'importe quel prix : l'État pourrait-il admettre que des chefs revêtent les habits de représentants au nom d'une coutume qu'eux seuls revendiquent ? En effet, là où les institutions autochtones sont reconnues comme représentatives, il existe aussi le risque d'un abus de la fonction et des pouvoirs qui y sont liés. Comme le soulève le professeur Ghislain Otis, ce risque ne disparaît pas « avec l'avènement des autonomies puisque les autochtones réclament en général pour leurs gouvernements autonomes tous les attributs essentiels de la puissance publique étatique »<sup>2224</sup>. Les limites propres à l'équilibre des pouvoirs de chaque modèle semblent alors difficiles à tracer. D'autant plus que les conditions posées par le droit positif ne sont pas sans effet sur les coutumes autochtones.

**706.** Ainsi, louvoyant entre le respect de l'autonomie et la protection des droits, l'État, principalement par le biais du législateur et du juge, fixe des conditions aux aménagements du droit positif en faveur de la représentation coutumière : les adaptations se tiennent ainsi à l'intérieur du cadre fixé par la norme fondamentale. Ces conditions participent à la mise en cohérence verticale de l'ordre juridique : les normes relatives à la représentation coutumière se conforment aux normes constitutionnelles. Schématiquement, les conditions posées par le droit constitutionnel s'avèrent plutôt formelles ou davantage matérielles. Le Canada comme la France définissent alors ce qui s'apparente à des critères minimaux dans l'élaboration des normes relatives à la représentation politique dans son ensemble. Loin d'être universelles, ces conditions pourraient toutefois constituer des invariants entre les modèles autochtones et les modèles étatiques de représentation politique. À ce titre, l'analyse porte sur les exigences de compatibilité des systèmes représentatifs coutumiers, d'une part selon leurs critères formels (**SECTION 1**) et d'autre part, selon leurs critères matériels (**SECTION 2**).

---

<sup>2224</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 410.

## SECTION 1 – Les exigences formelles imposées aux systèmes représentatifs coutumiers

707. Deux conditions particulières sont exigées des systèmes représentatifs coutumiers pour leur reconnaissance et leur validité au sein du droit positif. Premièrement, les normes relatives à la représentation coutumière doivent être écrites (**PARAGRAPHE 1**). Secondement, la représentation coutumière doit s'insérer dans un ordre juridique préexistant, c'est-à-dire qu'elle doit respecter une répartition des compétences avec l'ordre juridique étatique et la hiérarchie des normes qui en résulte (**PARAGRAPHE 2**).

### PARAGRAPHE 1 – L'écriture des normes relatives à la représentation coutumière

708. L'une des exigences formelles opposées au droit coutumier pour sa validité dans l'ordre juridique demeure son écriture. L'écriture peut mener à la simple rédaction ou, de façon plus élaborée, à la codification. Cette dernière « suppose une finalité de systématisation, de réunion rationnelle en un même corps de règles censées complètes, alors que la rédaction désigne une simple transcription »<sup>2225</sup>. L'écriture s'impose tant à l'égard des normes relatives aux institutions représentatives coutumières, qu'aux normes qu'elles édictent elles-mêmes. Si cela ne concerne que les systèmes représentatifs de droit coutumier reconnus par le droit positif (**A**), les effets d'une telle exigence restent relativement indéterminés (**B**).

#### A. Une exigence d'écriture pour les systèmes représentatifs de droit coutumier

709. L'exigence de codification ne concerne que les systèmes de représentation qui sont reconnus par l'ordre étatique. Ainsi, en Guyane, la rédaction des normes relatives à la représentation par les autorités amérindiennes et bushinenges n'est pas requise puisque ces dernières ne sont pas juridiquement reconnues. En effet, leur fonction de représentation relève soit d'un arrangement informel avec les maires des communes, dans lequel les coutumes ne sont pas intégrées par le droit positif, soit de la représentativité au sein du Grand conseil coutumier, duquel les avis et délibérations sont uniquement consultatifs. À ce propos, seul ce dernier se limite à constater la désignation des autorités coutumières et traditionnelles, et de la notifier au

---

<sup>2225</sup> Étienne CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », dans Nadège MEYER et Carine DAVID (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-160, spé. p. 138.

représentant de l'État<sup>2226</sup>. Par ailleurs, les avis et délibérations adoptés par cet organe, même de valeur non contraignante, « font l'objet d'une publication officielle au recueil des actes administratifs de la préfecture de Guyane »<sup>2227</sup>. Ainsi, toute reconnaissance en droit positif, même sans l'octroi d'un pouvoir normatif aux autorités coutumières, s'accompagne des exigences formelles d'écriture et de publication.

**710.** Pour Wallis-et-Futuna, les premières codifications sommaires sont adoptées en 1851, avec le Code Bataillon<sup>2228</sup> et en 1870, avec le Code des lois de Wallis<sup>2229</sup>. Plus récemment, le décret du 22 juillet 1957 donne compétence à l'Assemblée territoriale pour prendre des délibérations concernant la « constatation, rédaction et codification des coutumes ; [et l']adaptation des coutumes à l'évolution sociale »<sup>2230</sup>. Dans certains domaines coutumiers, l'assemblée accomplit donc épisodiquement la « transposition de la coutume, par nature orale, en normes juridiques écrites »<sup>2231</sup>. Dans ce cadre, le rôle des rois coutumiers dans la préparation des délibérations au sein du conseil du territoire s'avère primordial. Toutefois, « l'assemblée territoriale se limite à constater, à codifier à droit constant, mais ne dispose d'aucun pouvoir normatif qui empiéterait nécessairement sur le pouvoir des autorités coutumières »<sup>2232</sup>. En dehors de cette application, le statut opère un renvoi à la coutume, sans qu'il n'y ait la nécessité de la codifier<sup>2233</sup>. Dès lors, la rédaction, à la fois ponctuelle et coécrite avec les autorités coutumières, entraîne des conséquences limitées sur la représentation coutumière : le droit coutumier semble à la fois « éloigné » et largement autonome de l'Hexagone.

**711.** La situation est différente en Nouvelle-Calédonie. Reconnue par le droit positif, la désignation des chefs et des membres des différents conseils est soumise à des critères de codification et de publication. L'article 2 de la Loi du pays *relative aux actes coutumiers* précise qu'un registre des autorités coutumières, comprenant le chef de clan, le chef de la tribu ou le grand chef ou, à défaut, le président du conseil des chefs de clans, « est instauré pour chaque aire coutumière

---

<sup>2226</sup> Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, préc., art. 78.

<sup>2227</sup> Décret n° 2018-273 du 13 avril 2018 *relatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges*, préc., art. 1.

<sup>2228</sup> Atoloto MALAU, Atonio TAKASI et Frédéric ANGLEVIEL (dir.), *101 mots pour comprendre Wallis et Futuna*, op. cit., p. 121.

<sup>2229</sup> « Tohi Fono O Uvea, Code de Wallis, 1870 », reproduit dans Antoine LECA et Vahi Sylvia TUHEIAVA-RICHAUD (dir.), *Recueil général de documents juridiques intéressant l'histoire du Royaume de Tahiti et des Établissements français en Polynésie, Tome 2 – Les codes locaux et textes assimilés (1819-1881)*, Aix-Marseille, PUAM, 2016, p. 313.

<sup>2230</sup> Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, préc.

<sup>2231</sup> Éric LANDOT, « La coutume peut être une source du droit... enfin... à Wallis et Futuna », *Le blog juridique du monde public*, 2017, en ligne : <https://blog.landot-avocats.net/2017/09/18/la-coutume-peut-etre-une-source-du-droit-enfin-a-wallis-et-futuna/> (consulté le 26.08.2022).

<sup>2232</sup> *Ibid.*

<sup>2233</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, préc., art. 3.

auprès des conseils coutumiers respectifs qui en assurent la tenue»<sup>2234</sup>. De même, la désignation et la cessation des fonctions des autorités coutumières sont constatées par un acte coutumier<sup>2235</sup>. L'acte est ensuite transmis au Sénat coutumier qui, en vertu de l'article 141 de la loi organique, « constate la désignation des autorités coutumières et la notifie au président du gouvernement qui en assure la publication au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie »<sup>2236</sup>. Toujours selon la loi organique, le président du gouvernement calédonien constate la désignation des sénateurs coutumiers par les conseils coutumiers *via* un arrêté publié au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie<sup>2237</sup>. Outre la désignation des représentants, la procédure de délibération coutumière est dorénavant codifiée. En 2006, le Sénat coutumier débute la rédaction d'un modèle de règlement intérieur pour les conseils coutumiers. En 2007, ce modèle est proposé à tous les conseils de clan et les chefferies souhaitant s'en inspirer<sup>2238</sup>. De même, les règles de fonctionnement du Sénat coutumier sont retranscrites dans son règlement intérieur dont la légalité peut être soumise au contrôle du tribunal administratif<sup>2239</sup>.

**712.** La rédaction ne concerne pas uniquement la désignation des représentants ni les délibérations à ce sujet, puisqu'elle s'étend encore aux délibérations de toutes natures et aux décisions qui en résultent. La Loi du pays *relative aux actes coutumiers* précise que « le palabre est une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak, à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée »<sup>2240</sup>, « sous l'autorité du chef de clan, du chef de la tribu ou du grand chef ou à défaut, du président du conseil des chefs de clans »<sup>2241</sup>. Il est ajouté que « cette décision peut être transcrite dans le cadre d'un acte coutumier », rédigée par un officier public coutumier<sup>2242</sup>. L'acte coutumier s'inscrit dans la catégorie des actes juridiques de nature conventionnelle, autrement dit, il rend compte d'un concours de plusieurs volontés interdépendantes et détermine un accord adopté durant la palabre<sup>2243</sup>. Dans ce cadre, doivent notamment figurer sur l'acte le

---

<sup>2234</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers, préc.*, art. 2.

<sup>2235</sup> Délibération n° 266 du 17 janvier 2007 *relative à la procédure de constatation de la prise et de la cessation de fonction des grands chefs et chefs et du versement d'une indemnité*, J.O.N.C. du 30 janvier 2007, p. 675.

<sup>2236</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 141.

<sup>2237</sup> *Ibid.*, art. 137.

<sup>2238</sup> SENAT COUTUMIER, *Les dix ans d'une Institution, op. cit.*, p. 15.

<sup>2239</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 148. Voir aussi, Délibération du sénat coutumier n° 29/DL du 28 juillet 2000 portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, *préc.*

<sup>2240</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers, préc.*, art. 1.

<sup>2241</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>2242</sup> Ce corps particulier est créé par une délibération de 2007, Voir, Délibération n° 339 du 13 décembre 2007 *portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 25 décembre 2007, p. 8584. Entre 1903 et 2007, le procès-verbal de palabre est rédigé par les gendarmes.

<sup>2243</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers, préc.*, art. 3 : « Acte juridique de nature conventionnelle, l'acte coutumier se caractérise par un concours de volontés interdépendantes qui en détermine les éléments et les effets. Sa portée peut être individuelle ou collective ». Par ailleurs, par une auto saisine sur le sujet, en 2015, la délibération du Sénat coutumier demande à ce que l'article 3 soit modifié de manière à intégrer des références à la coutume. L'article 3 requis est rédigé en ces termes : « art. 3 : de la Parole coutumière : La Parole est le vecteur

consentement des autorités coutumières, l'objet du palabre et le dispositif de la décision des parties au palabre<sup>2244</sup>, rapportés « de façon lisible et indélébile sur un papier d'une qualité offrant toute garantie de conservation »<sup>2245</sup>. L'officier public coutumier reçoit et conserve les actes coutumiers<sup>2246</sup>.

**713.** L'objectif de la codification consiste à tracer les contours et à définir les compétences exercées dans chaque clan et chefferie. À cette fin, l'implication directe des représentants coutumiers reste essentielle :

L'organisation kanak a fait l'objet depuis la fin du dix-neuvième siècle d'une série de textes épars rédigés par l'administration française, qui rend le savoir aujourd'hui incomplet, voire erroné. Une refonte cohérente, *via* une compilation juridique, reconnue par le droit républicain, permettrait de réguler les relations tant au sein de la sphère coutumière qu'avec l'extérieur<sup>2247</sup>.

C'est pourquoi, les sénateurs coutumiers défendent largement le processus de rédaction des coutumes. Le sénateur Clément Grochain soutient, par exemple, que « les règles de la coutume doivent être écrites, consignées dans un code civil coutumier et rédigées dans leur acception la plus large pour être applicables par chaque conseil coutumier d'aire. La bonne marche du système coutumier en dépend désormais »<sup>2248</sup>. Au-delà de la rectification et la mise en cohérence des coutumes, le Sénat coutumier encourage cette codification afin de rendre « visible et compréhensible le système coutumier, pour que ses principes soient respectés par tous, des nouvelles générations à l'administration »<sup>2249</sup>. L'objectif est donc d'informer tant les autochtones que les allochtones, et notamment ceux qui demeurent chargés de l'application et de l'effectivité des coutumes. Cette volonté de transmission se concrétise également par la codification en 2014 des valeurs juridiques mélanésiennes dans la *Charte du peuple kanak*. Selon les travaux préparatoires, ce document revêt une vocation « pédagogique et informative à destination des composantes non

---

d'expression de la coutume kanak. Les discours coutumiers et généalogiques sont les expressions de la Parole coutumière sanctifiée par les parties à un palabre coutumier à l'occasion d'un événement défini. La Parole exprimée à l'occasion d'un Geste coutumier donne à celle-ci un sens et un contenu. La Parole issue de l'esprit de l'ancêtre et de la Coutume est sacrée. Elle scelle les rapports juridiques entre les Clans et leurs membres et entre les Clans et leur environnement naturel. Elle scelle également les relations socioculturelles entre les clans et les Chefferies et leur environnement naturel et social. La Parole régit les terres coutumières. Elle régit par ailleurs les biens situés sur les terres coutumières et appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. La Parole Coutumière délivrée à l'issue d'un Palabre vaut consensus. Cette Parole Coutumière exprime l'engagement des parties présentes ou régulièrement représentées. Cette Parole Coutumière a valeur de droit coutumier et peut être transcrite dans un acte écrit aux fins de preuve et/ou de publicité et d'opposabilité ». Voir, Délibération n° 07 2015/SC du 30 juin 2015 portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 sur L'Acte coutumier, J.O.N.C. n° 9181 du 4 août 2015, p. 6831, annexe, art. 3.

<sup>2244</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers, *préc.*, art. 7.

<sup>2245</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>2246</sup> *Ibid.*, art. 18.

<sup>2247</sup> SENAT COUTUMIER, *Les dix ans d'une Institution, op. cit.*, p. 14.

<sup>2248</sup> Clément GROCHAIN, dans SENAT COUTUMIER, *Les dix ans d'une Institution, op. cit.*, p. 14.

<sup>2249</sup> *Ibid.*

autochtones de la population calédonienne»<sup>2250</sup>. Cette transparence au-delà des cercles coutumiers répond à un reproche souvent formulé par les non-Kanak « d'opacité de la coutume »<sup>2251</sup>. De la sorte, comme le soutient le professeur Ghislain Otis, l'écriture « répond à la préoccupation essentielle du vivre-ensemble qui suppose une connaissance réciproque seule à même de garantir un respect mutuel »<sup>2252</sup>. *In fine*, la rédaction des coutumes conduit à affirmer la place du « droit coutumier kanak dans le champ juridique de la Nouvelle-Calédonie et de l'État français »<sup>2253</sup>.

**714.** Parallèlement, les conditions de rédaction et de codification sont aussi requises pour les systèmes autochtones du Canada. Pour se soustraire au régime électoral de la *Loi sur les Indiens*, les communautés doivent rédiger leur propre code de représentation. En effet, dans sa politique sur la conversion à un système électoral communautaire, le gouvernement fédéral précise que l'une des conditions<sup>2254</sup> consiste à ce que le système proposé par la Première Nation soit rédigé sous forme claire<sup>2255</sup>. À ce titre, un modèle de code est proposé par le gouvernement, lequel contient notamment les définitions d'ainé - un membre d'une bande âgé d'au moins 65 ans - et d'électeur - un membre de la bande ayant plus de dix-huit ans. Ainsi, le modèle d'écriture semble d'ores et déjà acquis au système électoral. Il prévoit ensuite l'élection des chefs, des conseillers et un mandat électoral limité à trois ans. Il propose des comités permanents pour le logement et les travaux publics, institue le chef de bande comme président de l'assemblée lorsque les membres sont en conseil et, enfin, que « toute question soumise au conseil se décidera à la majorité des voix des conseillers présents »<sup>2256</sup>. Le nombre nécessaire de membres du conseil de bande est laissé en suspens, mais le gouvernement aborde la question en ces termes :

La taille du conseil a des effets mesurables sur la représentation des membres de la communauté. [...] Un conseil formé d'un petit nombre de membres peut créer une distance entre les conseillers et les électeurs. Par contre, un trop grand nombre de conseillers peut alourdir le processus décisionnel et nécessiter la mise en place de structures plus complexes à l'intérieur du conseil.

Marqué d'un « XX » dans le modèle, le nombre reste à la libre appréciation de la Première Nation. Le modèle inclut également un code d'éthique qui rend possible la révocation d'un membre du conseil notamment s'il manque trois assemblées régulières consécutives du conseil sans être

---

<sup>2250</sup> Ghislain OTIS, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *art. cit.*, p. 83.

<sup>2251</sup> *Ibid.*

<sup>2252</sup> *Ibid.*

<sup>2253</sup> *Ibid.*

<sup>2254</sup> Les autres conditions renvoient à la nécessité de prévoir des dispositions pour le règlement des appels interjetés au sujet des résultats d'une élection, à la conformité aux principes fondamentaux de la justice naturelle, à la conformité à la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'approbation du code à la majorité. Elles sont examinées tout le long de ce chapitre.

<sup>2255</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Politique sur la conversion à un système électoral communautaire », *Gouvernement du Canada*, *op. cit.*

<sup>2256</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Modèle de code de sélection des dirigeants », *Gouvernement du Canada*, *op. cit.*, art. 23.

excusé pour un motif raisonnable par le quorum du conseil, s'il abuse de son pouvoir ou même si « sa conduite n'est pas celle que l'on attend d'un membre du conseil »<sup>2257</sup>. Par ailleurs, comme pour les actes coutumiers de Nouvelle-Calédonie, les règlements adoptés par la bande doivent être écrits. La jurisprudence précise que la volonté du conseil doit être exprimée sous forme de règlement : une simple résolution est jugée comme formellement insuffisante<sup>2258</sup>.

**715.** Dès lors, bien que le modèle de code puisse être aménagé, la pré-écriture des règles dites « coutumières » par le gouvernement – et non par des institutions coutumières – soulève certaines interrogations, comme la marge de manœuvre laissée à la pratique de la Première Nation dans la rédaction du code coutumier, mais aussi les effets de l'écriture sur lesdites coutumes.

## B. Une exigence d'écriture aux effets indéterminés

**716.** Les effets liés à l'exigence d'écriture des coutumes sont encore partiellement indéterminés. De nombreux auteurs mettent ainsi en garde vis-à-vis de possibles conséquences néfastes. Le professeur Rodolfo Sacco alerte sur le fait que « les procédés adoptés pour la rédaction, ainsi que la qualité – ou l'ignorance – des rédacteurs peuvent aboutir à remplacer la coutume factuelle par une coutume livresque, marionnette sans âme, sans souplesse, sclérotique et caricaturale »<sup>2259</sup>. Par définition, la coutume est orale, évolutive, de sources diverses et fécondes de principes généraux qui trouveront à s'adapter au cas par cas<sup>2260</sup>. En Nouvelle-Calédonie, un assesseur coutumier s'était insurgé d'un certain « découpage » de la coutume : « ce n'est pas un saucisson qu'on coupe en tranches... c'est un tout. Et on ne peut pas couper les choses comme vous le faites... »<sup>2261</sup>. Face à ces caractéristiques, la rédaction pourrait entraîner la création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume. En effet, le professeur Étienne Cornut explique :

La règle coutumière se fige dès qu'elle est rédigée, alors que la coutume, qui l'a inspirée, continue, elle, son évolution par les pratiques, les faits et le temps ; elle reste muable. [...] Le juge se retrouvera donc face à deux normes contradictoires, mais une seule s'appliquera. Or, la finalité même de la rédaction induit que la coutume traditionnelle orale doit s'écarter. Poursuivant son évolution, cette dernière devient ainsi, à terme, une coutume potentiellement *contra legem*. Et ce

---

<sup>2257</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Modèle de code de sélection des dirigeants », *Gouvernement du Canada, op. cit.*, art. 48, C.

<sup>2258</sup> *Gamblin c. Norway House Cree Nation*, [2001] 2 C.N.L.R. 57 (C.F. 1ère instance), para. 58. Voir aussi, Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien, op. cit.*, p. 323.

<sup>2259</sup> Rodolfo SACCO, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit, op. cit.*, p. 160-161.

<sup>2260</sup> Voir, Chapitre 4, Section 1, sur les sources de la coutume.

<sup>2261</sup> Il s'agissait de la réponse faite par « un assesseur coutumier au procureur de la République de Nouméa qui expliquait à un parterre de coutumiers la différence existant entre le droit civil, et le droit pénal et donc, par voie de conséquence la limite du champ de compétence de la coutume aux yeux du droit étatique ». Voir, Pierre FREZET, « Des limites de l'approche positiviste dans l'appréhension du droit coutumier kanak », *Droit et cultures*, vol. 54, n° 2, 2007, p. 203-211, spé. p. 206.

décalage ira croissant que la règle coutumière écrite sera interprétée par des juristes formés au droit écrit étatique<sup>2262</sup>.

Il réalise également un parallèle avec la difficulté à codifier la *common law* anglaise<sup>2263</sup>. Conséquemment, pour éviter de figer et de dénaturer la coutume, les procédés de rédaction doivent comprendre des mécanismes d'actualisation réguliers ou des « clauses de réserve d'effectivité coutumière », selon lequel la coutume écrite n'est valide que si elle correspond toujours à la coutume vivante<sup>2264</sup>. Ce principe est notamment consacré dans l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*. L'accord prévoit que « s'il y a un conflit entre une loi coutumière inuit et une loi qui a été adoptée par l'Assemblée législative Nunatsiavut, la loi coutumière doit être suivie sauf si l'Assemblée a annoncé qu'elle avait l'intention de modifier ou d'éliminer la loi coutumière inuit »<sup>2265</sup>. Cette précaution préserve ainsi le caractère évolutif des coutumes. Une même logique se retrouve appliquée par les tribunaux du Canada et de Nouvelle-Calédonie.

**717.** Devant les tribunaux canadiens, le juge accepte que l'écriture des codes de représentation ne soit pas une condition *sine qua non* de leur validité dans l'ordre juridique. En effet, dans la décision *Bigstone c. Big Eagle*, le juge indique que la « coutume » incarne des pratiques qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande et qui font l'objet d'un large consensus<sup>2266</sup>. En l'espèce, les « pratiques » peuvent être établies soit par des actes répétitifs, « soit au moyen d'une mesure isolée comme l'adoption d'un code électoral »<sup>2267</sup>. Il reste à préciser qu'à la différence des tribunaux de Nouvelle-Calédonie, au sein des juridictions étatiques, il n'existe pas d'assesseurs coutumiers spécialement habilités à trancher les litiges entre acteurs coutumiers<sup>2268</sup>. En revanche, en Nouvelle-Calédonie, les assesseurs coutumiers servent de relais entre les magistrats chargés d'appliquer la coutume et les autorités coutumières qui en délivrent le contenu<sup>2269</sup>. À ce sujet, précise Régis Lafargue, cette collaboration entre les juges et les assesseurs fait naître un droit coutumier, c'est-à-dire « un droit jurisprudentiel inspiré des normes

---

<sup>2262</sup> Étienne CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 157. Son analyse porte sur la coutume kanak, mais un même raisonnement peut trouver à s'appliquer aux coutumes des autochtones du Canada.

<sup>2263</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>2264</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>2265</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 234. Le professeur John Borrows écrit aussi : « Bien que les autochtones n'aient pas été étrangers à la mise par écrit de leurs lois au cours du dernier siècle, de nombreuses sociétés autochtones préfèrent exprimer leurs principes juridiques par la tradition orale pour en maintenir la flexibilité et la pertinence dans des circonstances changeantes. Pour beaucoup de sociétés autochtones, la parole assure la vitalité du droit parce qu'elle entretient les liens avec les fondements culturels sous-jacents de la communauté ». Voir, *Ibid.*, p. 83.

<sup>2266</sup> *Bigstone c. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25.

<sup>2267</sup> *Ibid.*, Voir aussi, *Francis c. Conseil mohawk de Kanasatake*, [2003] 3 C.N.L.R. 86.

<sup>2268</sup> Ghislain OTIS, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, Rapport soumis aux membres du groupe de recherche Pacifique dans le cadre du projet « État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité » (CRSH 2013-2018), 2014, p. 49.

<sup>2269</sup> Étienne CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 140.



traditionnelles, mais nécessairement modernisé, puisque réapproprié par les juridictions qui l'élaborent. C'est une "reconstruction" jurisprudentielle du droit traditionnel»<sup>2270</sup>. Les limites imputées à la codification des coutumes semblent donc pouvoir être partiellement évitées.

**718.** Pourtant, ces réticences ne se limitent pas aux seules exigences législatives relatives à la représentation coutumière. En effet, au Canada, dans le cas des accords d'autonomie gouvernementale, la condition de l'écriture se concrétise aussi par la rédaction d'une constitution<sup>2271</sup>. En 1995, la politique concernant la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale énonce que les autochtones doivent établir les institutions fondamentales de leur communauté<sup>2272</sup>. Les négociations, puis les accords contiennent des dispositions concernant l'établissement d'institutions de gouvernance, de constitutions internes, d'élections et de processus de sélection des dirigeants, ainsi que des dispositions portant sur la responsabilité et la transparence<sup>2273</sup>. Lorsqu'une entente d'autonomie gouvernementale est conclue, le Canada n'approuve pas la constitution qui est prise sur le fondement de l'accord. En revanche, la constitution est généralement ratifiée par la Première Nation au même moment que l'entente sur l'autonomie gouvernementale et les deux textes entrent en vigueur simultanément<sup>2274</sup>. Par la suite, les autorités autochtones devront adopter des décisions écrites, dont les versions anglaise ou française auront valeur de loi. Dans le cas des Nisga'a par exemple, l'accord ne reconnaît pas la valeur juridique de la coutume, mais la constitution prévoit que les institutions représentatives ont l'obligation d'en tenir compte dans l'adoption de leurs lois et leurs règlements<sup>2275</sup>.

**719.** Au regard de ces conditions, de nombreux outils sont disponibles pour aider les autochtones à rédiger leur constitution. Par exemple, en 2014, l'Assemblée des Premières Nations de Colombie-Britannique publie la seconde édition d'un guide de plus de mille pages intitulé *Boîte à outils de la gouvernance*, précisant que les constitutions contiennent généralement les dispositions fondatrices, la description des terres, la citoyenneté, les droits, les responsabilités et libertés des citoyens, les institutions du gouvernement, la procédure d'adoption des lois et des réunions, les conflits d'intérêts, l'administration financière, les organes juridictionnels, la

---

<sup>2270</sup> Régis LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>2271</sup> Ghislain OTIS, « Constitutional recognition of aboriginal and treaty rights: a new framework for managing legal pluralism in Canada ? », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 46, n° 3, 2014, p. 320-333, spé. p. 329.

<sup>2272</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Guide de la politique fédérale, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995, disponible en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136> (consulté le 28.08.2022).

<sup>2273</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, Vancouver, publié par l'Assemblée des Premières Nations de Colombie-Britannique, partie 1, 2014, p. 127.

<sup>2274</sup> *Ibid.*

<sup>2275</sup> *Constitution de la Nation Nisga'a*, art. 2 (2), art. 27, art. 32(2). Voir aussi, Ghislain OTIS, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, *op. cit.*, p. 54.

possibilité de référendums, les dispositions transitoires et la révision constitutionnelle<sup>2276</sup>. Chacune des sections se voit décrite avec un contenu possible et illustrée par les exemples de constitutions autochtones prises en application d'un accord d'autonomie gouvernementale. À ce titre, la constitution doit préciser comment les institutions représentatives sont désignées : « par l'élection d'une assemblée législative ou d'un conseil, par nomination, par des chefs héréditaires ou d'autres chefs tribaux par clan ou famille ». <sup>2277</sup> Pour cette section, même si tous les exemples consacrent l'élection des membres des assemblées représentatives<sup>2278</sup>, l'instauration d'un conseil consultatif composé des aînés reste possible. En outre, le guide énonce que la constitution doit contenir les niveaux de gouvernance, le nombre de conseillers, la durée des mandats, les qualifications nécessaires pour se présenter comme chef ou conseiller, les mécanismes de contre-pouvoirs, le règlement des conflits d'intérêts et la procédure d'adoption des lois, de l'initiative à l'adoption en passant par la participation des citoyens.

**720.** L'Union des Indiens d'Ontario propose également un modèle de constitution pour les communautés issues de la Nation Anishinaabe. Ce modèle peut être utile dans le cadre de négociations d'un accord d'autonomie gouvernementale, et c'est aussi « la première étape la plus importante qu'une Première Nation puisse franchir pour créer ses propres lois »<sup>2279</sup>. Chaque partie du modèle de constitution fait l'objet d'une description, incluant des notes sur ce qui est facultatif et ce qui est considéré comme essentiel<sup>2280</sup>. À ce titre, les descriptions des institutions élues et des procédures d'élaboration de la loi s'avèrent essentielles, constituant des éléments sur lesquels les constitutions autochtones ne peuvent faire l'impasse.

**721.** En 2019, les Universités de Harvard et d'Arizona achèvent aussi un guide similaire pour les autochtones d'Amérique du Nord intitulé *Nation building toolbox*, autrement dit, la « Boîte à outils pour la construction d'une nation »<sup>2281</sup>. Il référence plus d'une soixantaine de constitutions autochtones<sup>2282</sup>. Le guide adresse les éléments clefs du préambule qui permettent de « proclamer

---

<sup>2276</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, op. cit., p. 151.

<sup>2277</sup> *Ibid.*, p. 152. Source non traduite : « by elections of a legislature or a council, by appointment, or hereditary or other tribal leaders by clan or family ».

<sup>2278</sup> Les exemples sont celles des constitutions Sechelt, Tsawwassen, Tla'amin, de Westbank, des Nisga'a, des Maa-nulth et de la Première Nation de Yale. Voir, *Ibid.*, p. 129-130.

<sup>2279</sup> ANISHINABEK NATION LEGAL DEPARTMENT, « Constitution », *Union of Ontario Indians*, 2022, en ligne : <https://www.anishinabek.ca/governance/governanceactivities/constitutions/> (consulté le 28.08.2022).

<sup>2280</sup> ANISHINABEK NATION LEGAL DEPARTMENT, « First nation Constitution template », *Union of Ontario Indians*, 2022, en ligne : <https://www.anishinabek.ca/wp-content/uploads/2016/07/fn-constitution-template-w-logo.pdf> (consulté le 28.08.2022).

<sup>2281</sup> UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox », 2019, en ligne, <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/preamble> (consulté le 28.08.2022).

<sup>2282</sup> Les exemples de Constitution sont aussi tirés d'un ouvrage. Voir, MELISSA L. TATUM, MIRIAM JORGENSEN, MARY E. GUSS et SARAH DEER, *Structuring Sovereignty : Constitutions of Native Nations*, Los Angeles, UCLA American Indian Studies Center, 2014.

“C’est ce que nous sommes” » et d’« exposer la raison d’être ou les objectifs clés de la nation ». Dans les « points à considérer » pour l’écriture du préambule, le guide préconise une manière de concilier la tradition et les exigences actuelles et de marquer un événement historique dans l’histoire de la nation<sup>2283</sup>. La constitution devrait ensuite contenir les sections suivantes : territoire et juridiction, citoyenneté, structure du gouvernement, administration, adoption, divisibilité, amendements, immunité souveraine, statuts et résolutions, référendum et initiative, élections, déclaration des droits, révocation, rappel et vacances, innovation autochtone, annexe, mentions légales. Chaque section s’accompagne d’exemples de constitutions actuelles. Par exemple, la structure de gouvernement est illustrée par la Constitution de la tribu mohawk de Saint Régis, située aux États-Unis non loin de la frontière avec le Canada, laquelle prévoit l’élection de ses représentants et la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. La rédaction doit permettre l’adaptation de la structure et des pouvoirs aux normes culturelles contemporaines et les conditions d’exercice des fonctions<sup>2284</sup>. À cet égard, le guide cite trois choix de systèmes de gouvernement, entre le régime parlementaire, présidentiel ou de prise de décision par consensus. Il demande enfin à ce que la constitution précise les rôles confiés aux aînés, aux jeunes ou aux clans.

**722.** Dans ce cadre, il est paradoxalement affirmé que l’écriture de la constitution constitue un acte de souveraineté. Le guide indique : « les lois d’une nation sont l’expression la plus profonde de sa culture »<sup>2285</sup>. Cette dernière affirmation soulève pourtant des questions tant théoriques que légistiques : s’agit-il vraiment d’un acte de souveraineté si les constitutions semblent partiellement rédigées ou si le modèle à reproduire est tout indiqué ? Dès lors, l’« acte de souveraineté » semble limité par les conditions posées par l’ordre juridique à intégrer. Le professeur Étienne Cornut explique :

La norme intégrante est une norme écrite, donc figée, mais certaine, également générale, abstraite et impersonnelle. À l’inverse la norme – si on peut l’appeler ainsi – à intégrer est non écrite, elle est alors plus incertaine, mais évolutive, également particulière, concrète et personnelle. Il en découle, *a priori*, que l’intégration de la coutume dans la norme [...] ne pourra se réaliser que par emprunt, par la norme intégrée, des formes et caractères de la norme intégrante<sup>2286</sup>.

---

<sup>2283</sup> UNIVERSITES DE HARVARD ET D’ARIZONA, « Constitution toolbox », *op. cit.*

<sup>2284</sup> *Ibid.*

<sup>2285</sup> Le juge Joseph Thomas Flies-Away, présentation sur l’autonomie constitutionnelle lors d’une session exécutive de l’Initiative on American Indian Constitutional Reform, parrainée par le Harvard Project sur l’American Indian Economic Development, Mashantucket Pequot Tribal Nation, le 17 octobre 2002, cité par UNIVERSITES DE HARVARD ET D’ARIZONA, « What is a Constitution ? », Universités de Harvard et d’Arizona, 2014, en ligne : <https://nniconstitutions.arizona.edu/defining> (consulté le 29.08.2022). Source non traduite : « A nation’s laws are the deepest expression of its culture ».

<sup>2286</sup> Étienne CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 138. Le professeur Étienne Cornut propose cette analyse pour la norme écrite environnementale, mais le même raisonnement trouve à s’appliquer ici.

Cette méthode consistant à emprunter des concepts et du vocabulaire étatiques pour intégrer la coutume au droit positif peut aussi être rejetée par les autochtones. Le professeur de droit mohawk Gerald T. Alfred réagit en ces termes :

Notre principal engagement devrait être de résister aux notions étrangères de pouvoir et de contrôle, non seulement quant à notre position dans nos relations avec l'État, mais également dans la façon dont nos gouvernements communautaires traitent les nôtres. Le pouvoir de l'État, y compris des concepts européens tels que la « fiscalité », la « citoyenneté », l'« autorité exécutive » et la « souveraineté », doit être éradiqué des politiques dans les communautés autochtones »<sup>2287</sup>.

En effet, la transcription de conceptions autochtones par des termes d'origine européenne n'apparaît pas sans effet sur les systèmes coutumiers de représentation qui, peu à peu, risque de s'assimiler au fonctionnement et au modèle étatique et électoral par la simple écriture des coutumes.

**723.** Pourtant, ici encore, une autre approche peut nuancer les potentiels effets néfastes de la codification. De nombreux autochtones affirment parallèlement que les constitutions ne sont pas juste une « idée occidentale » : la répartition du pouvoir et des compétences selon des règles préétablies se retrouverait dans chaque société humaine, rejoignant *ipso facto* la définition d'une constitution, du moins selon une conception matérielle<sup>2288</sup>. C'est d'ailleurs ce que soutient Georges Burdeau en affirmant que « tout groupement politique, si rudimentaire que soit son organisation, a une constitution »<sup>2289</sup>. L'exemple des lois fondamentales précoloniales permet d'affirmer que les autochtones avaient des constitutions avant l'arrivée des Européens<sup>2290</sup>. Effective depuis le XIII<sup>e</sup> siècle, la Grande loi de la paix iroquoise, que le professeur John Borrows décrit comme « l'une des constitutions autochtones d'Amérique du Nord les plus aisément identifiables »<sup>2291</sup>, détermine la séparation des pouvoirs, énonce le principe de responsabilité politique et garantit des droits tels qu'il serait possible de la qualifier de démocratique<sup>2292</sup>. L'existence de constitutions autochtones

---

<sup>2287</sup> Gerald Taiaiake ALFRED, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>2288</sup> C'est ce que soutient le projet des Universités de Harvard et d'Arizona. Par ailleurs, l'aspect matériel des normes constitutionnelles fait référence au contenu de ces normes constitutives, comme autant de règles au fondement de l'organisation des sociétés.

<sup>2289</sup> Georges BURDEAU, *Traité de science politique, t. IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1969, p. 45. Ces normes fondamentales sont alors soit écrites – comme c'est le cas pour majorité de nos constitutions occidentales – soit (partiellement) non écrites – comme c'est le cas pour certains pays (Canada, Royaume-Uni) et pour certaines communautés autochtones dont les normes constitutives de la communauté se transmettent oralement de génération en génération. En adoptant des constitutions sans être pourtant reconnues comme un État, les lois fondamentales des communautés autochtones répondent à la conception aristotélicienne de la constitution, selon laquelle « la constitution est une œuvre humaine » et non nécessairement étatique. Voir, Jean-Charles JOBART, « La notion de Constitution chez Aristote », *RFDC*, vol. 65, n° 1, 2006, p. 97-143, spé. p. 99.

<sup>2290</sup> Voir, Chapitre 1.

<sup>2291</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>2292</sup> L'ensemble de ces éléments amènent à penser que les constitutions autochtones ne contreviennent pas aux critères énoncés par l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*, selon lequel « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le professeur Dominique Rousseau insiste d'ailleurs sur le fait que « l'article 16 ne dit pas "Tout État". Il envisage "toute société". Autrement dit, le lien ontologique est bien entre constitution et société, et non entre constitution et

est une idée partagée aux États-Unis, où dans la décision *Bennett* de la Cour suprême de la Nation Navajo, le juge Raymond Austin écrit que les Navajos « croient en une loi supérieure, et tel qu'elle est exprimée en Navajo, il existe un concept similaire à l'idée de loi constitutionnelle non écrite »<sup>2293</sup>. À ce titre, malgré les différences de vocabulaire juridique, les constitutions orales ou écrites des États et des communautés autochtones ne seraient pas si dissemblables et pourraient donc coexister sans risquer que les conceptions de l'une ne disparaissent derrière la terminologie de l'autre.

724. De même, les procédures de codification peuvent revêtir une certaine originalité. Par exemple, le Centre pour la gouvernance des Premières Nations propose lui aussi de nombreux guides à la rédaction. Toutefois, il inclut des illustrations mettant en lumière la transmission orale des coutumes et des principes fondamentaux. Il cite les Gitanyow qui, essayant de se rapprocher de leur modèle précolonial, ont « examiné d'autres constitutions, élaborées par d'autres Premières Nations, des Naskapis cris aux Dénés de Casca, en passant par les Nisga'a et diverses tribus des États-Unis. Tous ces modèles, cependant, leur semblaient très occidentalisés »<sup>2294</sup>. L'écriture de leur constitution répond donc à une autre méthode : « la constitution visait à capturer ce que les chefs disaient »<sup>2295</sup>. Le processus dure plus de deux ans, durant lequel les Gitanyow s'inquiètent des effets de la rédaction : la constitution « avait bien fonctionné pendant de très longues années sous une forme non écrite, et [cela avait] pour effet d'utiliser des critères occidentaux pour l'évaluer »<sup>2296</sup>. Afin de conserver l'importance des traditions orales, le préambule commence d'ailleurs par ces lignes : « Nous avons une longue et riche tradition orale qui touche à tous les aspects de notre vie. Cette constitution écrite doit être interprétée et comprise dans le contexte de notre histoire et de nos traditions orales » et se termine ainsi : « afin de consigner de façon plus

---

État, qui n'est que conjoncturel et historique ». Voir, Dominique ROUSSEAU, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 104. Zérah Brémond écrit également que « la récurrence de ces concepts dans la tradition amérindienne et dans le constitutionnalisme américain peut témoigner de leur relatif universalisme ». Voir, Zérah BREMOND, « Gayanashagowa : les racines amérindiennes de la Constitution américaine », *op. cit.*, p. 237-241.

<sup>2293</sup> *Bennett v. Navajo Board of Election Supervisors*, 6 Navajo Rptr. 319 (1990), p. 324. Source non traduite : « Navajos believe in a higher law, and as it is expressed in Navajo, there is a concept similar to the idea of unwritten constitutional law ». Voir aussi, Raymond D. AUSTIN, *Navajo Courts and Navajo Common Law : A Tradition of Tribal Self-Governance*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2009, p. 40.

<sup>2294</sup> Albert C. PEELING, « Traditional Governance and Constitution Making among the Gitanyow », *Préparé pour le Centre de Gouvernance des Premières nations*, 2004, en ligne : [https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution\\_Making\\_Among\\_the\\_Gitanyow.pdf](https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution_Making_Among_the_Gitanyow.pdf) (consulté le 29.08.2022). Source non traduite : « The Gitanyow also looked at other Constitutions, developed by other First Nations ranging from the Cree Naskapi to the Casca Dene, to the Nisga'a, and to various tribes in the United States. All of these models, however, seemed to them very westernized ».

<sup>2295</sup> *Ibid.*, Source non traduite : « The constitution was to capture what the chiefs were saying ».

<sup>2296</sup> Alex GEDDES, « Indigenous constitutionalism beyond section 35 and section 91 (24) : the significance of First Nations constitutions in Canadian law », *Lakehead Law Journal*, vol. 3, n° 1, 2019, p. 1-21, spé. p. 15. Source non traduite : « it had functioned well for long, long years in an unwritten form, and [it had] the effect of using Western criteria in evaluating their constitution ».

transparente nos coutumes, nos institutions et nos obligations les uns envers les autres et envers ceux qui viennent vivre au sein de notre communauté, et afin de guider nos relations avec les autres gouvernements, nous, la Nation Gitanyow, adoptons la présente Constitution écrite»<sup>2297</sup>. Ces deux éléments sont révélateurs de l'ambivalence du processus de rédaction : il impose un support écrit aux communautés autochtones, mais il s'avère indispensable à l'exercice contemporain de l'autonomie gouvernementale et à la connaissance des coutumes. La constitution autochtone est un pont entre l'ordre juridique canadien et le système autochtone, que les membres de ce dernier peuvent tenter de s'approprier. À l'instar de l'analyse formulée par le professeur Ghislain Otis, il faut donc nuancer l'idée «selon laquelle “la finalité même de la rédaction induit que la coutume traditionnelle orale doive s'écarter”, de même que celle [...] voulant que “la coutume s'évanouît dès qu'on la formule ou se transforme en une autre source”. Il arrivera que le but des rédacteurs soit plutôt d'explicitier les fondements cosmogoniques, les valeurs, les principes ou les règles du droit spontané en vue de les rappeler à la mémoire et à la conscience des générations actuelles, et de les préserver pour les générations futures»<sup>2298</sup>.

**725.** Ainsi, la Constitution gitanyow ne s'inscrit pas encore dans le cadre d'un accord d'autonomie gouvernementale définitivement signé : sa validité en droit positif reste donc limitée<sup>2299</sup>. Elle est d'ailleurs rédigée afin de montrer la volonté d'autonomie et l'investissement de la nation dans de futures négociations<sup>2300</sup>. Bien que non valide en droit positif canadien, elle présente tout de même une valeur symbolique et une certaine effectivité en ce qu'elle diffuse les règles au sein de la nation et offre une publicité à ses propres conceptions juridiques<sup>2301</sup>. De cette manière, les constitutions autochtones, qui ont aussi pour objet d'informer le monde extérieur de

---

<sup>2297</sup> *Constitution de la nation gitanyow*, 2009, disponible en ligne : [https://www.gitanyowchiefs.com/images/uploads/constitution/Gitanyow\\_Constitution\\_2009.pdf](https://www.gitanyowchiefs.com/images/uploads/constitution/Gitanyow_Constitution_2009.pdf) Source non traduite : « We are the Gitanyow peoples. We have a long-standing and rich oral tradition which speaks to all aspects of our lives. This written Constitution must be interpreted and understood in the context of our oral history and oral traditions ; Therefore, by virtue of our inherent right to govern ourselves and in order to more transparently record our customs, institutions and obligations to each other and to those who come to live as part of our community and in order to guide our relationships with other governments, we, the Gitanyow Nation adopt this written Constitution ».

<sup>2298</sup> Ghislain OTIS, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *art. cit.*, p. 81.

<sup>2299</sup> *Gitanyow Governance Accord*, 2021, disponible en ligne : [https://www.bctreaty.ca/sites/default/files/GitanyowGovernanceAccord\\_August\\_11\\_2021.pdf](https://www.bctreaty.ca/sites/default/files/GitanyowGovernanceAccord_August_11_2021.pdf) (consulté le 19.09.2022).

<sup>2300</sup> En effet, « le gouvernement du Canada considère que l'existence d'une constitution pour une communauté autochtone est un aspect important de toute négociation sur l'autonomie ». Voir, Alex GEDDES, « Indigenous constitutionalism beyond section 35 and section 91 (24) : the significance of First Nations constitutions in Canadian law », *art. cit.*, p. 2. Source non traduite : « the Government of Canada views an Indigenous community having a constitution in place as an important aspect of any negotiations around self-governance ».

<sup>2301</sup> D'ailleurs, le texte précise que l'un des objectifs est d'« aider tous les autres gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique, avec lesquels nous coexistons, à comprendre notre système de gouvernance ». Voir, *Constitution de la Nation gitanyow*, 2009. Source non traduite : « Assisting all other governments in Canada and British Columbia, with whom we co-exist, in understanding our system of governance ».

la persistance d'un droit autochtone, peuvent refléter des évolutions des coutumes, et rester vectrices d'une adaptation aux circonstances contemporaines et aux relations avec l'État<sup>2302</sup>.

**726.** Ainsi, d'un certain point de vue, le prérequis de l'écriture des actes coutumiers, des codes de représentation ou des constitutions autochtones ne semble pas la condition formelle la plus contraignante et peut s'avérer l'occasion d'un investissement réactualisée des coutumes. En outre, la condition de l'écriture est d'autant plus nécessaire qu'elle permet d'appliquer plus facilement les autres conditions imposées aux systèmes représentatifs coutumiers. Il y a notamment celle du respect de la hiérarchie des normes, qui se décline entre la répartition des compétences entre les diverses institutions représentatives et l'instauration d'un recours contre les règles relatives aux systèmes représentatifs coutumiers, voire contre les normes édictées par ces derniers. La condition de l'écriture rejoint donc une seconde condition formelle : elle permet aux systèmes représentatifs de droit coutumiers de respecter la hiérarchie des normes.

**PARAGRAPHE 2** - Le respect de la hiérarchie des normes par les systèmes représentatifs de droit coutumier

**727.** L'écriture des normes coutumières relatives à la représentation facilite la lecture de leur valeur juridique et leur insertion au sein de l'architecture juridique. En effet, la représentation coutumière peut être reconnue par des accords avec les gouvernements ou par la loi<sup>2303</sup>. À la suite de la reconnaissance par l'un ou par l'autre de ces moyens, les compétences normatives de la représentation autochtone, autrement dit sa capacité à *vouloir pour* les membres de la communauté, sont encadrées et conditionnées par les règles, principalement constitutionnelles, de l'ordre juridique. Dès lors, la constitution s'applique à tous les organes de l'État, au Canada comme en France, le juge constitutionnel assurant un équilibre entre plusieurs normes constitutionnelles. Les normes de droit coutumier intégrées au sein de l'ordre juridique, comme toutes les autres normes de droit positif, tirent leur validité et leur force obligatoire de leur conformité à la norme supérieure<sup>2304</sup>. La hiérarchie formelle dans laquelle s'insère les normes édictées par les représentants coutumiers est ensuite différente en fonction des États. Les institutions représentatives autochtones exercent généralement un pouvoir législatif concurrent et non exclusif, mais dont les modalités d'exercice varient entre le Canada (**A**) et la France (**B**).

---

<sup>2302</sup> Ghislain OTIS, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *art. cit.*, p. 81.

<sup>2303</sup> Voir, Chapitre 5, Sections 1 et 2.

<sup>2304</sup> Régis FRAISSE, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, n° 1, 2000, p. 77-91, spé. p. 77.

## A. Le respect de la hiérarchie des normes au Canada

**728.** Les assemblées des communautés autochtones du Canada ont des compétences juridiques particulières. Ces dernières peuvent être négociées par un accord ou déléguées par la loi. Dans cette dernière situation, pour les bandes soumises à la *Loi sur les Indiens*, les compétences normatives sont exercées par le chef et le conseil de bande, lesquels peuvent adopter des actes administratifs de valeur réglementaire dans les domaines prévus aux articles 81, 83 et 85.1 de la loi<sup>2305</sup>. Comme le précise Sébastien Grammond, l'énumération des compétences de la bande « ressemble à celles que l'on retrouve dans les lois qui régissent les municipalités »<sup>2306</sup>. Ainsi, selon la *Loi sur les Indiens*, « le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre » dans des domaines tels que la santé et l'hygiène publique, la résidence des membres de la bande, la répartition des terres de la réserve, la circulation, les normes de construction ou le maintien de l'ordre<sup>2307</sup>. En outre, en cas de soustraction au régime électoral de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de bande s'avère aussi compétent pour l'adoption et la révision du code électoral communautaire. Jusqu'à récemment, le ministre responsable pouvait annuler un règlement s'il le jugeait inopportun, sans que cette décision discrétionnaire ne puisse faire l'objet d'un recours. Vestige de la période coloniale, le veto ministériel est supprimé en 2014. Aujourd'hui, les juridictions retiennent de cette liste une interprétation plutôt large. En effet, les « cours ont décidé que les règlements des bandes devaient être examinés de façon globale pour décider s'ils pouvaient être rattachés à un chef de compétence mentionné par la *Loi sur les Indiens* »<sup>2308</sup>.

**729.** Au-delà du cadre fixé par la *Loi sur les Indiens*, certaines communautés peuvent bénéficier de compétences normatives particulières négociées dans le cadre d'un protocole d'entente, parfois dans l'objectif d'aboutir à un accord d'autonomie gouvernementale. Par exemple, le projet d'entente auxiliaire concernant les services de police de l'administration de la justice à Kahnawake définit les compétences et pouvoirs exercés par le conseil de bande en matière d'administration des services de police sur le territoire mohawk<sup>2309</sup>. En 2001, une entente auxiliaire similaire est

---

<sup>2305</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81, 83 et 85.1.

<sup>2306</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 324.

<sup>2307</sup> *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 81.

<sup>2308</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 325.

<sup>2309</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *Projet d'entente auxiliaire concernant le volet services de police de l'administration de la justice*, Kahnawake, 17 janvier 2001.



conclue pour donner compétence au conseil de bande en matière d'appartenance, autrement dit pour leur permettre d'établir un code d'appartenance à la communauté<sup>2310</sup>.

**730.** De même, concernant les élections, la hiérarchie des normes est aménagée au profit des communautés. Les codes électoraux coutumiers prévoient la désignation d'un officier qui se charge du bon déroulement des élections au sein de la Première Nation et l'institution d'un comité d'appel pour tout recours concernant les élections. À la différence du régime mentionné à l'article 79 de la *Loi sur les Indiens*<sup>2311</sup>, les procédures de recours s'effectuent donc en interne, par la saisine du comité d'appel de la communauté, comme cela est notamment inscrit dans les codes d'Akwesasne, de Kanesatake et de Kahnawake. Après l'épuisement de ces voies de recours internes seulement, le conflit peut être porté devant la Cour fédérale. Dans ces cas, « la Cour fait preuve de retenue à l'égard de la conclusion de ce tribunal ou, autrement dit, elle contrôle la décision du tribunal en appliquant la norme de la décision raisonnable »<sup>2312</sup>. C'est uniquement par ce contrôle et en se fondant sur les normes et les pratiques acceptées par les membres de la communauté que les juges contrôlent la procédure de sélection des représentants. Ainsi, la compétence normative des assemblées autochtones, ici de valeur réglementaire, s'exerce dans le cadre formel de la hiérarchie des normes, dont le contrôle est marqué par une certaine retenue du juge.

**731.** *A fortiori*, l'énumération des compétences citées dans la *Loi sur les Indiens* constitue « un plancher pour les lois modernes sur l'autonomie gouvernementale »<sup>2313</sup> : elles sont reprises par les accords d'autonomie gouvernementale auxquels d'autres domaines s'ajoutent<sup>2314</sup>. Par exemple, selon l'Accord niska'a, le gouvernement central, soit l'Assemblée législative et l'organe exécutif restreint, est compétent pour les institutions publiques niska'a et la gestion de leurs membres,

---

<sup>2310</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *Projet d'entente auxiliaire concernant l'appartenance*, Kahnawake, 17 janvier 2001.

<sup>2311</sup> Dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, « les appels sont portés devant le ministre des Services aux Autochtones, qui peut mener une enquête et rendre compte des conclusions de celle-ci au gouverneur en conseil ». Le gouverneur en conseil peut ensuite annuler l'élection selon le rapport du ministre. Pour le régime facultatif de la *Loi sur les élections au sein de premières nations*, « les appels sont portés devant les cours fédérales ou provinciales, lesquelles peuvent décider d'annuler l'élection après avoir entendu les preuves ». Voir, SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Sélection de dirigeants dans les Premières Nations », *Gouvernement du Canada*, 2022, *op. cit.*

<sup>2312</sup> *Ojibway Nation of Saugeen v. Derose*, 2022 F.C. 531, para. 27. Voir aussi, *Pastion c Première Nation Dene Tha*, [2018] 4 R.C.F. 467, para. 13 à 27. En outre, « il existe deux normes de contrôle : la norme de la “décision raisonnable” et la norme de la “décision correcte”. [...] Une décision “raisonnable” est le résultat d'un raisonnement cohérent. Elle doit être sensée à la lumière du droit et des faits. Une décision “correcte” est la seule bonne réponse à la lumière du droit et des faits ». Voir, COUR SUPREME DU CANADA, « Jurisprudence en bref : La norme de contrôle (tirée de Vavilov, un jugement de la “trilogie d'arrêts en droit administratif”) », *Cour suprême du Canada*, 2019, en ligne : <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2019/37748-37896-37897-fra.pdf> (consulté le 23.08.2022).

<sup>2313</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, *op. cit.*, p. 326.

<sup>2314</sup> Les accords d'autonomie gouvernementale sont intégrés dans le droit positif par la ratification des trois parties et par l'édiction des législations de mise en vigueur fédérale et provinciale. Ce sont principalement ces lois qui confèrent une valeur juridique et une validité en droit positif aux accords. Voir, par exemple, *Loi sur l'Accord définitif niska'a*, L.C. 2000, ch. 7.

l'établissement de sociétés nisga'a, l'administration financière et la levée d'impôts locaux, la création ou la fusion de villages, la culture et la langue nisga'a, les mariages, l'éducation jusqu'à la douzième année (la fin du lycée), l'éducation postsecondaire, les services à l'enfance ou à la famille, l'utilisation et la gestion des terres nisga'a, l'utilisation et la gestion des biens nisga'a, les services de santé et les routes du territoire, le maintien de l'ordre public sans qu'il ne s'agisse d'une compétence « concernant la loi criminelle »<sup>2315</sup> et enfin les élections et la citoyenneté<sup>2316</sup>. De même, les gouvernements de village peuvent intervenir dans l'établissement d'institutions publiques dans le village et dans la gestion de leurs membres, dans le maintien de l'ordre public sur le territoire du village, et dans la gestion des terres et des biens selon une compétence partagée avec le gouvernement central<sup>2317</sup>. De la sorte, le gouvernement nisga'a dispose de plus de pouvoirs que les municipalités locales ou que les conseils de bande soumis à la *Loi sur les Indiens* puisque des domaines comme l'éducation, la santé ou les prélèvements fiscaux relèvent ordinairement de l'échelon provincial.

**732.** Dans ces domaines, les actes adoptés ont valeur législative. La loi nisga'a peut ainsi l'emporter sur une loi provinciale ou fédérale contradictoire<sup>2318</sup>. Les lois nisga'a disposent généralement de la prévalence dans les domaines internes à la nation qui revêtent une importance pour le fonctionnement et l'exercice des droits permis par l'accord<sup>2319</sup>. Par exemple, si le gouvernement fédéral adopte une loi générale relative à la procédure pour toutes les élections et que cette loi contrevient à la loi nisga'a, cette dernière aura la prévalence à la condition de respecter la teneur de l'Accord nisga'a<sup>2320</sup>. Dans les domaines de la citoyenneté et des élections, l'Accord nisga'a prévoit même une juridiction de première instance pour régler les différends entre les citoyens. Dans d'autres situations, pour être valides, les lois nisga'a doivent respecter certains critères établis par la législation provinciale ou établir « des normes comparables aux normes provinciales », comme dans le domaine de l'éducation postsecondaire<sup>2321</sup>. Enfin, dans un dernier cas, « le Canada, la Colombie-Britannique et la Nation Nisga'a s'entendent pour dire que

---

<sup>2315</sup> *Accord définitif nisga'a*, chap. 11, art. 61.

<sup>2316</sup> *Ibid.*, art. 34 à 121.

<sup>2317</sup> *Ibid.*, chap. 11, art. 48 et s.

<sup>2318</sup> Dans chacun des domaines précités, l'Accord précise qu'« en cas d'incompatibilité ou de conflit entre une loi Nisga'a en vertu de l'article et une loi fédérale ou provinciale, la loi Nisga'a l'emporte, dans la mesure de l'incompatibilité ou du conflit ». Voir, *Ibid.*

<sup>2319</sup> Le professeur John Borrows explique que ces domaines sont ceux relatifs à « l'appartenance à la nation, les institutions du gouvernement nisga'a Lisims, le mariage, les services sociaux, les services de santé, les services à l'enfance et à la famille, la garde, l'adoption et l'éducation des enfants ; la gestion des terres nisga'a, incluant le développement et la gestion d'un régime d'enregistrement des titres fonciers, du contrôle de l'accès aux territoires et autoroutes nisga'a, ainsi que l'utilisation, la gestion, la planification, le zonage et le développement des terres nisga'a ; la gestion des ressources sur les terres nisga'a, incluant la forêt, les pêches, la faune et les ressources. » Voir, JOHN BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 175, note 192.

<sup>2320</sup> L'exemple est donné par, Tracie Lea SCOTT, *Postcolonial Sovereignty ? The Nisga'a Final Agreement*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>2321</sup> *Accord définitif nisga'a*, chap. 11, art. 104.

même si le gouvernement *nisga'a lisims* devrait avoir l'autorité d'adopter des lois, les lois fédérales ou provinciales devraient prévaloir en cas de conflit»<sup>2322</sup>.

**733.** De façon générale, la prépondérance d'une loi autochtone prise en application d'un accord d'autonomie gouvernementale reste encadrée, même si ce dernier est protégé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. En effet, l'État peut toujours adopter une loi en conflit avec une loi autochtone et porter atteinte à un droit issu de traités si cette atteinte est justifiée au regard des critères spécifiés dans la décision *Sparrow* et rappelés dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*. Il doit établir «(1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement, (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel, et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe»<sup>2323</sup>.

**734.** Du reste, la *Charte canadienne des droits et libertés*, enchâssée dans la loi fondamentale, s'applique formellement aux accords d'autonomie gouvernementale. Cette adhésion à la Charte est autant inscrite au sein de l'accord<sup>2324</sup> que rappelée dans la Constitution *nisga'a*<sup>2325</sup>. L'accord précise encore que l'ensemble des «lois» applicables et reconnues par le droit positif concernant les *Nisga'a* comprend «la législation, les lois, les ordonnances, les règlements, les décrets en conseil, les règlements administratifs fédéraux, de la Colombie-Britannique et *Nisga'a*, et la *common law*»<sup>2326</sup>. Plus précisément, selon le chapitre 2 de l'accord, «les lois fédérales et provinciales s'appliquent à la Nation *Nisga'a*, aux villages *Nisga'a*, aux institutions *Nisga'a*, aux sociétés *Nisga'a*, aux citoyens *Nisga'a*, aux Terres *Nisga'a* et aux terres *Nisga'a* en fief simple»<sup>2327</sup>. Ainsi, l'accord ne signifie pas que les lois provinciales et fédérales cessent de s'appliquer sur le territoire de la Première Nation partie à l'entente : «les traités consacrent en effet le principe de concurrence des compétences autochtones et non autochtones de sorte qu'en cas d'omission du législateur autochtone d'agir dans son champ de compétence, l'application du droit non autochtone supplée à toute carence de droit»<sup>2328</sup>. Dans ce cadre, le pouvoir législatif exercé par les

---

<sup>2322</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>2323</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, para. 77. Voir aussi, *R. c. Sparrow* [1990] 1 R.C.S. 1075. Cette interprétation est affirmée pour le traité *nisga'a* par la Cour suprême de Colombie-Britannique dans la décision, *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] BCSC 1123. Elle est confirmée par la Cour d'appel de Colombie-Britannique en 2013 dans, *House of Sga'nisim v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49.

<sup>2324</sup> *Accord définitif nisga'a*, chap. 2, art. 9.

<sup>2325</sup> *Constitution de la Nation Nisga'a*, chap. 1, art. 6 (2).

<sup>2326</sup> *Accord définitif nisga'a*, chap. 1, définition «loi». La définition poursuit : «mais il est entendu qu'elle ne comprend pas les *Ayunkhl Nisga'a* ou les *Ayunk*», c'est-à-dire les lois et pratiques traditionnelles. Si l'Accord reconnaît en droit ces lois traditionnelles et leur valeur à la fois symbolique et interprétative, il ne leur octroie pas pour autant une valeur juridique en droit positif.

<sup>2327</sup> *Ibid.*, chap. 2, art. 13.

<sup>2328</sup> Ghislain OTIS, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, *op. cit.*, p. 21.

assemblées autochtones issues des accords d'autonomie est donc bien à la fois concurrent et non exclusif, intégré au sein d'une hiérarchie de normes préétablies.

**735.** Il ressort de ces éléments que le droit coutumier, tant les normes relatives à la représentation que les normes produites par la représentation autochtone elle-même, s'insère bel et bien au sein de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique canadien. Une hiérarchie similaire s'impose à la représentation coutumière en France.

## **B.** Le respect de la hiérarchie des normes en France

**736.** La Constitution française s'applique à l'ensemble du territoire français, incluant les territoires ultramarins. L'article 72-3 liste les composantes actuelles de l'outre-mer et les répertorie selon différentes catégories. La première se lit à l'article 73, dont les entités appliquent le principe d'assimilation ou d'identité législative, notamment en Guyane, selon lequel, les lois et règlements sont applicables de plein droit, mais peuvent faire l'objet d'adaptations<sup>2329</sup>. Toutefois, par dérogation et dans des domaines limités, les pouvoirs normatifs locaux peuvent intervenir dans le domaine de la loi<sup>2330</sup>. La seconde catégorie se trouve à l'article 74, lequel concerne Wallis et Futuna qui s'avère régi par le principe de spécialité législative renvoyant à la loi organique les compétences de la collectivité et les conditions dans lesquelles les lois et règlements nationaux y sont applicables<sup>2331</sup>. La Nouvelle-Calédonie est mentionnée à part, au titre XIII, démontrant *a fortiori* son statut de collectivité *sui generis*. Enfin, les articles 75 et 77 mentionnent le statut civil coutumier, dont l'appartenance conditionne l'application de la coutume pour les Kanaks et les insulaires de Wallis et Futuna. Dans ce cadre, la constitutionnalisation de la diversité des statuts personnels et des régimes imputables aux collectivités territoriales contribue à une exigence adaptée et pragmatique du respect de la hiérarchie des normes par la représentation coutumière.

**737.** Au-delà de la norme fondamentale, il existe aussi des « lois de souveraineté »<sup>2332</sup> qui trouvent à s'appliquer à l'ensemble des territoires ultramarins<sup>2333</sup>. Ces lois concernent notamment

---

<sup>2329</sup> Constitution française de 1958, art. 73.

<sup>2330</sup> *Ibid.* Voir aussi, Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 25-35.

<sup>2331</sup> Constitution française de 1958, art. 74. Voir aussi, Régis FRAISSE, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 37-59. À ce titre, la loi organique relative au statut de Wallis et Futuna n'a toujours pas été adoptée.

<sup>2332</sup> Sur cette notion, Voir, Edwin MATUTANO, « Actualité d'une notion en mutation : les « lois de souveraineté » », *RFDC*, vol. 63, n° 3, 2005, p. 517-537. Voir aussi, François LUCHAIRE, « Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1994, n° 6, p. 1621-1645, spé. p. 1622.

<sup>2333</sup> Circulaire du 21 avril 1988 relative à l'application des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM, J.O.R.F. du 24 avril 1988, p. 5454.

l'organisation de l'État et des libertés publiques<sup>2334</sup>. Par exemple, le statut de 1961 précise que « le territoire des îles Wallis et Futuna est désormais régi : a) Par les lois de la République [...] applicables, en raison de leur objet, à l'ensemble du territoire national »<sup>2335</sup>. S'appliquant *de jure* en Nouvelle-Calédonie, ces lois de souveraineté expliquent pourquoi il peut sembler inapproprié de parler de souveraineté partagée en France<sup>2336</sup>. Les lois du pays et la coutume n'auraient alors qu'« une compétence résiduelle s'agissant des autres domaines »<sup>2337</sup>.

**738.** Les compétences attribuées à l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie sont donc inscrites à l'article 22 de la loi organique de 1999<sup>2338</sup>. À ce titre, comme pour les assemblées législatives autochtones, l'assemblée délibérative locale exerce bien un pouvoir législatif concurrent : le Congrès adopte des lois du pays qui ont force législative dans les domaines énoncés à l'article 99 de la loi organique<sup>2339</sup>. D'ailleurs, l'existence de différents pouvoirs législatifs n'est pas formellement incompatible avec le respect de la hiérarchie des normes puisque selon Hans Kelsen :

[Il est] possible d'étendre la décentralisation à la législation, à la création de normes générales. La sphère de validité territoriale de ces normes est alors comparativement plus vaste. Il s'agit d'une décentralisation par création de provinces autonomes. Les organes des provinces autonomes incluent une autorité législative locale, élue par les citoyens de la province, et parfois une autorité administrative locale élue par la législature locale ou directement par les habitants de la province<sup>2340</sup>.

À cet égard, « pour être qualifié de loi formelle, le pouvoir normatif considéré doit donc tout d'abord répondre à certaines exigences liées à la place de l'instrument dans la hiérarchie des

---

<sup>2334</sup> Circulaire du 21 avril 1988 *relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM, préc.* La circulaire précise : « certains textes ou principes juridiques sont applicables de plein droit sur l'ensemble du territoire de la République : Les lois dites "de souveraineté", c'est-à-dire celles qui, en raison de leur objet, sont nécessairement destinées à régir l'ensemble du territoire de la République ».

<sup>2335</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1), préc.*, art. 4.

<sup>2336</sup> Régis FRAISSE, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 80-81.

<sup>2337</sup> Youssef GOUZOU, « Identités culturelles et prérogatives des communautés : des rondes paysannes péruviennes à la communauté kanak », *RJPENC*, n° 32, p. 76-84, spé. p. 82.

<sup>2338</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 22.

<sup>2339</sup> *Ibid.*, art. 99. Autrement dit, pour le Conseil constitutionnel, elles sont des « délibérations du congrès ayant force de loi ». Voir, CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, cons. n° 20.

<sup>2340</sup> Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant LGDJ, 1997, p. 364. Dans la *Théorie pure du droit*, il écrit aussi « de l'État unitaire - se combine du reste avec l'idée du domaine de validité territoriale des normes de l'ordre étatique, l'idée de la pluralité ou de l'unité des organes créateurs de normes ». « Si les normes d'un ordre juridique ont des domaines de validité territoriaux différents, il devient possible - sans que cela soit nécessaire - que soient édictées pour des fractions de territoire différentes des normes de contenu différent. L'unité matérielle du contenu juridique ne va pas nécessairement de pair avec une unité formelle du territoire juridique. Dans le cas-limite théorique où l'unité du territoire n'est assurée que par la norme fondamentale hypothétique, une norme posée n'étant jamais valable que pour une fraction de territoire, on a bien affaire à un ordre juridique, et cependant aucun élément juridique positif n'est valable globalement pour le territoire tout entier. Il y a diverses raisons qui peuvent recommander la différenciation du fond de l'ordre juridique en fonction d'une division du territoire : des différences géographiques, ou nationales ou religieuses, existant dans la matière première qu'il s'agit de régler juridiquement appellent prise en considération par une division territoriale de la collectivité juridique ; ceci dans une mesure d'autant plus forte que toute que d'une part plus grande est l'étendue du domaine juridique, et que d'autre part sont plus grandes les possibilités de différenciation parmi les rapports sociaux à réglementer ». Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 414-415.

normes»<sup>2341</sup>. Outre la mention de la valeur législative de ces lois à l'article 107 de la loi organique<sup>2342</sup>, leur valeur juridique est également confirmée par un ensemble d'exigences formelles. Régis Fraisse les résume en ces termes :

La valeur législative de ces lois du pays est confortée par l'intervention obligatoire du Conseil d'État à titre consultatif, à la fois pour les projets de loi avant leur adoption par le gouvernement et pour les propositions de loi avant leur première lecture ; par la désignation obligatoire d'un rapporteur et le dépôt d'un rapport écrit ; par l'adoption du projet ou de la proposition à une majorité qualifiée égale à la majorité des membres du congrès ; par la possibilité d'une seconde lecture ; par le contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel ; et par une promulgation, procédure qui n'existait plus en Nouvelle-Calédonie depuis 1985.<sup>2343</sup>

Du reste, dans de nombreuses décisions du contentieux *a posteriori*, le Conseil constitutionnel qualifie le Congrès de Nouvelle-Calédonie de législateur<sup>2344</sup>. Ces lois particulières sont donc placées « dans la hiérarchie des normes au même niveau que la loi ordinaire adoptée par le Parlement »<sup>2345</sup>, ce qui témoigne de la dualité législative de l'État unitaire français<sup>2346</sup>. Le Conseil constitutionnel agit alors « à la manière d'un juge fédéral »<sup>2347</sup> pour les lois du pays, dans le cadre d'un contentieux parallèle à celui des lois du Parlement national. Si la Constitution et les orientations de l'Accord de Nouméa comptent incontestablement parmi les normes de références du contrôle, il s'y ajoute, depuis 2000, la loi organique. Sur le modèle des jurisprudences des lois de finances et des règlements des assemblées, la loi organique de 1999 a servi de fondement lors du contrôle de la loi du pays *relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*<sup>2348</sup>. Par ailleurs, le caractère collégial du

---

<sup>2341</sup> Carine GINDRE-DAVID, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>2342</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 107 : « Les lois du pays ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99 ».

<sup>2343</sup> Régis FRAISSE, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 80-81.

<sup>2344</sup> CC, Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, *Patelise F.*, J.O.R.F. du 10 décembre 2011, p. 20991, cons. 6. Au considérant 9, le Conseil constitutionnel écrit : « considérant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir de même nature que celui du Congrès de Nouvelle-Calédonie ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modalités selon lesquelles il doit être remédié à l'inconstitutionnalité de l'article LP. 311-2 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie ».

<sup>2345</sup> Carine GINDRE-DAVID, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>2346</sup> *Ibid.*

<sup>2347</sup> Voir, Constitution française de 1958, art. 77. Sur les obstacles relatifs à la saisine du Conseil constitutionnel, voir aussi, Nicolas CLINCHAMPS, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 62.

<sup>2348</sup> CC, Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, *Loi du pays de Nouvelle-Calédonie relative à l'institution d'une taxe générale sur les services*, J.O.R.F. du 29 janvier 2000, p. 1536. Voir aussi, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 198-210, spé. p. 203-204 : « Enfin, parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, doit être intégrée la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie qui non seulement intervient à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois du pays, mais également, semble-t-il, dans le contrôle des lois adoptées par le Parlement français puisque les transferts de compétences opérés par loi organique au profit de la Nouvelle-Calédonie ont, en vertu de l'article 77 de la Constitution, un caractère définitif ; ce qui signifie que le législateur national ne saurait empiéter sur les compétences transférées à la Nouvelle-Calédonie par la loi organique sans méconnaître l'article 77 de la Constitution ».

gouvernement, et les négociations politiques en amont conduisent à ce que le Conseil constitutionnel soit rarement saisi des lois du pays dans le cadre du contentieux *a priori*<sup>2349</sup>.

**739.** Par ailleurs, depuis son entrée en vigueur en 2010, selon une procédure similaire à celle applicable aux dispositions législatives nationales, « les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité », sous réserve de quelques variations dans la procédure<sup>2350</sup>. De façon particulière, depuis la décision QPC M. *Pierre-Chanel T. et autres* de 2020, la méconnaissance du domaine de compétences de la Nouvelle-Calédonie constitue un moyen invocable lors d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>2351</sup>. Le juge n'est alors plus seulement juge des droits et libertés, mais devient aussi régulateur des compétences de manière analogue à ce que serait le juge dans un État fédéral<sup>2352</sup>. En conséquence de l'ensemble de ces exigences formelles et du contentieux *a priori* et *a posteriori*, le pouvoir législatif du Congrès, lequel constitue un aménagement de la représentation, s'insère dans la hiérarchie des normes établie par la Constitution de 1958. Il est un pouvoir à la fois autonome, concurrent et non exclusif.

**740.** Il reste que le Congrès ne détient pas seulement un pouvoir législatif. Il dispose aussi de la compétence réglementaire, qui concerne notamment « les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 »<sup>2353</sup>. Ces actes réglementaires, de même que les actes réglementaires du gouvernement de Nouvelle-Calédonie<sup>2354</sup>, sont donc susceptibles d'un recours devant le juge administratif, lequel peut effectuer un contrôle de légalité, un contrôle de conventionnalité et un contrôle de constitutionnalité<sup>2355</sup>. La possibilité de ces recours protège, par exemple, les compétences attribuées au Sénat coutumier. Par exemple, en 2015, ce dernier forme un recours pour excès de pouvoir, à la suite duquel le tribunal administratif annule l'arrêté du gouvernement créant un observatoire de la coutume au motif que cet acte empiète sur les

---

<sup>2349</sup> Carine DAVID, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*

<sup>2350</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (1)*, J.O.R.F. n° 0287 du 11 décembre 2009, texte n° 1, art. 3. Par exemple, « Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province ».

<sup>2351</sup> CC, Décision n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020, M. *Pierre-Chanel T. et autres*, *préc.*, cons. 5.

<sup>2352</sup> Zérah BREMOND, « La préservation des compétences de la Nouvelle-Calédonie : nouveau moyen invocable en Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) », *art. cit.*, p. 18. En outre, la méconnaissance des domaines de compétences ne peut pas être invoquée dans le contentieux des lois adoptées par le Parlement national. Voir, CC, Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]*, J.O.R.F. du 20 mai 2011, p. 8889. Voir aussi, Théo DUCHARME, « La procédure législative et la question prioritaire de constitutionnalité : un acte manqué ? », *RDP*, n°6, 2021, p. 1585-1595, spé. p. 1587.

<sup>2353</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 107.

<sup>2354</sup> *Ibid.*, art. 126 : « Le gouvernement prépare et exécute les délibérations du congrès et de sa commission permanente. Il prend, sur habilitation du congrès ou de sa commission permanente, les arrêtés réglementaires ou non réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes ».

<sup>2355</sup> Lorsque ce dernier contrôle n'empiète pas sur le contrôle du Conseil constitutionnel.

compétences du Sénat coutumier<sup>2356</sup>. Enfin, le Congrès agit aussi comme une assemblée d'outre-mer dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, puisqu'il peut « adopter des résolutions demandant que soient complétées, modifiées ou abrogées les dispositions législatives ou réglementaires applicables en Nouvelle-Calédonie »<sup>2357</sup>. Dans ces cas, l'architecture de la hiérarchie des normes peut se trouver relativisée puisqu'un même organe détient à la fois un pouvoir législatif, réglementaire et résolutoire.

**741.** Du reste, le respect de la hiérarchie des normes s'impose aussi aux assemblées des provinces de Nouvelle-Calédonie dont les délibérations ont une valeur réglementaire. Parfois prises en applications de lois du pays, elles doivent donc en respecter le contenu<sup>2358</sup>. Par ailleurs, les provinces ne constituent pas des collectivités comme les autres : certains textes nationaux ne peuvent ainsi s'appliquer qu'à « la double condition que l'extension d'un texte métropolitain ne soit pas contraire aux orientations de l'Accord de Nouméa [...] et que le Parlement français recueille l'avis préalable du Congrès de la Nouvelle-Calédonie »<sup>2359</sup>.

**742.** En outre, également insérés dans la hiérarchie des normes par la loi organique de 1999, les conseils coutumiers de Nouvelle-Calédonie sont compétents dans « la clarification et l'interprétation des règles coutumières »<sup>2360</sup> sur les questions relatives à l'identité kanak, telles que l'état civil coutumier, la propriété coutumière, les palabres, les limites géographiques de l'aire et les signes identitaires<sup>2361</sup>. La Cour de cassation rappelle que la coutume régit l'entièreté du droit civil des personnes de statut coutumier qui ne peuvent, dès lors, plus être soumis au droit civil commun entre eux<sup>2362</sup>. L'ordre juridique laisse alors exister en parallèle du droit étatique tout un droit inspiré par la coutume. À cet égard, le professeur Étienne Cornut affirme que « il n'y a pas en Nouvelle-Calédonie d'ordres juridiques séparés, mais un pluralisme juridique ou normatif dont

---

<sup>2356</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, n° 1500049. Confirmé en appel par, CAA de Paris, 4<sup>e</sup> chambre, 5 juillet 2017, *Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie c. Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, n° 16PA00806, cons. 4 et 5 : « Considérant qu'il résulte des dispositions énoncées par l'arrêté du 2 décembre 2014 attaqué que l'observatoire des affaires coutumières a vocation à connaître des projets de législation et de réglementation coutumière intéressant l'identité kanak, qui entrent également dans le champ de compétence du Sénat coutumier [...] Considérant que l'arrêté attaqué du 2 décembre 2014 porte création par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'un service administratif dénommé "observatoire des affaires coutumières", qui est notamment chargé de proposer des modifications de la législation et de la réglementation coutumière en vigueur, alors que la loi organique a attribué au Sénat coutumier un pouvoir consultatif concernant l'identité kanak ».

<sup>2357</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 91.

<sup>2358</sup> Par exemple, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 40.

<sup>2359</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>2360</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, *préc.*, point 1. 2. 2.

<sup>2361</sup> Il s'agit de compétences exercées en collaboration avec le Sénat coutumier. Voir, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 142. Voir aussi, Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâciù n° 01/D du 20 janvier 2001*, J.O.N.C. du 15 juillet 2021, p. 11553, art. 4.

<sup>2362</sup> Cass, Avis du 16 décembre 2005, *Bulletin d'Information de la Cour de cassation*, n° 637 du 1<sup>er</sup> avril 2006 : « Il résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes ».



le critère de partage est l'appartenance statutaire ou territoriale, au sein d'un même système juridique consacré par la Constitution et garanti par les mêmes juridictions»<sup>2363</sup>.

**743.** Dans ce cadre, les représentants coutumiers au sein des conseils de clan, de chefs, de districts ou les conseils coutumiers adoptent des actes coutumiers, qui acquièrent la qualité d'un acte authentique lorsqu'ils sont pris dans leurs domaines de compétence et qu'ils respectent les critères d'écriture et de publicité<sup>2364</sup>. Par ailleurs, dans le domaine civil, les institutions coutumières interviennent en premier lieu pour régler le contentieux. Ainsi, « tout recours contentieux devant la juridiction judiciaire n'est possible qu'après épuisement d'un recours précontentieux devant le conseil coutumier de l'aire concernée »<sup>2365</sup>. À l'occasion d'un arrêt du 25 mars 2013, ce recours préalable est reconnu d'ordre public par la Cour d'appel de Nouméa<sup>2366</sup>. Ce « précontentieux » reste toutefois limité, car même si les autorités coutumières sont compétentes pour tout le droit civil, elles ne peuvent toutefois ordonner de sanction pénale, là où les frontières du droit ne sont pourtant pas toujours si imperméables<sup>2367</sup>. Régis Lafarge précise : « l'arrêt de la Chambre criminelle du 10 octobre 2000 illustre cette position, en ce qu'il n'offre qu'une alternative : soit refuser toute concession à la justice pénale coutumière ; soit admettre cette justice "privée" ce qui signifierait pour l'État, la renonciation au monopole du contrôle de l'ordre public et des libertés publiques<sup>2368</sup>. En effet, concéder la compétence de la sanction pénale aux systèmes coutumiers nierait les fondements du rôle souverain de l'État selon lequel il dispose du monopole de la contrainte physique légitime. Malgré tout, la négation d'une justice pénale coutumière est parfois mal vécue par le « monde coutumier en ce qu'elle fragilise ses autorités »<sup>2369</sup>.

---

<sup>2363</sup> Étienne CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 151-175, spé. p. 154.

<sup>2364</sup> Voir, ce présent chapitre, Section 1, Paragraphe 1, sur les critères de forme et les exigences de publication.

<sup>2365</sup> Guylène NICOLAS, « le rôle des autorités et institutions coutumières », *op. cit.*, p. 351. Voir aussi, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 150 : « en cas de litige sur l'interprétation d'un procès-verbal de palabre coutumier, les parties saisissent le conseil coutumier, qui rend sa décision dans un délai maximum de trois mois ».

<sup>2366</sup> Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 25 mars 2013, *Ludovic X*, n° 12/74. La procédure de première instance est décrite comme suit : « par requête enregistrée au greffe du tribunal, le 29 juillet 2010, Mme Y... épouse X... a saisi la juridiction de droit commun siégeant en formation coutumière d'une demande de dissolution de l'union coutumière ». Voir aussi, Guylène NICOLAS, « le rôle des autorités et institutions coutumières », *op. cit.*, p. 351.

<sup>2367</sup> Régis LAFARGUE, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 83-183. Voir aussi, Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959. La Cour d'appel reconnaît que les autorités coutumières n'ont pas la compétence de prononcer des sanctions à caractère de punition. Les sanctions pénales des individus de statut coutumier relèvent des juridictions de droit commun. En effet, en 1946, avec la fin de l'Indigénat, le législateur supprime les juridictions pénales coutumières se trouvant principalement en Afrique. Voir, Décret du 3 avril 1946 *portant suppression de la justice indigène en matière pénale*, J.O.R.F., du 1<sup>er</sup> mai 1946, p. 3680. Pourtant, les professeurs Ghislain Otis et Sophie Thériault relèvent que, dans la pratique, « parfois les gendarmes "laissent faire" les autorités coutumières dans l'application de peines coutumières ». Voir, Ghislain OTIS et Sophie THERIAULT, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 58.

<sup>2368</sup> Régis LAFARGUE, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 146.

<sup>2369</sup> Étienne CORNUT, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 241-261, spé. p. 252.

**744.** Outre les recours précontentieux, les conseils coutumiers s'avèrent aussi compétents dans la désignation des sénateurs coutumiers, pour lesquelles les potentiels recours ont soulevé de nombreuses interrogations. Dans le jugement *Bouarat c/Sénat coutumier* de 2002, le juge administratif commence par refuser le contrôle, considérant qu'il ne lui appartenait d'apprécier ni la légalité ni la régularité de la procédure suivie s'agissant de la désignation du grand chef du district de Hienghène que le sénat coutumier a refusé de « constater » en application de l'article 141 de la loi de 1999<sup>2370</sup>. En effet, soit l'acte coutumier de désignation par les conseils coutumiers est « un acte individuel créateur de droits de nature administrative, soit il ne s'agit que d'un acte préparatoire à la décision du Sénat coutumier »<sup>2371</sup>. Selon cette dernière hypothèse, la constatation par le Sénat coutumier aurait pu elle-même constituer un acte préparatoire de l'acte pris par le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie qui, selon l'article 134 de la loi organique de 1999, « nomme aux emplois publics de la Nouvelle-Calédonie »<sup>2372</sup>. Finalement, en 2005, le juge administratif admet la possibilité du recours :

Que les conseils coutumiers sont au nombre des institutions de la Nouvelle-Calédonie et que les décisions qu'ils prennent pour l'exercice des compétences que leur attribue la loi organique, notamment en ce qui concerne la désignation des membres du sénat coutumier, constituent des actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif<sup>2373</sup>.

Par ce revirement de jurisprudence, le tribunal fixe certaines conditions qui garantissent le respect de la hiérarchie des normes par la représentation coutumière. Ainsi, l'auteur du recours peut invoquer « tout moyen tiré de la violation d'une disposition législative ou réglementaire, d'un principe général du droit ou de la coutume ; [...] en revanche, il appartient au demandeur d'établir le contenu de la norme qu'il invoque et que celle-ci ne fasse l'objet d'aucune contestation »<sup>2374</sup>.

**745.** Dans ce cadre, le 28 mai 2019, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie annule la délibération désignant deux nouveaux sénateurs par le conseil coutumier de Païci-Cèmuhi, dont l'un venait d'ailleurs d'être nommé président du Sénat. Cette décision se fonde sur des méconnaissances de formes et de procédures et notamment sur le fait que la délibération n'est

---

<sup>2370</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 18 novembre 2002, *M. Joseph Kaoua Bouarat c/Sénat coutumier*, n° 02-0218. Dans ce cadre, le jugement du tribunal administratif de Nouméa annule le refus implicite du Sénat coutumier de constater la désignation de M. Joseph Kaoua Pouétha Bouarat en tant que grand chef du district de Hienghène.

<sup>2371</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, op. cit., p. 89.

<sup>2372</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, préc., art. 134. Voir aussi, Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 4 mars 2004, *M. Clovis X.*, n° 03-0325 : « Considérant pour demander l'annulation de l'arrêté du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie que le requérant invoque l'irrégularité de la délibération du sénat coutumier qui dans son article premier constate sa cessation de fonction et le déclare démissionnaire ; qu'il est constant que M. Clovis X n'a jamais entendu démissionner de sa fonction de grand chef et, qu'en conséquence, la délibération du sénat est entachée d'une erreur de fait qui entraîne l'illégalité de la délibération du sénat au vu de laquelle le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a pris l'arrêté attaqué ». Le juge administratif annule ensuite l'arrêté du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

<sup>2373</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 10 novembre 2005, *Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta et le clan Kambwa Wecho Pweyta (affaire Gabriel Païta)*, n° 05290.

<sup>2374</sup> *Ibid.*

nullement « intervenue après convocation de l'ensemble des districts composant l'aire coutumière et qu'il n'est pas établi qu'elle ait été réellement adoptée par le conseil coutumier à défaut de consensus en ce sens »<sup>2375</sup>. En l'espèce, « ce consensus n'a jamais été atteint puisque deux districts n'étaient pas représentés et que trois districts étaient présents, mais opposés à cette décision »<sup>2376</sup>. Dès lors, le juge annule la délibération du conseil coutumier de Païci-Cémuhi, mais aussi l'arrêté du président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie : entre mai et août, pour reprendre les mots employés par le professeur Antoine Leca, le tribunal administratif a « décapité le Sénat coutumier »<sup>2377</sup>. *A fortiori*, ce recours administratif garantit le respect de l'État de droit et de la hiérarchie des normes, en s'appuyant notamment dans les visas sur le règlement intérieur du conseil coutumier.

**746.** De même, en 2020, le tribunal annule les décisions de destitution d'un sénateur et de nomination d'un nouveau sénateur coutumier. En l'espèce, le juge a connaissance des règles coutumières applicables grâce au règlement intérieur écrit du conseil coutumier concerné. Aux termes de l'article 19, « lorsque le conseil coutumier estime qu'un sénateur ne remplit pas les devoirs de sa charge de façon satisfaisante, il le démet de ses fonctions. Cette décision est prise par consensus »<sup>2378</sup>. Or, contrairement à ce que prévoit l'article 5<sup>2379</sup>, le sénateur n'a pas été convoqué à l'assemblée générale visant à le destituer ce qui constitue un vice de procédure ayant un caractère substantiel, « dès lors qu'en empêchant l'intéressé de pouvoir présenter la moindre observation et en définitive d'avoir une opportunité d'exposer sa défense quant aux griefs qui lui étaient reprochés, il a été susceptible d'exercer une influence sur la décision »<sup>2380</sup>. En conséquence, le tribunal administratif annule la destitution du sénateur de même que la nouvelle désignation. Il est dorénavant pleinement compétent pour annuler de tels actes administratifs sur le fondement du non-respect de la règle de droit coutumier, laquelle doit être connue, voire écrite, et ne doit souffrir d'aucune contestation. En somme, la représentation coutumière est donc bien soumise

---

<sup>2375</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 28 mai 2019, *M. Jean Eurisouke, M. Jacques Thy, M. Gathelia Wabealo, M. Pascal Brouillant, M. Clément Eurisouke et M. Joseph Tionibene*, n° 1800315. Voir aussi, Malia LOSA FALELAVAKI, « Le tribunal administratif annule la désignation des sénateurs coutumiers de Païci-Cémuhi », *France Info*, 2019, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/tribunal-administratif-annule-designation-senateurs-coutumiers-paici-cemuhi-718594.html> (consulté le 17.09.2022).

<sup>2376</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 28 mai 2019, *M. Jean Eurisouke, M. Jacques Thy, M. Gathelia Wabealo, M. Pascal Brouillant, M. Clément Eurisouke et M. Joseph Tionibene*, n° 1800315.

<sup>2377</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>2378</sup> Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 22 octobre 2020, n° 1900395.

<sup>2379</sup> *Ibid.* Le tribunal rapporte l'article 5 du règlement intérieur : « L'assemblée générale se réunit une fois par an. Elle peut se réunir en assemblée générale extraordinaire à la demande du bureau. /Les convocations doivent être adressées aux membres au moins quinze jours avant la date de la réunion. ».

<sup>2380</sup> *Ibid.* : « il est constant que M. X. n'a pas été convoqué à cette réunion, et il n'apparaît pas non plus y avoir été présent ».

aux exigences formelles de l'État de droit et à la hiérarchie des normes que ce soit pour les normes qu'elle produit ou les normes qui la concernent.

**747.** Enfin, à Wallis et Futuna, la hiérarchie des normes se trouve relativisée par la différenciation induite par le statut civil personnel. En 2014, la chambre correctionnelle du tribunal de Mata-Utu précise que «le statut de 1961 traduit l'engagement de la République de respecter les règles coutumières, ce n'est qu'au travers du statut civil personnel ; que la loi pénale est la même pour tous quelle que soit la nature du statut personnel comme le confirme le libellé de l'article 75 de la Constitution de 1958»<sup>2381</sup>. Les représentants coutumiers, tant les Rois que les chefs de village avec leurs conseils, interprètent des coutumes qui doivent respecter le droit pénal républicain. Au-delà de cette condition, le statut de 1961 prévoit explicitement le respect des croyances et des coutumes «en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions de la présente loi»<sup>2382</sup>. Précisément, la jurisprudence explique que cet article 3 a «pour effet d'interdire toute immixtion des institutions de la République dans le fonctionnement des institutions coutumières, ne donne compétence à aucune autorité administrative, qu'elle agisse au nom de l'État ou du territoire, pour connaître des questions coutumières, notamment en intervenant dans la désignation des autorités coutumières et traditionnelles par des actes qui, contrairement aux termes qu'ils emploient, ne se bornent pas à constater l'accomplissement de procédures coutumières de nomination ou de destitution»<sup>2383</sup>.

**748.** Parallèlement, les institutions auxquelles les représentants coutumiers appartiennent, telles que le conseil territorial et l'Assemblée territoriale, élaborent en collaboration avec l'administrateur supérieur des délibérations à caractère réglementaire, dans des domaines élargis par rapport à ceux des municipalités locales. En effet, l'Assemblée territoriale s'avère compétente notamment pour le statut général des agents et des cadres territoriaux, le statut civil coutumier et la réglementation de l'état civil, la constatation, la rédaction et la codification des coutumes, l'adaptation des coutumes à l'évolution sociale, les biens et droits immobiliers régis par la coutume, le territoire, le cadastre, l'Aménagement du régime des biens et droits fonciers, le commerce intérieur, la mutualité, l'agriculture, les forêts, le régime des eaux non maritimes, la protection de la nature, la lutte phytosanitaire, l'élevage, la pêche maritime, la réglementation relative au soutien à la production ; mesures d'encouragement à la production, les transports intérieurs maritimes, aériens et terrestres, le tourisme et la chasse, l'urbanisme, le sport, la sécurité sociale<sup>2384</sup>. En outre, certaines de ces compétences s'exercent sous la condition qu'il ne puisse « être porté atteinte à la législation et à la

---

<sup>2381</sup> TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, n° 2012/80.

<sup>2382</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 3.

<sup>2383</sup> Tribunal administratif de Mata-Utu, 13 mars 2007, *Circonscription territoriale d'Uvea*, n° 05-11.

<sup>2384</sup> Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, *préc.*, art. 40.

réglementation de l'État » ou « dans le cadre des règles générales de sécurité et de normalisation »<sup>2385</sup>, réaffirmant *de jure* la hiérarchie de normes et la supériorité de la loi nationale. De plus, la Constitution, les lois de la République applicables à l'ensemble du territoire et certaines législations et réglementations relatives aux institutions du territoire encadrent indubitablement les compétences normatives de ces dernières<sup>2386</sup>. Enfin, les délibérations de l'Assemblée ne sont valides dans l'ordre juridique qu'avec l'approbation de l'administrateur supérieur<sup>2387</sup>. Dans la pratique, Jeanne Page relève que « cette étroite tutelle déresponsabilise les élus locaux qui sont réduits à l'« attentisme » ou tout au moins à la revendication, l'État acceptant ou refusant à son gré »<sup>2388</sup>.

**749.** Il ressort de l'ensemble de ces observations un même constat : lorsque l'ordre juridique permet certains aménagements en faveur de la représentation coutumière, elle n'est pas exemptée de respecter de nombreux critères formels et doit tout de même s'insérer au sein d'une hiérarchie des normes préexistante. Dans ce cadre, les accords octroient des pouvoirs législatifs concurrents et non exclusifs aux assemblées autochtones, qu'il soit ici question du gouvernement niska'a ou du Congrès de Nouvelle-Calédonie. Un tel partage de la fonction législative ne signifie pas qu'elle se fasse sans condition, qu'elle ne puisse être limitée ou que le pouvoir législatif national ne puisse plus intervenir selon certains critères. Par ailleurs, les conseils de bandes soumis à la *Loi sur les Indiens*, les Assemblées de provinces de Nouvelle-Calédonie et l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna disposent de compétences réglementaires. Les normes produites s'avèrent donc susceptibles de davantage de contrôle, selon les modalités imputées aux actes ayant une telle valeur dans la hiérarchie des normes. *A fortiori*, tant par l'écriture que par le respect des normes supérieures, la cohérence verticale du droit est assurée, parachevant l'intégration d'une représentation de droit coutumier au sein du droit positif. Il reste que les critères ne sont pas seulement formels, ils sont aussi matériels.

---

<sup>2385</sup> Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, préc., art. 40.

<sup>2386</sup> Par exemple, Décret n° 62-288 du 14 mars 1962 *fixant les attributions du conseil territorial des îles Wallis et Futuna*, préc.

<sup>2387</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019, art. 9.

<sup>2388</sup> Jeanne PAGE, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'Outre-mer aux « pays d'Outre-mer »*, op. cit., p. 241.

## SECTION 2 – Les conditions matérielles imposées aux systèmes représentatifs coutumiers

750. L'aménagement en faveur d'une représentation coutumière soulève de nombreuses interrogations et notamment celle des limites à fixer à de telles adaptations. Outre les conditions formelles, des critères matériels encadrent également la représentation coutumière et les normes qu'elles peuvent adopter. Ainsi, les systèmes représentatifs coutumiers sont soumis à la constitution selon sa conception matérielle (**PARAGRAPHE 1**), ce qui conduit inévitablement à s'interroger sur le degré d'adhésion et les modalités selon lesquelles les autochtones devraient respecter le principe démocratique et son corollaire, le mécanisme électoral (**PARAGRAPHE 2**).

### **PARAGRAPHE 1** - Le respect de la constitution matérielle par les systèmes représentatifs de droit coutumier

751. En théorie, l'application de droits fondamentaux aux systèmes représentatifs de droit coutumier semble une entreprise libérale et démocratique souffrant de peu de contestation. Pourtant, des inquiétudes sont portées à l'attention des États afin de lutter contre une certaine uniformisation des normes juridiques par l'application de chartes ou de déclarations universelles (**A**). Les droits inscrits dans ces textes dits « universaux » doivent alors s'appliquer de façon adaptée et équilibrée au Canada (**B**) et en France (**C**).

#### **A.** Les réticences communes à l'application de chartes et de déclarations universelles

752. En France, dès la période coloniale, les décrets relatifs à l'organisation judiciaire conditionnent la mise en œuvre des coutumes indigènes au respect des « principes de la civilisation française » ou aux « principes de la loi française »<sup>2389</sup>. Par la suite, l'article 82 de la Constitution de 1946 affirme que le statut personnel « ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français »<sup>2390</sup>. Aujourd'hui, la Constitution et l'ensemble des droits qui y sont constitutionnellement garantis s'appliquent aux Kanak, aux Wallisiens et Futuniens, aux Amérindiens de Guyane et à leurs coutumes.

---

<sup>2389</sup> Valérie PARISOT et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, « la méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », *op. cit.*, p. 410.

<sup>2390</sup> Constitution française du 27 octobre 1946, art. 82 al. 2.

753. Au Canada, dès 1995, la politique gouvernementale précise également que la mise en œuvre du droit à l'autonomie gouvernementale doit s'effectuer dans le cadre de la constitution canadienne et doit respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2391</sup>. Cette dernière s'applique tant aux gouvernements autochtones soumis à la *Loi sur les Indiens* qu'aux gouvernements établis par des accords négociés. L'application du texte constitutionnel est mentionnée, par exemple, au sein de l'Accord<sup>2392</sup> et de la Constitution niska'a<sup>2393</sup>. De cette manière, tous les gouvernements et assemblées autochtones et non autochtones restent liés par le respect de droits constitutionnels consacrés par les normes fondamentales.

754. Pourtant, l'application de ces normes constitutionnelles soulève certaines perplexités des deux côtés de l'Atlantique. Précisément, la professeure Albane Geslin relève que « la relation de pouvoir peut se muer en relation de domination lorsque la reconnaissance de l'autre le contraint à intégrer un système de valeurs qui lui est étranger »<sup>2394</sup>. Dans la même idée, certains anthropologues du droit attirent l'attention sur les liens étroits et réciproques entre culture et droit<sup>2395</sup>. En conséquence, « le droit ne peut être dissocié des structures sociales qui le déterminent »<sup>2396</sup>, de même que les droits de l'homme ne sont pas compris partout de manière identique<sup>2397</sup>. Le professeur Fabrice Hourquebie synthétise l'ambivalence de la doctrine par les interrogations suivantes : « l'universalisme est-il incarné par les droits de l'homme, face à une coutume plus géographiquement et plus culturellement située ? Ou au contraire, la coutume n'aurait-elle pas un champ universel (cf. la coutume internationale, source du droit international)

---

<sup>2391</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, *op. cit.*

<sup>2392</sup> *Accord définitif niska'a*, chap. 2, art. 9.

<sup>2393</sup> *Constitution de la Nation Niska'a*, chap. 1, art. 6 (2).

<sup>2394</sup> Albane GESLIN, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », *op. cit.*, p. 143.

<sup>2395</sup> Les relations entre droit et culture sont interdépendantes et réciproques : « la culture d'une société influence le droit qui y est applicable ; le droit entretient et conserve les valeurs culturelles de la société ». Voir, Laurent SERMET, *Une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'Océan Indien*, Paris, Éditions des Archives contemporaines, 2009, p. 15.

<sup>2396</sup> Guillaume VANNIER, « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme », dans Stamatios TZITZIS et Henri PALLARD (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles, Actes du colloque du 4-5 novembre 1994*, Paris, L'harmattan, 1997, p. 119-140, spé. p. 122.

<sup>2397</sup> Surya Prakash SINHA, « Why it has not been possible to define law », *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 75, n° 1, 1989, p. 1-27, spé. p. 25 : « La prise de conscience que le droit n'est pas le principe de l'organisation sociale partout sur cette terre doit nous faire remettre en question toute fatalité professée pour lui et doit nous inciter à réexaminer notre croisade pour le droit dans des mouvements aussi délicats que, par exemple, l'universalisation des droits de l'homme ». Source non traduite : « The realization that law is not the principle of social organization everywhere on this earth must make us question any professed inevitability for it and must prompt us to re-examine our crusade for law in such delicate movements as, for example, the universalization of human rights ».

face à des droits fondamentaux dont l'origine européenne-occidentale suppose un champ d'application plus restreint ? »<sup>2398</sup>

**755.** Dans ce cadre, si la formulation de ces droits relève d'une tradition juridique européenne, l'adhésion aux droits humains peut-elle contribuer à l'uniformisation progressive des traditions juridiques autochtones ? Gustavo Esteva et Madhu Suri rappellent qu'historiquement, « sous la bannière bénigne des droits de l'homme, les indigènes et autres communautés ont souffert de formes d'oppressions, de pressions et d'abus de pouvoir sans précédent »<sup>2399</sup>. Dans la continuité de cette analyse, le professeur Norbert Rouland relaie la crainte contemporaine que les droits de l'Homme constituent parfois un cheval de Troie au profit « de la forme de modernité découverte et pratiquée par l'Occident industrialisé »<sup>2400</sup>. À titre d'illustration, le professeur Kent McNeil estime que l'application de chartes de droits vectrices des valeurs canadiennes aux communautés autochtones relèverait d'une entreprise colonialiste<sup>2401</sup>. Le professeur mohawk Gerald T. Alfred affirme également que les principes qui sous-tendent les gouvernements représentatifs à l'europpéenne, tels que décrit dans les constitutions et fondés sur la force coercitive, « sont en opposition fondamentale avec les valeurs desquelles sont issus le leadership et le pouvoir autochtones », fondés sur le consensus et la persuasion du groupe<sup>2402</sup>. Enfin, Menno Boldt et Tony Long soulèvent aussi qu'« en adoptant l'idéologie euro-occidentale de souveraineté, la génération actuelle de leaders autochtones renforce les structures d'autorité étrangère imposées dans les communautés et légitime la hiérarchie inhérente composée d'élites politiques et bureaucratiques autochtones. Cet endossement de l'autorité hiérarchique et d'une entité qui gouverne est en rupture complète avec les principes autochtones traditionnels »<sup>2403</sup>. L'ensemble de ces positions doctrinales démontrent toute l'ambivalence persistante du débat entre universalisme et relativité des cultures, lequel interroge aussi l'évolution de la représentation coutumière.

---

<sup>2398</sup> Fabrice HOURQUEBIE, « Droits coutumiers et droits fondamentaux, l'impensable rencontre ? » dans Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 11-15, spé. p. 15.

<sup>2399</sup> Gustavo ESTEVA et Madhu SURI PRAKASH, *Grassroots Post-Modernism. Remaking the soil of cultures*, New-York, ZED Books, 1998, p. 122. Source non traduite : « Under the benign banner of human rights, indigenous and other non-modern communities suffer unprecedented forms of oppression, of suffering and power abuses ».

<sup>2400</sup> Norbert ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, op. cit., p. 205. Voir aussi, Norbert ROULAND, « Les Droits de l'homme sont-ils mortels ? », *Droit et cultures*, vol. 74, n° 2, 2017, p. 199-218, spé. p. 206. Dans la même idée, la professeure Albane Geslin relève que « la relation de pouvoir peut se muer en relation de domination lorsque la reconnaissance de l'autre le contraint à intégrer un système de valeurs qui lui est étranger ».

<sup>2401</sup> Kent MCNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter : Lessons from the United States », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 17, n° 2, 2002, p. 73-105, spé. p. 104. Il affirme : « L'imposition des valeurs et des normes canadiennes aux peuples autochtones perpétue le colonialisme et, comme notre histoire nous l'enseigne si bien, ne fonctionne tout simplement pas ». Source non traduite : « Imposition of Canadian values and norms on the Aboriginal peoples perpetuates colonialism and - as our history teaches us so well - simply does not work ».

<sup>2402</sup> Gerald Taiaiake ALFRED, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, op. cit., p. 82.

<sup>2403</sup> Menno BOLDT et Anthony LONG, « Tribal traditions and European Political Ideologies : The Dilemma for Canada's Native Indians », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, n° 3, 1984, p. 537-553, spé. p. 548.



756. Par conséquent, la conception individualiste des droits formulés dans les chartes et déclaration est souvent décrite comme inadaptée aux traditions et aux problématiques autochtones, voire comme le corollaire d'un délitement des droits collectifs, particulièrement importants dans les traditions autochtones<sup>2404</sup>. Par exemple, en France, pour certaines coutumes telles que la polygamie<sup>2405</sup>, les sanctions coutumières effectuées par le chef<sup>2406</sup> et les bannissements de la tribu<sup>2407</sup> ont été invalidées au nom du respect de l'ordre public. De même, pour le Canada, la mise en place de certains tribunaux au nom des droits humains et de l'accès à la justice a pu conduire à la disparition de certaines coutumes, telles que les mécanismes internes et collectifs de résolution des conflits favorables au rétablissement de l'équilibre communautaire<sup>2408</sup>. Dans l'affaire *Thomas c. Norris*, le respect de l'ordre public prévaut également sur les coutumes : la Cour suprême n'a pas accepté que le demandeur subisse des rites initiatiques contre son gré<sup>2409</sup>. Au-delà du respect de l'ordre public, il est vrai que l'application des droits humains par la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* ou de son pendant outre-Atlantique, la *Charte canadienne des droits et libertés* « restreint nécessairement la portée de l'autonomie, puisqu'elle exclut certaines options de la gamme de mesures qu'un gouvernement peut adopter », confirme Sébastien Grammond<sup>2410</sup>. La Cour suprême du Canada ne nie pas cette tension puisqu'elle relève dans la décision *R. c. Van der Peet* :

Selon la philosophie libérale du siècle des Lumières, qui a inspiré le *Bill of Rights* des États-Unis et, plus indirectement, la Charte, les droits appartiennent à tous les membres de la société, étant donné que chacun a droit à la dignité et au respect. Les droits sont généraux et universels. [...] Toutefois, les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la Charte, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la Charte, parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones<sup>2411</sup>.

<sup>2404</sup> Par exemple, Kerry WILKINS, «...But we need the eggs: the Royal Commission, the *Charter of Rights* and the inherent right of Aboriginal self-government », *University of Toronto Law Journal*, vol. 49, n° 1, 1999, p. 53-121, spé. p. 78.

<sup>2405</sup> L'article 147 du Code civil dispose : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

<sup>2406</sup> Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *MP c/Evanes Boula et autres*.

<sup>2407</sup> TPI Sect. Lifou, 16 décembre 1998, *Kokone c/Siwel Waehnya*, n° 122/98 : « il résulte de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 04 octobre 1958 que nul ne doit être inquiété en raison de ses convictions religieuses. Il a été récemment rappelé par les plus hautes autorités coutumières que nul ne peut être expulsé ou exclu en raison de ses seules convictions religieuses, à charge pour chacun de remplir ses devoirs coutumiers, fondement de la société mélanésienne. En application de ces principes, M. Siwel Waehnya devra restituer les clés du logement litigieux au demandeur ».

<sup>2408</sup> Norbert ROULAND, « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Études Inuit*, vol. 3, n° hors-série, 1979, p. 1-171, spé. p. 77.

<sup>2409</sup> *Thomas c. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139. D'autant plus que ces rites impliquaient des sévices physiques et une séquestration. L'intégrité physique de la personne est donc une valeur qui, dans ce cas, a prépondérance sur les coutumes autochtones

<sup>2410</sup> Sébastien GRAMMOND, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, op. cit., p. 344.

<sup>2411</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, spé. p. 534, para. 18-19.

**757.** Dès lors, au Canada, certains autochtones s'opposent à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un argument régulièrement avancé réside dans le fait que les populations autochtones ne l'ont pas approuvé lors des négociations relatives à l'Accord de Charlottetown de 1992. Dans ce cadre, « non seulement les amendements incluant la Charte ont été mis en œuvre sans le consentement, et malgré les objections, des peuples autochtones du Canada, mais les peuples et organisations autochtones ont été très peu impliqués dans la conception ou la mise en œuvre de la Charte », souligne le professeur Kerry Wilkins<sup>2412</sup>.

**758.** Selon un autre argument, le professeur Kent McNeil soutient que la Charte ne peut s'appliquer de façon générale et automatique aux gouvernements autochtones : exerçant un pouvoir inhérent, non délégué et protégé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, les gouvernements autochtones ne sont pas régis par l'article 32 de la Charte, selon lequel la « charte s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada, [...] à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ». Selon lui, toute limitation du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale n'est valide que si elle rencontre les critères du test établi dans la décision *Sparrow*<sup>2413</sup>. L'application de la Charte relèverait alors de négociations et d'accords politiques respectivement passés avec chacune des Nations autochtones<sup>2414</sup>.

**759.** Pourtant, il semble que chacun de ces arguments puisse être nuancé, en faveur d'un équilibre entre le respect des coutumes et des droits fondamentaux. De la sorte, l'application équilibrée de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux gouvernements autochtones contribuerait au respect des droits humains par et pour les autochtones, dans le respect de leurs coutumes.

#### B. L'application équilibrée de la *Charte canadienne des droits et libertés*

**760.** Au Canada, si les autochtones n'ont pas donné leur consentement à la *Charte canadienne des libertés*, ils n'ont pas davantage consenti formellement aux autres normes fondamentales, telles que l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi constitutionnelle de 1867, lois qui leur sont pourtant applicables sans que cela ne soulève de controverses<sup>2415</sup>. En outre, le Québec n'a pas non

---

<sup>2412</sup> Kerry WILKINS, « ...But we need the eggs: the Royal Commission, the *Charter of Rights* and the inherent right of Aboriginal self-government », *art. cit.*, p. 77. Source non traduite : « Not only were the amendments that included the Charter implemented without the consent, and despite the objections, of Canada's aboriginal peoples; aboriginal peoples and organizations had very little involvement in the Charter's design or implementation ».

<sup>2413</sup> Kent MCNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 34, n° 1, 1996, p. 61-99, spé. p. 87.

<sup>2414</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>2415</sup> Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, n° 2, 2005, p. 207-257, spé. p. 229.

plus donné son accord pour le rapatriement de la Constitution en 1982, mais un tel refus ne signifie pas que la Charte soit inapplicable. Il semble d'ailleurs que l'adhésion envers ce texte et ses principes soit aujourd'hui plus forte dans cette province que dans n'importe quel autre<sup>2416</sup>. Un tel attachement peut aussi se constater dans les communautés autochtones<sup>2417</sup>. Partant, la critique différentialiste de la charte ne permet pas de soutenir que cette dernière nuit automatiquement aux coutumes autochtones. Le professeur Ghislain Otis soutient :

Lorsque l'on observe la culture vivante qui transparaît des comportements et du discours des acteurs contemporains, force est de constater que la différence autochtone ne se réduit à aucun dogme traditionaliste, à nulle vérité statique et imperméable aux multiples interprétations de l'identité et de la culture<sup>2418</sup>.

Ainsi, les principes autochtones contemporains ne se révèlent pas, dans leur essence, contraires aux principes énoncés dans les droits humains, bien au contraire. En revanche, il reste nécessaire d'envisager la protection de ces traditions d'un pouvoir étatique largement dominant. C'est donc au nom des droits humains et en se fondant sur la charte que les autochtones ont contesté nombre de législations des autorités tant provinciales que fédérales<sup>2419</sup>.

**761.** À cet égard, la Charte mentionne en son article 25 que la garantie de « certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada »<sup>2420</sup>, parmi lesquels se trouve le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Selon le professeur Ghislain Otis, « le droit d'une bande, reconnu par la *Loi sur les Indiens*, de désigner ses dirigeants selon la coutume étant probablement protégé par cette disposition, il en résulte que l'existence même de ce droit ainsi que ses caractéristiques fondamentales se trouvent à l'abri d'une attaque pour violation d'un droit ou d'une liberté garantis

---

<sup>2416</sup> Matt WATSON, « Reconciling Sovereignties, Reconciling Peoples: Should the Canadian Charter of Rights and Freedoms Apply to Inherent-right Aboriginal Governments ? », *Inter Gentes*, vol. 2, n° 1, 2019, p. 75-112, spé. p. 85-86.

<sup>2417</sup> *Ibid.*

<sup>2418</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 411.

<sup>2419</sup> Dès les années 1990. Voir notamment, *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, p. 206 (sur la constitutionnalité de la *Loi sur les Indiens* qui indique que les membres doivent « résider ordinairement sur la réserve » pour voter) : « le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au para. 77(1) de la Loi sur les Indiens est incompatible avec l'art. 15 de la Charte ». ; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 (sur la discrimination subie par les autochtones qui ne sont pas des Indiens inscrits) ; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 ; *Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670 (sur la constitutionnalité de la loi *Metis Settlements Act* à la Charte canadienne des droits et libertés). Enfin, la Charte a aussi permis l'inscription au statut d'Indien des petits-enfants et des femmes indiennes qui l'avaient injustement perdu du fait de leur mariage à un non-Indien. Voir, *McIvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, 2007 BCSC 827. Décision partiellement confirmée en appel par, *McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153. Voir aussi, Jean LECLAIR, « “Il faut savoir se méfier des oracles” : regards sur le droit et les autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 102-111, spé. p. 108.

<sup>2420</sup> La Charte complète « notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ». Voir, *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 25.

par la Charte canadienne »<sup>2421</sup>. Autrement dit, un citoyen non autochtone ne peut se fonder sur la Charte et sur le principe d'égalité pour faire invalider un droit ancestral et plus particulièrement le droit à l'autonomie gouvernementale. Il s'agit d'une application du principe *generalia specialibus non derogant*, selon lequel les dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales permettant ainsi la « coexistence dans le corpus constitutionnel de dispositions ou de normes *a priori* irréconciliables »<sup>2422</sup>.

**762.** *A fortiori*, en donnant « un effet utile à chaque disposition, on évite de conclure qu'une partie de la Constitution se trouve implicitement à faire échec à une autre »<sup>2423</sup>. En vertu de ce principe, il est par exemple exclu que l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, selon lequel « tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales », s'applique aux institutions représentatives autochtones<sup>2424</sup>. Une telle exclusion de l'article 3 grâce à l'article 25 protège donc l'Accord niska'a contre des recours effectués par les non-autochtones, résidant pourtant dans la réserve, pour demander le droit de vote aux élections niska'a<sup>2425</sup>. L'Accord niska'a octroie aussi aux Anciens, dépendamment de leur âge, des prérogatives quant à l'interprétation des coutumes. La Charte défend ainsi ces dispositions contre des recours pouvant être fondés sur le principe d'égalité<sup>2426</sup>. Loin d'uniformiser systématiquement les normes, elle a pour objectif d'établir un équilibre entre les droits et libertés individuels et les traditions propres aux peuples autochtones du Canada et donc de protéger ces dernières<sup>2427</sup>. De la même façon, dans *Dickson c. Première Nation des Vuntut Gwitchin*, la Cour d'appel du Yukon s'attache à une application équilibrée de la Charte canadienne à la Constitution de la Première Nation des Vuntut Gwitchin, reconnue en droit positif par l'*Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut* de 1993. En l'espèce, Cindy Dickson conteste la Constitution de sa Première Nation, selon laquelle un élu au conseil doit déménager dans le village d'Old Crow au cours des

---

<sup>2421</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 413.

<sup>2422</sup> Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, n° 2, p. 207-257, spé. p. 240.

<sup>2423</sup> *Ibid.*

<sup>2424</sup> *Crow c. Blood Indian Council*, [1997] 3 C.N.L.R. 76 (C.F. 1<sup>ère</sup> instance), p. 85.

<sup>2425</sup> *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1123, para. 156 : « Although there are few cases considering s. 25, what they show is that the section is meant to be a “shield” which protects aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by provisions of the Charter. It does not in itself add any substantive rights. The section is only triggered when aboriginal or treaty rights are challenged on the basis of the Charter and the outcome of that challenge might abrogate or derogate from “rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada ».

<sup>2426</sup> Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *art. cit.*, p. 255.

<sup>2427</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, *op. cit.* La recherche de cet équilibre est notamment inscrite à l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir, *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11, art. 1.

quatorze jours suivants son élection<sup>2428</sup>. En réponse, la Cour d'appel du Yukon confirme que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique bien à la disposition contestée, laquelle n'est pas contraire au principe d'égalité de l'article 15(1) de la Charte. Elle ajoute : dans le cas où « l'obligation de résidence viole effectivement les droits à l'égalité du requérant en vertu de l'article 15(1) de la Charte, alors l'article 25 de la Charte s'applique pour protéger l'obligation de résidence, avec pour résultat que l'obligation reste valide »<sup>2429</sup>. Seul le délai de quatorze jours est déclaré inopérant<sup>2430</sup>. En toutes hypothèses, cette décision confirme l'application de la Charte que ce soit pour rejeter l'atteinte au principe d'égalité de l'article 15(1) ou pour écarter l'application de ce dernier par l'article 25<sup>2431</sup>.

**763.** En plus des textes constitutionnels et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les bandes régies par la *Loi sur les Indiens* se voient appliquer depuis 2011 la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>2432</sup>. En 2008, avec une période transitoire de trois ans, le Parlement en abroge l'article 67 selon lequel les membres des Premières Nations « qui s'estimaient victimes de discrimination à cause de la *Loi sur les Indiens* ne pouvaient déposer de plaintes contre le gouvernement du Canada ou les gouvernements des Premières Nations »<sup>2433</sup>. En effet, dans les années 1970, les autochtones du Canada se revendiquent comme des *Citizen plus* avec des droits supplémentaires<sup>2434</sup> : il est alors injustifié de leur octroyer moins de droits en les excluant des bénéficiaires de la Charte ou de la loi, en conservant des inégalités entre citoyens. Cette analyse s'appuie encore sur les nombreux mouvements relayés par les institutions onusiennes, où les autochtones revendiquent la reconnaissance de leurs droits par le biais de chartes et de déclarations internationales<sup>2435</sup>. Ainsi, « en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, la bonne gouvernance par les droits fondamentaux apparaît comme une

---

<sup>2428</sup> *Constitution de la Première Nation Vuntut Gwitchin*, 2019 [1992], art. XI (2). Source non traduite : « If an eligible candidate for Chief or Councillor does not reside on Settlement Land during the election and wins their desired seat they must relocate to Settlement Land within 14 days after election day.

<sup>2429</sup> *Dickson c. Première Nation des Vuntut Gwitchin*, 2021 YKCA 5, para. 163. Le pourvoi est aujourd'hui pendant en Cour suprême. Sur cette décision, Voir le numéro spécial, Amy SWIFFEN (dir.), « Special Issue - Dickson v Vuntut Gwitchin First Nation case », *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 31, n° 2, 2022.

<sup>2430</sup> *Ibid.*, para. 162.

<sup>2431</sup> L'application de la Charte canadienne à la Constitution de la Première Nation Vuntut Gwitchin est pourtant contestée par les membres de la communauté autochtone. Voir, *Ibid.*, para. 137-138. C'est pourquoi, la presse a pu parler de « victoire incomplète ». Voir, RADIO-CANADA, « Victoire incomplète pour les Vuntut Gwitchins au Yukon », *Radio Canada*, 2021, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1813224/yukon-vuntut-gwitchin-cindy-dickson-charte-droit-liberte> (consulté le 07.06.2023).

<sup>2432</sup> *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

<sup>2433</sup> COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, « Enfin une question de droits », *Commission canadienne des droits de la personne*, 2012, en ligne : <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/fr/ressources/enfin-une-question-de-droits-partie-1> (consulté le 02.09.2022).

<sup>2434</sup> UNION DES CHEFS INDIENS DE L'ABERTA, « Foundational Document Citizens Plus », *art. cit.*, p. 188-281. Voir aussi, Chapitre 3.

<sup>2435</sup> Voir, Chapitre 3, Section 1.

condition objective du maintien de cultures plurielles vivantes»<sup>2436</sup>. L'adhésion à une charte commune constitue également un pas supplémentaire vers la réconciliation au sein du Canada.

**764.** En outre, sur le plan interne aux communautés, les institutions représentatives résultent souvent d'un aménagement par les autochtones de la représentation étatique et s'avèrent donc partiellement fondées sur les modèles européens de représentation. Le professeur Ghislain Otis explique : « les actions d'une entité autochtone agissant en vertu d'un droit ancestral ou issu d'un traité correspondent à une manifestation du pouvoir public s'imposant aux individus au nom de l'intérêt général »<sup>2437</sup>. Sous réserve de l'interprétation donnée à l'article 25, rien ne justifie alors que le « législateur autochtone » soit exclu de l'article 32<sup>2438</sup>. Dès lors, en analysant leur rôle dans l'évolution du constitutionnalisme canadien, il soutient que les gouvernements autochtones sont inclus au sein de l'article 32, au même titre que les tribunaux judiciaires, bien que ces derniers ne soient pas non plus explicitement mentionnés<sup>2439</sup>. *A fortiori*, les systèmes représentatifs autochtones ne sont plus entièrement vecteurs des modèles et principes précoloniaux, bien qu'ils leur soient toujours possibles de s'en inspirer. Par conséquent, ils ne sont désormais plus à l'abri de possibles abus de pouvoir. La situation est ainsi décrite par le professeur Jean Leclair :

Le pouvoir existe aussi au sein des communautés autochtones. Or, le danger de l'approche culturaliste, c'est qu'elle peut amener certaines personnes à soutenir que la protection des droits individuels est une affaire d'Occidentaux, un préjugé culturel qu'il faut se garder d'imposer aux autochtones. Elle cultive l'idée que les autochtones patagent tous dans un grand océan d'unanimité quand vient le temps de s'opposer à toute forme de modernité juridique<sup>2440</sup>.

Pourtant, ajoute-t-il, « cette approche ne prend pas suffisamment acte du fait que ce ne sont jamais “les nations autochtones” ou “les peuples autochtones” qui décident de quoi que ce soit, mais bien un petit nombre de personnes qui parlent au nom de ces nations et de ces peuples »<sup>2441</sup>.

---

<sup>2436</sup> Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *art. cit.*, p. 223.

<sup>2437</sup> *Ibid.* p. 230.

<sup>2438</sup> *Ibid.*, p. 231. Selon l'expression employée par le professeur Ghislain Otis : « Rien ne justifierait d'établir une inégalité de traitement entre les législateurs autochtones et non autochtones en la matière ». À ce titre, l'article 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* précise que la charte s'applique : « a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest ; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ».

<sup>2439</sup> *Ibid.*, p. 227-228.

<sup>2440</sup> Jean LECLAIR, « “Il faut savoir se méfier des oracles” : regards sur le droit et les autochtones », *art. cit.*, p. 108. À ce titre, la professeure autochtone Val Napoleon explique : « Comme dans de nombreuses autres sociétés, la dynamique de l'oppression interne et des déséquilibres de pouvoir fait partie de l'expérience vécue des peuples autochtones. Malgré les prétentions au contraire, le sexisme et d'autres formes d'oppression, comme l'homophobie et l'âgisme, sont des réalités dans de nombreuses communautés autochtones ». Voir, Val NAPOLEON, « Aboriginal discourse : Gender, identity and community », dans Benjamin J. RICHARDSON, Shin IMAI et Kent MCNEIL (dir.), *Indigenous peoples and the law : Comparative and critical perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 233-256, spé. p. 239. Source non traduite : « As with many other societies, the dynamics of internal oppression and power imbalances are part of aboriginal peoples' experiences. Despite the rhetoric, sexism and other oppressions, such as homophobia and ageism, are realities in many aboriginal communities ».

<sup>2441</sup> Jean LECLAIR, « “Il faut savoir se méfier des oracles” : regards sur le droit et les autochtones », *art. cit.*, p. 109.

**765.** Dans le cadre des systèmes de représentation contemporains, la Charte canadienne permet donc la contestation des « coutumes » électorales de plusieurs communautés autochtones régies par la *Loi sur les Indiens*. En effet, elle est régulièrement invoquée pour la contestation de certains abus de pouvoir de la part des conseils de bande, lesquels se réclament d'une application de la coutume. Par exemple, la Charte a été invoquée dans l'affaire *Francis c. Mohawk Council of Kanesatake* afin de garantir le droit de voter aux élections du conseil de bande pour les Indiens non-résidents dans la réserve, même si cela s'oppose à la lettre du code électoral coutumier<sup>2442</sup>. De même, en 2022, la Charte a aussi permis l'invalidation d'un code électoral fondé sur un code d'appartenance qui excluait une partie des membres de la Première Nation de vote ou de se porter candidat<sup>2443</sup>. Enfin, certaines communautés se sont fondées sur ce texte pour œuvrer à l'évolution des coutumes en faveur de l'égalité entre les sexes<sup>2444</sup>. À ce titre, en 2023, dans l'affaire *McCarthy v. Whitefish Lake First Nation*, deux femmes de la Première Nation crie invoquent la Charte pour faire évoluer le code électoral coutumier de leur Première Nation<sup>2445</sup>. Ce dernier interdisait, d'une part, le vote des descendants de femmes autochtones mariées avec des allochtones, descendants ayant pourtant retrouvé leur statut d'Indien depuis 1985, et, d'autre part, aux femmes en union de fait avec des allochtones d'être élue cheffe<sup>2446</sup>. Dans ces cas, la soumission des systèmes représentatifs autochtones à la Charte s'avère finalement une garantie et une protection plus utile qu'inadaptée.

**766.** Par ailleurs, il est aussi possible pour les autochtones de se réappropriier les normes constitutionnelles matérielles au niveau local afin d'assurer une certaine continuité avec les traditions. Au-delà des principes généraux de la Charte, rien n'empêche les systèmes coutumiers d'ajouter des conditions et des contraintes à leurs représentants. Par exemple, le Code électoral coutumier de Kanesatake prévoit que les personnes condamnées pour infraction criminelle ou qui ont des dettes impayées auprès du Conseil ou qui ont déjà été destituées ou suspendues ne

---

<sup>2442</sup> *Francis c. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 4 C.F. 1133 (1re inst.).

<sup>2443</sup> *McCallum v. Canoe Lake Cree First Nation*, 2022 FC 969, para. 7, sur la non constitutionnalité d'un code d'appartenance.

<sup>2444</sup> *Harpe v. Massie and Ta'an Kwäch'än Council*, 2006 YKSC 01, para 88 : « the constitutional change for the election of a male or female person as Chief indicates a general acceptance that a traditional custom has evolved to become gender equal. Indeed, Ms. Harpe herself had no objection to being considered for the position of acting Chief ». para 92 : « To conclude, I find that the traditional power and custom of the elders to appoint an acting Chief when the position was vacant for some reason is well established. It would also be well accepted to appoint a woman to the position in the context of the present constitution and its equal treatment of citizens in the election of a Chief ».

<sup>2445</sup> En l'espèce, deux requérantes s'opposent à la loi *Election Regulations* de leur Première Nation : Karen McCarthy et Lorna Jackson-Littlewolfe. La première demande à pouvoir jouir du droit de vote, bien que sa mère ait épousé un allochtone et a donc perdu son statut d'Indien avant de le retrouver après la modification de la *Loi sur les Indiens* en 1985. La seconde requiert que son élection au poste de chef soit validée nonobstant le fait qu'elle soit en union avec de fait avec un allochtone. Les deux femmes ont porté leur demande devant le Comité d'appel de la Première Nation de Whitefish Lake, puis ont fait appel devant la Cour fédérale du Canada. Voir, *McCarthy v. Whitefish Lake First Nation*, 2023 FC 220.

<sup>2446</sup> En effet, les hommes Indiens, mêmes mariés à des femmes allochtones, ont toujours conservé leur statut et ont toujours pu le transmettre à leur enfant. Voir, *McCarthy v. Whitefish Lake First Nation*, 2023 FC 220.

peuvent se porter candidats aux élections communautaires<sup>2447</sup>. De même, le Code électoral de Kahnawake énonce que sont inéligibles les personnes qui, dans les six années précédentes, ont été condamnées pour une infraction criminelle<sup>2448</sup>. Le texte précise d'ailleurs que les élus doivent être prêts à recevoir un test de dépistage de drogue<sup>2449</sup>. Les conditions de moralité et de « bonne gouvernance » ajoutées par les codes coutumiers rejoignent celles posées par la Grande loi de la paix iroquoise selon laquelle :

Les chefs doivent en tout temps être des mentors pour les leurs. Leur peau doit être assez épaisse pour résister à la colère, aux actions offensives et aux critiques. Leur cœur doit être rempli de paix et de bonne volonté, et leur esprit doit être habitué du désir de bien-être pour le peuple et la confédération. Armés de patience, ils accompliront leur devoir. Leur fermeté sera tempérée par leur tendresse pour les gens. Ni la colère ni la furie ne trouveront à se loger en eux, et leurs mots et leurs actions porteront la marque d'une calme délibération. Dans toutes leurs délibérations au sein de conseil de la confédération, dans leurs efforts de législateur, dans tous leurs actes officiels, l'intérêt particulier sera banni à tout jamais<sup>2450</sup>.

Enfin, la constitution de la Première Nation Kluane va jusqu'à prévoir la destitution d'un chef s'il n'assiste pas aux réunions du conseil sans excuse valable ou s'il effectue une « mauvaise représentation des citoyens », dans la mesure où le chef pourrait, par exemple, agir ou s'exprimer dans le sens inverse des revendications portées par les citoyens aux réunions annuelles<sup>2451</sup>. Ces exigences posées par les citoyens de la Première Nation rapprochent la représentation d'un porte-parolat puisqu'une « mauvaise représentation » reste conceptuellement possible.

**767.** Dans ce cadre, Anny Morissette interroge la pertinence des oppositions qui sont encore faites entre la représentation électorale et la représentation coutumière : « le chef de bande semble être l'homme de toutes les situations, il est investi, par son élection, d'une autorité morale qui lui confère des responsabilités au-delà de ses fonctions administratives et politiques. En quoi cela

---

<sup>2447</sup> CONSEIL MOHAWK DE KANESATAKE, *Résolution concernant le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanestatee*, ratifiée le 20 juin 2015, art. 6.

<sup>2448</sup> CONSEIL MOHAWK DE KAHNAWAKE, *Election Law*, K.R.L., c. E-1, 2018, art. 12.1.

<sup>2449</sup> *Ibid.*

<sup>2450</sup> *Constitution iroquoise*, art. 28. Voir aussi, Gerald Taiaiake ALFRED, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, op. cit., p. 104.

<sup>2451</sup> *Constitution de la Première Nation Kluane*, 2018 [1995], art 14 : « Révocation. 14.1 Un chef ou un conseiller est démis de ses fonctions s'il : (a) est reconnu coupable d'une infraction criminelle grave pendant son mandat ; ou (b) est reconnu coupable de mauvaise gestion des fonds ou de vol de fonds de la Première Nation de Kluane. ou de vol de fonds de la Première Nation de Kluane. 14.2 Un chef ou un conseiller peut être démis de ses fonctions s'il : (a) n'assiste pas à trois réunions sans motif valable ; ou (b) est considéré comme inapte à exercer ses fonctions selon l'un ou l'autre ou l'ensemble des critères suivants critères spécifiques suivants : (i) problèmes d'alcool et/ou de drogue qui affectent ses fonctions ; (ii) mauvaise représentation des citoyens ; (iii) utilisation du poste pour des gains personnels ou familiaux ; ou (iv) tout acte préjudiciable à la Première Nation de Kluane ». Source non traduite : « Removal from Office. 14.1 A Chief or Councillor shall be removed from office if he or she: (a) is convicted of a serious criminal offence during his or her term of office; or (b) is convicted of mismanagement of money or theft of Kluane First Nation monies. 14.2 A Chief or Councillor may be removed from office if he or she: (a) fails to attend three meetings without just cause; or (b) is seen as unfit to hold office according to any one or all of the following specific criteria: (i) alcohol and/or drug problems that affect his or her duties; (ii) misrepresenting Citizens; (iii) using position for personal or family gains; or (iv) any act detrimental to Kluane First Nation. »



diffère-t-il des responsabilités politiques ancestrales ? »<sup>2452</sup>. S'il subsiste certaines différences entre la représentation autochtone ancestrale et la représentation contemporaine aménagée par l'État, la *Charte canadienne des droits et libertés* peut s'interpréter de manière équilibrée entre le respect des droits fondamentaux et des coutumes, c'est-à-dire en tenant compte des contextes culturels auxquels elle s'applique. La constitution matérielle constitue donc un cadre propice pour penser le dialogue interculturel et la coexistence des systèmes de représentation. En France, l'expression d'une coexistence équilibrée et du dialogue interculturel se retrouve également inscrite au sein de la constitution, œuvrant, de façon similaire, au respect des coutumes.

### C. L'application équilibrée des droits fondamentaux en France

**768.** En France, certains arguments soutiennent le bienfondé de l'application de la constitution matérielle et des droits fondamentaux aux populations autochtones. Tout d'abord, certaines dispositions constitutionnelles s'avèrent essentielles à la prise en compte des particularismes ultramarins. Dès 1791, L'article 8 de la Constitution exclut les colonies de l'application du texte fondamental « qu'elle a décrété pour le royaume [...pour] ne pas les assujettir à des lois qui pourraient être incompatibles avec leurs convenances locales et particulières »<sup>2453</sup>. D'une certaine façon, cette volonté politique de différenciation s'est poursuivie au travers des principes d'autonomie, de spécialité législative et d'adaptation de la loi. En ce sens, l'article 1 de la Constitution de 1958, et par là « l'organisation décentralisée de la République », s'applique indéniablement aux outre-mer. En effet, « par son caractère général et par la place de cette disposition en tête de la Constitution, son application, ou plutôt sa portée politique et symbolique se veulent très larges, notamment parce qu'elle tempère l'affirmation de l'indivisibilité associée à l'uniformité », explicite le professeur Michel Verpeaux<sup>2454</sup>. Dans le même ordre d'idée, selon le professeur Jean-François Brisson, l'organisation administrative décentralisée conduit « à tempérer les exigences constitutionnelles – d'indivisibilité de la République ou d'égalité de tous les citoyens

---

<sup>2452</sup> Anny MORISSETTE, « Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan », *art. cit.*, p. 130.

<sup>2453</sup> Félicien LEMAIRE, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *art. cit.*, p. 96. Voir aussi, Jeanne PAGE, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'Outre-mer aux « pays d'Outre-mer »*, *op. cit.*, p. 44. L'auteure précise que cette autonomie a été souhaitée par les Créoles qui comptaient parmi les membres de l'Assemblée constituante.

<sup>2454</sup> Michel VERPEAUX, « Les conséquences générales de la révision constitutionnelle de 2003 », dans Jean-Yves FABERON (dir.), *L'outre-mer Français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 31-42, spé. p. 35.

devant la loi – découlant de l'État unitaire»<sup>2455</sup>. Ensuite, les articles 73 et 74 de la Constitution permettent également de tenir compte des spécificités du territoire par l'adaptation législative. Si l'article 73 permet l'adaptation des lois et règlements applicables de plein droit, l'article 74 permet jusqu'à l'adoption de statuts différenciés tenant aux caractéristiques des territoires ultramarins. Enfin, l'article 77 encadre l'autonomie particulière de la Nouvelle-Calédonie. Ces dispositions constitutionnelles sont donc essentielles au maintien des diversités territoriales qui, si elles ne sont pas directement liées aux autochtones, permettent toutefois une certaine adaptation des principes constitutionnels aux coutumes. Du reste, la préservation des coutumes par la Constitution de 1958 s'inscrit principalement à l'article 75 reconnaissant le statut personnel pour les Kanaks et les Wallisiens et Futuniens<sup>2456</sup>. Dans ce cadre, si la notion des droits de l'homme n'est pas « à rejeter, mais – étrangère, nouvelle et importée – elle exige d'être précisée », afin de ne pas porter atteinte aux coutumes<sup>2457</sup>.

**769.** Le professeur Étienne Cornut rappelle qu'il est aussi « des cas où la coutume paraît contredire des valeurs, des idées, des droits, que le juriste occidental qualifierait de fondamentaux, d'universels même, si tant est qu'une valeur puisse transcender les peuples, les cultures, les espaces et les époques »<sup>2458</sup>. Dès lors, il appert que certains arrêts « se prévalent des droits fondamentaux pour aménager les solutions coutumières »<sup>2459</sup>. Il y a les cas de l'adoption coutumière, reconnue sur le fondement du « droit fondamental pour l'enfant à voir sa filiation établie »<sup>2460</sup> ou de la succession pour laquelle l'article 75 protège de l'opposition au principe de droit commun d'égalité<sup>2461</sup>. Les professeurs Étienne Cornut et Pascale Deumier présument ainsi que la coutume ne peut être appliquée « qu'en regard des droits fondamentaux et, en toute hypothèse, que les solutions qu'elle fonde doivent leur être conformes »<sup>2462</sup>. D'ailleurs, à l'occasion de l'examen de la loi de programmation pour l'outre-mer, à propos du statut de Mayotte, le Conseil constitutionnel

---

<sup>2455</sup> Jean-François BRISSON, « La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée ! », *RDP*, vol. 119, n° 1, 2003, p. 111-114, spé. p. 114.

<sup>2456</sup> Constitution française de 1958, art. 75 : « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». Toutefois, le statut coutumier n'est protégé pour les Wallisiens et Futuniens que sur le territoire de ces deux îles. Ils ne peuvent s'en prévaloir en Nouvelle-Calédonie.

<sup>2457</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, *op. cit.*, p. 336.

<sup>2458</sup> Étienne CORNUT, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », *art. cit.*, p. 242-243.

<sup>2459</sup> Valérie PARISOT et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, « la méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », dans Étienne CORNUT et Pascale DEUMIER (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 404-486, spé. p. 411.

<sup>2460</sup> Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 23 novembre 2000, *Ministère public c/Trutrone Emmanuel*, n° 352/99.

<sup>2461</sup> Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 29 juillet 2004, n° 03/292.

<sup>2462</sup> Valérie PARISOT et Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, « la méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », *op. cit.*, p. 411.

en profite pour rappeler que « les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations »<sup>2463</sup>. Cette formulation s'avère être la même que l'article 2 du statut de Wallis et Futuna selon lequel les originaires du territoire « jouissent des droits, prérogatives et libertés attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations »<sup>2464</sup>. Le juge constitutionnel précise par ailleurs que si le législateur ne remet pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il peut adopter « des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »<sup>2465</sup>. Ainsi, le contenu matériel des statuts personnels n'est nullement figé et semble pouvoir être adapté, « mais seulement dans la mesure où cette modification est de nature à rendre les règles du statut personnel compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »<sup>2466</sup>. Par cette formule de conciliation entre statut personnel et droits fondamentaux, un équilibre peut être recherché afin de ne porter atteinte ni à l'un ni à l'autre<sup>2467</sup>.

**770.** Toutefois, des garanties supplémentaires sont accordées au respect des coutumes par l'article 75 de la Constitution. En effet, le juge ne peut écarter certaines règles ni ne peut faire évoluer le contenu des statuts personnels en se fondant sur leur contrariété à l'ordre public métropolitain<sup>2468</sup>. L'article 75 justifie « une relative coexistence entre les principes d'ordre public et la reconnaissance des normes coutumières contraires à cet ordre public »<sup>2469</sup>. Dans ce cadre, précise le professeur Étienne Cornut, « les droits du citoyen ne sont affectés que dans la stricte mesure nécessaire à la préservation du droit civil local pour toutes les personnes qui ont fait le choix de le conserver »<sup>2470</sup>. De même, en 1982, l'instauration d'assesseurs coutumiers, mise en œuvre sept ans plus tard, vise à préserver le statut coutumier énoncé à l'article 75 et à le concilier

---

<sup>2463</sup> CC, Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, J.O.R.F. du 22 juillet 2003, p. 12336.

<sup>2464</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 2.

<sup>2465</sup> CC, Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, *Loi de programme pour l'outre-mer*, *préc.*

<sup>2466</sup> François LUCHAIRE, « L'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Décision n°2003-474 DC du 17 juillet 2003 », *RDP*, n° 6, 2003, p. 1789-1801, spé. p. 1796.

<sup>2467</sup> Malgré une certaine protection du statut civil coutumier, cet équilibre n'a pas été trouvé à Mayotte. Sur la disparition du statut coutumier mahorais, Voir, Chapitre 7, Section 1, Paragraphe 2, para. 841-844.

<sup>2468</sup> Antoine LECA, « Un phénomène juridique nouveau entre Koutum et droit français : le droit civil coutumier kanak », dans Laurent SERMET (dir.), *Peuples autochtones : regards Pacifique*, Nouméa, Maison de la Mélanésie Paul de Deckker, 2016, p. 153-160, spé. p. 158. Voir, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n° 94-19.321 : le Tribunal se fonde sur la légalité de la polygamie, en droit musulman, pour en déduire que tous les enfants nés des œuvres d'une personne soumise au statut civil de droit local de Mayotte avaient qualité pour succéder à celle-ci, sans vérifier, comme il était invité à le faire, si les enfants étaient nés des mariages réguliers de leur père. Voir aussi, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° 08-20.843 : les conséquences patrimoniales de la dissolution de leur mariage sont régies par le droit coutumier dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public.

<sup>2469</sup> Régis LAFARGUE, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2470</sup> Étienne CORNUT, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire », *art. cit.*, p. 253.

autant que possible avec les droits humains énoncés par la Constitution. En application de cette mesure, les juridictions calédoniennes se sont par exemple appropriées les règles du mariage coutumier kanak<sup>2471</sup>. À Wallis et Futuna, dans l'affaire *Sinli-Maleta*, le juge considère également que le mariage religieux peut être confondu avec le mariage civil et suffit à l'existence d'une véritable union pour le versement d'une pension de réversion<sup>2472</sup>. Dans le même sens, le droit de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme* tolère ces entorses particulières au principe d'égalité. Les différences de traitement des citoyens français de statuts différents ne peuvent être écartées sur le fondement du principe de non-discrimination inscrit à l'article 14 de la Convention puisque, pour les territoires ultramarins, le texte énonce parallèlement que les dispositions « seront appliquées en tenant compte des nécessités locales »<sup>2473</sup>. Ainsi, la clause des « nécessités locales » autorise les États à adapter ladite convention aux différences culturelles et sociales des territoires situés outre-mer<sup>2474</sup>. Le Conseil constitutionnel admet qu'il en est de même pour le principe d'égalité qui ne peut servir de fondement à l'application du droit civil commun<sup>2475</sup>. Néanmoins, la différenciation des règles due aux statuts personnels est limitée puisque la constitution ne reconnaît pas de pluralisme dans le domaine pénal. En effet, les sanctions coutumières prennent le risque de contrevenir de manière disproportionnée au principe d'égalité et aux droits fondamentaux. Par la même occasion, l'État perdrait le monopole de la

---

<sup>2471</sup> Cour d'appel de Nouméa, 6 septembre 1993, *Wainebengo c/Uregei*, n° 400. La cour d'appel précise que le mariage de citoyens de statut particulier en Nouvelle-Calédonie est un contrat ne concernant pas que les seuls époux, qu'il a pu être défini comme étant « un contrat civil par lequel un clan cède à un homme d'un autre clan une femme en vue de la procréation ». Cette qualification du mariage illustre ici la prééminence des droits collectifs sur les droits individuels. Voir aussi, Régis LAFARGUE, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit., p. 116.

<sup>2472</sup> Tribunal civil de Nouméa, 11 juin 1990, *Sinli Maleta*, n° 930/90

<sup>2473</sup> Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1950, art. 56, para. 3. Cette prise en compte des nécessités locales pour l'outre-mer est affirmée par la France qui émet une réserve lors de la ratification, Voir, *Déclaration congnée dans l'instrument de ratification*, déposée le 3 mai 1974 - Or. fr.

<sup>2474</sup> Cass. crim., 30 juin 2009, n° 08-85.954. L'arrêt rendu rappelle cette réserve pour motiver le renvoi des parties concernant les intérêts civils. Un même raisonnement s'applique pour l'article 26 du *Pacte de New York* de 1966 ou de la *Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*.

<sup>2475</sup> Le Conseil constitutionnel écrit dans la QPC du 29 juin 2012, au considérant 5 : « le principe d'égalité n'imposait ni que des personnes bénéficiant de droits politiques identiques soient soumises au même statut civil ni qu'elles soient soumises aux mêmes règles concernant la conservation de la nationalité française ; que les dispositions contestées n'ont pas pour effet de soumettre à un traitement différent des personnes placées dans une situation identique ; qu'il résulte de ce qui précède que le législateur n'a pas porté atteinte au principe d'égalité devant la loi ». Voir, CC, Décision n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, *M. Mouloud A. [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française]*, J.O.R.F. du 30 juin 2012, p. 10803. De même, la Cour d'appel de Nouméa répond au ministère public quant à la séparation des actions publique et civile : « la différence de statut juridique propre à une catégorie de la population (laquelle ne recouvre pas un clivage ethno-racial, de nombreux Kanak relevant du statut civil et non du statut coutumier de leurs ancêtres) ne constitue pas une atteinte au principe d'égalité, étant rappelé que c'est au contraire l'uniformité de traitement, sans considération pour la différence de situation juridique, qui serait susceptible de porter atteinte au principe d'égalité, tout en se doublant d'une atteinte à l'engagement constitutionnalisé de respecter l'identité juridique des personnes de statut coutumier kanak, ce principe de respect de l'identité kanak constituant l'un des principes fondamentaux affirmés par l'Accord de Nouméa, norme de valeur constitutionnelle ». Voir, Cour d'appel de Nouméa, chambre d'appel correctionnelle, 18 juin 2013, n° 13-38. Voir aussi, Étienne CORNUT, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », *RDP*, n° 6, 2019, p. 1485-1524.

violence légitime. Toutefois, interroge le professeur François Féral, « peut-on imaginer un système juridique qui ne soit assorti de sanctions ? »<sup>2476</sup>.

771. Par ailleurs, réciproquement, les systèmes représentatifs de droit coutumier se sont aussi enrichis de certaines évolutions, œuvrant, entre autres, au respect de l'égalité entre les sexes au sein des fonctions politiques. Par exemple, en 2015, le conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö révisé son règlement intérieur pour autoriser la désignation des femmes en tant que sénatrice coutumière<sup>2477</sup>. Si la représentation politique des femmes kanak doit encore être améliorée, le professeur Antoine Leca affirme que « la capacité du droit civil coutumier kanak à s'accorder avec les impératifs politiques, éthiques et sociaux de notre temps ne nous paraît pas devoir être mis en doute »<sup>2478</sup>.

772. Enfin, la constitutionnalisation des orientations de l'Accord de Nouméa assure un équilibre particulier entre la préservation des droits fondamentaux et certains objectifs politiques liés au pacte social calédonien. L'article 76 renvoie également au principe *generalia specialibus non derogant*. De façon similaire à la Constitution canadienne, « la logique induite veut que la règle générale n'étant jamais tenue pour abrogatoire d'une règle particulière incompatible, cette dernière sera alors maintenue ou validée parce que soustraite au champ normatif de la première. [...] Il est en effet de la nature même d'un article de la Constitution d'exprimer un compromis historique

---

<sup>2476</sup> Cette situation conduit à des conflits entre les deux systèmes juridiques pour des sanctions considérées comme illégales, mais aussi pour des décisions de réconciliations qui n'éteignaient pas les poursuites pénales républicaines. Le professeur François Féral parle de certains cas de viols ayant fait l'objet de réconciliations, mais poursuivis dans l'ordre juridique de l'État. Il soutient « si le statut civil coutumier est dans l'ordre juridique républicain, il appartient à l'État républicain d'en assurer l'application. Si cet ordre juridique est en dehors de la République, survivance d'une société précoloniale, il faut lui reconnaître son propre système de sanction pour en assurer l'effectivité : la conception autochtone du droit suit cette seconde hypothèse ». Il ajoute : « en droit public ou administratif républicain pourtant, d'innombrables organisations corporatives ou associatives, indifféremment considérées comme publiques ou privées, sont reconnues comme légitimes à assurer leur discipline interne en infligeant des sanctions à leurs membres et en réglementant leur domaine de compétence, voire en prenant des décisions unilatérales. Le régime de ces règles et de leur discipline relève souvent du droit public, et le droit public reconnaît donc à des groupes, à des entités collectives, des droits unilatéraux, des régimes exorbitants, des pouvoirs juridictionnels ». Voir, François FERLAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 18, vol. 2, 2011, p. 10-19, spé. p. 16.

<sup>2477</sup> Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö, n° 1/2010/CCAA, 11 juin 2010 modifiée par Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö, n° 1/2015/CCAA, 28 mars 2015, J.O.N.C., 5 mai 2015, p. 3690. Il est inséré au règlement intérieur du conseil coutumier une section première « candidatures au mandat de sénateur coutumier » ainsi qu'un nouvel article 17 : « critères des candidatures » ainsi rédigé : « Tout homme ou femme, vieux ou moins vieux, de statut civil coutumier et qui, en application de l'article 137 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, n'est pas privé(e) par décision juridictionnelle de son droit d'éligibilité en application des lois qui autorisent cette privation, peut se porter candidat(e) ou candidat(e) suppléant(e) au mandat de sénateur coutumier de l'aire Ajie Aro. Une expérience dans le milieu institutionnel et/ou associatif, économique et/ou social et/ou juridique ainsi qu'une connaissance de l'environnement administratif, institutionnel et politique de la Nouvelle-Calédonie sera appréciée ». Cette mesure reste toutefois de courte durée puisqu'elle est abrogée en 2020. Voir, Délibération n° 2020-02/CCAA du 25 juillet 2020 portant règlement intérieur du conseil coutumier Ajie Arho, préc. Le nouvel article 17 ne mentionne ni n'exclue les femmes. Seule une expérience du milieu institutionnel coutumier est exigée.

<sup>2478</sup> Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit., p. 185.

fondateur»<sup>2479</sup>. Le compromis ici exprimé par l'article 77 semble complexe pour plusieurs raisons. D'une part, il reste transitoire alors que des dispositions constitutionnelles ont plutôt vocation à exprimer un pacte social stable et durable. D'autre part, il consacre la restriction du droit de vote pour certains scrutins à un corps électoral gelé, soit des dispositions susceptibles de porter atteinte à des droits fondamentaux pour une partie de la population. Le professeur Mathias Chauchat explique donc que «le bloc de constitutionnalité est ainsi différent. Si rien n'empêche de reprendre en compte un principe constitutionnel en Nouvelle-Calédonie, c'est à la condition qu'il ne soit pas contraire à l'Accord de Nouméa. Il faut donc se garder d'invoquer trop rapidement les principes nationaux, même constitutionnels»<sup>2480</sup>.

**773.** Le Conseil constitutionnel encadre tout de même les dérogations possibles aux principes de valeur constitutionnelle. Dans sa décision du 15 mars 1999, il estime que «rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle». En rappelant les conditions formelles pour réviser de la constitution<sup>2481</sup>, il souligne que «de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord» de Nouméa<sup>2482</sup>. De même, dans sa décision du 30 juillet 2009, il affirme que la mise en œuvre de dérogations visant à favoriser l'emploi local, «qui déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, ne saurait fonder d'autres restrictions que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord»<sup>2483</sup>. Ainsi, la possibilité de ne déroger que de manière limitée au principe d'égalité permet au professeur Michel Verpeaux de soutenir que «sans qu'il soit possible de l'affirmer directement, apparaît l'idée qu'il existe des normes constitutionnelles plus importantes que d'autres auxquelles il n'est possible de déroger que de manière très limitée, même par le biais d'autres règles constitutionnelles ou constitutionnalisées»<sup>2484</sup>. Une analyse similaire conduit le professeur Dominique Rousseau à dire que «la Nouvelle-Calédonie a rendu un grand service au droit constitutionnel en général, en

---

<sup>2479</sup> Ghislain OTIS, «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ?», *art. cit.*, p. 240.

<sup>2480</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, *op. cit.*, p. 208-209.

<sup>2481</sup> Reprenant les articles 7, 16 et 89 de la Constitution de 1958, la révision de la constitution est impossible durant la vacance de la Présidence de la République, lors de l'exercice des pouvoirs exceptionnels, ou lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. De même, «la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision».

<sup>2482</sup> CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, cons. 3.

<sup>2483</sup> CC, Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, J.O.R.F. du 6 août 2009, p. 13125, cons. 18.

<sup>2484</sup> Michel VERPEAUX, «Le judicieux rappel de quelques vérités relatives à l'outre-mer», *La Semaine juridique Edition Générale*, n° 45, 2009, p. 24-28, spé. p. 28. Note de la décision, CC, Décision DC n° 2009-857 du 30 juillet 2009, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*.

permettant aux constitutionnalistes de revoir ce qu'ils considéraient comme des principes fondamentaux de leur matière»<sup>2485</sup>.

774. Dans ce cadre, l'application de la constitution ne vient nullement limiter les compétences des institutions représentatives coutumières reconnues par le droit positif. Au contraire, la Constitution vient même protéger les domaines dans lesquels ces institutions sont compétentes : il semble que la Constitution protège la représentation coutumière. En outre, tant la *Charte canadienne des droits et libertés* que les articles 76 et 77 de la Constitution française préservent une représentation électorale particulière, soit une représentation électorale limitée aux seuls citoyens autochtones ou aux citoyens installés depuis plus de vingt ans sur l'Archipel calédonien. Le principe *generalia specialibus non derogant* autorise ainsi à ce que des nationaux allochtones canadiens ou des Français « de passage » en Nouvelle-Calédonie puissent se voir retirer le droit de vote aux élections communautaires ou provinciales. Si l'application de la constitution matérielle n'est donc pas nécessairement incompatible avec les coutumes autochtones, voire peut même contribuer à les préserver, l'interrogation subsiste quant à la soumission des systèmes représentatifs de droit coutumier au principe démocratique et à son corollaire, le mécanisme électoral.

## PARAGRAPHE 2 - Un aménagement de la représentation conditionné au principe démocratique

775. Selon le Conseil constitutionnel, « le principe démocratique est explicitement consacré par la Constitution du 4 octobre 1958 à deux reprises »<sup>2486</sup>, soit à l'article 2 renvoyant au « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple » et à l'article 6 de la DDHC, selon lequel tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à la formation de la loi. De même, selon la Cour suprême du Canada, le principe démocratique signifie que « tout citoyen doit avoir la possibilité réelle de prendre part au gouvernement du pays en participant à l'élection de représentants »<sup>2487</sup>. Une dernière condition peut donc être exigée des systèmes représentatifs de droit coutumier : au nom du principe démocratique, ces derniers

---

<sup>2485</sup> Dominique ROUSSEAU, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 103.

<sup>2486</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Constitution en questions*, Paris, Conseil constitutionnel, 2020, p. 58. Toutefois, le « principe démocratique » n'est pas un concept fixement défini en droit français. En conséquence, « son utilisation n'est pas neutre et incarne un certain effet performatif : Si donc l'usage de l'adjectif "démocratique" ne présente pas à proprement parler un enjeu de droit constitutionnel si l'on entend par là « avoir une conséquence de droit » comme le propose J.-M. Denquin, il y a en revanche tout lieu de penser qu'il présente bien un enjeu majeur dans les discours du et sur le droit constitutionnel car il contribue à le peupler d'universaux qui en constituent à la fois la substance et l'illusion ». Voir, Bruno DAUGERON, « De démocratie à démocratique : le passage du nom à l'adjectif présente-t-il un enjeu en droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, p. 21-43, spé. p. 43.

<sup>2487</sup> *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] C.S.C. 37, para. 30.

doivent-ils adopter le mécanisme électoral? La réponse diffère ici entre le Canada (A) et la France (B).

#### A. L'exigence d'une représentation électorale au Canada

776. Au Canada, l'article 74 de la *Loi sur les Indiens* ne soulève aucun doute : le régime électoral s'impose comme mode de désignation des représentants autochtones, que ce soit pour le chef ou les membres du conseil. Sur le modèle du régime de Westminster, la désignation du chef s'effectue à la majorité soit indirectement par le conseil de bande lui-même, soit directement par le vote des électeurs de la communauté. À cet égard, il ne subsiste donc que quelques interrogations pour les Premières Nations qui ne sont pas régies par l'article 74. Les exigences quant à une représentation électorale se distingue donc pour les systèmes représentatifs de droit coutumier résultant d'un accord d'autonomie gouvernementale (1) et pour les systèmes représentatifs soumis à l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, c'est-à-dire ceux régis par un code électoral coutumier (2).

##### 1. L'exigence d'une représentation électorale pour les accords d'autonomie gouvernementale

777. En 1995, la politique fédérale précise que l'autonomie gouvernementale s'insère dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, sans toutefois préciser si le régime électoral s'impose aux systèmes représentatifs coutumiers<sup>2488</sup>. D'ailleurs, les mécanismes de sélection des dirigeants sont présentés comme pouvant faire l'objet de négociations avec le gouvernement lors de la passation des accords<sup>2489</sup>. Dans l'ensemble, il y a un toutefois une entente sur le fait que l'institution représentative autochtone doit être démocratique sans que ce terme ne soit explicitement défini<sup>2490</sup>.

778. À ce propos, l'Accord niska'a énonce au chapitre 9 : « la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique au gouvernement Niska'a concernant toutes les questions relevant de son pouvoir, eu égard au caractère libre et démocratique du gouvernement Niska'a tel qu'énoncé dans

---

<sup>2488</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, *op. cit.*

<sup>2489</sup> *Ibid.*

<sup>2490</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, *op. cit.*, p. 12. Source non traduite : « There is a proviso that the institutions must be "democratic," although no definition of this is set out. »



l'Accord »<sup>2491</sup>. Cette disposition est rappelée en préambule de la *Loi sur l'Accord définitif niska'a*<sup>2492</sup>. S'il est envisageable que le caractère libre et démocratique du gouvernement soit atteint autrement que par l'élection, l'Accord ne présente pourtant aucune entorse au mécanisme électoral. En effet, le chapitre 11 précise que la Constitution doit prévoir :

Que le gouvernement Niska'a soit imputable démocratiquement aux citoyens Niska'a, et en particulier :

- i. que des élections soient tenues tous les cinq ans au moins pour le gouvernement Niska'a Lisims et pour chaque gouvernement de village Niska'a, et
- ii. que, [...] tous les citoyens Niska'a sont admissibles à voter aux élections Niska'a et à exercer une charge au sein du gouvernement Niska'a.<sup>2493</sup>

Ainsi, l'imputation démocratique s'entend ici d'élections régulières. Dans le prolongement de cette idée, les Anciens et les Matriarches non élus ne revêtent qu'un rôle consultatif auprès du gouvernement et de l'assemblée niska'a. En se fondant sur la source coutumière de leur pouvoir, et donc de leur légitimité, leurs compétences s'avèrent réduites par rapport aux institutions de légitimité électorale.

**779.** Une logique relativement similaire se retrouve dans d'autres accords d'autonomie gouvernementale. Une recension des vingt-sept accords passés entre le gouvernement et les nations autochtones fournit des indices sur l'acceptabilité des représentants non électoraux<sup>2494</sup>. En effet, si l'élection n'est pas toujours explicitement imposée, son absence des constitutions autochtones prises en application des accords est rarement constatée. Outre l'*Accord définitif niska'a*, la désignation électorale de l'ensemble des représentants est notamment prévue par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* de 1975<sup>2495</sup>, la *Convention du Nord-Est québécois* de 1978<sup>2496</sup>, l'*Accord d'autonomie gouvernementale de la bande indienne sechelte* de 1986<sup>2497</sup>, l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Labrador* de 2005<sup>2498</sup>, l'*Accord d'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*

---

<sup>2491</sup> *Accord définitif niska'a*, chap. 2, art. 9.

<sup>2492</sup> *Loi sur l'Accord définitif niska'a*, L.C. 2000, ch. 7, préambule.

<sup>2493</sup> *Accord définitif niska'a*, chap. 11, art. 9.

<sup>2494</sup> Parmi ces accords, certains portent uniquement sur la résolution des revendications territoriales et ne contiennent donc aucune référence aux systèmes de représentation. C'est le cas par exemple de la *Convention définitive des Inuvialuit* de 1984, l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in* de 1992, l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut* de 1993, l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sabtu* de 1995, et l'*Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Nunavik* de 2008.

<sup>2495</sup> *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, 1975, Chapitre 9, 9. 0. 1, b.

<sup>2496</sup> *Convention du Nord-Est québécois*, 1978, Chapitre 7, art. 7. 1. 2.

<sup>2497</sup> *Loi sur l'autonomie gouvernementale de la Nation shishalhe*, L.C. 1986, ch. 27, art. 10 : « La constitution de la Nation shishalhe est écrite ; elle comporte les éléments suivants : a) la composition du conseil, le mandat des conseillers et leur mode d'élection ».

<sup>2498</sup> L'élection de la première Assemblée du gouvernement du Nunatsiavut s'est déroulée en 2006. Voir, RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, « Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador Rapport annuel - du 1er décembre 2005 au 31 mars 2007 », *Gouvernement du Canada*, 2012, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1328023902556/1542907157752> (consulté le 12.09.2022).

de 2005<sup>2499</sup>, l'Accord définitif de la Première Nation de Yale de 2013<sup>2500</sup>, ou l'Entente définitive sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Déline de 2015<sup>2501</sup>.

**780.** Par ailleurs, l'Accord-cadre du Yukon de 1993 constitue un accord « parapluie » selon lequel une entente générale est négociée, mais les spécificités relatives à l'autonomie gouvernementale sont renvoyées à la discussion entre l'État et les différentes Premières Nations du Yukon<sup>2502</sup>. À ce titre, l'accord global précise que « les négociations touchant la constitution d'une première nation du Yukon peuvent porter notamment sur [...] la procédure régissant les élections »<sup>2503</sup>. Les élections du chef et du conseil sont donc notamment prévues par les Constitutions des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik<sup>2504</sup>, de la Première Nation des Nacho Nyak Dun<sup>2505</sup>, de la Première Nation du Kluane<sup>2506</sup>, de la Première Nation de Selkirk<sup>2507</sup>, de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks<sup>2508</sup>, de la Première Nation des Gwitchin

---

<sup>2499</sup> *Accord d'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*, 2005, art. 43 : « La Constitution doit prévoir les questions suivantes : (b) l'élection démocratique du Conseil par les Membres et des règles concernant sa composition, le mandat et la destitution des Membres ».

<sup>2500</sup> En 2013, la communauté élit un nouveau chef et conseil après trente ans sans élection. Voir, PREMIERE NATION DE YALE, « Fiche d'information sur l'Accord définitif de la Première nation de Yale : Gouvernance », *Site de la Première Nation de Yale*, 2018, en ligne, [https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/fact\\_sheet\\_yale\\_governance.pdf](https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/fact_sheet_yale_governance.pdf) (consulté le 12.09.2022). La Première Nation prévoit « tous les représentants au sein du gouvernement de la première nation de Yale seront élus ». Source non traduite : « all representatives within Yale First Nation Government will be elected ».

<sup>2501</sup> Cette disposition de l'accord d'autonomie se lit dans la Constitution de la Première Nation. Voir, *Constitution de la Première Nation de Déline*, 2013, art. 3 à 5, disponible en ligne : [https://deline.ca/wp-content/uploads/2016/10/deline\\_constitution\\_-\\_131126.pdf](https://deline.ca/wp-content/uploads/2016/10/deline_constitution_-_131126.pdf) (consulté le 12.09.2022).

<sup>2502</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1, para. 611.

<sup>2503</sup> *Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut*, 1995, Chapitre 24. 5. 0.

<sup>2504</sup> *Constitution des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik*, 2022, part. 2, art. 13 et 17, disponible en ligne : <https://cafn.ca/wp-content/uploads/2022/08/Tab-1-1-CAFN-Constitution-of-the-Champagne-and-Aishihik-First-Nations-2022.pdf> (consulté le 12.09.2022).

<sup>2505</sup> Le chef et les membres du conseil qui sont les institutions représentatives sont élus. En revanche, la Constitution prévoit d'autres institutions telles que l'Assemblée, le Conseil des aînés, le Conseil des relations extérieures et le Conseil de la jeunesse qui ne sont pas élus. Voir, CBC RADIO CANADA, « Simon Mervyn re-elected chief of First Nation of Na-Cho Nyak Dun », *CBC Radio Canada*, 2019, en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/north/nacho-nyak-dun-first-nation-election-results-1.5110394> (consulté le 12.09.2022). En effet, l'Accord d'autonomie ne prévoit pas explicitement l'élection des représentants. Voir, *First Nation of Nacho Nyak Dun Self-Government Agreement*, 1993, art. 10.1 : Source non traduite : « The First Nation of Nacho Nyak Dun Constitution shall: [...] establish governing bodies and provide for their powers, duties, composition, membership and procedures ».

<sup>2506</sup> *Constitution de la Première Nation de Kluane*, 2018 [1995], art. 8. 8 : « Tous les membres du Conseil sont choisis lors d'une élection où tous les citoyens éligibles peuvent voter conformément à la loi électorale ». Art. 8.9 : « Le Conseil représente tous les citoyens et est responsable devant l'Assemblée générale annuelle ». Source non traduite : « All members of the Council shall be chosen through an election where all eligible Citizens may vote in accordance with the Election Act ». Art. 8.9 : « The Council shall represent all Citizens and be accountable to the annual General Assembly ».

<sup>2507</sup> *Constitution de la Première Nation de Selkirk*, 2013, art. 10.3 : « Le Conseil est choisi par les citoyens ayant le droit de vote lors d'une élection générale ». Source non traduite : « The Council shall be chosen by the Citizens eligible to vote by way of general election ».

<sup>2508</sup> *Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2015, art. 11.3.

Vuntut<sup>2509</sup>, de la Première Nation des Kwanlin Dün<sup>2510</sup> et de la Première Nation des Tr'ondëk Hwëch'in<sup>2511</sup>.

**781.** Seules trois Premières Nations du Yukon semblent ne pas adopter le mécanisme électoral. La première est celle du Conseil des Ta'an Kwach'an, dont l'accord d'autonomie gouvernementale conclue le 13 janvier 2002 ne prévoit pas de modalités particulières quant à la désignation des représentants. La Constitution du Conseil des Ta'an Kwach'an énonce alors que le Conseil est composé d'un chef et d'un député-chef élus, d'un jeune, d'un Aîné et de neuf conseillers représentatifs des principales familles traditionnelles<sup>2512</sup>. Le choix du processus de désignation de ces neuf conseillers revient donc aux familles elles-mêmes. La seule condition consiste à préciser, par écrit, la personne choisie tous les quatre ans<sup>2513</sup>. Selon une même décision « intra-familiale », la révocation du conseiller est aussi possible<sup>2514</sup>. En outre, la Constitution prévoit que le Conseil des Aînés<sup>2515</sup> dispose d'un avis liant le Conseil des Ta'an Kwach'an, dans l'approbation de la loi<sup>2516</sup>. De plus, si au moins quarante citoyens sont présents, l'Assemblée générale peut toujours annuler toute loi prise par les deux conseils et révoquer tout membre du conseil par un vote qualifié au trois quarts<sup>2517</sup>. Enfin, par l'intermédiaire des autorités de son clan, tout citoyen peut contester la loi établie en cas d'incompatibilité avec les coutumes et traditions ta'an Kwach'an, les dispositions de l'accord d'autonomie gouvernementale ou la Constitution ta'an Kwach'an devant le conseil judiciaire<sup>2518</sup>. Par conséquent, le nombre important de mécanismes de contre-pouvoirs permet de comprendre comment cette Constitution s'inscrit dans le droit positif alors même que l'élection ne constitue pas le mécanisme principal de désignation du système de représentation autochtone.

**782.** Les Constitutions des Premières Nations yukonnes de Carcross/Tagish et du Conseil des Tlingits de Teslin consacrent elles aussi des institutions représentatives non électorales. En l'espèce, les compétences législatives dans leurs domaines sont attribuées à une assemblée générale

---

<sup>2509</sup> *Constitution de la Première Nation des Gwitchin Vuntut*, 2019 [1992], art. V.

<sup>2510</sup> *Constitution de la Première Nation des Kwanlin Dün*, 2020, Chap. 5, art. 21.

<sup>2511</sup> *Constitution de la Première Nation des Tr'ondëk Hwëch'in*, 2018 [1998], art. 9.

<sup>2512</sup> *Constitution du Conseil des Ta'an Kwach'an*, 2012, art. 8.1., disponible en ligne : <https://taan.ca/files/uploads/2014/07/Constitution-2012.pdf> (consulté le 12.09.2022).

<sup>2513</sup> *Ibid.*, art. 8. 4.

<sup>2514</sup> En anglais, le terme employé est « recall », le terme procédure de rappel convient mieux, mais s'emploie peu fréquemment. Voir, *Ibid.*, art. 8. 5.

<sup>2515</sup> Le Conseil des Aînés est composé de tous les citoyens qui souhaitent s'y rendre, de plus de soixante ans, excluant l'Aîné déjà nommé au Conseil. Voir, *Ibid.*, art. 7.

<sup>2516</sup> *Ibid.*, art. 13. 4 : « Une proposition de loi ou de règlement sera mise en vigueur conformément à une résolution de chacun des Conseils des aînés et du Conseil qui approuve cette proposition de loi ou de règlement conformément à la présente Constitution ». Source non traduite : « A proposed law or regulation will be brought into legal effect in accordance with a resolution from each of the Elders Council and Council that approves that proposed law or regulation in accordance with this Constitution ».

<sup>2517</sup> *Ibid.*, art. 6. 9.

<sup>2518</sup> *Ibid.*, art. 14 : « Legislative review ».

de dix-huit citoyens nommés par leur clan pour la Première Nation de Carcross/Tagish<sup>2519</sup>, et à un Conseil général élargi à vingt-cinq citoyens nommés aussi par leur clan pour le Conseil des Tlingits de Teslin<sup>2520</sup>. Les mécanismes de contre-pouvoirs et de destitutions y sont encore très nombreux. En effet, ce sont les seules exigences que le gouvernement fédéral impose quant au contenu de la Constitution autochtone, par exemple en ces termes dans l'*Entente d'autonomie gouvernementale du Conseil des Tlingits de Teslin* :

La Constitution devrait « [...] établir des organes directeurs et prévoir leurs pouvoirs, leurs fonctions, leur composition, leurs membres et leurs procédures; [...] prévoir un système de contrôle, pouvant inclure des vérifications, grâce auquel le gouvernement du Conseil des Tlingits de Teslin sera financièrement responsable devant ses citoyens, [...] reconnaître et protéger les droits et libertés des citoyens [...] prévoir la contestation de la validité des lois promulguées par le conseil des Tlingits de Teslin et l'annulation des lois invalides ».<sup>2521</sup>

Il semble donc que si le principe électif est absent de la Constitution, la validité des accords d'autonomie gouvernementale et des Constitutions qui en résultent se fonde sur les caractères suffisamment nombreux et démocratiques des contre-pouvoirs instaurés.

**783.** Cette analyse peut être confirmée par les accords d'autonomie plus récents de la Première Nation de Tsawwassen en 2009, des Premières Nations Maanulthes en 2011 et des Tla'amin en 2014. En effet, les sections des accords relatives aux exigences pour les constitutions autochtones ont adapté leur formulation. Les constitutions de ces Premières Nations doivent prévoir un gouvernement démocratique<sup>2522</sup>, la responsabilité démocratique de ce gouvernement élu, avec des élections au moins tous les cinq ans, mais aussi qu'une « majorité des membres du gouvernement » soit élue<sup>2523</sup>. Autrement dit, le gouvernement peut comprendre des représentants coutumiers. Le

---

<sup>2519</sup> *Constitution de la Première Nation de Carcross/Tagish*, 2021[1997], art. 11.

<sup>2520</sup> *Constitution du Conseil des Tlingits de Teslin*, 2020, art. 9 et 10, disponible en ligne : [https://ttc-teslin.com/application/files/9315/9656/6560/Official\\_Teslin\\_Tlingit\\_Constitution\\_July\\_13\\_2020.pdf](https://ttc-teslin.com/application/files/9315/9656/6560/Official_Teslin_Tlingit_Constitution_July_13_2020.pdf) (consulté le 12.09.2022).

<sup>2521</sup> *Teslin Tlingit Council Self-Government Agreement*, 1993, disponible en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1375812506480/1542825793154> (consulté le 12.09.2022). Source non traduite : The Constitution « shall establish governing bodies and provide for their powers, duties, composition, membership and procedures; [...] provide for a system of reporting, which may include audits, through which the Teslin Tlingit Council government shall be financially accountable to its Citizens [...] recognize and protect the rights and freedoms of Citizens [...] provide for the challenging of the validity of laws enacted by the Teslin Tlingit Council and for the quashing of invalid laws ».

<sup>2522</sup> Il est à rappeler que dans ces accords, le gouvernement désigne l'ensemble des institutions de gouvernance locale, incluant l'Assemblée législative et le gouvernement exécutif. Voir, par exemple, *Constitution de la Première Nation de Tsawwassen*, 2009, art 5. 2 : « The Tsawwassen Government consists of the legislative body (the "Tsawwassen Legislature"), the Chief, the Executive Council, the Judicial Council and the Advisory Council ».

<sup>2523</sup> Voir, *Accord définitif concernant la Première Nation de Tsawwassen*, 2009, art. 8 : « La Première Nation de Tsawwassen aura une constitution, compatible avec l'Accord, qui prévoira : 1. un gouvernement tsawwassen démocratique, notamment ses fonctions, sa composition et ses membres ; 2. que le gouvernement tsawwassen sera démocratiquement responsable, avec des élections au moins à tous les cinq ans ; 3. qu'une majorité des membres du gouvernement tsawwassen sera élue ; 4. que le gouvernement tsawwassen peut comprendre des éléments de gouvernance traditionnelle ». Voir aussi, *Accord définitif des Tla'amin*, 2014, art. 9 : « La Nation des Tla'amins aura une constitution tla'amine, compatible avec l'Accord, qui prévoira : que la Nation des Tla'amins agira par l'intermédiaire du gouvernement tla'amin dans l'exercice de ses droits, pouvoirs, privilèges et compétences et dans l'accomplissement de ses devoirs, fonctions et obligations ; un gouvernement tla'amin démocratique, en ce qui concerne notamment ses

choix revient alors directement à la Première Nation dans le cadre de l'exercice de son autonomie gouvernementale qui peut adhérer au régime électoral ou le rejeter, au moins partiellement. Ainsi, la Constitution des Tsawwassen précise que l'Assemblée comprise entre douze et seize membres est élue, laquelle comprend le chef et un *speaker*, autrement dit un président responsable du bon déroulement des délibérations<sup>2524</sup>. Le Conseil exécutif se compose des quatre membres les mieux élus de la Législature et s'assure de la gestion quotidienne du territoire. Dans la même veine, la Constitution de la Première Nation des Huu-ay-ahts, bénéficiant de l'accord des Maa-nulthes, précise que l'Assemblée législative se compose notamment d'un chef héréditaire nommé par le Conseil des chefs héréditaires (*Ha'wiltb*)<sup>2525</sup>. De même, les Premières Nations Maa-nulthes des Premières Nations des Ka:'yu:'k't'h'/Che:k'tles7et'h' sont réunies au sein d'une seule assemblée législative, laquelle se compose de cinq membres élus, dont le chef, et de quatre chefs héréditaires nommés<sup>2526</sup>. Dès lors, laisser le libre choix du mode de désignation des représentants aux autochtones ne signifie pas que ces derniers renonceront systématiquement au régime électoral. L'autonomie gouvernementale n'est pas synonyme de pratiques de représentation coutumière non électorale. Bien souvent, «les traditions ont été combinées avec les concepts modernes de démocratie représentative et de primauté du droit»<sup>2527</sup>. Cette adaptation du cadre posé par les traités internes laisse penser que le critère électoral s'équilibre avec d'autres mécanismes de contre-pouvoirs, et notamment de la contestation possible de la loi ou de la destitution des représentants, comme cela est inscrit dans l'accord concernant les Premières Nations Maanulthes<sup>2528</sup>.

---

devoirs, sa composition et ses membres ; la responsabilité démocratique du gouvernement tla'amin, avec des élections au moins tous les cinq ans ; qu'une majorité des membres du gouvernement tla'amin sera élue ». Voir enfin, *Accord définitif concernant les Premières Nations Maanulthes*, 2011, art. 13.3.1 : Chaque première nation maa-nulthe aura une constitution de première nation maa-nulthe compatible avec l'Accord, qui prévoira : a. un gouvernement de première nation maa-nulthe démocratique, en ce qui concerne notamment ses devoirs, sa composition et ses membres ; b. la responsabilité démocratique du gouvernement de première nation maa-nulthe envers ses Maa-nulthahts et ses citoyens de première nation maa-nulthe, avec des élections au moins tous les cinq ans ; c. un processus de destitution des titulaires de charge de son gouvernement de première nation maa-nulthe ; [...] 13.3.2 La constitution de première nation maa-nulthe d'une première nation maa-nulthe peut prévoir, au gré de celle-ci, la nomination de Ha'wiih au sein de sa structure de gouvernance, et notamment : a. le processus de nomination des Ha'wiih ; b. les attributions des Ha'wiih ; c. d'autres questions connexes. 13.3.3 La constitution de première nation maa-nulthe d'une première nation maa-nulthe qui choisit d'exercer la faculté que lui confère le paragraphe 13.3.2 disposera que la majorité des titulaires de charge au sein de son gouvernement de première nation maa-nulthe sont élus ».

<sup>2524</sup> *Constitution de la Première Nation de Tsawwassen*, 2009, art 5. 6 et s. Voir aussi, TSAWWASSEN FIRST NATION, *Election Act*, 2009.

<sup>2525</sup> *Constitution de la Première Nation des Huu-ay-ahts*, 2011, art. 2. 6.

<sup>2526</sup> PREMIERES NATIONS DES KA:'YU:'K'T'H'/CHE:K'TLES7ET'H', « Our governance », *Site officiel des Premières Nations des Ka: » yu: » k't'h'/Che:k'tles7et'h'*, 2020, en ligne : <https://kyuquotbc.ca/governance/> (consulté le 14.09.2022).

<sup>2527</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *Premières Nations maa-nulthes. Rapport annuel sur l'Accord définitif - 2014-2015*, Gouvernement du Canada, 2018, p. 12.

<sup>2528</sup> *Accord définitif concernant les Premières Nations Maanulthes*, 2011, art. 13.3.1 : « Chaque première nation maa-nulthe aura une constitution de première nation maa-nulthe compatible avec l'Accord, qui prévoira : [...] un processus de destitution des titulaires de charge de son gouvernement de première nation maa-nulthe ; [...] un processus de contestation de la validité des lois de première nation maa-nulthe édictées par son gouvernement de première nation

784. En outre, au-delà du cadre du droit positif, des indices sur l'acceptabilité de systèmes de représentation non électoraux se lisent dans les modèles proposés de constitution. Le guide de l'Université de Harvard et d'Arizona cite ainsi plus d'une soixantaine de constitutions autochtones en Amérique du Nord. La section « élection » précise que le critère essentiel demeure la légitimité du processus électoral aux yeux de la communauté. Il oppose alors le leadership traditionnel au principe « une personne, un vote ». Parmi les exemples, le guide cite un extrait de la Constitution iroquoise. Le passage, relatif à la destitution, est le suivant :

Si, à un moment donné, il est manifeste qu'un seigneur confédéré n'a pas à l'esprit le bien-être du peuple ou qu'il désobéit aux règles de cette Grande Loi, les hommes ou les femmes de la Confédération, ou les deux conjointement, se présenteront devant le Conseil et dénonceront le seigneur fautif par l'intermédiaire de son chef de guerre. Si la plainte du peuple par l'intermédiaire du chef de guerre n'est pas prise en compte la première fois, elle sera répétée et si aucune attention n'est accordée, une troisième plainte et un avertissement seront donnés. Si le seigneur est contumace, l'affaire sera portée devant le conseil des chefs de guerre. Les chefs de guerre doivent alors dépouiller le seigneur fautif de son titre par ordre des femmes à qui le titre est dévolu. Lorsque le Seigneur est déposé, les femmes doivent en informer les Seigneurs Confédérés par l'intermédiaire de leur Chef de Guerre, et les Seigneurs Confédérés doivent sanctionner l'acte. Les femmes choisiront alors un autre de leurs fils comme candidat et les Seigneurs l'éliront<sup>2529</sup>.

La référence de cet article laisse penser qu'il respecte les critères constitutionnels exigés. Toutefois, l'acceptation d'une représentation non électorale fait partie d'un ensemble de normes. Le reste du guide insiste sur les autres éléments à considérer, tels que la cohérence avec la forme traditionnelle de gouvernement, le choix entre trois systèmes de gouvernement - parlementaire, présidentiel ou de prise de décision par consensus - et enfin les rôles confiés aux aînés, aux jeunes ou aux clans<sup>2530</sup>. À ce titre, il reste essentiel de « définir les processus et les pouvoirs par lesquels les responsables gouvernementaux peuvent être contrôlés et tenus pour responsables »<sup>2531</sup>. Le guide de Colombie-Britannique spécifie lui aussi que les Constitutions autochtones doivent contenir les éléments suivants :

---

maa-nulthe ; k. l'inopérance de toute loi de première nation maa-nulthe de son gouvernement de première nation maa-nulthe qui est incompatible ou en conflit avec sa constitution de première nation maa-nulthe, dans la mesure de l'incompatibilité ou du conflit ».

<sup>2529</sup> UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox. Structure oversight », 2019, en ligne : <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/structure-of-government/oversight> (consulté le 17.09.2022). source non traduite : « rights, duties and qualifications of lords...if at any time it shall be manifest that a confederate lord has not in mind the welfare of the people or disobeys the rules of this great law, the men or women of the confederacy, or both jointly, shall come to the council and upbraid the erring lord through his war chief. if the complaint of the people through the war chief is not heeded the first time it shall be uttered again and then if no attention is given a third complaint and warning shall be given. if the lord is contumacious the matter shall go to the council of war chiefs. the war chiefs shall then divest the erring lord of his title by order of the women in whom the titleship is vested. when the lord is deposed the women shall notify the confederate lords through their war chief, and the confederate lords shall sanction the act. the women will then select another of their sons as a candidate and the lords shall elect him. then shall the chosen one be installed by the installation ceremony ».

<sup>2530</sup> UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox. Structure of government », 2019, en ligne : <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/structure-of-government> (consulté le 28.08.2022).

<sup>2531</sup> *Ibid.*

Le mode de sélection de l'organe directeur (par exemple, par l'élection d'une assemblée législative ou d'un conseil, par nomination, ou par des chefs héréditaires ou d'autres chefs tribaux par clan ou famille). Dans certains cas, il peut s'agir d'un chef et d'un conseil élus par les citoyens. Dans d'autres cas, une assemblée législative élue peut adopter des lois et superviser les affaires de la nation, tandis qu'un conseil exécutif de l'Assemblée législative agit en tant qu'organe exécutif responsable de la gestion du gouvernement. [...] L'essentiel est que chaque nation crée un système de choix de son gouvernement qui réponde aux valeurs et aux besoins de la nation. Cette section [...] peut établir la norme selon laquelle les représentants du gouvernement agissent toujours dans le meilleur intérêt de la communauté et représentent la Nation au mieux de leurs capacités<sup>2532</sup>.

Il résulte de l'analyse de ces « guides constitutionnels » que le caractère démocratique des institutions doit s'apprécier selon une analyse d'ensemble, où coexistent plusieurs mécanismes de désignation, des légitimités de différentes sources et de réels contre-pouvoirs. Une telle conclusion à propos des systèmes représentatifs autochtones semble rejoindre une idée similaire déjà défendue de façon plus générale par les professeurs Pierre Brunet et Arnaud Le Pillouer :

Si l'on accepte de définir la démocratie (modestement, mais avec quelques égards pour l'étymologie du terme) comme le système dans lequel les décisions politiques les plus importantes (les lois, notamment) résultent autant que possible de la volonté de la majorité des citoyens, alors les élections apparaissent pour ce qu'elles sont : un moyen d'établir la démocratie, non la démocratie elle-même. En d'autres termes, la question du caractère démocratique ne saurait se poser qu'à propos du système pris dans sa globalité<sup>2533</sup>.

**785.** Dès lors, si les Constitutions reconnues dans le cadre d'accords avec le gouvernement instituent toutes, au moins partiellement, l'élection pour la majorité des représentants, les communautés adoptent aussi leur propre constitution en dehors des accords passés avec l'État afin d'affirmer leurs traditions et leur autonomie, voire de déclencher les processus de négociations avec les gouvernements. Certains de ces textes consacrent des systèmes de représentation où l'élection s'avère totalement absente. Par exemple, la Constitution gitanyow consacre le respect du système héréditaire, en parallèle du conseil de la communauté. Chaque maison sélectionne puis valide un chef héréditaire et un sous-chef. Ils assistent aux assemblées de prises de décision (*Wilp Li'ligit*). Du reste, ils peuvent être destitués très rapidement par leurs maisons respectives, s'ils n'assistent ou ne participent pas aux assemblées, ou s'ils sont impliqués dans « des actes qui font honte à la maison »<sup>2534</sup>.

---

<sup>2532</sup> ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, *op. cit.*, 2014, section 2. 4, p. 7. Source non traduite : « It may provide some details on how the governing body is selected (e.g., by elections of a legislature or a council, by appointment, or hereditary or other tribal leaders by clan or family). In some cases, it may be a chief and council elected by the citizens. In other cases, an elected legislature might pass laws and maintain oversight of the business of the Nation, while an executive council of the legislature acts as the executive body responsible for managing the government. The key is for each Nation to create a system for choosing its government that meets the Nation's values and needs. This section [...] can set the standard that government officials always act in the best interests of the community and represent the Nation to the best of their abilities ».

<sup>2533</sup> Pierre BRUNET et Arnaud LE PILLOUER, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La Vie des idées*, 2011, en ligne : <https://lavedesidees.fr/Pour-en-finir-avec-l-election-presidentielle.html> (consulté le 28.02.2022). En l'espèce, leur analyse porte sur l'équilibre, voire le déséquilibre, instauré par l'élection au profit du président de la République au sein de la V<sup>e</sup> République, mais cette même thèse peut être soutenue pour les communautés autochtones.

<sup>2534</sup> *Constitution gitanyow*, 2013 [2009], art. 5. 1. 2. C : « A reason for removal may include, but is not limited to: not attending and participating in Li'ligit or being involved in acts that bring shame to the Wilp »

**786.** Malgré la consécration de mécanismes de contrepouvoirs, cette Constitution de 2009 n'est pas encore reconnue par le droit positif, l'absence de sélection par l'élection en constituant sûrement l'une des explications. En 2021, un accord de gouvernance est signé entre les chefs héréditaires et les gouvernements de Colombie-Britannique et du Canada. Le texte dévoile les phases de négociation vers l'autonomie gouvernementale. Selon une première étape, les Gitanyow doivent développer leur système de représentation héréditaire en amendant la Constitution et en précisant de quelles façons ces derniers sont sélectionnés, sont politiquement responsables et adoptent des lois. Les étapes suivantes comprennent de nombreuses négociations : par exemple, la phase cinq inclut la négociation d'amendements à la Constitution gitanyow. Dans ce cadre, il y a fort à parier que l'élection de la majorité des représentants pourrait constituer une des exigences du gouvernement canadien, quitte à ce que cela ne soit qu'une validation de la désignation héréditaire. Le mécanisme électoral s'impose donc encore, si ce n'est pour une majorité des membres, dans les exigences étatiques en amont de la reconnaissance d'une représentation autochtone autonome. Des exigences similaires sont à noter dans la politique de conversion à un système électoral communautaire.

## 2. L'exigence du mécanisme électoral pour les systèmes électoraux communautaires

**787.** Pour s'extraire du régime de l'article 74 de la *Loi sur les Indiens* et adopter un code électoral communautaire, le gouvernement fédéral précise plusieurs conditions. Ainsi, le nouveau système électoral est « rédigé sous forme claire [...], est conforme aux principes fondamentaux de la justice naturelle [...], est conforme à la *Charte des droits et libertés* »<sup>2535</sup>. Particulièrement, le nouveau code électoral doit comporter « des dispositions pour le règlement des appels interjetés au sujet des résultats d'une élection sans l'intervention du ministère, ainsi que des dispositions pour la modification du système électoral qui inclut l'accord des membres de la Première Nation »<sup>2536</sup>. Enfin et surtout, le système électoral doit bénéficier « de l'appui de l'électorat de la Première Nation »<sup>2537</sup>. Si le mécanisme électoral ne fait pas l'objet d'une condition spécifique prévoyant ses modalités, l'exigence démocratique se lit en filigrane dans toute la politique de conversion. En effet, le professeur Ghislain Otis affirme que « même les modes dit “coutumiers” de désignation

---

<sup>2535</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Politique sur la conversion à un système électoral communautaire », *op. cit.*

<sup>2536</sup> *Ibid.*

<sup>2537</sup> *Ibid.*



des dirigeants, validés par la *Loi sur les Indiens*, obéissent presque universellement à la logique électorale de type étatique »<sup>2538</sup>.

**788.** En outre, la jurisprudence permet d'appréhender la façon dont cette exigence encadre les systèmes de représentation autochtones. Pour les codes électoraux coutumiers, à la différence du régime de la *Loi sur les Indiens*<sup>2539</sup>, les procédures de recours s'effectuent d'abord souvent en interne, par le comité d'appel de la communauté, comme cela est par exemple inscrit dans les codes d'Akwesasne, de Kanasatake et de Kahnawake. Après l'épuisement de ces recours internes, le conflit peut être amené devant la Cour fédérale. Dans ces cas, « la Cour fait preuve de retenue à l'égard de la conclusion de ce tribunal ou, autrement dit, elle contrôle la décision du tribunal en appliquant la norme de la décision raisonnable »<sup>2540</sup>. C'est uniquement par ce contrôle et en se fondant sur les normes et les pratiques acceptées par les membres de la communauté<sup>2541</sup> que les juges peuvent contrôler la procédure de sélection des représentants.

**789.** Par exemple, les Ojibwées de Saugeen choisissent le chef et ses conseillers à vie selon un système électoral fondé sur la coutume, depuis la promulgation de la *Convention sur l'usage et les coutumes de la Nation ojibwée de Saugeen* en 1997. En l'espèce, la Convention aurait été adoptée lors d'un rassemblement traditionnel, ce qui témoignerait du consensus nécessaire à sa mise en œuvre<sup>2542</sup>. Le texte mentionne qu'une procédure d'examen doit avoir lieu tous les vingt-et-un ans pour les fonctions à vie<sup>2543</sup>. De même, un rassemblement traditionnel, c'est-à-dire une assemblée publique des citoyens, peut toujours examiner la conduite du chef et des conseillers et les destituer<sup>2544</sup>. Enfin, les citoyens de la bande peuvent « exprimer un droit d'opinion de principe »

---

<sup>2538</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 393.

<sup>2539</sup> Dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, « les appels sont portés devant le ministre des Services aux Autochtones, qui peut mener une enquête et rendre compte des conclusions de celle-ci au gouverneur en conseil ». Le gouverneur en conseil peut ensuite annuler l'élection selon le rapport du ministre. Pour le régime facultatif de la Loi sur les élections au sein de Premières Nations, « les appels sont portés devant les cours fédérales ou provinciales, lesquelles peuvent décider d'annuler l'élection après avoir entendu les preuves ». Voir, SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « Sélection de dirigeants dans les Premières Nations », *Gouvernement du Canada*, 2022, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1323195944486/1565366893158> (consulté le 28.06.2022).

<sup>2540</sup> *Ojibway Nation of Saugeen v. Deroose*, 2022 F.C. 531, para. 27. Voir aussi, *Pastion c Première Nation Dene Tha*, [2018] 4 RCF 467, para. 13 à 27. En outre, « il existe deux normes de contrôle : la norme de la “décision raisonnable” et la norme de la “décision correcte”. [...] Une décision “raisonnable” est le résultat d'un raisonnement cohérent. Elle doit être sensée à la lumière du droit et des faits. Une décision “correcte” est la seule bonne réponse à la lumière du droit et des faits ». Voir, COUR SUPREME DU CANADA, « Jurisprudence en bref : La norme de contrôle (tirée de Vavilov, un jugement de la “trilogie d'arrêts en droit administratif”) », *art. cit.*

<sup>2541</sup> *Bigstone c Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (C.F. 1re inst).

<sup>2542</sup> *Ojibway Nation of Saugeen v. Deroose*, 2022 F.C. 531, para. 11.

<sup>2543</sup> *Ibid.*, para. 9 et 34. Le juge Grammond précise que « la Convention est difficile à lire et à interpréter. Sa syntaxe est déficiente, un grand nombre de ses dispositions sont vagues, on y utilise en outre des termes juridiques de façon inexacte et elle manque manifestement d'organisation systématique. Elle paraphrase des sources aussi variées que la Constitution américaine, l'*Indian Non-intercourse Act* et le *Black's Law Dictionary*. En dépit de ces lacunes, des efforts doivent être faits pour comprendre son sens, en appliquant les méthodes reconnues d'interprétation juridique, à savoir, l'examen du libellé, du contexte et de l'objet de la disposition en litige ».

<sup>2544</sup> *Ojibway Nation of Saugeen v. Deroose*, 2022 F.C. 531, para. 9, 44 et 45.

concernant la nomination du chef et des conseillers<sup>2545</sup>. Toutefois, ces droits n'ont pas été respectés. Dans une lettre à ses concitoyens où il interprétait la charte, le chef indique clairement :

La Convention ne prévoit pas la destitution du chef coutumier et des conseillers. Cependant, la Convention prévoit effectivement un examen tous les 21 ans. [...] La Convention prévoit également que « l'approbation et le pouvoir décisionnel définitif relèvent du chef coutumier et des conseillers ».<sup>2546</sup>

À la suite à deux recours en justice des membres de la nation, sans interroger la validité de la convention pour l'affaire, le juge Grammond adhère à une autre interprétation du texte. Il écrit :

Une lecture holistique de la Convention révèle qu'elle vise à établir un système politique offrant une reddition de comptes aux citoyens sans avoir recours à des élections périodiques. [...] notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître les « coutumes » ou, en réalité, les lois autochtones, qui font l'objet d'un « large consensus » des membres d'une Première Nation. Les citoyens peuvent parvenir à un consensus sur une vaste gamme de systèmes politiques, y compris un système qui ne comporte pas d'élections régulières. Cependant, il est difficile de comprendre la façon dont les citoyens pourraient parvenir à un large consensus à l'égard d'un système qui les tiendrait indéfiniment à l'écart du pouvoir ou qui ferait fi de leur volonté. Pourtant, c'est exactement là où conduit l'interprétation du chef et des conseillers.

[...] Ainsi, pour simplifier quelque peu, la Convention institue une démocratie sans élections. Pour des Occidentaux, cela peut sembler une contradiction en soi. Cependant, cela signifie simplement que le consentement des gouvernés est donné lors de rassemblements traditionnels plutôt que dans l'urne, d'une manière enracinée dans le droit anishinaabe. Dans ce système, le pouvoir des citoyens de destituer leurs dirigeants joue un rôle crucial pour assurer la reddition de comptes, comparativement aux Premières Nations qui tiennent des élections périodiques<sup>2547</sup>.

En se fondant sur cette interprétation, le juge reconnaît donc la destitution du chef et de ses conseillers par les citoyens et demande la tenue d'un référendum pour l'adoption d'un nouveau code électoral selon la coutume. Ainsi, selon cette jurisprudence récente, les codes électoraux fondés sur la coutume pourraient être validés même sans prévoir d'élections régulières, à la condition certaine que le consentement des gouvernés puisse être apporté et renouvelé régulièrement.

**790.** Une autre situation s'observe dans la décision *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray* de 2019, où le juge Grammond affirme sa compétence pour contrôler la suspension d'un représentant, même si le conseil fonde cette éviction sur la coutume<sup>2548</sup>. Il estime que « le Règlement électoral de la PNFN [Première Nation de Fort Murray], qui a été adopté par ses membres, se veut un énoncé exhaustif des règles régissant l'élection, la destitution et la suspension de ses dirigeants. La PNFN n'a pas prouvé que la pratique consistant à suspendre des conseillers reflétait un large consensus parmi ses membres et que cela constituerait une "coutume" »<sup>2549</sup>.

---

<sup>2545</sup> *Convention sur l'usage et les coutumes de la Nation ojibwée de Saugeen*, 1997, cité par *Ojibway Nation of Saugeen v. Derose*, 2022 FC 531, para. 17.

<sup>2546</sup> Lettre citée par *Ojibway Nation of Saugeen v. Derose*, 2022 F.C. 531, para. 17.

<sup>2547</sup> *Ojibway Nation of Saugeen v. Derose*, 2022 FC 531, para. 49 et 50.

<sup>2548</sup> *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, [2019] 4 R.C.F., 217, spé. p. 227. Il écrit : le conseil de la Première Nation n° 468 de Fort McMurray (PNFM) « a également cherché à fonder sa décision sur une "coutume" non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la Loi sur les Indiens [L.R.C. (1985), ch. I-5] ou sur un pouvoir "inhérent" : je rejette ces arguments ».

<sup>2549</sup> *Ibid.*, p. 227.

Ainsi, la règle coutumière ne peut être invoquée que si elle reflète une large adhésion de la communauté, ce qui démontre, *in fine*, une certaine similarité avec le principe du vote majoritaire. En effet, « s'il est vrai que l'élection des membres d'un conseil de bande autochtone au sens de la législation fédérale n'est pas impérativement requise par la Charte canadienne, on voit mal comment le respect des droits fondamentaux pourrait prendre racine en dehors du terreau démocratique. Comment, en effet, pourrait-on faire totalement l'impasse sur le consentement des gouvernés sans discriminer en matière de droits politiques »<sup>2550</sup>.

**791.** Dans ce cadre d'exigences générales, la nécessaire adhésion aux principes démocratiques dont le modèle oscille entre le respect de l'État de droit et le consentement des citoyens, l'élection semble donc constituer le mécanisme privilégié, parfois au détriment de mécanismes plus traditionnels. En France, les exigences quant au principe électif sont plus nuancées, mais les incitations sont nombreuses, pouvant conduire les représentants coutumiers à se soumettre de plus en plus à ce mécanisme de désignation à l'avenir.

#### **B.** L'incitation à l'adoption du régime électoral pour la représentation coutumière en France

**792.** La Constitution française de 1946 énonce que « fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires »<sup>2551</sup>. Ce même principe est repris à l'article 77 de la Constitution de 1958, selon lequel au sein de la Communauté française, « les États jouissent de l'autonomie ; ils s'administrent eux-mêmes et gèrent démocratiquement et librement leurs propres affaires »<sup>2552</sup>. De telles dispositions auraient pu sous-entendre que les populations d'outre-mer restées françaises devaient adopter l'élection. Pourtant, si la France reconnaît progressivement le droit de vote à l'ensemble des citoyens<sup>2553</sup>, elle n'impose pas parallèlement de mécanismes de désignation pour les représentants coutumiers reconnus par le droit positif. En effet, le Sénat coutumier est désigné par les Conseils coutumiers selon les usages reconnus par la coutume, lesquels sont précisés dans les règlements intérieurs desdits conseils<sup>2554</sup>. Les rois de Wallis-et-

---

<sup>2550</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 414.

<sup>2551</sup> Constitution française du 27 octobre 1946, préambule.

<sup>2552</sup> Constitution française du 4 octobre 1958, art. 77, texte originel.

<sup>2553</sup> Voir, Chapitre 2, Section 2.

<sup>2554</sup> Voir, Chapitre 5. Voir, Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137.

Futuna continuent également à être nommés par les familles nobles des îles. Même la nomination des membres du Grand conseil coutumier de Guyane relève de la coutume<sup>2555</sup>.

**793.** Comme pour les communautés autochtones du Canada, ces désignations non électorales ne sont pas non plus exemptes de mécanismes d'équilibre et de contrepouvoirs. Par exemple, les rois de Wallis-et-Futuna peuvent être destitués par les chefferies, ce qui se produit d'ailleurs régulièrement. La dernière destitution date de 2014 pour Wallis<sup>2556</sup> et de 2016 pour Futuna<sup>2557</sup>. Pour le Sénat coutumier, la demande d'au moins six conseils coutumiers sur les huit conduit à la dissolution de l'institution et à un renouvellement intégral de ses membres<sup>2558</sup>. De même, la présidence de l'organe, décidée par consensus selon un ordre prédéterminé, est à la fois annuelle et tournante afin d'éviter que le Président ne s'accapare un tel rôle<sup>2559</sup>. En outre, le Congrès du Pays Kanak émet en 2014 un certain nombre de recommandations quant aux modes de désignation adoptés par les conseils coutumiers. Premièrement, il demande, « sans tomber dans le modèle occidental d'élections, de faire évoluer le système des “us et coutumes” vers un modèle commun à l'ensemble des conseils coutumiers, qui serait ainsi plus lisible et consensuel »<sup>2560</sup>. Deuxièmement, il enjoint à « prévoir dans les règles, une solution alternative qui puisse résoudre les désaccords et l'absence de consensus »<sup>2561</sup>. L'instauration de mécanismes de résolution des conflits relatifs aux désignations est d'ailleurs une exigence qui se retrouve dans la politique fédérale du Canada. Troisièmement, le Congrès du pays kanak recommande fortement « de nommer des Sénateurs sortants ayant de l'expérience » et de « soutenir les meilleures candidatures, hommes ou femmes, vieux ou moins vieux pour porter dans les institutions, la parole de la coutume »<sup>2562</sup>. Ce cadre a pour objectifs tant d'harmoniser que de légitimer les procédures non électorales.

**794.** Si les représentants coutumiers ne sont pas élus, l'incitation à se tourner vers l'élection s'avère, en revanche, assez récurrente. Elle se lit principalement dans la loi organique de 1999.

---

<sup>2555</sup> Décret n° 2018-273 du 13 avril 2018 *relatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges*, *préc.*, art. 1.

<sup>2556</sup> FRANCE INFO, « Destitution du roi de Wallis », *France info*, 2014, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/2014/09/02/destitution-du-roi-de-wallis-182640.html> (consulté le 16.09.2022).

<sup>2557</sup> René LATASTE, « Futuna : destitution du roi d'Alo », *France Info*, 2016, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/wallisfutuna/futuna-destitution-du-roi-d-alo-360921.html> (consulté le 16.09.2022).

<sup>2558</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 137.

<sup>2559</sup> Délibération n° 01/2015 du Sénat coutumier, *portant modification de l'autosaisine n° 01-2010/SC du 20 avril 2010 relative à la définition d'un cadre général relatif à la désignation des membres du sénat coutumier pour la 4<sup>e</sup> mandature (2015-2019)*, publiée dans *La Parole, Journal d'information du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, n° 22, p. 25-27, *spéc.* p. 25.

<sup>2560</sup> *Ibid.*

<sup>2561</sup> *Ibid.*

<sup>2562</sup> Selon l'article 4 portant sur les critères de candidatures, « Les candidats doivent jouir de leurs droits coutumiers et avoir une expérience dans le domaine coutumier, dans les prises de paroles et dans la tenue de réunions ». Voir, Délibération n° 01/2015 du Sénat coutumier, *portant modification de l'autosaisine n° 01-2010/SC du 20 avril 2010 relative à la définition d'un cadre général relatif à la désignation des membres du sénat coutumier pour la 4<sup>e</sup> mandature (2015-2019)*, *préc.* p. 26, art. 4.

Pour les Conseils coutumiers par exemple, l'article 149 précise que « ses membres peuvent être élus dans chaque aire selon les modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays »<sup>2563</sup>. Selon une formulation en tout point similaire, l'article 137 de la loi organique énonce pour le Sénat coutumier qu'à compter de 2005, « ses membres peuvent être élus dans chaque aire coutumière selon des modalités et par un collège électoral déterminés par une loi du pays »<sup>2564</sup>.

**795.** De même, certains auteurs argumentent en faveur du régime électoral. En effet, pour le Sénat coutumier particulièrement, « l'absence de lisibilité des désignations coutumières pour les profanes, l'absence de participation des femmes, mine la légitimité de l'institution au regard des non-Kanak », indique le professeur Mathias Chauchat<sup>2565</sup>. Il ajoute par ailleurs, « c'est pour sa désignation, et partant sa légitimité dans les institutions, qu'il est critiqué »<sup>2566</sup>. La désignation non électorale du Sénat coutumier est régulièrement invoquée comme argument pour lui refuser davantage de compétences dans l'optique d'une évolution institutionnelle. En effet, le professeur Antoine Leca rappelle que « ces réticences s'expliquent par des raisons diverses, parmi lesquelles le caractère non démocratique de l'institution, qui procède de sa composition ». Il reste alors à se demander si les évolutions institutionnelles à venir, susceptibles d'élargir les compétences de l'institution coutumière, devront nécessairement entraîner un changement de son mode de désignation : l'élection est-elle inévitable ? L'adhésion aux principes démocratiques conduirait aveuglément vers une réponse positive. Toutefois, un argument de droit constitutionnel appuie la représentation non électorale du Sénat coutumier. La plupart des secondes chambres bénéficient d'un mode de désignation différent permettant « d'instaurer un contre-pouvoir par rapport aux premières chambres qui sont plus soumises au rythme des élections et au programme gouvernemental. [...] Le bicamérisme s'avère en effet être un instrument d'équilibre institutionnel et de protection contre les excès d'une majorité ou la pression de l'actualité »<sup>2567</sup>. Suivant cette logique, si le Sénat coutumier devenait progressivement une seconde chambre, outrepassant sa simple compétence consultative, le caractère non électoral de la désignation permettrait de limiter la politisation de ces membres et donc de l'institution. Sa légitimité serait alors différente, et pourrait même se placer au-delà de l'opposition manichéenne des parties loyalistes et indépendantistes. Malgré ces controverses, le professeur Laurent Sermet l'affirme une nouvelle

---

<sup>2563</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, art. 149.

<sup>2564</sup> *Ibid.*, art. 137.

<sup>2565</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives, op. cit.*, p. 89.

<sup>2566</sup> Mathias CHAUCHAT, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », *art. cit.*

<sup>2567</sup> Carine DAVID, « Quel bicamérisme pour la Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 175-196, spé. p. 177.

fois : « malgré ce “déficit” électif, le sénat est une institution républicaine [...] en dépit du mélange des genres, sa légitimité est incontestable »<sup>2568</sup>.

**796.** Si le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie et les Rois de Wallis-et-Futuna ne sont pas soumis au régime électoral, ce dernier régit pourtant une part importante des systèmes représentatifs où sont présentes les populations autochtones. En effet, l'élection s'est imposée aux institutions dont la nature « étatique » des sources du droit reste prépondérante. Par exemple, les membres des Assemblées de province, lesquels composent ensuite le Congrès de Nouvelle-Calédonie, sont élus. De même, l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna, institution créée par le décret de 1957 et confirmée par le statut de 1961, doit également sa composition au mécanisme électoral.

**797.** Toutefois, là où le mécanisme électoral n'a pas été imposé durant la colonisation, la conception du vote s'avère nettement moins connotée négativement. Dans ce cadre, face à une abstention de près de 70 % au premier tour des législatives de 2022 en Nouvelle-Calédonie, le Sénat coutumier soutient : « le droit de vote a été octroyé au peuple kanak en 1946 en même temps que la citoyenneté après plus d'un siècle de confrontation avec le régime colonial de l'indigénat. L'exercice de ce droit se situe dans la droite ligne du combat pour la liberté et l'émancipation des peuples »<sup>2569</sup>. En effet, rien ne s'oppose à ce que pour des événements à l'échelle nationale, les Kanak investissent et considèrent le vote comme une victoire politique : il s'agit de porter leur voix dans un tout autre système, au sein duquel la désignation coutumière par consensus serait sûrement bien difficile à adopter. Les exigences quant aux mécanismes de désignation sont évidemment à rapprocher du contexte dans lequel elles interviennent.

---

<sup>2568</sup> Laurent SERMET, « Équilibres et déséquilibres institutionnels en Nouvelle-Calédonie : le sénat coutumier en question. Note sous TA de Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie et autres », dans Laurent SERMET (dir.), *Peuples autochtones : regards Pacifique*, Nouméa, Maison de la Mélanésie Paul de Deckker, 2016, p. 161-188, spé. p. 171.

<sup>2569</sup> Françoise TROMEUR, « Législatives 2022 : le Sénat coutumier signale que la période de “deuil kanak” est révolue et appelle à aller voter », *France Info*, 2022, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/legislatives-2022-le-senat-coutumier-signale-que-la-periode-de-deuil-kanak-est-revolue-et-appelle-a-aller-voter-1293884.html> (consulté le 16.09.2022).

## CONCLUSION DU CHAPITRE 6

**798.** L'exercice du droit à l'autonomie gouvernementale et, plus spécifiquement, l'existence d'une représentation coutumière s'insère nécessairement au sein d'un ordre juridique existant. Ce dernier organise à la fois la reconnaissance et la coexistence des systèmes de représentation politique entre eux selon de multiples modalités. À la fois formelles et matérielles, les exigences garantissent la compatibilité des normes coutumières reconnues à l'ensemble de l'architecture juridique. Dans ce cadre, le rapport de force entre les systèmes s'exerce le plus souvent en faveur de l'État. Ainsi, les systèmes de représentation autochtones doivent s'assurer d'écrire leurs coutumes, de les inscrire au sein de la hiérarchie des normes et de respecter l'État de droit et du droit préexistant. Ils doivent aussi respecter les droits humains dont les applications peuvent toutefois revêtir une dimension culturelle et pragmatique. L'équilibre entre les systèmes de représentation est alors continuellement recherché.

**799.** Enfin, l'exercice de la représentation coutumière ne peut se passer du consentement des représentés. S'il s'agit d'une condition inhérente aux principes démocratiques, en l'espèce, ce consentement se conçoit difficilement en dehors du mécanisme électoral. La majorité des conseils de bande du Canada, ainsi que les institutions de droit coutumier françaises telles que les Assemblées de Province et l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna s'avèrent soumises au mécanisme électoral et bénéficient alors de la légitimité du même nom. De même, la représentation politique reste aussi fortement calquée sur les modèles étatiques électoraux et s'accompagne de nombre de ses principes tels que l'écriture des constitutions, la séparation des pouvoirs, la responsabilité des gouvernants, le respect des droits fondamentaux. Si certains de ces principes ne sont pas étrangers aux traditions précoloniales autochtones, les mécanismes de la représentation coutumière tendent aujourd'hui à revêtir un rôle minoritaire, voire marginal.

### CONCLUSION DU TITRE 3

---

**800.** La coexistence des systèmes étatiques et autochtones ne s'avère pas nécessairement source de conflits et révèle même une certaine harmonie. Elle est l'aboutissement d'une recherche de cohérence, tant entre les systèmes représentatifs eux-mêmes que par rapport aux normes suprêmes. Elle est le fruit d'aménagements, de conditions, de négociations, d'exigences et d'équilibres. Elle se traduit par la présence d'institutions représentatives partagées, telles que les parlements étatiques ou le Congrès de Nouvelle-Calédonie, mais aussi d'institutions autochtones plus autonomes, telles que l'Assemblée des Premières Nations ou le Sénat coutumier. Cette coexistence institutionnelle résulte de compromis politiques entre les revendications autochtones et les enjeux juridiques actuels. Parce qu'il incarne ces compromis sans cesse renouvelés, dans la continuité de la formule de Jean-Marie Tjibaou<sup>2570</sup>, le droit coutumier qui en résulte n'est donc pas un retour à la tradition.

**801.** Chacune des composantes de la représentation politique fait alors face à de nombreux défis. Pour la désignation des représentants coutumiers, il s'agit de trouver un équilibre entre les mécanismes électoraux ou héréditaires et entre une désignation par le consensus ou à la majorité. Pour l'autodétermination des autochtones eux-mêmes, il s'agit de savoir qui vote, à quels scrutins, et selon quelle définition de la citoyenneté. Pour l'adoption de normes de droit coutumier, il faut envisager d'évoluer entre une délibération à l'unanimité, au consensus ou à la majorité, sans ne jamais paralyser la prise de décision.

**802.** À ces défis, s'ajoute la nécessité contemporaine d'une certaine représentativité : la représentation n'est plus uniquement *vouloir pour* ni même *être élue par*, elle est aussi *ressembler à* pour toujours mieux *porter la parole de*. La représentation des autochtones consiste singulièrement à vouloir épouser une conjugaison de tous les modèles possibles, pour que les qualités de l'un pallient les lacunes de l'autre. À ce propos, les autochtones du Canada intègrent les Aînés ou les jeunes au sein des assemblées législatives locales et l'Assemblée des Premières Nations compte des nombres préétablis d'ainés, de jeunes, de femmes et de minorités invisibles. Parallèlement en France, différentes assemblées consultatives tentent de porter les voix des populations autochtones, sans aucune autre différenciation. C'est une première reconnaissance de

---

<sup>2570</sup> Jean-Marie TJIBAOU, « Notre identité est devant nous », *op. cit.*, p. 210-211 : « le retour à la tradition est un mythe. Aucun peuple ne l'a jamais vécu ».



l'autochtonie, au-delà du statut coutumier. Il reste que le traitement de la représentativité paraît quelque peu hétéroclite d'un bord à l'autre de l'Océan.

**803.** Inévitablement, les conceptions de la représentation fondées classiquement sur la volonté générale et sur l'élection se retrouvent bouleversées. La preuve en est que ni l'article 3 de la Constitution française de 1958 ni l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquent à la représentation coutumière. Et pourtant, la représentation coutumière n'est ni « folklorique » ni sans limites. Au Canada comme en France, elle est formalisée, encadrée par la hiérarchie des normes et doit garantir les droits fondamentaux. Selon certaines modalités, elle est aussi soumise au principe électif.

**804.** *In fine*, ce cadre juridique - plus ou moins adapté et adaptable aux traditions autochtones - s'avère parfois l'occasion d'une réflexion plus profonde. La diversité des systèmes de représentation s'enrichit de modèles variés, parfois non électoraux, dont l'objectif reste de répondre aux exigences démocratiques, en cohérence avec le reste de l'architecture juridique. Ces modèles peuvent concourir à la recherche de solutions ajustées et équilibrées pour chacun des systèmes de représentation autochtones. Du reste, quand un tel équilibre est trouvé, tout l'enjeu consiste alors à tenter de le conserver.



## TITRE 4 - LES EVOLUTIONS DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ETATIQUES ET COUTUMIERS

---

**805.** L'équilibre entre les différents systèmes de représentation s'avère complexe à trouver et tout autant à conserver. Malgré les nombreux aménagements du droit positif, certains déséquilibres subsistent. Ils s'ancrent dans une histoire marquée par les dépossession territoriales, la dévalorisation culturelle et l'assimilation juridique. Les effets de ces relations passées restent difficiles à pleinement quantifier et à dépasser<sup>2571</sup>. Le rapport de force dissymétrique se perpétue et s'exerce en faveur de l'État qui impose ses conditions à la reconnaissance de la représentation coutumière : les systèmes autochtones s'intègrent au sein de l'ordre étatique et adoptent par conséquent ses concepts et ses logiques juridiques. Inévitablement, l'autodétermination des autochtones ne peut faire abstraction de la société et de ses institutions. Comme le précise le juge en chef de la Cour suprême du Canada, Antonio Lamer, dans la décision *Delgamuukw*, «il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester»<sup>2572</sup>.

**806.** Au carrefour de divers objectifs politiques, la coexistence des systèmes de représentation peut donc encore évoluer. Grâce à la compréhension des premiers aménagements réalisés, il est maintenant possible d'entrevoir une pluralité d'éventualités juridiques possibles. À l'instar des mots du doyen Carbonnier, le droit, sans cesse en évolution, «est fait par les hommes, pour les hommes»<sup>2573</sup>. Il est «un médium, un instrument au service du peuple pour lui permettre de régler les problèmes qu'il rencontre»<sup>2574</sup>. La résolution des problèmes passe alors par l'intelligibilité des normes de chaque système et par une reconnaissance réciproque de leurs spécificités. En outre, la recherche d'une meilleure coexistence entre les systèmes de représentation entraîne de nouvelles alternatives à offrir aux systèmes représentatifs coutumiers, mais présente aussi les évolutions possibles de la représentation classique. À ce titre, souhaitant à la fois l'intégration des autochtones et l'évolution des conceptions étatiques, certains auteurs plébiscitent la mise en œuvre d'une

---

<sup>2571</sup> Pour le Québec, par exemple, Jean-François Nadeau parle de la «thèse immunitaire», en vertu de laquelle les Québécois se délestent de la responsabilité des effets historiques de la colonisation sous prétexte d'alliances entre les Français et des Nations algonquiennes au début de la colonie. Voir, Jean-François NADEAU, «La thèse immunitaire», *Le Devoir*, 2019, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/548071/la-these-immunitaire> (consulté le 25.09.2022).

<sup>2572</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S. 1010, para. 186.

<sup>2573</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1983, p. 288.

<sup>2574</sup> Dominique ROUSSEAU, «L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie», *art. cit.*, p. 103.

« gouvernance partagée », faite d'institutions représentatives communes et d'espaces d'autonomie<sup>2575</sup>. Ainsi, les évolutions de la représentation politique concernent tant la représentation coutumière (**CHAPITRE 7**), que la représentation classique, enrichie et durablement réconciliée avec les coutumes autochtones (**CHAPITRE 8**).

---

<sup>2575</sup> Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 141-205.

**807.** L'intégration de la représentation coutumière aménage des espaces politiques de coexistence avec les autochtones au sein de l'ordre étatique. Trois voies s'offrent à l'évolution de cette situation. Selon une première hypothèse, elle reste inchangée : les populations tout comme les autorités étatiques maintiennent les règles actuelles de coexistence, du moins pendant une certaine période<sup>2576</sup>. Selon une deuxième hypothèse, les aménagements juridiques peuvent progressivement disparaître. En effet, ces derniers sont régulièrement décrits comme conditionnés et inadaptés. Dès lors, la représentation coutumière peut aussi tout à fait disparaître de l'ordre juridique étatique, et ce suivant deux mécanismes. D'abord, la représentation coutumière peut être assimilée par la représentation politique classique au sein d'institutions politiques communes. Ce risque n'est pas hypothétique, puisqu'il a pu s'observer pour certains systèmes coutumiers, notamment à Mayotte. Ensuite, faute de reconnaissance de la représentation autochtone, des revendications autonomistes trop importantes peuvent conduire à la sécession du territoire : la représentation coutumière perdurerait alors au sein d'un nouvel État. Cette éventualité est notamment inscrite dans le droit international afin d'encourager les processus de décolonisation. Selon la troisième hypothèse, afin d'éviter les issues d'assimilation ou de sécession, les spécificités de la représentation autochtone peuvent être davantage prises en compte et reconnues au sein de l'ordre juridique.

**808.** Au-delà du *statu quo* actuel, les deux dernières hypothèses envisagent donc la disparition de la représentation coutumière (**SECTION 1**) ou, à l'inverse, une meilleure reconnaissance de cette dernière au sein de l'ordre étatique (**SECTION 2**).

### **SECTION 1** – Les hypothèses liées à la disparition de la représentation coutumière

**809.** Si la représentation coutumière ne parvient pas à exister ou à coexister au sein des ordres juridiques canadiens et français, le risque de sa disparition demeure. Cette dernière peut revêtir plusieurs formes. Elle peut résulter d'une sécession des territoires autochtones, c'est-à-dire de leur indépendance, selon différentes modalités. La répartition géographique des populations autochtones implique que cette possibilité reste davantage plausible en France qu'au Canada (**PARAGRAPHE 1**). Le risque peut aussi consister en l'assimilation de la représentation coutumière au droit commun. Rien n'empêche que cette éventualité se produise tant en France qu'au Canada (**PARAGRAPHE 2**).

---

<sup>2576</sup> Voir, sur le *statu quo* et les aménagements actuels, les Chapitres 5 et 6.

## PARAGRAPHE 1 – L'éventualité d'une sécession de la représentation coutumière

**810.** Comme le rappelle Vincent Roux, « dans la très grande majorité des cas, les peuples colonisés ont choisi l'indépendance et ils se sont constitués en États souverains dans les limites des anciennes frontières coloniales »<sup>2577</sup>. Se pourrait-il que l'option d'indépendance avancée par l'ONU pour certains territoires soit toujours envisagée pour des systèmes représentatifs autochtones ? La concrétisation d'une telle éventualité serait synonyme d'une disparition de la représentation coutumière de l'ordre étatique, au profit de son existence au sein d'un nouvel État. Si l'éventualité est envisagée pour la France (A), une autre forme de « sécession » de la représentation coutumière passerait aussi par l'État associé (B).

### A. Une indépendance plausible en France et improbable au Canada

**811.** Si les autochtones venaient à réclamer et à adopter l'indépendance de leur territoire, cela entraînerait inévitablement la disparition de la représentation coutumière concernée de l'ordre étatique. L'éventualité d'une telle disparition concerne particulièrement les territoires ultramarins français. En effet, fondés sur l'article 73 de la *Charte des Nations unies* et le paragraphe 6 de la résolution 1514 (XV), les détenteurs du droit à l'autodétermination externe restent considérés suivant le prisme de l'intégrité territoriale, selon laquelle une frontière naturelle, souvent un océan, doit exister entre la colonie et la métropole pour être éligible à la décolonisation afin d'éviter tout démembrement des États<sup>2578</sup>.

**812.** Selon ces règles internationales, certaines îles canadiennes, même éloignées du continent nord-américain, ne peuvent être éligibles à l'indépendance. La résolution 1541 sur les territoires non autonomes s'applique « à l'égard d'un territoire géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre »<sup>2579</sup>. C'est parce que la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont géographiquement séparées et ethniquement ou culturellement distinctes du pays qui les administre qu'elles ont été réinscrites sur la liste des territoires non autonomes en

---

<sup>2577</sup> Vincent ROUX, « L'autodétermination des peuples autochtones : le cas complexe de Mayotte », dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 133-149, spé. p. 135.

<sup>2578</sup> Ou *test de l'eau salée*, ou *thèse de l'eau salée*. *Blue Water Thesis* ou *SaltWater Thesis* en anglais. Cette thèse a notamment été critiquée pour son caractère rigide et arbitraire. Voir, Daniel TURP, « Le droit de sécession en droit international public », *art. cit.*

<sup>2579</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, *Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, A/8082, principe IV.

1986 et en 2013<sup>2580</sup>. D'ailleurs, les îles du Canada, y compris celles uniquement peuplées d'autochtones, n'ont jamais été inscrites sur la liste des territoires à décoloniser<sup>2581</sup>.

**813.** Dans le même sens, selon le droit interne canadien, en conformité avec le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>2582</sup>, les nations autochtones ne disposent pas du droit de procéder unilatéralement à la sécession. Il s'avère improbable que des négociations relatives à l'indépendance aboutissent pour une nation, lié à l'effet domino que cela entraînerait et au démembrement de l'État canadien qui s'en suivrait. À ce titre, le rapport de la Commission royale sur les Peuples autochtones souligne que « les peuples autochtones sont des nations, mais non pas des États-nations qui cherchent leur indépendance vis-à-vis du Canada »<sup>2583</sup>. *A fortiori*, le professeur Jean Leclair soutient également : « selon moi, et je sais que cette affirmation disqualifiera mon point de vue auprès d'un certain nombre de personnes, l'avenir des peuples autochtones du Canada se réalisera à l'intérieur de l'État canadien. L'avenir me fera peut-être mentir, mais pour l'instant, les solutions les plus plausibles sont celles qui passent par l'aménagement d'une autonomie politique autochtone au sein de l'État canadien »<sup>2584</sup>. Les systèmes de représentation

---

<sup>2580</sup> Stéphanie GRAFF, « Autodétermination et décolonisation externe » dans Jean-Marc BOYER et *al.* (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 180-188, spé. p. 184.

<sup>2581</sup> ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Liste des anciens territoires sous tutelle et territoires non autonomes », *Organisation des Nations Unies*, 2022, en ligne : <https://www.un.org/dppa/decolonization/fr/history/former-trust-and-ngsts> (consulté le 02.10.2022).

<sup>2582</sup> La Cour suprême écrit : « le droit à l'autodétermination ne peut, dans les circonstances présentes, constituer le fondement d'un droit de sécession unilatérale ». Cette décision concerne le Québec qui ne dispose pas d'un droit de sécession unilatérale en vertu de la Constitution du Canada. En effet, « la Constitution assure l'ordre et la stabilité et, en conséquence, la sécession d'une province ne peut être réalisée unilatéralement "en vertu de la Constitution", c'est-à-dire sans négociations, fondées sur des principes, avec les autres participants à la Confédération, dans le cadre constitutionnel existant ». Cependant, « l'ordre constitutionnel canadien existant ne pourrait pas demeurer indifférent devant l'expression claire, par une majorité claire de Québécois, de leur volonté de ne plus faire partie du Canada. Les autres provinces et le gouvernement fédéral n'auraient aucune raison valable de nier au gouvernement du Québec le droit de chercher à réaliser la sécession, si une majorité claire de la population du Québec choisissait cette voie, tant et aussi longtemps que, dans cette poursuite, le Québec respecterait les droits des autres. Les négociations qui suivraient un tel vote porteraient sur l'acte potentiel de sécession et sur ses conditions éventuelles si elle devait effectivement être réalisée ». Voir, *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217. Du reste, Dave Guénette et Félix Mathieu relèvent que « si, dans son exposé sur le principe démocratique, la Cour insiste sur sa dimension tant individuelle que collective, force est aussi de constater qu'elle aborde la démocratie uniquement dans son acception représentative, ne faisant pas référence à la dimension référendaire du principe démocratique ni aux multiples pratiques traditionnelles des partenaires autochtones ». Voir, Dave GUENETTE and Félix MATHIEU, « Le Renvoi relatif à la sécession du Québec, 20 ans plus tard : fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et protection des minorités », dans Dave GUENETTE and Félix MATHIEU (dir.), *Ré-imaginer le Canada : vers un État multinational?*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2019, p. 3-26, spé. p. 12-13.

<sup>2583</sup> RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, « Poids saillants du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones », *Gouvernement du Canada*, 2012, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100014597/1572547985018> (consulté le 03.11.2022).

<sup>2584</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 21-50, spé. p. 34. En mentionnant des désaccords, le Professeur Jean Leclair fait peut-être référence aux quelques opposants autochtones les plus vindicatifs ou même à certains partis politiques québécois. En effet, certains politiciens soutiennent que les nations autochtones pourraient quitter le Québec si ce dernier était indépendant. Par exemple, le programme de Québec Solidaire indique « qu'il faudrait remplacer la notion d'intégrité territoriale du Québec par une

autochtones existent donc par une autonomie interne au sein du Canada et n'ont pas vocation à en sortir par la sécession<sup>2585</sup>.

**814.** Par ailleurs, cela n'empêche pas certaines nations autochtones de revendiquer, voire d'exercer des missions régaliennes normalement dévolues à l'État, notamment en ce qui concerne l'émission de passeport, l'usage du pouvoir de police ou la levée des impôts<sup>2586</sup>. Par exemple, au cours des années 1960, les Mohawks de Kahnawake établissent leur propre force de police, les *Peacekeepers*, d'abord sans l'aval des autorités, mais reconnue ensuite par les gouvernements fédéral et provinciaux<sup>2587</sup>. De même, le 10 avril 2010, trois Mohawks de Kahnawake sont détenus dans une prison du Salvador. Ces derniers rentrent d'une conférence internationale sur le climat et voyagent avec des passeports délivrés par la Confédération iroquoise. Bien que le Canada leur propose des documents de voyage d'urgence, ils préfèrent attendre et rentrer avec leur passeport iroquois dix-sept jours plus tard<sup>2588</sup>. Ainsi, en refusant les documents de citoyenneté, ils opposent une résistance à la souveraineté canadienne. Malgré ces résistances certaines et d'importantes revendications pour acquérir des compétences normalement attribuées au régalien, il n'y a nulle « sortie de l'État » pour les autochtones du Canada qui privilégient un pluralisme extra-étatique où le système coutumier s'écarte du droit positif, tout en demeurant au sein de l'État<sup>2589</sup>.

**815.** En France, l'éventualité d'une sécession des territoires peuplés par les autochtones est nettement plus plausible. Entre 1958 et aujourd'hui, non moins de douze territoires français inscrits sur la liste des États à décoloniser accèdent à l'indépendance<sup>2590</sup>. À ce titre, l'autodétermination des

---

autre, non précisée, qui laisserait s'exercer le droit à l'autodétermination des Autochtones ». Voir, André BINETTE, « Le droit des peuples autochtones et l'indépendance du Québec », *L'Action nationale*, novembre 2017, en ligne : <https://www.action-nationale.qc.ca/revues/331-numeros-publies-en-2017/novembre-2017/1133-le-droit-des-peuples-autochtones-et-l-independance-du-quebec> (consulté le 06.10.2022).

<sup>2585</sup> Érica-Irène DAE « Native People's Rights », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 124-129, spé. p. 126-127.

<sup>2586</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1. Voir, *L'Accord définitif niska'a*.

<sup>2587</sup> Martin PAPIILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones », dans Alain-G. GAGNON, (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 461-485, spé. p. 478-479.

<sup>2588</sup> Audra SIMPSON, *Mohawk Interruptus. Political life across the borders of settler states*, *op. cit.*, p. 18. Pour un point de vue autochtone sur le sujet, voir, Greg HORN, « Canada prevents Mohawks from returning home on Haudenosaunee passports », *Kahnawake News.com*, 1 juin, 2010, en ligne : <https://kahnawakenews.com/canada-prevents-mohawks-from-returning-home-on-haudenosaunee-passports-p798.htm> (Consulté le 09.10.2022).

<sup>2589</sup> Voir, Chapitre 4, Section 1.

<sup>2590</sup> Ces dates excluent donc la Guinée qui accède à l'indépendance par le référendum concernant la Constitution de 1958. Elles concernent notamment l'Afrique-Équatoriale française qui accède à l'indépendance sous les noms du Tchad et du Gabon en 1960, le Moyen-Congo qui accède à l'indépendance sous le nom de Congo-Brazzaville puis République du Congo en 1960, l'Oubangui-Chari qui accède à l'indépendance sous le nom de République centrafricaine en 1960, l'Afrique-Occidentale française qui accède à l'indépendance sous les noms de Dahomey, aujourd'hui Bénin, de Côte d'Ivoire, de Mauritanie, de Haute-Volta, aujourd'hui Burkina Faso, et de Sénégal en 1960, le Soudan français qui accède à l'indépendance sous le nom de Mali en 1960, le Niger en 1960, Madagascar en 1960, les Comores en 1975, la Côte française des Somalis qui accède à l'indépendance sous le nom de Djibouti en 1977, les Nouvelles-Hébrides (un condominium franco-britannique) qui accède à l'indépendance sous le nom de Vanuatu en 1980, et enfin le Cameroun et le Togo, sous tutelle de l'administration française, qui accèdent à l'indépendance en 1960. Voir, ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Liste des anciens territoires sous tutelle et territoires non autonomes », *op. cit.*



îles comoriennes de Grande Comore, Ajouan et Mohéli<sup>2591</sup> s'avère une illustration de la disparition des coutumes comoriennes de l'ordre juridique. En effet, en 1972, l'Assemblée territoriale de Moroni exprime sa volonté d'accéder à l'indépendance<sup>2592</sup>. Par une loi de 1974, le Parlement français organise la consultation des populations comoriennes<sup>2593</sup>. Les termes législatifs usités – mentionnant *les* populations et non *la* population comorienne – permettent de compter les voix île par île et de justifier l'exclusion de Mayotte du processus d'indépendance<sup>2594</sup>. Depuis lors, le nouvel État de l'Union des Comores ne cesse de revendiquer sa souveraineté sur Mayotte au motif de l'unité du peuple comorien étendue aux quatre îles de l'Archipel. Ces revendications interrogent l'existence précoloniale et la construction coloniale d'un peuple comorien face au poids de la volonté des Mahorais dans le processus d'indépendance. Comme l'explique Vincent Roux, la sortie de Mayotte de l'ensemble comorien se réfère à la distinction classique en matière d'autodétermination entre l'idéologie ethnoterritoriale, dans laquelle le territoire rassemble tous les membres d'un même groupe ethnique et permet donc de revendiquer Mayotte comme partie intégrante de la nation comorienne, et l'idéologie stratoterritoriale, laquelle repose sur la volonté politique et transcende les appartenances ethniques<sup>2595</sup>. La seconde idéologie qualifie Mayotte comme une île française, faisant perdurer – du moins pendant un temps – la représentation coutumière mahoraise au sein de la France.

**816.** En matière d'autodétermination, la Guyane, la Nouvelle-Calédonie et Wallis et Futuna conservent tous trois leur droit à l'indépendance, dont l'exercice entraînerait la disparition des coutumes autochtones de l'ordre étatique. Il s'agit moins de se prononcer sur le caractère souhaitable ou non de cette opération que d'en constater le caractère plausible. En l'espèce, de telles sécessions territoriales rendraient sans objet la problématique de la coexistence des systèmes représentatifs étatiques et coutumiers en France, puisque la représentation coutumière perdurerait au sein d'un nouvel État.

**817.** Pour la Guyane et Wallis et Futuna, les évolutions récentes ne semblent pas se diriger vers la création de nouveaux États indépendants. À cet égard, en 2003, la Guyane vote par référendum pour la départementalisation du territoire, dans la volonté d'une plus grande intégration à la France.

---

<sup>2591</sup> La France établit son protectorat sur ces trois îles entre 1886 et 1892. En revanche, Mayotte devient une colonie française en 1841. Ces quatre îles deviennent un territoire d'outre-mer en 1946.

<sup>2592</sup> Baudouin de HAUTECLOCQUE, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1), sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, organisant une consultation de la population des Comores*, Sénat, n° 73, 1974, p. 10.

<sup>2593</sup> Loi n° 74-965 du 23 novembre 1974 *organisant une consultation des populations des Comores*, J.O.R.F. du 24 novembre 1974, p. 11771. L'article premier précise : « les populations des Comores seront consultées sur la question de savoir si elles souhaitent choisir l'indépendance ou demeurer au sein de la République française ».

<sup>2594</sup> En 1975, l'Union des Comores déclare son indépendance et les trois îles approuvent successivement une constitution commune.

<sup>2595</sup> Vincent ROUX, « L'autodétermination des peuples autochtones : le cas complexe de Mayotte », *op. cit.*, p. 145. La seconde idéologie, faisant de Mayotte une île française, a parallèlement conduit à ce que le statut coutumier mahorais soit progressivement assimilé et disparaisse.

Dans ce cadre, les Amérindiens portent plutôt leurs revendications sur le terrain de l'autochtonie et non de l'autonomie<sup>2596</sup>. Parallèlement, Wallis et Futuna présentent certains avantages à conserver la nationalité française, laquelle permet une émigration facilitée en Nouvelle-Calédonie, et ne souhaitent pas se séparer de la République. En revanche, cette situation pourrait évoluer dans l'hypothèse où la Nouvelle-Calédonie elle-même ne serait plus française : les avantages en seraient réduits et l'observation de leur voisin du Pacifique influencerait peut-être les autorités locales vers de nouveaux objectifs politiques.

**818.** Pour la Nouvelle-Calédonie, l'éventualité sécessionniste trouve encore à s'appliquer, malgré les trois réponses négatives aux référendums d'indépendance<sup>2597</sup>. Dans sa résolution du 16 juin 2022, l'Assemblée générale de l'ONU recommande la poursuite du processus en ces termes :

Elle « engage vivement toutes les parties concernées, agissant dans l'intérêt des Néo-Calédoniens, à poursuivre leur dialogue, dans le cadre de l'Accord de Nouméa, dans un esprit d'harmonie et de respect mutuel afin de continuer de promouvoir une atmosphère propice à l'évolution pacifique du territoire vers un acte d'autodétermination qui soit conforme à la Charte et à ses résolutions pertinentes, notamment les résolutions 1514 (XV) et 1541 (XV), qui préserverait les droits de tous les secteurs de la population et qui reposerait sur le principe selon lequel c'est au peuple de Nouvelle-Calédonie qu'il appartient de choisir comment déterminer son destin »<sup>2598</sup>.

De même, elle prie « le Comité spécial de poursuivre l'examen de la question du territoire non autonome de Nouvelle-Calédonie »<sup>2599</sup>, confirmant *a fortiori* que la Nouvelle-Calédonie est toujours inscrite sur la liste onusienne des territoires à décoloniser et conserve son droit à l'indépendance.

**819.** Si d'aventure l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie advenait, cela contribuerait indirectement et partiellement à la validation de la thèse selon laquelle les problèmes liés à la représentation telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre créent un déficit de légitimité si important qu'un choix populaire est fait en faveur d'une non-représentation radicale *via* la sécession. Cette idée renvoie au triptyque conceptuel du professeur Albert Hirschman : « *Exit, Voice, Loyalty* »<sup>2600</sup>. Selon lui, les institutions publiques peuvent connaître de défaillances qui aboutissent à la baisse de qualité des biens et services délivrés. Face à cela, les individus ont le choix entre trois comportements : la porte de sortie (*exit*, la sortie), l'interpellation de l'institution (*voice*, la voix<sup>2601</sup>) ou l'acceptation du *statu quo* (*loyalty*, la loyauté). Si cette théorie résulte de l'analyse de nombreuses institutions publiques,

---

<sup>2596</sup> Stéphanie GUYON et Benoît TREPÉD, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », *op. cit.*, p. 97. Ces revendications demandent donc plutôt l'obtention de droits spéciaux en tant que « peuples autochtones » à l'intérieur de la République.

<sup>2597</sup> Zérah BREMOND, « L'autodétermination a-t-elle une fin ? Réflexions sur les droits des peuples de Nouvelle-Calédonie au-delà de l'Accord de Nouméa », *RJPENC*, vol. 1, n° 39, 2022, p. 70-81.

<sup>2598</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, A/AC.109/2022/L.22., para. 15.

<sup>2599</sup> *Ibid.*, para. 36.

<sup>2600</sup> Albert HIRSCHMAN, *Face au déclin des entreprises et des institutions*, Paris, Les éditions ouvrières, 1972, p. 10-15.

<sup>2601</sup> *Ibid.*, p. 35-36. L'auteur définit la prise de parole comme « toute tentative visant à modifier un état de fait insatisfaisant, que ce soit en adressant des pétitions individuelles ou collectives à la direction en place, en faisant appel à une instance supérieure ayant barre sur la direction ou en ayant recours à divers types d'action, notamment ceux qui ont pour but de mobiliser l'opinion publique ».

elle peut trouver une application particulière pour les institutions représentatives, selon laquelle l'absence d'une voix tangible au sein de l'institution remet en question la loyauté, parfois au point d'inciter à la sortie. Par la sortie, le professeur Hirschman note que les usagers font jouer la concurrence, laquelle pourrait aussi se transposer dans l'analyse des systèmes représentatifs : lorsque les institutions représentatives étatiques traditionnelles, comme les parlements, connaissent des défaillances pour porter les voix des autochtones, ces derniers investissent d'autres institutions concurrentes pour assurer leur représentation, tels que les associations ou les assemblées consultatives du Sénat coutumier ou du Grand conseil coutumier. Pourtant, selon cette théorie, si le système représentatif s'avère apte à les recevoir, c'est le comportement de l'interpellation qui est le plus utile, permettant une rétroaction ici entre les représentants et les représentés<sup>2602</sup>. De nombreux mécanismes sont d'ailleurs mis en œuvre dans ce sens comme les pétitions auprès des assemblées parlementaires ou l'interpellation des élus. Dans la même idée, face à un déficit de représentation politique et à un manque de légitimité, les autochtones pour qui la « sortie » est possible<sup>2603</sup> auront également peu de réticences à opter pour l'indépendance de leur système représentatif<sup>2604</sup>.

**820.** Toutefois, à ce sujet, le professeur Hirschman précise que « la décision de faire défection devient d'autant plus difficile à prendre qu'elle a été davantage retardée. La conviction d'avoir à rester pour éviter le pire ne fait que se renforcer »<sup>2605</sup>. En reprenant l'hypothèse de l'auteur, se pourrait-il que cela soit applicable à la « défection » de la Nouvelle-Calédonie ? Autrement dit, plus l'indépendance du territoire calédonien prendrait du temps, moins elle aurait de chance d'aboutir. En l'espèce, les premières revendications indépendantistes s'expriment en 1970, ce qui fait remonter la volonté de sécession à plus de cinquante ans et éloigne ainsi l'horizon d'un État calédonien souverain. À l'inverse, il est aussi possible de considérer l'indépendance comme un processus qui prend du temps et nécessite une « préparation ». Cette volonté politique de préparer la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance ressort particulièrement de l'Accord de Nouméa, lequel est considéré comme transitoire vers la souveraineté.

**821.** Aujourd'hui, la répartition démographique de l'archipel en faveur des loyalistes présage que, sans le maintien d'un corps électoral gelé, l'indépendance du territoire ne sera pas immédiate. La préparation de la Nouvelle-Calédonie à l'indépendance s'inscrit donc dans le long terme, sur

---

<sup>2602</sup> Albert HIRSCHMAN, *Face au déclin des entreprises et des institutions*, op. cit., p. 75.

<sup>2603</sup> *Ibid.*, p. 38. En effet, précise l'auteur, « lorsque la défection est rendue impossible, la prise de parole est la seule voie ouverte aux clients ou aux membres mécontents. C'est généralement le cas dans les cellules sociales fondamentales que sont la famille, l'État, l'Église ». Il fait ensuite un rapprochement original : « l'isolement du Japon fait que les possibilités d'opposition politique sont strictement limitées. La difficulté de trouver un lieu d'exil convenable a beaucoup contribué à enseigner aux Japonais les vertus du compromis ».

<sup>2604</sup> *Ibid.* L'auteur écrit à propos des membres des partis politiques par exemple : « quand leur mécontentement atteint un certain niveau, les "inconditionnels" eux-mêmes peuvent décider de s'abstenir de voter ou même faire sécession et créer leur propre mouvement.

<sup>2605</sup> *Ibid.*, p. 106.

plusieurs dizaines d'années supplémentaires, éventuellement à l'occasion d'un renversement du rapport démographique entre les Kanak et les Calédoniens d'origine européenne<sup>2606</sup>. Aux termes des trois consultations référendaires, dont les réponses négatives repoussent encore l'hypothèse de l'indépendance, la réunion des partenaires politiques doit maintenant « examiner la situation ainsi créée », ce qui laisse envisager l'étendue des possibilités pour l'avenir<sup>2607</sup>. Parmi ces possibilités, l'une d'elles consacre une sortie « minimale » de la France, autrement dit la Nouvelle-Calédonie conserverait un lien de partenariat, en devenant un État associé à la France.

## B. L'éventualité d'une « sécession minimale » de la représentation coutumière par l'association

822. Dans le cadre de la décolonisation, si l'indépendance constitue une voie possible selon la résolution de 1960 contenant la *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*<sup>2608</sup>, d'autres formes d'autodétermination sont mises en exergue par le droit onusien. En effet, la résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960<sup>2609</sup> et, de façon plus explicite, la résolution 2625 (XXV) du 24 octobre 1970<sup>2610</sup> mentionnent aussi la libre association avec un État, l'intégration ou l'autonomie selon des modalités à déterminer. La libre association ou l'« indépendance-association »<sup>2611</sup> s'avère une forme d'indépendance intéressante pour les autochtones, notamment car « les États associés admettent la coexistence du droit traditionnel autochtone et du droit étatique

---

<sup>2606</sup> À ce sujet, en 2019, « pour la première fois depuis la signature des accords de Matignon, la part des Kanak dans la population progresse légèrement et atteint 41 %, contre 39 % en 2014. L'émigration importante de non-natifs explique en partie ce résultat ». Voir, Pascal RIVOILAN, « La croissance démographique fléchit nettement en Nouvelle-Calédonie entre 2014 et 2019 », *Insee Première*, n° 1823, 2020, p. 1-4, spé. p. 3.

<sup>2607</sup> Une sécurité juridique est par ailleurs instaurée, car « tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie ». Voir, *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, point 5, al. 5.

<sup>2608</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 1514 (XV)*, 14 décembre 1960, UN Doc. GAOR Supp (n° 16).

<sup>2609</sup> Le principe VI énonce : « on peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie : a) Quand il est devenu État indépendant et souverain ; b) Quand il s'est librement associé à un État indépendant ; ou c) Quand il s'est intégré à un État indépendant ». Voir, ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, résolution 1541 (XV) du 15 décembre 1960, *Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, A/8082. Le paragraphe relatif au principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes énonce : « la création d'un État souverain et indépendant, la libre association ou l'intégration avec un État indépendant ou l'acquisition de tout autre statut politique librement décidé par un peuple constituent pour ce peuple des moyens d'exercer son droit à disposer de lui-même ».

<sup>2610</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution 2625 (XXV)* du 24 octobre 1970, *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, A/8082.

<sup>2611</sup> Stéphanie GRAFF, « Autodétermination et décolonisation externe » *op. cit.*, p. 187.

au sein de leur ordre juridique»<sup>2612</sup>. De façon générale, les États associés « reconnaissent la coutume comme source de droit, mais ils ne lui accordent pas nécessairement la même valeur »<sup>2613</sup>.

**823.** À ce sujet, Léa Havard démontre que l'État associé demeure un État souverain à part entière qui, parallèlement, choisit de s'associer à un État partenaire, déléguant une partie de sa souveraineté, la plupart du temps pour des raisons pratiques : les États associés du Pacifique Sud ont en commun d'être de micro-États, fortement dépendants à l'égard de l'extérieur, de partager une même culture océanienne du consensus, d'être d'anciennes colonies américaines ou néo-zélandaises et donc d'être marquées par la culture juridique anglo-saxonne<sup>2614</sup>. Dès lors, l'État associé se caractérise par un « peuple complexe » divers et multiculturel, lequel adopte une « constitution associative » organisant la coopération entre l'État principal et son partenaire<sup>2615</sup>.

**824.** Historiquement, l'Union française de 1946<sup>2616</sup> et la Communauté française de 1958<sup>2617</sup> constituent des formes d'association<sup>2618</sup>. Durant ces périodes pourtant, les États associés ne disposent pas de leur indépendance et le déséquilibre se fait au profit de l'Hexagone. En effet, certains membres de l'exécutif refusent l'idée d'un partage des pouvoirs entre la France et ses territoires d'outre-mer, à l'instar de Jules Moch, ancien ministre de Léon Blum, qui déclare : « je suis hostile à donner les mêmes droits aux chefs nègres et aux représentants français. [...] Je ne veux pas que la reine Makoko puisse renverser le gouvernement français »<sup>2619</sup>. Comme le résume Léa Havard,

---

<sup>2612</sup> Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, op. cit. p. 147, para. 296. L'auteure écrit aussi : « Le pluralisme reconnu dans les constitutions est donc d'abord juridique. Cette situation de pluralisme juridique, au sens où, sur un territoire donné, à un même moment, peuvent coexister plusieurs ordres juridiques distincts plus ou moins dépendants les uns des autres, et éventuellement concurrents, est un vestige de la colonisation. »

<sup>2613</sup> *Ibid.*, p. 148, para. 298.

<sup>2614</sup> *Ibid.*, p. 24, para. 20.

<sup>2615</sup> *Ibid.*, p. 353 et s. Par ailleurs, une association peut se retrouver dans le lien qui unit les outre-mer de l'article 74 de la Constitution de 1958 (la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna) à l'Union européenne. Ainsi, les Pays et Territoires d'outre-mer répondent « aux qualificatifs d'outre-mer européens associés en ce sens que relevant de la souveraineté d'États membres de l'Union, ces territoires ne sont pas à part entière dans l'Union mais entièrement à part ». Pourtant, cela n'est pas comparable, car l'association a surtout pour objectif de développer les relations économiques, il n'y a donc pas de délégation de souveraineté. De plus, il s'agit d'une association octroyée et non négociée. Voir, Didier BLANC, « Association (Pays et Territoires d'Outre-mer) », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 32-36, spé. p. 32.

<sup>2616</sup> Selon les termes de l'article 60 de la Constitution de 1946, l'Union française est « formée, d'une part, de la République française qui comprend la France métropolitaine, les départements et territoires d'outre-mer, d'autre part, des territoires et États associés ». Toutefois, seuls le Togo et le Cameroun sont concernés par ce qualificatif. Son application en Indochine a été un échec. Voir, Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, op. cit., p. 114.

<sup>2617</sup> Douze États optent en 1958 pour le statut d'État membre de la communauté : la Côte d'Ivoire, le Dahomey, le Gabon, la Haute-Volta, Madagascar, la Mauritanie, le Moyen-Congo, le Niger, l'Oubangui-Chari, le Sénégal, le Soudan et le Tchad.

<sup>2618</sup> Pour l'historique de l'Union française et de la Communauté française, Voir, Chapitre 3, Section 2, Paragraphe 2, para. 306-309.

<sup>2619</sup> Charles-Robert AGERON, *La décolonisation française*, Paris, Armand Colin, 1991, p. 71. La « reine Makoko » est une allusion au Roi Illo (dont le nom de la fonction est Makoko) des Batéké qui a signé un traité de protectorat le 10 septembre 1880. Voir aussi, Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, op. cit., p. 114, para. 216.

« si le statut d'État associé de l'Union française incarnait la volonté française de développer des relations plus égalitaires avec ses "États d'au-delà des mers", il en était bien autrement dans les faits »<sup>2620</sup>.

**825.** Dans la série des statuts appliqués à la Nouvelle-Calédonie, le plan Pisani de 1985 constitue la « tentative avortée » de l'indépendance-association du territoire avec la France<sup>2621</sup>. Fondés sur l'article 88 de la Constitution de 1958, les votants devaient se prononcer lors d'un scrutin d'autodétermination pour le maintien du statut de territoire d'outre-mer ou pour la constitution de la Nouvelle-Calédonie en un État indépendant associé à la France<sup>2622</sup>. Pourtant, la rapidité d'adoption du projet Pisani, l'incompréhension des autorités politiques, principalement loyalistes, envers l'indépendance-association<sup>2623</sup> et l'inadaptation du fondement de l'article 88 ont fait de cette tentative un échec<sup>2624</sup>.

**826.** Aujourd'hui, cette nouvelle forme d'État s'observe notamment aux îles Cook qui, en 1965, choisissent l'association à la Nouvelle-Zélande. Par la suite, Niue, les États fédérés de Micronésie, les îles Marshall et les Palaos deviennent également des États associés, la première avec la Nouvelle-Zélande et les trois dernières avec les États-Unis. Ainsi, c'est une représentation particulière qui se met en place, par délégation, où un État agit au nom et pour le compte de l'État associé, dans certains domaines préalablement définis<sup>2625</sup>. Par exemple, Niue et les îles Cook confient une partie de leurs compétences dans le domaine des affaires extérieures à la Nouvelle-Zélande<sup>2626</sup>. À ce titre,

---

<sup>2620</sup> Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, *op. cit.*, p. 115-116, para. 220.

<sup>2621</sup> Sylvie JACQUEMART, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 68. Voir aussi, Chapitre 3, Section 2, Paragraphe 1.

<sup>2622</sup> Loi n° 85-892 du 23 août 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*

<sup>2623</sup> Cette proposition aurait « cependant reçu un assez bon accueil chez les tenants de l'indépendance ». Voir, Guy AGNIEL, « Le parlement et la Nouvelle-Calédonie : du "droit à la bouderie"... à la délégation de souveraineté ? », *RFDC*, n° 90, 2012, p. 227-238, spéc. p. 234.

<sup>2624</sup> Léa HAVARD, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, *op. cit.*, p. 121-126.

<sup>2625</sup> *Ibid.*, note 360. Selon Léa Havard, « la délégation peut prendre différentes formes. De fait, la délégation *lato sensu* englobe trois mécanismes distincts, à savoir la délégation stricto sensu, le mandat et la représentation ». Dans ce cadre, le régime de l'État associé ne doit pas être confondu avec le régime du mandat en droit international public. Léa Havard explique : « dans le cadre du mandat et de la tutelle, la compétence territoriale d'un État est exercée par un État extérieur sous le contrôle d'une organisation internationale, la Société des Nations pour les mandats, et l'ONU pour la tutelle. La finalité de ces régimes était de faciliter l'accession à l'indépendance de la population concernée ». En droit international, le mandat est « appliqué après la Première Guerre mondiale, à certains anciens territoires ottomans (Syrie, Liban, Palestine, Transjordanie, Irak), et colonies allemandes (Togo, Cameroun, Sud-Ouest africain, Ruanda-Urundi, Tanganyika, îles Marshall, îles Samoa occidentales, Nauru), au nom de la Société des Nations (SDN), et après 1945 sous le nom de tutelle par l'Organisation des Nations Unies (ONU), qui ajouta aux mandats sur les anciennes colonies allemandes les colonies italiennes de Libye, d'Érythrée et de Somalie, ainsi que des colonies japonaises en Micronésie, le Territoire sous tutelle des îles du Pacifique (actuels États des Îles Mariannes du Nord, de Belau (Palau), des Marshall et États fédérés de Micronésie). Dans le Pacifique, beaucoup sont devenus des États associés ». Voir aussi, Mathias CHAUCHAT, « Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le Pacifique », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, 2017, en ligne : [https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/LEtat\\_associe.pdf](https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/LEtat_associe.pdf) (consulté le 10.12.2022).

<sup>2626</sup> *Cook Islands Constitution Act* du 17 novembre 1964, art. 5 : « Affaires extérieures et défense. Aucune disposition de la présente loi ou de la Constitution n'affecte les responsabilités de Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Zélande en matière d'affaires extérieures et de défense des îles Cook, ces responsabilités devant être exercées après consultation du Premier ministre de la Nouvelle-Zélande avec le Premier ministre des îles Cook ». Source non

ces deux États « jouissent d'une liberté inconditionnelle de changer leur statut, y compris d'abandonner leur qualité d'État associé ; cette liberté est constitutive de leur souveraineté »<sup>2627</sup>. Conséquemment, la représentation politique des États associés, par les parlements nationaux, demeure souveraine dans le choix de procéder à une délégation de compétences, du domaine délégué, et reste encore pleinement souveraine dans les domaines non délégués. La Déclaration commune de 2001 régissant les relations entre la Nouvelle-Zélande et les Iles Cook précise d'ailleurs que « la Nouvelle-Zélande, eu égard à ses responsabilités constitutionnelles en matière de conduite des affaires étrangères des Iles Cook, ne peut agir que sur délégation et en qualité de mandataire ou d'intermédiaire à la demande expresse des Iles Cook »<sup>2628</sup>. La Nouvelle-Zélande détient, par exemple, la compétence monétaire, et se charge de la représentation de ces États associés à l'ONU. De même, ces derniers lui délèguent la compétence en matière de nationalité permettant à leur ressortissant d'avoir la nationalité néo-zélandaise et l'ensemble des droits qui y sont rattachés<sup>2629</sup>. En revanche, les droits de vote et d'éligibilité, rattachés à la citoyenneté, restent conditionnés à une année de résidence continue en Nouvelle-Zélande<sup>2630</sup>. En retour, seuls les Néo-Zélandais titulaires d'un statut de résident permanent sont citoyens aux îles Cook et à Niue<sup>2631</sup>.

**827.** Dans certaines associations, l'État associé conserve une participation à la représentation de l'État duquel il est partenaire. C'est le cas des îles Marianne du Nord, appartenant aux États fédérés de Micronésie : elles disposent d'un organe délibérant souverain composé d'un Sénat de neuf membres et d'une Chambre des représentants de quinze membres, élus au suffrage universel pour quatre ans ; mais elles conservent aussi la nationalité américaine et une représentation indirecte à la Chambre des Représentants des États-Unis<sup>2632</sup>. Ces îles disposent ainsi d'un délégué qui ne peut voter lors des sessions plénières de la chambre américaine, mais peut présenter des propositions de loi et voter lors des séances en commission.

**828.** Suivant ces modèles, un lien d'indépendance-association pourrait être construit avec la Nouvelle-Calédonie. Cette idée est d'ailleurs régulièrement évoquée. En 1985, Jean-Marie Tjibaou répond lors d'un entretien que « c'est la souveraineté qui nous donne le droit et le pouvoir de

---

traduite : « External affairs and defence. Nothing in this Act or in the Constitution shall affect the responsibilities of Her Majesty the Queen in right of New Zealand for the external affairs and defence of the Cook Islands, those responsibilities to be discharged after consultation by the Prime Minister of New Zealand with the Premier of the Cook Islands ».

<sup>2627</sup> Caroline GRAVELAT, « Outre-mer néo-zélandais », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 405-408, spé. p. 406.

<sup>2628</sup> Déclaration commune de 2001 régissant les relations entre la Nouvelle-Zélande et les Iles Cook (*Joint Centenary Declaration of the Principles of the Relationship between New Zealand and the Cook Islands*), art. 5.

<sup>2629</sup> Caroline GRAVELAT, « Outre-mer néo-zélandais », *op. cit.*, p. 406.

<sup>2630</sup> *Ibid.*, p. 406.

<sup>2631</sup> *Ibid.*

<sup>2632</sup> Guy AGNIEL, « La relation d'association dans la région pacifique », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 111-119, spé. p. 116.

négoier les interdépendances. Pour un petit pays comme le nôtre, l'indépendance, c'est de bien calculer les interdépendances»<sup>2633</sup>. En effet, la superficie restreinte de l'archipel, la diversité de sa population et ses liens étroits d'interdépendance avec l'Hexagone invite ce territoire à tourner son regard vers le modèle de l'association.

**829.** Parmi d'autres hypothèses, le rapport *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie* développe l'idée de partenariat entre États souverains, faisant le lien avec «la relation des États fédérés de Micronésie et des États-Unis d'Amérique pour ce qui concerne l'Océanie et la relation entre Monaco et la France ou entre le Liechtenstein et la Suisse pour ce qui concerne l'Europe – mais qui ne pourrait être construite que de manière originale entre la Nouvelle-Calédonie et la France»<sup>2634</sup>. Dans ce cadre, la question posée par référendum serait proche de celle du référendum d'autodétermination du Québec de 1995 : « Acceptez-vous que le Québec devienne souverain après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre d'un projet de loi sur l'avenir du Québec et de l'entente signée le 12 juin 1995 ? »<sup>2635</sup>. La convention de partenariat établie entre les deux États souverains aurait alors une double nature : « d'une part, elle représenterait un acte juridique international dans la relation d'État à État ; d'autre part, elle pourrait être déclinée comme un acte juridique interne dans chacune des constitutions concernées »<sup>2636</sup>.

**830.** L'hypothèse paraît plausible et symbolise une « troisième voie » médiane entre une indépendance totale et une autonomie renforcée. Dès lors, sur le modèle des relations associatives de la Nouvelle-Zélande, la représentation extérieure de la Nouvelle-Calédonie à l'ONU et la compétence en matière de nationalité pourraient être confiées à la France. Les droits de vote et d'éligibilité pourraient être conditionnés à une année de résidence continue en France. De même, sur le modèle des îles Marianne du nord aux États-Unis, les Calédoniens pourraient désigner un membre non votant à l'Assemblée nationale, c'est-à-dire un député dont le vote est limité à la commission. En retour, les Français se rendant en Nouvelle-Calédonie de façon permanente pourraient conserver un accès facilité à la citoyenneté calédonienne. Précisément, l'ensemble des relations du partenariat devrait être négocié entre deux États souverains.

**831.** Toutefois, cette proposition rencontre certaines oppositions doctrinales. D'abord, le professeur Guy Agniel soulève que cette solution-association « susciterait une levée de boucliers de la part des non-indépendantistes, qui considèrent comme inacceptable et non négociable le

---

<sup>2633</sup> Jean-Marie Tjibaou, « Notre identité est devant nous », *op. cit.*, p. 202.

<sup>2634</sup> Jean COURTIAL et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, La documentation française, Rapport officiel au Premier ministre, 2014, p. 25.

<sup>2635</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>2636</sup> *Ibid.*, p. 27.



passage par le stade, préalablement à l'association, de l'indépendance »<sup>2637</sup>. En effet, malgré les aménagements de la représentation électorale<sup>2638</sup>, les loyalistes demeurent majoritaires lors des scrutins relatifs à l'autodétermination. La contrainte majoritaire réduit donc la probabilité d'un tel partenariat, d'autant qu'aujourd'hui, les non-indépendantistes sont toujours opposés à une telle alternative<sup>2639</sup>, bien qu'ils en reprennent le vocabulaire<sup>2640</sup>. Ensuite, selon une autre critique, le professeur Guy Agniel dénonce la ressemblance entre l'indépendance-association et l'ancien protectorat colonial<sup>2641</sup>. Par conséquent, il est plus favorable au concept de territoire ou de « pays associé » lequel aurait pour caractéristique les trois points suivants :

La reconnaissance que [...] la Nouvelle-Calédonie est en mesure, si sa population y consent, d'accéder à l'indépendance. La constatation que l'exercice des compétences de souveraineté consisterait en une trop lourde charge pour la Nouvelle-Calédonie. La décision de la Nouvelle-Calédonie de confier à la République française l'exercice contrôlé de ces compétences, la République française s'engageant à consulter préalablement la Nouvelle-Calédonie pour toute décision concernant cette dernière<sup>2642</sup>.

Cette proposition offre l'avantage de ne pas passer par l'étape de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie avant de négocier l'association à la France : elle ne présente pas l'écueil d'un vote référendaire clivant entre le maintien ou la sécession, mais ne prive pas non plus les populations concernées de leur droit à l'autodétermination. En se concentrant sur les modalités de la relation de « pays associé », celles-ci ne semblent pas si éloignées des relations actuelles, même si

---

<sup>2637</sup> Guy AGNIEL, « Le parlement et la Nouvelle-Calédonie : du “droit à la bouderie”... à la délégation de souveraineté ? », *art. cit.*, p. 233.

<sup>2638</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 2, para. 633-639.

<sup>2639</sup> Jean-Tenahe FAATAU, « Jean-François Carencu en Nouvelle-Calédonie : Pas de référendum de projet sans dialogue, a annoncé le ministre chargé des Outre-mer », *Outremers 360*, 2022, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/jean-francois-carencu-en-nouvelle-caledonie-pas-de-referendum-de-projet-sans-dialogue-a-annonce-le-ministre-charge-des-outre-mer> (consulté le 23.12.2022).

<sup>2640</sup> En effet, les Loyalistes revendiquent en 2023 un statut de « pays intégré », ce qui pourrait faire penser aux éventualités de « pays associé » ou à l'association. Toutefois, contrairement à ce que le premier mot du syntagme laisse entendre, ils demandent l'arrêt du transfert de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie, voire même, un retour de certaines compétences à l'État. Nicolas Metzdorf, député et président de Génération Nouvelle-Calédonie soutient : « On ne veut pas être associé, on veut être pleinement intégré dans la République ». Voir, Jean-Tenahe FAATAU, « Nouvelle-Calédonie : Le groupe Les Loyalistes veut un statut de « pays intégré » et défend un retour de compétences vers l'État », *Outremers 360*, 2023, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/nouvelle-caledonie-le-groupe-les-loyalistes-veut-un-statut-de-pays-integre-et-defend-un-retour-de-competences-vers-letat> (consulté le 03.03.2023).

<sup>2641</sup> Guy AGNIEL, « Le parlement et la Nouvelle-Calédonie : du “droit à la bouderie”... à la délégation de souveraineté ? », *art. cit.*, p. 234 : « le concept d'État associé n'est guère que la traduction, en vocabulaire politiquement correct, du protectorat de l'époque coloniale. Nous rappellerons brièvement que le protectorat est un régime conventionnel par lequel deux États organisent entre eux une répartition inégale de l'exercice des compétences. L'État protégé perd notamment sa compétence en matière de défense et de relations internationales (représentation diplomatique, protection des ressortissants de l'État protégé, responsabilité internationale). La pratique actuelle n'est guère différente ; si les protectorats d'essence coloniale ont aujourd'hui disparu, on peut néanmoins légitimement s'interroger sur la notion d'“État associé” tel qu'elle résulte des accords (compact of free association) conclus par les États-Unis avec les différents éléments (États fédérés de Micronésie, République des îles Marshall, république de Palau ou Belau) de l'ancien territoire sous tutelle stratégique du Pacifique. Certes, l'exercice des relations internationales n'est pas, dans la plupart des cas, transféré, mais il n'existe que parce que c'est l'État le plus puissant qui le finance ».

<sup>2642</sup> *Ibid.*, 235.

aujourd'hui, c'est la France qui procède à une délégation « irréversible » de compétences en faveur de la Nouvelle-Calédonie et non l'inverse. En outre, l'hypothèse de « pays associé » est reprise par Jean-Jacques Urvoas, à qui elle apparaît « concevable si le constituant acceptait un mécanisme de “délégation de souveraineté” »<sup>2643</sup>. Il s'agirait, finalement, d'un transfert de la souveraineté au profit de la Nouvelle-Calédonie, pour qui la France n'exercerait que les missions régaliennes.

**832.** D'ailleurs, certains indices laissent penser qu'une relation d'association avec la Nouvelle-Calédonie se développe progressivement. En effet, le chapitre premier de la loi organique de 1999 comprend une section consacrée aux « relations extérieures de la Nouvelle-Calédonie et association de la Nouvelle-Calédonie à des compétences de l'État »<sup>2644</sup>. En vue d'améliorer son intégration régionale, ces dispositions dotent la Nouvelle-Calédonie « d'outils juridiques lui permettant d'élaborer sa propre politique extérieure, toujours dans le respect des obligations internationales de la France, en renforçant ses liens avec les autres États et territoires du Pacifique »<sup>2645</sup>. La Nouvelle-Calédonie participe de plus en plus à des missions diplomatiques. À ce titre, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 juin 2022 relève « que les contacts entre la Nouvelle-Calédonie et les pays voisins du Pacifique Sud s'intensifient, y compris grâce à l'accueil de délégués néo-calédoniens au sein des missions diplomatiques et consulaires françaises dans la région »<sup>2646</sup>. Cette même résolution rappelle d'ailleurs « les dispositions de l'Accord de Nouméa qui prévoient que la Nouvelle-Calédonie pourra devenir membre ou membre associé de certaines organisations internationales »<sup>2647</sup>. En 2016, par exemple, la Nouvelle-Calédonie est acceptée comme membre à part entière à la quarante-septième session du Forum des îles du Pacifique qui s'est tenue sur les territoires des États fédérés de Micronésie, eux-mêmes États associés<sup>2648</sup>. De même, au mois de septembre 2022, avec l'accord de la France, le président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Louis Mapou s'est rendu au Sommet des pays insulaires du Pacifique, aux côtés de Niue et des îles Cook, États associés à la Nouvelle-Zélande<sup>2649</sup>. Ainsi, l'ensemble de ces compétences partagées dans le domaine des relations extérieures favorise, selon la professeure Carine David, « l'émergence d'une “paradiplomatie” calédonienne visible à travers la mobilisation de trois instruments caractéristiques, décrits comme des attributs de souveraineté [...] : la levée du drapeau, la signature de traités

---

<sup>2643</sup> Jean-Jacques URVOAS, « Vers “un pays associé”, esquisse pour le futur statut de la Nouvelle-Calédonie », *RFDC.*, vol. 4, n° 128, 2021, p. 115-133, spé. p. 128.

<sup>2644</sup> Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, *préc.*, art. 28 à 38.

<sup>2645</sup> Mathias CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>2646</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, *préc.*, p. 2.

<sup>2647</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, *préc.*, p. 6, para. 26.

<sup>2648</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>2649</sup> Chloé MAINGOURD, « Louis Mapou à la Maison-Blanche », *Demain en Nouvelle-Calédonie*, 29 septembre 2022, en ligne : <https://www.dnc.nc/louis-mapou-a-la-maison-blanche/> (consulté le 30.09.2022).

internationaux et les représentations diplomatiques »<sup>2650</sup>. De même, et cela peut être révélateur d'une certaine évolution symbolique vers l'association, depuis 2004, la Nouvelle-Calédonie dispose de sa propre équipe de football, affiliée à la Fédération internationale de football association<sup>2651</sup>.

**833.** Enfin, entre l'État associé et le pays associé, le professeur Jean-Yves Faberon formule la proposition d'une troisième voie. Il se fonde sur les divergences entre les Provinces Sud et Nord pour concevoir une solution duale : « à l'échelon supérieur global, la *Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie* et *Kanaky* instituée par la Constitution française, d'une part conférerait en son sein aux provinces indépendantistes la qualité d'État associé acquérant ainsi la qualification tant réclamée d'État avec toute latitude pour développer sa citoyenneté propre ; et d'autre part elle confirmerait la province loyaliste comme collectivité territoriale spécifique de la France »<sup>2652</sup>. À ce titre, il présente une reformulation de l'article 76 de la Constitution de 1958 :

Article 76 : Il est institué la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky composée de deux collectivités :

- La Nouvelle-Calédonie du Sud, qui succède à la province Sud de la Nouvelle-Calédonie, dont elle conserve les institutions et le régime de collectivité territoriale spécifique de la République française avec la faculté d'adaptations adoptées par loi organique ;
- L'État associé de Kanaky, qui succède aux provinces Nord et îles de la Nouvelle-Calédonie érigées en collectivité étatique associée à la République française sur la base d'adaptations de leur statut précédent notamment relatives à l'exercice de fonctions régaliennes et fixées par accord de l'assemblée délibérante représentative de l'État associé avec les autorités de la République française.

Cette nouvelle organisation comprendrait donc à la fois une collectivité autonome et une collectivité associée. Aux côtés des Assemblées de Province, des institutions représentatives seraient communes aux deux entités et composées de façon paritaire<sup>2653</sup>. De même, il serait intégré aux normes de

---

<sup>2650</sup> Séverine BLAISE, Carine DAVID et Gerard PRINSEN, « Pour un réexamen des concepts de “décolonisation, indépendance et souveraineté” au prisme de l'expérience néocalédonienne », *Journal de la Société des Océanistes*, vol. 155, n° 2, 2022, p. 327-344, spé. p. 332.

<sup>2651</sup> Marc VERZEROLI, « Les trois équipes de France. Le monde selon la FIFA », *Revue internationale et stratégique*, vol. 94, n° 2, 2014, p. 161-169, spé. p. 161. Au même titre que Tahiti. En effet, l'article 10.6 des statuts de la FIFA précise que, même si l'admission concerne uniquement les États, « avec l'autorisation de l'association du pays dont elle dépend, une association d'une région n'ayant pas encore obtenu l'indépendance peut également demander l'admission ».

<sup>2652</sup> Jean-Yves FABERON, « Un nouveau “pari sur l'intelligence” », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 25 octobre 2019, en ligne : <https://lajdom.fr/wp-content/uploads/2019/10/Un-nouveau-pari-sur-lintelligence-LNC-25-oct-2019.pdf> (consulté le 12.11.2022).

<sup>2653</sup> Jean-Yves FABERON, « Proposition de révision de la Constitution française de 1958 », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 26 octobre 2019, en ligne : <https://lajdom.fr/wp-content/uploads/2019/10/Un-nouveau-pari-sur-lintelligence-LNC-25-oct-2019.pdf> (consulté le 12.11.2022). L'article 77 modifié de la Constitution proposé par le professeur Jean-Yves Faberon est ici retranscrit : « Les organes de la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky sont : 1. *Le conseil représentatif* composé de cinq membres : deux représentants de chacune des deux collectivités de la Communauté autonome et un représentant de la République française. Le mandat de ces membres est de quatre ans. La présidence de ce conseil est tournante, à raison d'un mandat de président d'un an attribué successivement à chaque membre à l'exception du représentant de la République française. La vice-présidence, pour la même durée, est attribuée à un membre du conseil émanant de celle des deux collectivités dont le président n'émane pas. Le conseil représentatif est l'autorité morale qui représente l'ensemble de la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky à l'extérieur et à l'intérieur. 2. *Le conseil médiateur* est l'organe chargé de faire aux deux collectivités membres de la Communauté autonome, des propositions de nature à harmoniser autant que nécessaire leurs politiques et à résoudre leurs éventuelles difficultés. Il est constitué par l'adjonction aux membres du conseil représentatif de deux représentants respectifs de chacune des deux collectivités de la Communauté autonome et il est présidé par le

référence de l'archipel la *Charte de peuple kanak* de 2014<sup>2654</sup>. De ce fait, l'indépendance-association n'aurait pas à s'étendre à l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie, ce qui surmonterait également l'obstacle du désaccord des loyalistes. Si ce projet porte atteinte à l'intégrité territoriale de l'archipel tel qu'il existe aujourd'hui, un même découpage se retrouve ailleurs sans qu'il ne soit, par essence, problématique. C'est le cas de l'Irlande où sont séparées la République d'Irlande et l'Irlande du Nord, de l'île de Nouvelle-Guinée, distincte entre l'Indonésie et la Papouasie–Nouvelle-Guinée, ou de l'île de Bornéo sur laquelle coexistent l'Indonésie, la Malaisie et le Brunei. Le nord de l'île de Saint-Martin est aussi une collectivité d'outre-mer française, quand le sud est un État autonome rattaché aux Pays-Bas. Si les négociations politiques vont dans ce sens, rien ne semble donc exclure qu'une configuration semblable soit possible pour le territoire calédonien, dont une partie seulement deviendrait indépendante et associée à la France. Dans ce cadre, la représentation coutumière serait bien hors de France, mais ne serait pas sans lien avec la République. Pourtant, les États qui ont mis en œuvre une telle division du territoire ont dû faire face à d'importants conflits liés à la définition des frontières, ce qui permet de percevoir la complexité d'une telle proposition<sup>2655</sup>. De surcroît, cette proposition rencontre aussi quelques écueils théoriques. D'abord, si Kanaky devient un État associé, il sera, par conséquent, un État indépendant. Dès lors, la France ne pourra décider de la nature des institutions communes qu'avec la seconde partie de l'archipel, la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie. Pour l'État de Kanaky, rien ne garantit qu'une fois indépendant, celui-ci accepte de s'associer avec la République française et de partager des institutions communes. Ensuite, dans la droite ligne de cette difficulté, il n'existe, pour l'instant, aucun fondement juridique permettant de prendre en compte les résultats d'un référendum par province, lesquels conduiraient à l'indépendance, seulement, d'une partie de la Nouvelle-Calédonie. Enfin, si la démographie des indépendantistes, principalement Kanak, et des loyalistes, principalement d'origine européenne, semblait clairement répartie entre la province nord pour les premiers et sud pour les seconds, cette dichotomie n'est plus aussi intelligible. En effet, le bilan de l'Accord de Nouméa rapporte que « la

---

représentant de l'État au conseil représentatif. 3. *Le Sénat coutumier de la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky* succède au Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie. Il est compétent à titre consultatif sur toutes questions relatives aux coutumes kanak sur l'ensemble du territoire de la Communauté autonome ».

<sup>2654</sup> Jean-Yves FABERON, « Proposition de révision de la Constitution française de 1958 », *art. cit.* Le nouvel article 78 serait ainsi rédigé : « Article 78 : La charte des valeurs communes de la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky est composée de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, du préambule de la Constitution de 1946, de la charte de l'environnement de 2004 ainsi que du préambule de l'Accord de Nouméa de 1998 et des valeurs kanak proclamées dans la *Charte du peuple kanak* de 2014 à l'égard de celui-ci. Ces éléments fondent l'État de droit qui constitue la Communauté autonome de Nouvelle-Calédonie et Kanaky. En son sein, l'État associé de Kanaky y organise sa propre régulation du contrôle de légalité en application de l'accord visé à l'article 76 dernier alinéa ; il est soumis au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel ».

<sup>2655</sup> Par exemple, entre 1960 et 2000, les conflits sont très réguliers entre la République d'Irlande et l'Irlande du Nord et sont réactivés à chaque évolution institutionnelle, et dans les années 1990, l'île de Nouvelle-Guinée, distincte entre l'Indonésie (son indépendance est acquise en 1945) et la Papouasie–Nouvelle-Guinée (territoire sous mandat australien, devenu souverain en 1975) est marquée par de très nombreux conflits et l'apparition de mouvements sécessionnistes.

majorité des Kanak (52 % en 2019) vit désormais en province Sud contre 39 % en 1996 »<sup>2656</sup>. Ces éléments permettent de penser que la solution serait aujourd'hui difficile à mettre en œuvre. Il reste que l'indépendance et l'association ne sont pas les seules hypothèses juridiques liées à la disparition de la représentation coutumière. Parmi celles-ci figure celle de l'assimilation.

## PARAGRAPHE 2 – Le risque d'une assimilation de la représentation coutumière

**834.** L'assimilation se définit comme la suppression des particularismes d'un système juridique afin de l'intégrer au système juridique majoritaire<sup>2657</sup>. Elle se conçoit comme le degré le plus élevé d'acculturation, où le système juridique assimilé abandonne ses particularismes pour se conformer au système juridique dominant. Ainsi, bien que la période coloniale soit achevée<sup>2658</sup>, le risque d'assimilation perdure parfois sous d'autres formes. En effet, souligne le professeur Jean Leclair, la « dynamique impérialiste a engendré un type particulier de rapports entre les peuples autochtones et l'État canadien. Rapports qui, chose essentielle, n'ont pas simplement un intérêt historique puisqu'ils se poursuivent encore aujourd'hui »<sup>2659</sup>. Dans ce cadre, les rapports historiques établis entre les États et les communautés autochtones ont une influence persistante sur les systèmes représentatifs coutumiers aujourd'hui.

**835.** D'abord, certaines des institutions créées durant la période coloniale sont maintenues. Au Canada, par exemple, la *Loi sur les Indiens* « subordonne encore et toujours la vie des membres d'une bande [...] à celle du conseil de bande, médiateur désigné de la volonté de tous »<sup>2660</sup>. Ces représentants restent élus, sans que les autochtones ne se soient toujours appropriés ce mécanisme de désignation par l'adoption communautaire d'un code électoral coutumier. Cette situation concerne plus d'un tiers des bandes autochtones du Canada<sup>2661</sup>. En France, le découpage administratif actuel de la Nouvelle-Calédonie en tribus et en districts administratifs, puis l'instauration des petits et grands chefs constituent des héritages de la période coloniale. Il en est de

---

<sup>2656</sup> CABINET CM INTERNATIONAL, *Bilan institutionnel, administratif et financier de l'accord de Nouméa*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>2657</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS, et Jacques POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 374. L'assimilation se conçoit comme le degré le plus élevé d'acculturation, où le système juridique assimilé abandonne ses particularismes pour se conformer au système juridique majoritaire ou dominant. L'assimilation juridique peut être consentie et positive, mais elle est souvent le résultat d'une politique visant à « l'homogénéisation de la société politique nationale par l'intégration des différences minoritaires ». Voir aussi, Chapitre 2, Section 1.

<sup>2658</sup> Il semble important de relever le caractère relativement récent de la fin de certaines formes d'assimilation coloniale. Par exemple, au Canada, le dernier pensionnat autochtone ferme en 1996. De même, le pensionnat de Saint-Georges-de-l'Oyapock, en Guyane, est toujours en activité.

<sup>2659</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 41.

<sup>2660</sup> *Ibid.*

<sup>2661</sup> SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA, « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *op. cit.* Depuis 2019, il existe une nouvelle bande (donc 619 bandes indiennes au total).

même pour la rémunération des Capitaines bushinenges et des chefs coutumiers amérindiens de Guyane. En outre, comme le résume le professeur Étienne Cornut, « la désignation des autorités coutumières porte la marque de l'emprise de l'État. [...] S'il est presque toujours prévu que la désignation s'effectue selon les usages coutumiers, la puissance publique dispose tantôt d'un pouvoir direct de désignation, tantôt elle en organise le régime juridique de façon principale, tantôt elle en contrôle seulement et *a posteriori* le bon déroulement, tantôt enfin elle s'interdit toute immixtion dans ce processus »<sup>2662</sup>. Ainsi, en France comme au Canada, le maintien de ces régimes juridiques, organisés par l'État sans le concours de ceux auxquels ils s'appliquent et parfois hérités de la colonisation, peut contribuer à l'assimilation de la représentation coutumière aux modèles étatiques. Par conséquent, si les systèmes représentatifs coutumiers ne sont pas reconnus dans leurs spécificités juridiques, l'État prend progressivement le risque que celles-ci disparaissent.

**836.** Ce risque se décèle à la lecture de plusieurs analyses doctrinales. Le professeur Bernard Durand explique par exemple :

Les bases mêmes des autorités traditionnelles ont été altérées dans leurs fondements économiques, sacrés, militaires, non seulement par l'introduction de religions et d'idées nouvelles (qu'il s'agisse des croyances chrétiennes ou même de la conception laïque du pouvoir) ou tout simplement par l'introduction du système monétaire et économique [qui ont] considérablement modifié le regard des indigènes sur leurs propres chefs. [...] Cette altération de l'autorité est éminemment indirecte, en ce sens qu'elle n'est pas le résultat direct d'une volonté de l'autorité coloniale, elle n'est pas volontairement provoquée, elle est seulement la conséquence de sa présence<sup>2663</sup>.

En l'espèce, les autorités étatiques n'agissent pas nécessairement dans le but d'assimiler la représentation coutumière : il suffit que l'ordre étatique et les systèmes coutumiers coexistent et que, peu à peu, les seconds intègrent les premiers et adoptent leurs règles de droit, volontairement ou non, consciemment ou non. C'est pourquoi, dans la même idée, Will Kymlicka soutient que l'attitude de « neutralité bienveillante » de l'État n'existe pas et reste influencée par une culture nationale majoritaire. Il précise :

Les décisions d'un gouvernement touchant la langue d'usage, les frontières administratives, les jours fériés et les symboles de l'État impliquent nécessairement que celui-ci reconnaît et favorise les intérêts et l'identité de groupes ethniques ou nationaux particuliers. Inévitablement, l'État fait la promotion de certaines identités culturelles qui, par la même, portent préjudice aux autres. Une fois que l'on accepte cela, il reste à repenser la légitimité des revendications formulées par les minorités<sup>2664</sup>.

Selon cette logique, un risque d'assimilation perdure du fait même de la neutralité politique emprunte de concepts perçus comme universels. Par conséquent, la neutralité du droit serait impossible, puisque les normes produites rejoignent nécessairement une culture juridique

---

<sup>2662</sup> Étienne CORNUT, « Autorités coutumières », dans Géraldine GIRAudeau et Mathieu MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 46-50, spé. p. 48.

<sup>2663</sup> Bernard DURAND, « Robison et Vendredi : du bon usage du pluralisme juridique », *RJPENC*, n° 18, 2011, p. 79-92, spé. p. 85.

<sup>2664</sup> Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, Paris, La Découverte, 2001, p. 158.

particulière<sup>2665</sup>. Écrits en 1956, les mots d’Aimé Césaire résonnent alors particulièrement : il y a « deux manières de se perdre : par ségrégation murée dans le particulier ou par dilution dans l’universel »<sup>2666</sup>.

**837.** À ce titre, l’universalité peut constituer le support d’une certaine uniformité des normes applicables. En France par exemple, cela se retrouve dans la conception unitaire de l’État et dans les interprétations qui sont faites des normes constitutionnelles. En 1982, le Conseil constitutionnel encadre les collectivités soumises au principe d’assimilation et invalide la loi créant une assemblée unique « élue à la représentation proportionnelle » dans les départements et régions ultramarins<sup>2667</sup>. Il estime que les adaptations permises par l’article 73 de la Constitution, lequel porte explicitement le nom de régime d’assimilation, « ne sauraient avoir pour effet de conférer aux départements d’outre-mer une “organisation particulière”, prévue par l’article 74 de la Constitution pour les seuls territoires d’outre-mer »<sup>2668</sup>. De plus, par la révision constitutionnelle de 2003, la notion de « peuples d’outre-mer » s’efface de la Constitution. Une telle appréhension juridique de l’outre-mer peut contribuer à l’uniformité des règles applicables aux différents territoires.

**838.** Pour la Guyane, la révision constitutionnelle de 2003 et le référendum de mars 2009 entraînent la départementalisation du territoire. En janvier 2010, les électeurs de Guyane se prononcent une première fois contre un statut de plus large autonomie, et une seconde fois, en faveur de la création d’une collectivité unique exerçant les compétences dévolues au département et à la région, régie par l’article 73 de la Constitution<sup>2669</sup>. Si les évolutions institutionnelles et administratives sont validées par le scrutin, il reste que le régime de l’assimilation législative ne paraît pas le plus adapté à la prise en compte des spécificités de la représentation amérindiennes et bushinenges. En effet, les adaptations possibles - qui ne peuvent porter sur des domaines régaliens, comme la nationalité, les droits civiques ou le droit électoral - demeurent encadrées et font l’objet

---

<sup>2665</sup> Laurent SERMET, *Une anthropologie juridique des droits de l’homme : les chemins de l’Océan Indien*, op. cit., p. 13. Le professeur Louis Assier-Andrieu ajoute que, entre l’« assimilation ou [la] disparition, le droit des autres est accueilli du moment qu’il ressemble au modèle universel dont l’Occident fournit et renouvelle les critères. Réclamer l’universelle unité est tout aussi arbitraire que de revendiquer l’universelle relativité des choses juridiques ». Voir, Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 76.

<sup>2666</sup> Lettre de démission d’Aimé Césaire adressée à Maurice Thorez, 24 oct. 1956, cité par Benoît BREVILLE, « Les deux manières de se perdre », *Le Monde diplomatique*, n° 128, avril-mai 2013, en ligne : <https://www.monde-diplomatique.fr/mav/128/BREVILLE/48908> (consulté le 15.10.2022).

<sup>2667</sup> CC, Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, J.O.R.F. du 4 décembre 1982, p. 3666.

<sup>2668</sup> *Ibid.*, cons. 4. Réaffirmé par, CC, Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d’orientation pour l’outre-mer*, J.O.R.F. du 14 décembre 2000, p. 19830, cons. 9.

<sup>2669</sup> Il est à noter que pour ce second scrutin, la participation était de 27,44 %. Le oui l’a emporté à la hauteur de 57,48 %. Voir, VIE PUBLIQUE, « Évolution institutionnelle et statutaire outre-mer : chronologie », *Vie publique*, 2022, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19621-evolution-institutionnelle-et-statutaire-outre-mer-chronologie> (consulté le 16.10.2022).

d'une interprétation stricte par le Conseil constitutionnel<sup>2670</sup>. L'assemblée de Guyane se heurterait donc à certaines difficultés si elles souhaitent adopter une réglementation particulière pour les systèmes coutumiers de représentation qui subsistent sur le territoire. C'est pourquoi, selon Thierry Michalon, plus qu'un « carcan trop étroit conduisant à brider les initiatives locales »<sup>2671</sup>, l'article 73 constitue une impasse juridique<sup>2672</sup>.

**839.** En outre, dans un tel système institutionnel, la faiblesse numérique des populations autochtones ne leur permet pas d'influer sur le scrutin majoritaire ni sur la prise de décision : ils demeurent sous-représentés au sein de l'Assemblée de Guyane et du Parlement national. La Guyane reste ainsi le seul territoire français où les systèmes représentatifs coutumiers coexistent dans les faits avec le droit commun, sans qu'aucun statut particulier n'existe. La législation ne protège pas les spécificités de la représentation coutumière, augmentant *de facto* le risque de sa disparition par assimilation, dans un contexte anémique important. À ce sujet, le professeur Jacques Larrieu rapporte un bilan décevant de la réception des coutumes guyanaises par le droit positif<sup>2673</sup> et Philippe Karpe et Alexis Tiouka parlent de « la situation de grande vulnérabilité des Amérindiens »<sup>2674</sup>, sans oublier les Bushinenges qui s'avèrent aussi régulièrement persécutés sur les territoires voisins<sup>2675</sup>.

**840.** Au-delà de la différence entre le régime des articles 73 et 74 de la Constitution, les statuts personnels de l'article 75 s'avèrent la principale protection des systèmes représentatifs coutumiers. Pourtant, un rapport sénatorial évoque que « le pouvoir constituant de 1958 pouvait penser que les statuts personnels, qui existent également en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna,

---

<sup>2670</sup> Constitution française de 1958, art. 73, al. 4.

<sup>2671</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *art. cit.*, p. 25-26. Selon les arguments évoqués par certains auteurs. Le professeur précise, lui, que « dans le cadre de l'article 73 ou dans celui de l'article 74, la Constitution aménage désormais une infinité de solutions qui tendent toutes à reconnaître de manière plus ou moins marquée les spécificités locales de chacune des collectivités territoriales d'outre-mer ». Il fait alors référence à la Réunion, la Guadeloupe la Martinique et la Guyane. Toutefois, si les adaptations sont possibles et peuvent même être initiées par l'Assemblée unique de Guyane, elles n'ont pas été adoptées pour protéger les systèmes coutumiers de représentation sur le territoire.

<sup>2672</sup> Thierry MICHALON, « Commentaire : les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », *op. cit.*, p. 154.

<sup>2673</sup> Jacques LARRIEU, « La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national », dans Jean-Pascal MARTRES et Jacques LARRIEU (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 35-46, spé. p. 44.

<sup>2674</sup> Philippe KARPE et Alexis TIOUKA, « Au-delà du juridisme : la décolonisation progressive des Amérindiens de Guyane française », *op. cit.*, p. 43. Ils parlent notamment des hauts taux de suicide, du chômage, et de l'échec scolaire.

<sup>2675</sup> Entre 1980 et 1990, le Gouvernement surinamais est accusé de génocides envers les Bushinenges et particulièrement sur les Ndjukas. La plupart des survivants atteignent la Guyane française sans que ne leur soit reconnu le statut de réfugié. Durant une dizaine d'années, « plusieurs milliers de Surinamiens sont parqués dans des camps sous contrôle de l'armée française, sans droit au séjour, au travail, à la scolarisation, garantie de non-refoulement vers le pays de persécution, droits sociaux, liberté d'expression [...] c'est le non-droit absolu ». Voir, Jean QUATREMER, *Libération*, 9 mai 1989, p. 25, cité par Richard PRICE, « Le massacre de Moiwana », dans Richard PRICE (dir.), *Peuple Saramaka contre État du Suriname. Combat pour la forêt et les droits de l'Homme*, Paris, Karthala, coll. « Esclavages », 2012, p. 97-117, spé. p. 102.



s'éteindraient progressivement»<sup>2676</sup>. En effet, selon la thèse coloniale, le statut personnel était transitoire et voué à disparaître. L'option même du statut particulier était envisagée comme « un outil de propagande du droit de la puissance coloniale »<sup>2677</sup>, par lequel l'Indigène était voué à l'assimilation par imitation : « l'indigène se familiarisera peu à peu avec les institutions métropolitaines ; il en appréciera les commodités et les avantages. [...] Il n'y aura pas à s'étonner alors de le voir recourir aux mêmes procédés, aux mêmes institutions »<sup>2678</sup>. Aujourd'hui, malgré les idéaux de pluralisme juridique et d'égalité entre les statuts, le droit commun prédomine sur les statuts personnels. Comme le précise le professeur Laurent Sermet, « la prédominance du droit commun intervient [...] en cas de silence ou d'insuffisance juridique du droit local. [...] Le contexte colonial de l'article 75 C. pèse donc encore sur son interprétation »<sup>2679</sup>.

**841.** Si le risque de disparition de la représentation coutumière perdure, c'est aussi parce que les normes relatives aux statuts personnels peuvent être aisément transformées par le législateur. C'est le cas du statut mahorais qui a profondément évolué pour se conformer au modèle et aux principes républicains. Sur ce territoire où le droit coutumier s'inspire du droit musulman et des coutumes africaines et malgaches, près de 95 % de la population est de confession musulmane<sup>2680</sup>. Dans ce cadre, il existe un statut civil personnel mahorais pour lequel la justice cadiale est compétente durant une centaine d'années<sup>2681</sup>. Depuis 1841, à rebours des autres îles comoriennes, Mayotte est

---

<sup>2676</sup> Jean-Jacques HYEY, Michèle ANDRE, Christian COINTAT et Yves DETRAIGNE, *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités, Rapport d'information n° 115 ait au nom de la commission des lois*, Sénat, 27 novembre 2008, p. 34.

<sup>2677</sup> Ghislain OTIS, « L'individu comme arbitre des tensions entre pluralisme juridique et droits fondamentaux », dans Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 65-82, spé. p. 68.

<sup>2678</sup> Henry SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, op. cit., p. 424.

<sup>2679</sup> Laurent SERMET, *Une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'Océan Indien*, op. cit., p. 73. Cette conclusion est nuancée par Régis Lafargue : « le Droit civil français n'a pas de légitimité à s'appliquer aux citoyens de statut coutumier dans les matières que régit leur statut propre. [...] Et ce, sous quelque forme que ce soit, fut-ce sous la forme d'un droit supplétif ou sous la forme d'une faculté d'option partielle. Tout au plus peut-il servir de source d'inspiration à la jurisprudence au même titre que les règles du droit international, sachant que le citoyen de statut coutumier reste libre de renoncer à son statut de naissance pour adopter le statut de droit commun ». Dès lors, pour la Nouvelle-Calédonie, le code civil ne peut constituer une norme supplétive au droit coutumier. Voir, Régis LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Mission recherche Droit et justice, 2001, p. 146

<sup>2680</sup> Jean-Jacques HYEY, Michèle ANDRE, Christian COINTAT et Yves DETRAIGNE, *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités, Rapport d'information n° 115 ait au nom de la commission des lois*, op. cit., p. 33.

<sup>2681</sup> Bien que le droit commun de Mayotte soit le droit local dès 1841, le statut particulier est consacré pour la première fois par le décret du 29 mars 1934 dans le cadre de l'organisation de la justice indigène, avec la création de la juridiction cadiale, précisée par les autorités nationales avec décret du 1er juin 1939, avant d'être reprise par la chambre des députés des Comores de 1964. La délibération de 1964 vient retirer à la juridiction coutumière la compétence pénale, mais celle-ci conserve ses compétences dans les domaines civil et commercial. Voir, Décret du 29 mars 1934 *portant réorganisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores*, J.O.R.F. du 5 avril 1934, p. 3526. Voir, Décret du 1er juin 1939 *portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores en matière civile, commerciale, pénale*, J.O.R.F. du 15 juin 1939, p. 7581. Voir, Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores *relative à la réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane*, J.O. des Comores du 16 décembre 1964, p. 476. La justice cadiale fait référence au Cadis qui exercent depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, un rôle de juge, de médiateur et d'institution régulatrice de la vie sociale et familiale. Voir, Jean-Jacques HYEY, Michèle ANDRE, Christian COINTAT

successivement une colonie<sup>2682</sup>, une collectivité territoriale<sup>2683</sup>, une collectivité départementale<sup>2684</sup>, une collectivité d'outre-mer « assimilée, à statut de base »<sup>2685</sup> et enfin un département d'outre-mer aux compétences régionales<sup>2686</sup>.

**842.** Dans la continuité de ces statuts, l'Accord du 27 janvier 2000 *sur l'avenir de Mayotte* énonce que « le statut de collectivité départementale permettra d'adopter une organisation juridique, économique et sociale qui se rapprochera le plus possible du droit commun et qui sera adaptée à l'évolution de la société mahoraise »<sup>2687</sup>. Le huitième article prévoit d'ailleurs une rénovation de l'état civil et la clarification du statut personnel<sup>2688</sup>. Selon Sophie Blanchy et Yves Moatty, les termes utilisés laissent place à des interprétations contradictoires de la part des Mahorais : « "la clarification du statut de droit local" n'a pas fait prévoir sa disparition, "la promotion de l'identité mahoraise" fut comprise comme le respect de ses composantes islamiques et coutumières »<sup>2689</sup>. En 2003 pourtant, la loi constitutionnelle inscrit le territoire dans la liste des départements d'outre-mer de l'article 73 de la Constitution. Par conséquent, « les lois et règlements y devenaient applicables de plein droit et les adaptations locales ne pouvaient plus porter sur l'état et la capacité des personnes »<sup>2690</sup>. De même, en 2003, le Conseil constitutionnel considère que si le législateur ne remet « pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il p[eut] adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »<sup>2691</sup>. Dès lors, rien ne fait obstacle à ce que le législateur prépare « l'extinction progressive du statut de droit local », selon les termes employés par le député Didier Quentin<sup>2692</sup>. En effet, même si le législateur ne peut supprimer le statut, rien ne s'oppose à ce qu'il « modifie chacune de ses règles »<sup>2693</sup>.

---

et Yves DETRAIGNE, *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités, Rapport d'information n° 115 ait au nom de la commission des lois, op. cit.*, p. 38.

<sup>2682</sup> De 1841, date à laquelle Mayotte est cédée à la France, jusqu'à l'indépendance des îles comoriennes en 1975.

<sup>2683</sup> De 1976 à 2000. Voir, Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 *relative à l'organisation de Mayotte*, J.O.R.F. du 28 décembre 1976, p. 7493.

<sup>2684</sup> De 2000 à 2007. Voir, Accord du 27 janvier 2000 *sur l'avenir de Mayotte*, J.O.R.F. n° 32 du 8 février 2000, texte n° 8.

<sup>2685</sup> De 2007 à 2010. Voir, Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (1)*, J.O.R.F. n° 45 du 22 février 2007, texte n° 1.

<sup>2686</sup> En 2010. Voir, Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 *relative au Département de Mayotte (1)*, J.O.R.F. n° 0284 du 8 décembre 2010, texte n° 2.

<sup>2687</sup> Accord du 27 janvier 2000 *sur l'avenir de Mayotte, préc.*

<sup>2688</sup> *Ibid.*, art. 8.

<sup>2689</sup> Sophie BLANCHY et Yves MOATTY, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *art. cit.*, p. 127.

<sup>2690</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>2691</sup> CC, Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 *Loi de programme pour l'outre-mer, préc.*

<sup>2692</sup> Didier QUENTIN, *Rapport d'information sur la situation de l'immigration à Mayotte en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par M. René Dosière*, Assemblée nationale, n° 2932, 8 mars 2006, p. 64 et 74 : « La mission remarque, au vu des informations réunies sur place lors de son déplacement à Mayotte du 12 au 17 décembre dernier, qu'il est illusoire d'espérer une amélioration durable de la situation de l'immigration à Mayotte, tant que la situation juridique des personnes sur cette île n'aura pas été clarifiée. La mission considère unanimement qu'il est donc urgent d'amplifier l'effort entrepris pour aboutir rapidement à un état civil fiable à Mayotte. Elle estime, en outre, que la

**843.** Dans ce contexte, principalement justifié par l'élargissement du droit des femmes sur le territoire, le statut personnel mahorais se rapproche inévitablement du droit civil commun<sup>2694</sup>. La justice cadiale est d'abord intégrée à l'organisation judiciaire locale en cessant d'être obligatoire, pour finalement être substituée de plein droit par la juridiction de droit commun. Les cadis s'avèrent dessaisis de leurs compétences juridictionnelles, notariales et relatives à l'état civil<sup>2695</sup>. S'ils sont toujours régulièrement consultés par les Mahorais<sup>2696</sup>, il a fallu moins de dix ans pour que le statut mahorais soit vidé de son contenu, qualifié aujourd'hui d'une « marche vers le droit commun »<sup>2697</sup>, d'une « assimilation progressive »<sup>2698</sup> ou d'un « fantôme de statut personnel coutumier »<sup>2699</sup>.

**844.** Ainsi, certaines évolutions du droit restent vectrices d'une assimilation des systèmes coutumiers au modèle étatique. Wallis-et-Futuna se présente comme un archipel relativement préservé, ayant moins de relations avec l'Hexagone et donc peu sujet à l'assimilation<sup>2700</sup>. Pourtant, cette éventualité ne concerne pas uniquement Mayotte ou la Guyane, mais aussi la Nouvelle-Calédonie puisqu'en 2016, le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie lance le « plan Marshall de

---

perspective de la prochaine départementalisation de cette collectivité devrait faciliter l'extinction progressive du statut personnel de droit local et la transformation du rôle des cadis, car la confusion juridique engendrée par ces spécificités conforte actuellement l'immigration clandestine sur l'île ». La proposition de la mission est donc rédigée ainsi : « Dans la perspective de la future départementalisation de Mayotte, préparer l'extinction progressive du statut personnel de droit local et la transformation du rôle des cadis en médiateurs de proximité, rémunérés par le conseil général ».

<sup>2693</sup> François LUCHAIRE, « L'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Décision n°2003-474 DC du 17 juillet 2003 », *art. cit.*, p. 1796.

<sup>2694</sup> Notamment par la loi relative à la parité en politique et par l'adoption de l'ordonnance du 5 mars 2000 qui institue le nom patronymique. De même, la loi du 11 juillet 2001 a amplifié le mouvement d'évolution avec l'autorisation légale donnée à la femme de pouvoir exercer une profession, percevoir les gains et de disposer de ceux-ci, administrer, obliger et aliéner ses biens sans le concours préalable de son époux. « Enfin, la loi du 21 juillet 2003 a poursuivi cette clarification du statut particulier en interdisant pour la jeune génération la polygamie à compter du 1<sup>er</sup> janvier en 2005 pour les filles et les garçons arrivant en âge de se marier, et l'inégalité successorale au profit des enfants nés après son entrée en vigueur soit le 22 juillet 2003 ; et en instituant le divorce en lieu et place de la répudiation ». L'auteur ajoute : « Au total, le statut du droit civil local à Mayotte a connu des évolutions importantes ces dix dernières années. Ces évolutions sont les résultats des travaux de la commission de réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte présidé localement par le Préfet Boisadam entre 1996 et 1998, de l'accord politique sur l'avenir de Mayotte signé à Paris le 27 janvier 2000, lequel était approuvé par près de 73 % de la population de Mayotte lors de la consultation du 2 juillet 2000 ». Voir, Mansour KAMARDINE, « La marche mahoraise vers le droit commun... ou de la difficulté de demeurer français », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p.19-40, spé. p. 35-36.

<sup>2695</sup> Étienne CORNUT, « Autorités coutumières », *op. cit.*, p. 49.

<sup>2696</sup> En l'occurrence, « cette stratégie d'éviction, parce qu'elle entraîne un recours aux autorités coutumières risque de faire subsister *de facto* des situations, certes légitimées par l'ordre social, mais illégales ; sans que les droits subjectifs des personnes impliquées dans ces situations ne puissent toujours être protégés, notamment lorsqu'elles sont vulnérables ». Voir, Mathilde PHILIP-GAY, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 59-76, spé. p. 69. En exerçant un pouvoir juridique en parallèle des autorités publiques, cette situation est constitutive d'un véritable pluralisme extra-étatique.

<sup>2697</sup> Olivier GOHIN, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p. 5-18.

<sup>2698</sup> L'auteur parle aussi des « contours fantomatiques du statut personnel » « qui n'est que l'ombre de lui-même ». Voir, Amir ALI, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille, 2016, Version en ligne, p. 351.

<sup>2699</sup> Elise RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *Revue critique de droit international privé*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 733-774.

<sup>2700</sup> Frédéric ANGLEVIEL, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, Bordeaux, Centre de Recherche des Espaces tropicaux, 1994, p. 220.

l'identité kanak », car les Kanak sont un « peuple sinistré sur le plan sociétal »<sup>2701</sup>. Ce plan demande notamment la « restructuration des chefferies et des clans » et « l'adoption d'un plan sur 10 ans, de mise en place d'un service d'ordre coutumier dans toutes les chefferies et districts coutumiers », visant à rétablir l'ordre public. De même, en 2018, les grands chefs et les autorités coutumières publient une déclaration solennelle, laquelle débute par « Nous, Grands Chefs, autorités coutumières de nos districts, soutenus par nos chefs de clan, prenons acte solidairement de la situation de frustration, de ressentiment, de révolte, d'indignation, d'amertume et de désespoir laquelle envahit nos autorités coutumières »<sup>2702</sup>. Ils poursuivent en d'autres termes, tout aussi alarmants :

La révolte gagne également nos autorités coutumières quand on constate que le fossé continue de se creuser entre les institutions républicaines et nos structures et institutions coutumières qui n'ont comme possibilité que de quémander continuellement des subsides<sup>2703</sup>.

En 2019 encore, le Sénat coutumier alerte dans un rapport sur la difficile coexistence entre l'ordre étatique et les systèmes coutumiers : « le constat dressé depuis, est qu'il y a deux sociétés qui cohabitent et qui ont tendance à s'exclure à tous les niveaux ; qu'il y a incompréhension entre les deux systèmes et que le droit occidental domine forcément le droit coutumier ; qu'il est difficile dans ces conditions de construire un destin commun »<sup>2704</sup>. Dans ce cadre, si le droit coutumier intègre le droit positif, il finit progressivement par disparaître en son sein. À une autre échelle, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 16 juin 2022 fait aussi part des « préoccupations que continue d'exprimer le peuple kanak au sujet de sa sous-représentation dans les structures gouvernementales et sociales »<sup>2705</sup>. Ces éléments donnent donc l'alerte sur le risque d'assimilation et de disparition de la représentation coutumière kanak.

**845.** Cette crainte d'une assimilation, même implicite, se retrouve au Canada. Le professeur Jean Leclair affirme que « le mot “impérialisme” fait souvent l'objet d'un emploi abusif, mais, en ce qui concerne les peuples autochtones, il n'y a pas lieu d'hésiter à y recourir. D'autant que cette politique de subordination est encore vissée à l'âme de la *Loi sur les Indiens* »<sup>2706</sup>. En effet, les aménagements, comme les accords d'autonomie gouvernementale, demeurent liés à la pleine intégration des autochtones au régime de citoyenneté canadienne<sup>2707</sup>. Dans ce cadre, de nombreuses Nations

---

<sup>2701</sup> PRESIDENCE DU SENAT COUTUMIER, *Le Sénat coutumier demande un « plan Marshall » pour aider les autorités coutumières à relever les défis*, Nouméa, 26 janvier 2016, CS16-2290 - 0000 14-01/Pr-gt-rm/ll, en ligne : <https://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/planmarshall.pdf> (consulté le 30.09.2022).

<sup>2702</sup> SENAT COUTUMIER, *La déclaration solennelle des grands chefs et des autorités coutumières*, Nouméa, Sénat coutumier, 5 mai 2018, disponible en ligne : <http://www.maison-de-la-melanesie-pauldedeckker.com/images/consitutions/La-declaration-solennelle-des-grands-chefs.pdf> (consulté le 30.09.2022).

<sup>2703</sup> *Ibid.*

<sup>2704</sup> SENAT COUTUMIER, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>2705</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, *préc.*, p. 6, para. 18.

<sup>2706</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 41.

<sup>2707</sup> Martin PAPILLON, « Les peuples autochtones et la citoyenneté : quelques effets contradictoires de la gouvernance néolibérale », *art. cit.*, p. 3.

hésitent à négocier de telles ententes, « puisque celles-ci les placent sans ambiguïté sous le régime juridique étatique alors que plusieurs n'ont jamais renoncé à leur propre statut de communautés politiques distinctes »<sup>2708</sup>. Ce refus de l'intégration se retrouve aussi lorsqu'il est question de se rendre aux urnes pour les élections fédérales et provinciales. Pour de nombreux autochtones, « l'exercice du vote équivaut à participer à l'élection des forces d'occupation. De là, il ne reste ensuite qu'un pas pour dire que voter, c'est reconnaître la légitimité de ces autorités coloniales »<sup>2709</sup>. Par un recours de plus en plus régulier et presque « automatique » à l'élection, les autochtones craignent donc une assimilation progressive de leurs systèmes représentatifs et de leurs spécificités, lesquelles ne peuvent être prises en compte par les urnes dans un système majoritaire<sup>2710</sup>. Par conséquent, l'abstention est parfois considérée « comme un outil de résistance et d'affirmation identitaire face aux tentatives d'assimilation »<sup>2711</sup>.

**846.** Le risque de la disparition progressive des autochtones résulte donc de leurs difficultés à influencer sur les délibérations qui les concernent. Si la participation électorale des populations autochtones reste faible, « leur capacité de traduire leur participation politique en candidatures et en élection d'Autochtones à la Chambre des communes est encore plus limitée »<sup>2712</sup>. Les autochtones sont donc sous-représentés au sein du Parlement fédéral comme des Législatures provinciales<sup>2713</sup>. En 1992, l'Accord de Charlottetown prévoit notamment une représentation garantie au Sénat pour les autochtones, mais le texte est finalement refusé par référendum national<sup>2714</sup>. Dès lors, aucune représentativité autochtone n'est garantie, ni à la Chambre des communes ni au Sénat. Ce défaut de représentation politique joue également un rôle face aux pressions de l'économie néolibérale qui, comme le relève le professeur Martin Papillon, peuvent « avoir des conséquences plus subtiles à long terme non seulement sur le rapport au territoire, mais aussi sur la conception même de la citoyenneté au cœur du projet d'autodétermination des Peuples autochtones. Le néolibéralisme est

---

<sup>2708</sup> Martin PAPILLON, « Les peuples autochtones et la citoyenneté : quelques effets contradictoires de la gouvernance néolibérale », *art. cit.*, p. 3.

<sup>2709</sup> Alexandre BACON, « Réflexions et perspectives sur les participations autochtones au processus politique canadien », dans Stéphane GUIMOND-MARCEAU, Jean-Olivier ROY et Daniel SALEE (dir.), *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada : Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. IX-XXIII, spé. p. XIV

<sup>2710</sup> Voir aussi, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, para. 317-330.

<sup>2711</sup> Simon DABIN, Martin PAPILLON et Jean-François DAOUST, « Les autochtones, des citoyens comme les autres ? Un portrait du nouvel activisme électoral autochtone au Canada », dans Stéphane GUIMOND-MARCEAU, Jean-Olivier ROY et Daniel SALEE (dir.), *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada : Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 171 - 192, spé. p. 176.

<sup>2712</sup> Anna HUNTER, « Le point sur les questions entourant la représentation des Autochtones aux élections fédérales », *Perspectives électorales*, vol. 5, n° 3, 2003, p. 31-38, spé. p. 31.

<sup>2713</sup> Les peuples autochtones sont constamment sous-représentés parmi les parlementaires. Avant 2015, selon la Bibliothèque du Parlement, il n'y avait eu que 34 députés et 15 sénateurs autochtones depuis la Confédération<sup>5</sup>. Dans la législature actuelle, la représentation autochtone atteint un niveau inédit, avec 10 députés, soit environ 3 % de la Chambre des communes, alors que les peuples autochtones représentent plus près de 5 % de la population. Voir, Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 25.

<sup>2714</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, *op. cit.*, p. 63.

ainsi à la fois une porte ouverte vers la différence et un puissant mécanisme d'uniformisation des sociétés humaines »<sup>2715</sup>. Dans un contexte de transformation des modes de vie, il est encore possible, consciemment ou non, que les systèmes représentatifs autochtones évoluent peu à peu, adoptent le modèle électoral étatique, jusqu'à ressembler à de simples municipalités, au risque de perdre certaines de leurs spécificités et de leurs coutumes<sup>2716</sup>. Si cette éventualité est limitée par les garanties qu'offre le droit constitutionnel canadien<sup>2717</sup>, elle reste néanmoins plausible.

**847.** Le risque de l'effacement de la représentation coutumière par son assimilation plane donc au-dessus des ordres étatiques canadien et français. Pourtant, même si cette évolution peut être validée par des processus démocratiques ou référendaires, elle ne semble pas vraiment souhaitable, en raison de sa contrariété au droit international et notamment à la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. En effet, au Canada d'abord, la *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* dispose que le gouvernement du Canada prend toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que les lois fédérales soient compatibles avec la DNUDPA<sup>2718</sup>. En préambule de cette loi, le gouvernement canadien reconnaît aussi que « les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre du droit inhérent à l'autodétermination, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale »<sup>2719</sup>. Les objectifs politiques affichés sont donc loin de l'assimilation, même consentie, des systèmes de représentation autochtones. En France, ensuite, la conformité à la DNUDPA implique aussi des mesures positives visant à lutter contre l'assimilation des systèmes représentatifs coutumiers. Dans son avis de 2017, la Commission nationale consultative des droits de l'homme recommande « aux autorités publiques d'impliquer systématiquement et à tous les niveaux (local, départemental et national) les peuples autochtones, par le biais soit des représentants coutumiers soit des associations qui les représentent, dans l'ensemble des décisions qui les concernent, et ce conformément aux articles 5, 18 et 19 de la

---

<sup>2715</sup> Martin PAPILLON, « Les peuples autochtones et la citoyenneté : quelques effets contradictoires de la gouvernance néolibérale », *art. cit.*, p. 18.

<sup>2716</sup> *Ibid.* Cela s'observe particulièrement dans d'autres domaines que le droit. Par exemple, « un nombre grandissant d'analyses soulignent l'impact de la marchandisation des rapports sociaux sur la relation qu'entretiennent les Peuples autochtones au territoire. La logique d'autonomisation et de partenariat au cœur de la gouvernance néolibérale force en effet de plus en plus ces dernières à entrer en compétition avec de puissants acteurs économiques pour le contrôle du territoire et des ressources. De l'Australie au Québec, en passant par l'Amérique latine, les Peuples autochtones n'ont souvent d'autre choix que de participer à la commercialisation du territoire ou en subir les conséquences ». Dans ce cadre, « au-delà des enjeux associés au contrôle des ressources naturelles et à l'autonomie dans la gestion des programmes, la pénétration toujours plus importante des relations de marché au sein des communautés autochtones a des conséquences sur l'identité même des Peuples autochtones ».

<sup>2717</sup> Voir, par exemple, le Chapitre 5 pour les aménagements du droit réalisés en faveur des systèmes représentatifs autochtones et garantissant leurs spécificités, et voir, le Chapitre 3 pour un historique des reconnaissances législatives et jurisprudentielles revendiquées par les représentants autochtones et accordées par les systèmes étatiques.

<sup>2718</sup> *Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.C. 2021, ch. 14, art. 5.

<sup>2719</sup> *Ibid.*, préambule.

*Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*»<sup>2720</sup>. Par conséquent, l'assimilation semble, pour la France aussi, contraire au respect des engagements internationaux.

**848.** Ainsi, au-delà des hypothèses d'assimilation, contraires à la DNUDPA, et de sécession, peu envisageables dans l'immédiat, il existe encore d'autres possibilités qui n'impliquent pas la disparition des systèmes représentatifs coutumiers et de leurs spécificités, mais proposent plutôt l'approfondissement de leur reconnaissance dans le droit positif.

## **SECTION 2** – Les propositions visant la reconnaissance des spécificités de la représentation coutumière

**849.** Outre les hypothèses de sécession et d'assimilation aux ordres étatiques, d'autres alternatives existent pour les systèmes représentatifs coutumiers. En effet, pour la Nouvelle-Calédonie, le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien soutient que les voies « du *statu quo* et de l'immobilisme » ne sont plus envisageables : « aujourd'hui, deux voies médianes sont encore à l'ordre du jour dans le débat : l'autonomie étendue et la pleine souveraineté avec partenariat »<sup>2721</sup>. Formulées par divers auteurs, les propositions quant aux systèmes de droit coutumier sont principalement doctrinales. Par l'observation de sociétés plurielles et multinationales marquées par la période coloniale<sup>2722</sup>, elles se fondent notamment sur des exemples de droit comparé. Enfin, puisque le droit constitutionnel repose « sur un invariant qui est celui d'être le code, le cadre de production des normes du vivre ensemble »<sup>2723</sup>, les propositions en faveur de la prise en compte des spécificités de la représentation coutumière s'avèrent nécessairement d'ordre constitutionnel.

**850.** Au-delà des premières adaptations réalisées par le droit positif<sup>2724</sup>, la protection renforcée des spécificités de la représentation coutumière est rendue possible par un débat constitutionnel plus global sur les différentes évolutions possibles des formes de l'État et de gouvernement. La

---

<sup>2720</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », *préc.*, p. 16.

<sup>2721</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, Sénat, 27 juillet 2022, p. 75-83, spé. p. 78.

<sup>2722</sup> Selon la définition donnée par la professeure Carine David, une société plurielle est « une société profondément divisée suivant des clivages religieux, idéologique, linguistique, culturel, ethnique ou racial, et qui est virtuellement constituée en sous-sociétés séparées ayant chacune son parti politique, son groupe d'intérêt et son moyen de communication ». Voir, Carine DAVID, « Quel bicaméralisme pour la Nouvelle-Calédonie ? », *art. cit.*, p. 178.

<sup>2723</sup> Dominique ROUSSEAU, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 106-107.

<sup>2724</sup> Pour les adaptations déjà réalisées à ce jour en faveur de la reconnaissance de la représentation coutumière par le droit positif, Voir principalement, Chapitre 5.

distinction entre l'un et l'autre est précisée par Charles Eisenmann pour qui la première expression relève « du nombre des appareils gouvernementaux » et le second de « l'agencement d'un appareil de gouvernement donné »<sup>2725</sup>. Du reste, l'évolution de la forme de gouvernement peut résulter de l'évolution de la forme de l'État. Conçue comme un chapitre au sein de la théorie de la forme des collectivités politiques, la théorie des formes de l'État répond à la question suivante : « existe-t-il dans l'État un seul appareil de gouvernement, ou, y existe-t-il au contraire plusieurs appareils de gouvernement, homologues, gouvernant chacun une fraction ou subdivision distincte de la collectivité étatique ? »<sup>2726</sup>. Il en ressort que certaines formes de l'État et de gouvernement seraient propices à la prise en compte du pluralisme de la représentation. Comme le soutient Arend Lijphart, les modèles fédéralistes et consociatifs « parce qu'ils visent à maintenir l'intégrité politique et territoriale de la société plurielle, diffèrent fondamentalement des méthodes de séparation et de sécession »<sup>2727</sup>. Expliquer les modèles fédéralistes et consociatifs permet de constater leur potentiel et de comprendre leurs limites comme principe d'organisation de la coexistence des systèmes de représentation étatiques et autochtones (**PARAGRAPHE 1**). L'explication de ces modèles théoriques implique aussi de réfléchir à l'applicabilité concrète des mécanismes fédéralistes et consociatifs au Canada, à la France et à leurs systèmes coutumiers de représentation (**PARAGRAPHE 2**).

**PARAGRAPHE 1** – Les modèles théoriques de coexistence des systèmes étatiques et autochtones

**851.** Les principales théories de l'État qui s'intéressent à l'organisation de sociétés plurielles et plurinationales sont celles du fédéralisme (**A**) et du consociativisme (**B**).

---

<sup>2725</sup> Charles EISENMANN, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », dans Charles LEBEN (dir.), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2002, p. 327-330, spé. p. 328 : « Entre les deux problèmes ainsi évoqués, la différence est profonde : le problème de la forme de l'État concerne le nombre des appareils gouvernementaux au sein de la collectivité étatique, et naturellement, au cas où ils sont plusieurs leurs rapports, et d'abord la détermination de la compétence respective du gouvernement (lato sensu) central et des gouvernements locaux. [...] Au contraire le problème de la forme du gouvernement concerne l'agencement d'un appareil de gouvernement donné, ou, si l'on veut, de tout appareil de gouvernement, sans égard à l'étendue humaine de ses pouvoirs c'est-à-dire à leur caractère central ou local dans l'État ».

<sup>2726</sup> *Ibid.*, p. 327. Voir aussi, Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 347.

<sup>2727</sup> Arend LIJPHART, « Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links », *Revue canadienne de science politique*, vol. 12, n° 3, 1979, p. 499-515, spé. p. 499. Source non traduite : « because the aim at the maintenance of the political and territorial integrity of the plural society, they differ fundamentally from the methods of partition and secession ».



A. Le fédéralisme comme organisation de l'autonomie et de la participation des systèmes représentatifs autochtones

**852.** Les principes du fédéralisme sont théorisés par Georges Scelle dans les années 1930. Ainsi, le fédéralisme « implique la superposition d'un ordre juridique commun à deux ou plusieurs ordres juridiques particuliers étatiques ou eux-mêmes fédéraux. Il domine ces ordres juridiques particuliers, mais sans les absorber jamais, sous peine de se dévorer lui-même ou de revenir à l'unitarisme de l'État ou de l'Empire »<sup>2728</sup>. En retour, la réunion d'États membres au sein d'une même entité fédérale s'accompagne de principes tels que l'autonomie des premiers et de leur participation à la seconde<sup>2729</sup>. C'est pourquoi les Fédérations prévoient un système faisant droit à la représentation des États membres<sup>2730</sup>. Dans ce cadre, les caractéristiques du fédéralisme pourraient fournir un cadre favorable aux aspirations des peuples autochtones, notamment car « le fédéralisme repose sur le respect de la diversité – et même de cette “profonde diversité” »<sup>2731</sup>. En effet, les communautés autochtones formulent deux revendications principales : une autonomie politique plus étendue d'une part, et une représentation plus importante au sein des organes de décision de l'État, d'autre part. Or, explique David C. Hawkes, « ces deux expressions du droit des autochtones à disposer d'eux-mêmes correspondent exactement, me semble-t-il, aux deux piliers du fédéralisme : l'autonomie et le partage du pouvoir »<sup>2732</sup>. À ce titre, le fédéralisme se présente comme une forme d'organisation idéale pour la coexistence des systèmes étatiques et autochtones de la représentation.

**853.** Si le fédéralisme s'avère principalement envisagé par le prisme étatique, le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens interroge rhétoriquement : « des dynamiques fédérales ne sont-elles pas également perceptibles au sein d'organisations ou d'entités qui ne présentent pas, *stricto sensu*, les caractéristiques d'un État ? »<sup>2733</sup>. Le professeur Olivier Beaud propose alors de penser l'État fédéral comme l'une des manifestations du fédéralisme, lequel peut aussi être envisagé en dehors de l'État<sup>2734</sup>. À ce titre, il cite David Rufus, dont l'extrait ne manque pas de faire penser à certaines confédérations précoloniales autochtones<sup>2735</sup> :

---

<sup>2728</sup> Georges SCELLE, « Le problème du fédéralisme », *art. cit.*, p. 145.

<sup>2729</sup> Georges SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Dalloz, 2008, p. 198-199.

<sup>2730</sup> Le professeur Olivier Beaud appelle cela le système de la Diète fédérale et cite l'article 8 de l'*Acte final de Vienne* modifiant l'organisation de la Confédération germanique : « La Diète fédérale, formée des représentants de tous les membres de la Fédération, représente la fédération dans sa totalité, et elle est l'organe constitutionnel permanent qui veut et agit pour elle ». Voir, Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>2731</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 167.

<sup>2732</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>2733</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Gouvernance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 3-50, spé. p. 4.

<sup>2734</sup> Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 30. De même, Georges Burdeau écrit : « la distinction que, longtemps, la doctrine a dressée entre le fédéralisme intra-étatique, dont la forme type est l'État fédéral, et le fédéralisme

Le lien qui unit toutes ces formes fédératives est celui de *fadus* ; c'est le cœur de la matière. Quelles que soient ses mutations historiques, c'est la cellule élémentaire de toutes les relations, là où les individus, les familles, les tribus, les communautés, les sociétés, les nations se sont rassemblés pour promouvoir des intérêts à la fois communs et personnels. Il ne connaît pas de degré ; il est indifférent à ses formes, il est aveugle à tout, sauf à ce qui est la promesse d'un vivre ensemble, ce mélange de communauté et de particularité, et il exige la fidélité. Sans celle-ci, il ne peut pas y avoir d'association, de coopération, de traité, de ligues, de constitution<sup>2736</sup>.

En choisissant ce cadre doctrinal, l'analyse du fédéralisme implique une adaptation des concepts traditionnels, et notamment celui de « souveraineté ». En effet, « pour qui fait de la souveraineté la caractéristique de l'État, il faut choisir entre les termes d'une alternative : reconnaître la qualité d'État à l'État fédéral et la refuser à l'État membre, ou inversement, car la souveraineté, dans son sens classique, est indivisible »<sup>2737</sup>. L'emploi du concept de souveraineté mène inévitablement au dilemme de Calhoun<sup>2738</sup> ou, autrement dit, à l'incompatibilité du « constat d'une dualité de pouvoirs (fédéralisme) et celui d'une unicité du pouvoir (souveraineté) »<sup>2739</sup>. C'est justement cette hypothèse – « le fait de traiter du fédéralisme à partir de la souveraineté – qui pose un problème et qui doit être remis en cause »<sup>2740</sup>.

**854.** À ce sujet, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* démontre également toutes les impasses du concept de souveraineté au sein de l'État fédéral. Dans celui-ci, la Cour suprême établit que le Québec est en droit de faire sécession, mais seulement à l'issue de négociations avec les autres États et avec le gouvernement fédéral, et non de manière unilatérale<sup>2741</sup>. Zérah Brémond explicite toute l'ambiguïté d'une telle articulation :

La province n'est pas souveraine en ce qu'elle ne peut, de manière unilatérale, faire sécession sans que ne se tienne un dialogue préalable avec le reste de la fédération ; [...] l'autorité fédérale n'est pas souveraine non plus, puisqu'elle ne peut modifier unilatéralement la Constitution sans solliciter préalablement le consentement des provinces et *a fortiori* de toutes les provinces ; [...] le peuple canadien n'est pas non plus souverain, puisqu'il ne suffirait pas de recueillir son consentement par

---

interétatique (confédération, union, Commonwealth), ne se justifierait que si l'État était l'extrême limite qui puisse atteindre l'ordre juridique. Or, dans l'organisation politique des sociétés, le phénomène principal n'est pas l'État, c'est le Pouvoir. Que le Pouvoir se cantonne dans les frontières étatiques ou qu'il les déborde, sa signification et sa nature ne changent pas. C'est pourquoi, sans négliger, certes, le fédéralisme intra-étatique, il y a lieu de l'envisager comme un moment du fédéralisme, et non comme sa seule incarnation ». Voir, Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 2, *l'État*, *op. cit.*, p. 391.

<sup>2735</sup> Pour la description des confédérations précoloniales autochtones du Canada, Voir, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2736</sup> Davis RUFUS, *The Federal Principle. A Journey through Time in Quest of a Meaning*, Berkeley, Presses de l'Université de Californie, p. 215-216, cité par Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>2737</sup> Georges SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Dalloz, 2008, p. 194.

<sup>2738</sup> Révélant les antinomies entre la souveraineté et le fédéralisme selon lesquelles il reste complexe de maintenir la qualité d'État à la fois à un tout et aux parties. Voir, John C. CALHOUN, *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, Liberty Funds, 1992.

<sup>2739</sup> Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>2740</sup> *Ibid.*, p. 47-56. Il se sert du débat entre Jean Bodin et Josias Simler pour montrer « l'inadéquation du concept de souveraineté pour penser le phénomène fédéral ». Il décrit la souveraineté « comme un scalpel qui tranche dans une réalité complexe, mais qui ne rend pas justice à des pans entiers de la réalité politico-juridique ».

<sup>2741</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217, para. 104 : « Il ressort donc clairement de l'analyse qui précède que la sécession du Québec du Canada ne peut pas être considérée un acte légal si elle est réalisée unilatéralement par l'Assemblée nationale, la législature ou le gouvernement du Québec, c'est-à-dire sans négociations conformes aux principes ».

référendum pour que la décision s'impose à la province, d'où la négociation nécessaire avec le Québec<sup>2742</sup>.

Dès lors, la souveraineté ne peut être attribuée qu'à l'ensemble des entités agissant conjointement, ce qui démontre l'inadéquation de ce concept dans le cas où les entités s'opposent. En conséquence, cela illustre aussi l'inadaptation du concept de souveraineté pour penser les relations de coexistence avec les systèmes représentatifs coutumiers au sein de l'État fédéral canadien puisque, bien que les communautés autochtones ne soient pas souveraines, les autorités fédérales et provinciales ne peuvent pas modifier unilatéralement les accords gouvernementaux conclus avec ces dernières durant les cinquante dernières années. Pour l'Accord niska'a, par exemple, toute modification de son contenu nécessite le consentement des trois parties : du Canada par un décret du gouverneur en conseil, de la Colombie-Britannique par une résolution de la Législature et de la Nation Niska'a par une résolution adoptée par les deux tiers du gouvernement niska'a élu<sup>2743</sup>. Dans ce domaine, aucune des parties ne semble unilatéralement souveraine, elles ne le sont que conjointement.

**855.** Un constat similaire s'impose pour les accords internes passés avec la Nouvelle-Calédonie. Suivant le parallélisme des formes et l'autonomie des volontés, si le Congrès du Parlement peut théoriquement modifier les articles 76 et 77 dans la Constitution, peut aussi adopter de nouvelles dispositions constitutionnelles qui en affecteraient le contenu, il ne peut pas modifier le texte de l'Accord de Nouméa lui-même<sup>2744</sup>. De même, une réunion des partenaires politiques est prévue, si le législateur venait à adopter des textes modifiant l'équilibre général de l'accord<sup>2745</sup>. Si les modifications sont assimilées à une réécriture de l'accord, cela reste unilatéralement impossible, ou à tout le moins, très complexe à la fois juridiquement et politiquement<sup>2746</sup>. Par conséquent, les changements quant à l'Accord de Nouméa sous-tendent la production d'une « volonté commune à la fois des signataires et du pouvoir constituant »<sup>2747</sup>. C'est d'ailleurs sur cette voie politique que se dirige le gouvernement Borne, afin d'adopter un nouveau statut en accord avec les représentants kanak et les autorités de Nouvelle-Calédonie, lequel devra sûrement être approuvé par référendum.

---

<sup>2742</sup> Zérah BREMOND, Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique, *op. cit.*, p. 545. Voir aussi, *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217, para. 76 : « Les Canadiens n'ont jamais admis que notre système est entièrement régi par la seule règle de la simple majorité. Notre principe de la démocratie, en corrélation avec les autres principes constitutionnels mentionnés plus haut, est plus riche ».

<sup>2743</sup> *Accord définitif niska'a*, art. 36 à 40.

<sup>2744</sup> Christophe CHABROT, « Le Pouvoir constituant peut-il modifier l'Accord de Nouméa ? », *Politeia*, n° 11, 2011, p. 134-148.

<sup>2745</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998*, J.O.R.F. n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039, point 6.1.

<sup>2746</sup> En effet, cela nécessiterait de trouver une majorité pour le faire, au Congrès constituant ou dans le Peuple français. Or, une telle majorité semble difficile à réunir, car il s'agirait d'imposer unilatéralement aux partenaires calédoniens de nouvelles contraintes qu'ils n'avaient pas consenties lors de la signature de l'Accord. On imagine l'émoi sur le Caillou et les conséquences d'une telle attitude ». Voir, Christophe CHABROT, « Le Pouvoir constituant peut-il modifier l'Accord de Nouméa ? », *art. cit.*, p. 146.

<sup>2747</sup> *Ibid.*, p. 145.

**856.** En l'espèce, ces exemples illustrent à quel point le concept de souveraineté paraît peu adapté à la réalité politique de la coexistence entre les systèmes représentatifs étatiques et coutumiers, lorsque les États cherchent à établir des relations d'égal à égal avec les autochtones. En effet, « l'idée de pouvoir, dans la logique de la souveraineté, s'apparente à une propriété, mieux à un capital, qu'on possède ou pas. Il n'y a pas de milieu entre ces deux possibilités. Envisagée dans cette perspective, la question de la gouvernance autochtone devient rapidement un jeu à somme nulle »<sup>2748</sup>. Le constat de cette approche manichéenne incite au renouvellement des concepts employés et à la question de savoir si « le concept de “souveraineté” lui-même, entendu dans son acception traditionnelle – westphalienne pourrait-on dire – permet encore d'appréhender adéquatement les structures et la dynamique de gouvernance qui prévalent au sein des fédérations contemporaines »<sup>2749</sup>.

**857.** Pour résoudre les impasses du concept de souveraineté étatique et aborder la théorie de la Fédération<sup>2750</sup>, le professeur Olivier Beaud note que les auteurs anglo-américains ont plutôt recours aux termes de « “niveaux de gouvernement” (*levels of government*) sans jamais utiliser le mot d'“État” (*State*) qui est un concept largement étranger au droit constitutionnel anglo-américain »<sup>2751</sup>. Les termes de différents « niveaux de gouvernement » s'avèrent donc mieux adaptés à la coexistence entre les systèmes autochtones et l'ordre étatique. Cette terminologie peut ainsi être transposée à l'analyse de la représentation politique, autrement dit à l'étude de différents niveaux et systèmes de représentation politique auxquels les communautés autochtones appartiennent. Dès lors, la réflexion menée dans le cadre de l'analyse sur le fédéralisme renforcerait inévitablement « la représentation et l'habilitation des citoyens à différentes échelles »<sup>2752</sup>. De la même façon qu'il existe plusieurs niveaux de gouvernement, la mise en œuvre de l'autonomie et de la participation des autochtones se met en œuvre selon plusieurs niveaux de représentation politique.

**858.** Au Canada, de nombreux auteurs conçoivent les systèmes autochtones comme le troisième ordre ou le troisième niveau de gouvernement au sein de la Fédération<sup>2753</sup>. Le fédéralisme est donc la

---

<sup>2748</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 39-40.

<sup>2749</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme », *op. cit.*, p. 19. Sur ce point et sur l'intérêt du concept de « souveraineté illienne », Voir aussi, Séverine BLAISE, Carine DAVID et Gérard PRINSEN, « Pour un réexamen des concepts de “décolonisation, indépendance et souveraineté” au prisme de l'expérience néocalédonienne », *art. cit.*, p. 338.

<sup>2750</sup> Le professeur Olivier Beaud explique que dans la Fédération coexiste trois entités : celle de l'entité fédérée, celle de la fédération en tant que gouvernement « central » ou « supérieur », et la Fédération, soit la réunion des deux entités, qui dans la plupart des cas, prend la forme d'un État fédéral, mais peut aussi revêtir des formes non étatiques. Voir, Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, *op. cit.*, p. 180 et s.

<sup>2751</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>2752</sup> Alain-G. GAGNON, « Le fédéralisme asymétrique au Canada », dans Alain-G. GAGNON, (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 287-304, spé. p. 288.

<sup>2753</sup> Le rapport de la Commission royale du Canada sur les peuples autochtones conclut que « l'adoption de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 a eu des ramifications importantes. Il confirme le statut des peuples autochtones en tant que partenaires égaux à l'intérieur des structures fédérales complexes qui forment le Canada. Il sert de fondement à la reconnaissance des gouvernements autochtones en tant que l'un des trois ordres de gouvernement au Canada :

voie principale par laquelle s'envisagent ces relations tripartites, voire quadripartites<sup>2754</sup>, à l'instar de la proposition formulée par le professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens :

Une façon d'institutionnaliser des régimes d'autonomie plus forts pour les peuples autochtones pourrait être la création d'une structure proto-fédérale, avec la dynamique que cela implique ou, sans doute, devrait impliquer. [...] Il est en effet plausible de supposer que l'institutionnalisation des gouvernements autochtones autonomes au Canada, qu'elle soit réelle ou potentielle, pourrait mener à la création d'une relation quasi fédérale avec les gouvernements fédéral et provinciaux ou, à tout le moins, pourrait induire le développement d'une telle dynamique<sup>2755</sup>.

De la sorte, le fédéralisme et ses déclinaisons conceptuelles pourraient être utiles pour les gouvernements autochtones, principalement au Canada ou pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie, lesquels bénéficient déjà de compétences importantes, au-delà de la simple décentralisation<sup>2756</sup> : ils bénéficieraient de « compétences » similaires à celles qu'exercent les entités fédérées selon les principes d'autonomie et de participation. À ce titre, lorsqu'ils agissent aux termes d'un droit ancestral ou d'un droit issu d'un traité qui s'en inspire, le professeur Ghislain Otis soutient que « les organes autochtones centraux sont l'équivalent fonctionnel et organique des corps législatifs fédéraux et provinciaux puisque, dans ce cas, leur autonomie est constitutionnellement garantie et ne découle d'aucune autorité législative hiérarchiquement supérieure »<sup>2757</sup>. Si cette appréciation concerne les autochtones du Canada, en prenant appui sur certaines interprétations doctrinales, elle peut s'entendre aussi pour la Nouvelle-Calédonie<sup>2758</sup>. En effet, l'autonomie renforcée du territoire est constitutionnellement garantie, notamment par le principe constitutionnel d'irréversibilité, et résulte d'un accord conventionnel lequel ne peut être unilatéralement modifié<sup>2759</sup>. Dans ce cadre, les

---

autochtone, provincial et fédéral. Ces gouvernements sont souverains à l'intérieur de leurs différents champs de compétence et ils exercent leurs pouvoirs en vertu du statut qui est le leur plutôt que par délégation. Autrement dit, ils se partagent les pouvoirs souverains du Canada, pouvoirs qui représentent une mise en commun des souverainetés existantes ». Voir, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, op. cit., p. 230-231. Voir *contra*, la critique qui relativise la légitimité et l'unicité de l'ordre constitutionnel canadien. Voir, Kiera LADNER, « Negotiated Inferiority: The Royal Commission on Aboriginal Peoples' Vision of a Renewed Relationship », *The American Review of Canadian Studies*, vol. 31, n° 1, 2001, p. 241-264.

<sup>2754</sup> En application de la théorie de la fédération développée par le professeur Olivier Beaud, il y aurait ainsi les entités fédérées, l'État fédéral en tant que gouvernement central, les gouvernements autochtones et enfin la Fédération ou l'État dans son ensemble, comptant comme les quatre parties en présence.

<sup>2755</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments : A Thought Experiment », dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 51-81, spé. p. 57. Source non traduite : « One way to institutionalize stronger regimes of autonomy for Aboriginal peoples could be the creation of a proto-federal structure, with the dynamic that it implies or, arguably, should imply. Indeed, whenever one evokes the possibility of formally recognizing constitutional regimes of autonomy, be it for Aboriginal peoples or for other groups, the hypothesis of federalism [...] immediately arises. It is indeed plausible to surmise that the institutionalization of Aboriginal self-governments in Canada, either actual or potential, could lead to the creation of a quasi-federal relationship with the federal and provincial governments, or, at the very least, could induce the development of such a dynamic ».

<sup>2756</sup> Florence FABERON, « Le fédéralisme, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 101, n° 1, 2015, p. 53-72.

<sup>2757</sup> Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 781-814, spé. p. 810.

<sup>2758</sup> Christophe CHABROT, « Le pouvoir constituant peut-il modifier l'Accord de Nouméa ? », *art. cit.*, p. 139.

<sup>2759</sup> *Ibid.*

deux situations paraissent similaires et le fédéralisme reste une grille de lecture tout aussi intéressante à développer.

**B. Le consociativisme comme garantie de la spécificité des systèmes représentatifs autochtones**

**859.** Outre le fédéralisme, l'autonomie et la participation des minorités sont des concepts centraux de la théorie consociative, aussi appelée « consociationalisme », « consociativisme », « démocratie de concordance »<sup>2760</sup> ou encore « le règne du plus de monde possible »<sup>2761</sup>. Développée par le professeur Arend Lijphart<sup>2762</sup>, cette théorie applicable aux sociétés plurielles rejette le système majoritaire et se fonde sur quatre principes fondamentaux visant à stabiliser et institutionnaliser les clivages qu'ils soient de nature religieuse, ethnique, linguistique, culturelle, géographique ou de classes sociales<sup>2763</sup>. Le premier principe est celui de l'autonomie des segments de la population, lequel préconise l'organisation de l'État sous une forme décentralisée ou fédérale, territoriale ou non, « afin d'octroyer à chaque minorité les moyens de se gouverner elle-même pour les affaires qui la concerne »<sup>2764</sup>. Le deuxième principe consacre l'octroi d'un droit de veto aux minorités ce qui, d'une certaine façon, rappelle le principe de participation du fédéralisme et empêche que ces dernières ne se voient imposer une décision qui les concerne. Le troisième principe est celui de la représentation proportionnelle de multiples partis, principalement dans le cadre d'un bicaméralisme égalitaire. Enfin, le quatrième principe prône la coalition multipartite du gouvernement.

**860.** Véritable forme de pluralisme institutionnalisé, le consociativisme s'observe notamment au sein du système politique sud-africain établi après le régime de l'apartheid<sup>2765</sup>, de l'Union européenne, de la région d'Irlande du Nord, et de certains États fédéraux tels que la Belgique ou la Suisse. Par exemple, la Suisse pratique « la démocratie associative par le perfectionnement du fédéralisme bien avant que cette notion ne fasse l'objet d'une conceptualisation par les politologues

---

<sup>2760</sup> Julien Lacabanne parle aussi de « démocratie consociative », de « sociocratie », de « démocratie de consensus » et de « politiques de compromis ». Voir, Julien LACABANNE, *La démocratie consociative. Forces et faiblesses du multiculturalisme*, Paris, Persée, 2016, p. 18.

<sup>2761</sup> Carine DAVID, « Quel bicaméralisme pour la Nouvelle-Calédonie ? », *art. cit.*, p. 179.

<sup>2762</sup> Arend LIJPHART, *Democracy in plural societies : A comparative exploration*, New Haven, Yale university press, 1977. Voir aussi, Arend LIJPHART, « La négociation dans les démocraties majoritaires et de consensus », *Négociations*, n° 21, 2014, p. 13-19.

<sup>2763</sup> Julien LACABANNE, *La démocratie consociative. Forces et faiblesses du multiculturalisme*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>2764</sup> Zérah BREMOND, Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique, *op. cit.*, p. 576.

<sup>2765</sup> Arend LIJPHART, « South African Democracy: Majoritarian or Consociational ? », *Democratization*, vol. 5, n° 4, 1998, p. 144-150. Voir aussi, Xavier PHILIPPE, « Plurijuridisme constitutionnel et droits coutumiers en Afrique du Sud », *op. cit.*

américains»<sup>2766</sup>. À ce titre, les liens entre le fédéralisme et le consociativisme restent nombreux<sup>2767</sup>. D'ailleurs, dans sa version actuelle, le consociativisme repose sur deux éléments communs au fédéralisme que sont « le partage du pouvoir, consistant dans la participation des principaux groupes ethniques dans la prise de décision politique [...] et l'autonomie entre les groupes, spécialement dans les domaines de l'éducation et de la culture »<sup>2768</sup>. Sur le lien entre fédéralisme et consociativisme, Zérah Brémond précise que, « sans prétendre à une démocratie associative parfaite, le système fédéral porte en soi les différents critères susceptibles de consacrer un gouvernement de consensus, dont l'action ne saurait dépendre d'un souverain homogène »<sup>2769</sup>. Il reste que le consociativisme peut aussi trouver à s'appliquer dans les États unitaires plurinationaux où les clivages sont importants comme au Burundi, au Liban, aux Pays-Bas ou au Royaume-Uni<sup>2770</sup>. Par conséquent, le consociativisme et le fédéralisme ne doivent pas être confondus : « un État consociatif n'est pas forcément une fédération, tout comme une fédération n'a pas nécessairement de fondement consociatif »<sup>2771</sup>.

**861.** Vingt ans après son premier ouvrage, le professeur Arend Lijphart synthétise sa théorie au moyen de dix critères qui pourraient être utiles dans la mise en œuvre d'une relation équilibrée avec les systèmes de représentation autochtones. Ces critères sont une grande coalition, un équilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif, un important multipartisme, une représentation proportionnelle, le fédéralisme, un bicamérisme fort et égalitaire, une constitution rigide, le contrôle judiciaire des lois et réglementations, un corporatisme de groupes d'intérêt et l'indépendance de la banque centrale<sup>2772</sup>. Le modèle d'un tel État serait la Suisse qui remplirait neuf critères sur les dix<sup>2773</sup> : la Confédération helvétique est composée de vingt-six cantons d'une grande autonomie, illustrant par la même

<sup>2766</sup> Norbert ROULAND, Stéphane PIERRE-CAPS et Jacques POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *op. cit.*, p. 300.

<sup>2767</sup> Dave SINARDET, « Le fédéralisme consociatif belge : vecteur d'instabilité ? », *Pouvoirs*, n° 136, 2011, p. 21-35.

<sup>2768</sup> Quant aux autres critères, elle ajoute que « la proportionnalité et le veto de la minorité, initialement considérés comme des critères prépondérants, sont finalement devenus des critères secondaires permettant de renforcer les critères fondamentaux ». Voir, Carine DAVID, « Les théories consociative et incitative au secours du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 25, 2015, p. 7-12, spé. p. 8-9.

<sup>2769</sup> Zérah BREMOND, Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique, *op. cit.*, p. 577.

<sup>2770</sup> Stef VANDEGINSTE, « Théorie consociative et partage du pouvoir au Burundi », *Cahier de l'Institut de politique et de gestion du développement, Université d'Anvers*, n° 6, 2006, p. 1-32. Voir aussi, Jacques ZILLER, « Existe-t-il un modèle européen d'État pluriculturel ? », dans Paul de DECKKER et Jean-Yves FABERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 231-245, spé. p. 235.

<sup>2771</sup> David GUENETTE, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », *Revue générale de droit*, vol. 46, n° 1, 2016, p. 215-252, spé. p. 220.

<sup>2772</sup> Arend LIJPHART, *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 32-40. Voir aussi, Julien LACABANNE, *La démocratie consociative. Forces et faiblesses du multiculturalisme*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>2773</sup> Antoine BEVORT, « Démocratie, le laboratoire suisse », *Revue du MAUSS*, vol. 1 n° 37, 2011, p. 447-475, spé. p. 471. Selon l'auteur, la Suisse n'est pas dotée de contrôle judiciaire des lois et réglementations. Voir aussi, Arend LIJPHART, *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus government in Twenty-One Countries*, *op. cit.*, p. 39 et p. 215.

l'existence d'importantes différences entre des cantons de langues, de religions et de cultures diverses. Fondée sur un scrutin proportionnel plurinominal, la représentation à la chambre basse est strictement proportionnelle. Le Conseil des États et le Conseil national forment l'Assemblée fédérale, laquelle fonctionne selon le principe de concordance, autrement dit « les principales forces politiques acceptent généralement le jeu du compromis plutôt que celui de la majorité et de l'opposition »<sup>2774</sup>. Ce principe s'accompagne d'un directoire, organe exécutif collégial et multipartisan, où les membres sont responsables collectivement et solidairement. Les principaux critères du consociativisme sont donc satisfaits.

**862.** Parallèlement, ces critères constitueraient une nouvelle grille de lecture pour les relations des États canadiens et français avec les systèmes autochtones. Pour le Canada, si le régime reste essentiellement fondé sur le système majoritaire de Westminster, Dave Guénette estime que « rien n'exclut que l'évolution du pays et de ses institutions ne puisse éventuellement [...] se rapprocher d'un système plus consensuel qui serait alors en meilleure harmonie avec sa nature plurinationale ». À cet égard, la Cour suprême adopterait une approche consociative en étant « favorable aux particularismes et aux préoccupations propres à chaque composante du pacte fédératif par une interprétation [...] qui tient compte des clivages démotiques et du caractère asymétrique du fédéralisme canadien »<sup>2775</sup>. En toute hypothèse, la théorie consociative conserve son intérêt puisqu'elle révèle certaines difficultés du régime canadien, comme la sous-représentation des autochtones au Parlement, et quelques pistes d'évolution, telles que l'octroi d'un droit de veto aux nations autochtones sur les décisions qui les concernent directement.

**863.** Pour la France, Jean-Baptiste Manga soutient que le partage du pouvoir en Nouvelle-Calédonie s'inspire des principes du consociativisme à la fois au niveau externe, entre l'État et la localité, et au niveau interne, entre les grands ensembles locaux :

Dans ce partage, la provincialisation et la collégialité gouvernementale tiennent une place de choix. La provincialisation permet aux formations indépendantistes d'affirmer réellement leur présence sur l'échiquier politique et aboutit à un fédéralisme interne de fait. [...] La collégialité gouvernementale calédonienne doit amener toutes les forces politiques à travailler ensemble dans le cadre d'un certain consensus, en évitant que la majorité l'emporte toujours sur la minorité<sup>2776</sup>.

Bien qu'aucun droit de veto ne soit encore octroyé aux minorités du territoire, cette analyse est renforcée par l'existence d'une représentation proportionnelle au Congrès et au sein des Assemblées de province, laquelle renforce « une certaine autonomie entre les groupes par une segmentation territoriale (provincialisation) et une segmentation matérielle (statut civil coutumier, statut des terres

---

<sup>2774</sup> Antoine BEVORT, « Démocratie, le laboratoire suisse », *art. cit.*, p. 449.

<sup>2775</sup> Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », *Revue de Droit de McGill*, vol. 60, n° 4, 2015, p. 763-792, spé. p. 781.

<sup>2776</sup> Jean-Baptiste MANGA, « Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 31, 2018, p. 113-123, spé. p. 119.



coutumières»<sup>2777</sup>. Ainsi, selon le professeur Dominique Rousseau, dès lors que l'on accepte cette segmentation, cette diversité ou cette contradiction, « non comme un vice consubstantiel, mais comme la donnée apaisée d'une identité riche et diverse, la marche de la pensée ne va plus dans le sens d'une opposition conflictuelle, mais dans la direction d'un dialogue dont le but n'est pas d'aboutir, mais de se poursuivre »<sup>2778</sup>. Le professeur Jean-Yves Faberon fait ainsi référence à « trente ans d'efforts de démocratie consensuelle »<sup>2779</sup>.

**864.** Partant de ces analyses, pourrait-on aussi déceler dans l'organisation locale de Wallis et Futuna une certaine inspiration consociative ? En effet, la représentation de l'Assemblée territoriale est proportionnelle puisque les sièges sont pourvus au scrutin proportionnel plurinominal de liste à un tour. L'exécutif local est aussi collégial puisque le conseil territorial est composé de l'administrateur supérieur qui préside, des trois rois coutumiers qui en sont les vice-présidents, et de trois membres nommés par l'administrateur supérieur et approuvés par l'Assemblée territoriale<sup>2780</sup>. Les différents groupes et forces politiques du territoire se retrouvent donc au sein de cet organe. *A fortiori*, fondé sur leur statut coutumier, les clans wallisiens et futuniens disposent d'une autonomie certaine. Il reste encore à remplir le critère du droit de veto accordé à la minorité. Toutefois, sur des îles principalement peuplées d'une population autochtone, il pourrait être considéré que la minorité désigne la population d'origine métropolitaine. De ce fait, le droit de veto accordé à l'administrateur supérieur constituerait le relais des intérêts métropolitains, ici minoritaires. Il semble que la grille de lecture du consociativisme n'a encore jamais été appliquée jusqu'aux îles de Wallis et Futuna, laquelle permet de faire ressortir leur fonctionnement institutionnel original.

**865.** Finalement, que l'on s'accorde ou non sur l'application de ces théories aux populations autochtones de France et du Canada, le fédéralisme et le consociativisme amènent à s'interroger sur la participation des autochtones aux institutions représentatives canadiennes et françaises, sans perdre leur caractère distinctif et tout en conservant leur autonomie. Les modalités de cet équilibre restent complexes et doivent donc s'envisager plus concrètement, par une application précise des théories susmentionnées.

---

<sup>2777</sup> Jean-Baptiste MANGA, « Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 122.

<sup>2778</sup> Dominique ROUSSEAU, « Nouvelle-Calédonie : les racines de notre futur », *Libération*, Lundi 8 août 2022, en ligne : [https://www.liberation.fr/idees-et-debats/nouvelle-caledonie-les-racines-de-notre-futur-20220808\\_DRBZFYTLJBLHHC65D7LPAY/](https://www.liberation.fr/idees-et-debats/nouvelle-caledonie-les-racines-de-notre-futur-20220808_DRBZFYTLJBLHHC65D7LPAY/) (consulté le 30.11.2022).

<sup>2779</sup> Jean-Yves FABERON, « Un nouveau "pari sur l'intelligence" », *art. cit.*

<sup>2780</sup> Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, *préc.*, art. 10. Frédéric Angleviel précise que généralement, « il s'agit de l'évêque [...] le secrétaire du lavelua ou le kivalu, c'est-à-dire son Premier ministre, et un élu national ». Voir, Frédéric ANGLEVIEL, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », *op. cit.*, p. 64. Les avis de conseil, bien que consultatif, sont majoritairement suivis par l'Assemblée territoriale. Voir, para. 671.

**PARAGRAPHE 2** – L’applicabilité des modèles fédéralistes et consociatifs au Canada et à la France

**866.** L’applicabilité des modèles fédéraliste et consociatif au Canada et à la France s’envisage plus concrètement à travers le fédéralisme par traité et asymétrique (**A**) et le fédéralisme multinational et personnel, inspiré du consociativisme (**B**).

**A.** L’application d’un fédéralisme par traité et asymétrique

**867.** Les accords gouvernementaux passés avec les autochtones entraînent un fédéralisme particulier qualifié de fédéralisme par traité. Au Canada, par opposition au fédéralisme fondateur de la Loi constitutionnelle de 1867<sup>2781</sup>, ce syntagme peut à la fois désigner les relations politiques avec les autochtones du Canada, mais aussi les « centaines d’ententes intergouvernementales (EIG) conclues chaque année entre le gouvernement fédéral et les provinces »<sup>2782</sup>. Dans la mesure où la Constitution canadienne est difficilement modifiable, les ententes intergouvernementales entre le gouvernement fédéral et les provinces, mais aussi entre les provinces elles-mêmes, ont permis d’aménager le partage des compétences de façon différenciée pour chacune des entités. Le Québec, par exemple, a conclu de nombreux accords avec le reste du Canada dans le domaine des affaires francophones. Parallèlement, le gouvernement fédéral et les provinces ont aussi conclu des accords gouvernementaux avec les communautés autochtones, par la signature de vingt-six revendications territoriales globales et de trois ententes d’autonomie gouvernementale<sup>2783</sup>. Outre ces « traités internes », « les autorités publiques et les autochtones concluent un très grand nombre d’ententes de type “administratif”. Ces accords visent notamment à transférer l’exercice de compétences “étatiques” (police, services sociaux) aux autorités autochtones »<sup>2784</sup>.

**868.** De la sorte, le fédéralisme par traité implique des conciliations fondées sur l’autonomie et l’égalité de toutes les parties, selon une approche qui convient mieux aux populations autochtones<sup>2785</sup>. Semblablement, le professeur James Tully propose le concept de « système

---

<sup>2781</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 170.

<sup>2782</sup> Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 1, 2009, p. 1-31, spé. p. 3. Voir aussi, Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états : Gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 441-474.

<sup>2783</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 1, para. 610-617.

<sup>2784</sup> Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *art. cit.*, p. 16.

<sup>2785</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 170.

constitutionnel fondé sur les traités » ou de constitutionnalisme conventionnel, dans lequel les traités donnent lieu à « une association constitutionnelle de dépendance réciproque et de protection »<sup>2786</sup>. Dans ce cadre, chaque nation autochtone négocie son association avec la Fédération canadienne, en tenant compte « de la diversité du dialogue constitutionnel »<sup>2787</sup>, duquel il résulte une multitude d'associations confédérales<sup>2788</sup>. L'auteur aborde aussi la conception de ce fédéralisme « conventionnel » ou « contractuel » du point de vue des autochtones : « le traité de *Wampum* à deux rangs de la Confédération Haudenosaunee est l'un des exemples les plus célèbres de constitutionnalisme de traité entre les peuples autochtones et non autochtones d'Amérique »<sup>2789</sup>. Il fait référence au premier traité établi entre le Canada et la confédération iroquoise en 1664, puis aux accords négociés entre le gouvernement fédéral, le Québec et les Iroquois à Kanesatake en 1990<sup>2790</sup>. En effet, « la pensée fédérale ne peut être réduite à son incarnation spécifique en droit constitutionnel canadien »<sup>2791</sup>. Dans la même veine, David C. Hawkes relève le caractère déjà « fédéraliste » d'organisations précoloniales dans lesquelles on retrouve des conceptions analogues aux conceptions occidentales :

Bien avant l'arrivée des Européens sur leurs terres, les nations autochtones d'Amérique avaient des organisations politiques de type fédéral ou confédéral : confédération des Mi'kmaq en Acadie, des Haudenosaunee (Iroquois) dans la région des Grands Lacs, des Blackfoot dans l'Ouest, etc. Ces organisations reposaient sur des traités – autre institution qui a des origines anciennes dans les traditions indigènes comme dans la tradition occidentale<sup>2792</sup>.

<sup>2786</sup> James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, trad. Jude DES CHENES, Pessac, Québec, Presses universitaires de Laval et de Bordeaux, 1999, p. 124.

<sup>2787</sup> *Ibid.*, p. 128 : « Les trois écoles du constitutionnalisme moderne ne tiennent aucun compte de la diversité cachée du dialogue constitutionnel réel [...] parce qu'elles posent comme prémisses des conceptions simplistes de la souveraineté populaire et de l'association constitutionnelle. [...] L'objectif de négociations portant sur la reconnaissance culturelle n'est pas d'arriver à un accord sur des institutions et des principes universels, mais d'amener les négociateurs à reconnaître leurs différences et leurs ressemblances, de sorte qu'ils peuvent arriver à s'entendre sur une forme d'association qui s'accommode de leurs différences à l'intérieur d'institutions appropriées et de leurs ressemblances à l'intérieur d'institutions partagées ».

<sup>2788</sup> Les termes usités ne manquent pas de faire penser aux caractéristiques d'une « indépendance-association ». Dans les faits, un fédéralisme entre deux entités « à égalité » renforcé de façon asymétrique par une Convention ou un Accord constitue une définition proche de l'Association.

<sup>2789</sup> James TULLY, *Strange Multiplicity : Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 127. Source non traduite : « The Two Row Wampum Treaty of the Haudenosaunee confederacy is one of the most famous exemplars of treaty constitutionalism between Aboriginal and non-Aboriginal peoples in America ».

<sup>2790</sup> *Ibid.* Source non traduite : « The constitutional negotiations and relations between them are symbolized by belts of wampum beads exchanged at treaty discussions from 1664 to the negotiations between the Haudenosaunee confederacy and the Canadian and Québec governments at Kanesatake, Québec, in 1990. The two-row wampum belt is the diplomatic lingua franca of Aboriginal and non-Aboriginal constitutionalism, recording the form of agreement reached and expressing the good will the agreement embodies ».

<sup>2791</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 22.

<sup>2792</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 168. Sur ce point, Voir aussi, Robert WILLIAMS, *Linking Arms Together : American Indian Treaty Vision of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Voir encore, Iris M. YOUNG, « Hybrid Democracy : Iroquois Federalism and the Postcolonial Project », dans Duncan IVISON, Paul PATTON et Will SANDERS (dir.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 237-258.

Dès lors, pour les confédérations autochtones autant que pour le Canada, le fédéralisme, « comme la plupart des agencements institutionnels, offre une solution, à tout le moins une tentative de solution, pour résoudre certains problèmes propres à l'organisation politique »<sup>2793</sup>. Les outils conventionnels du fédéralisme par traité contribuent ainsi à assurer l'autonomie de la représentation autochtone au sein du Canada.

**869.** Si la terminologie du « fédéralisme par traité » ne s'emploie pas en France, c'est pourtant une logique relativement similaire qui s'applique à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, laquelle est fondée depuis plus de quarante ans sur des accords gouvernementaux tripartites. Au regard de l'atteinte portée aux principes constitutionnels d'unité du peuple français et d'égalité entre les citoyens, le constituant a dû conférer à l'Accord de Nouméa une valeur constitutionnelle. Dans ce cadre, il est tout aussi envisageable de qualifier ce système de « constitutionnalisme conventionnel ». Enfin, si les conditions politiques l'exigeaient, rien n'empêcherait non plus les représentants de Wallis-et-Futuna de négocier de tels accords internes en vue d'une autonomie renforcée. Cette relation conventionnelle se rapprocherait d'ailleurs de celle qui existait durant la période coloniale avec le traité de protectorat.

**870.** Dans toutes ces hypothèses, le fédéralisme par traité repose lui-même sur le concept de fédéralisme asymétrique<sup>2794</sup>, selon lequel les entités fédérées n'ont pas toutes nécessairement le même statut :

L'une est pourvue d'une assemblée qui est choisie par le système de l'élection directe, l'autre par un système d'élection au second degré. L'une fait du bicaméralisme, l'autre du monocaméralisme. L'une est pourvue d'un gouvernement d'assemblée, l'autre d'un gouvernement de type parlementaire. L'une accepte la démocratie directe, l'autre ne fait confiance qu'aux modes de la représentation électorale<sup>2795</sup>.

Les auteurs font référence aux Législatures provinciales du Canada, mais l'analyse peut être transposée aux assemblées autochtones, lesquelles adoptent des modèles de gouvernements et d'assemblées aux statuts différents et dont les membres sont désignés par divers mécanismes<sup>2796</sup>. En vertu de cette logique asymétrique, les gouvernements s'engagent dans des relations conventionnelles, nation par nation, selon des modalités adaptées à chacune. En outre, l'acceptation de l'asymétrie repose sur trois principes : « premièrement, toute société est plus grande que la

---

<sup>2793</sup> William S. LIVINGSTON, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 1. Source non traduite : « Federalism, like most institutional forms, is a solution of, or an attempt to solve, a certain kind of problem of political organization. Federal governments and federal constitutions do not grow simply by accident. They arise in response to certain stimuli ».

<sup>2794</sup> Le concept de fédéralisme asymétrique est particulièrement développé par Charles D. TARTLTON, « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism : A Theoretical Speculation », *The Journal of Politics*, vol. 27, n° 4, 1965, p. 861-874.

<sup>2795</sup> Francis DELPEREE et Marc VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Governance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 193-208, spé. p. 204. Pour désigner cette asymétrie, il existe également les termes de fédéralisme flexible, fédéralisme plastique, fédéralisme à la carte, fédéralisme à géométrie variable, fédéralisme sur mesure, *soft federalism*...

<sup>2796</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1, Paragraphe 2, para. 615-620, sur les différents types d'accords gouvernementaux.

somme de ses composantes ; deuxièmement, il n'existe pas de hiérarchie entre les diverses loyautés que professe un citoyen ; et, troisièmement, il faut diversifier les lieux de dialogue »<sup>2797</sup>. Ces relations asymétriques permettent aux diverses communautés « d'offrir à leurs citoyens la possibilité de se réaliser en misant sur l'enrichissement de choix supplémentaires, de sorte que chacune des grandes communautés [...] y trouve une forte adéquation par rapport à ses revendications »<sup>2798</sup>. Par conséquent, cette asymétrie est vectrice de nouveaux lieux de dialogue et surtout de nouveaux lieux de représentation politique, indépendamment de leur forme et de la désignation de leurs membres.

**871.** En Europe, il existe de nombreux exemples de fédéralisme asymétrique où seules des portions limitées du territoire bénéficient d'un régime juridique différent et de leurs propres institutions. Le professeur Jacques Ziller cite ainsi le Danemark avec les îles Féroé depuis 1945 et le Groenland depuis 1979, la Grèce avec le Mont Athos, la Finlande avec les îles d'Aland, le Portugal avec les Açores et Madère, les Pays-Bas avec les Antilles néerlandaises et Aruba, le Royaume-Uni avec l'Écosse, l'Irlande du Nord et, de manière plus approfondie, avec les territoires britanniques d'outre-mer et enfin, la France avec la Polynésie depuis 1994 et la Nouvelle-Calédonie depuis 1999<sup>2799</sup>. Dans ces cas, l'asymétrie est mise en place pour résoudre « les problèmes d'une période donnée par la flexibilité institutionnelle et la distribution adaptée de compétences »<sup>2800</sup>. Dès lors, le fédéralisme semble moins une forme d'organisation de l'État qu'un outil œuvrant à la résolution des conflits entre les systèmes de représentation, afin d'éviter toute sécession et d'aménager l'exercice du pouvoir. Il existe donc de nombreuses relations de partenariat fédéral possibles. Pour les décrire, le professeur Ronald Watts emploie l'expression de « systèmes politiques fédéraux » à propos de « systèmes politiques qui comportent, à la différence des systèmes unitaires et de leur source unique d'autorité centrale, deux niveaux (ou plus) de gouvernement et qui conjuguent des éléments de partage des pouvoirs au niveau d'institutions communes et une autonomie régionale au niveau des composantes »<sup>2801</sup>. Selon sa typologie, de tels systèmes recouvrent à la fois des unions, des unions constitutionnellement décentralisées, des fédérations, des confédérations, des associations de type fédéral, des États associés, des condominiums ou encore des ligues. L'applicabilité des modèles de partenariat fédéral dépend surtout des circonstances menant à l'action commune et des conflits à

---

<sup>2797</sup> Jane JENSON, « Reconnaître les différences : sociétés distinctes, régimes de citoyenneté, partenariats », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse : les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 235-262, spé. p. 254.

<sup>2798</sup> Alain-G. GAGNON, « La valeur de la diversité au sein des démocraties libérales avancées. Un monde qui nécessite des repères renouvelés », dans Félix MATHIEU et Dave GUENETTE (dir.), *Réimaginer le Canada. Vers un État multinational ?*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2019, p. 29-48, spé. p. 44.

<sup>2799</sup> Jacques ZILLER, « Existe-t-il un modèle européen d'État pluriculturel ? », *op. cit.*, p. 240.

<sup>2800</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>2801</sup> Ronald L. WATTS, « Les modèles de partage fédéral des compétences », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 167, n° 1, 2001, p. 25-34, spé. p. 26. Voir aussi, Ronald L. WATTS, « Comparing Forms of Federal Partnerships », dans Dimitrios KARMIS et Wayne NORMAN (dir.), *Theories of Federalism: A Reader*, New York & Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005, p. 233-254, spé. p. 234.

résoudre. Dans ce cadre, l'asymétrie induite par les différents partenariats fédéraux pourrait constituer une grille de lecture adaptée et une solution à la résolution des conflits entre le gouvernement français et ses territoires ultramarins. Des propositions allant dans ce sens sont d'ailleurs formulées.

**872.** Déjà, à l'occasion du discours à Madiana en 2000, le président de la République française soutient à propos des territoires d'outre-mer :

Parce que vos départements sont géographiquement très éloignés des centres de décisions nationaux, parce que les problèmes que vous rencontrez sont très spécifiques par rapport à ceux du reste du pays, parce que vous évoluez dans un environnement international particulier, tout cela justifie une politique très ambitieuse de transfert de responsabilités. Mais cette politique ne peut être appliquée de façon uniforme. L'outre-mer français est riche de ses diversités culturelles, économiques, sociales et statutaires<sup>2802</sup>.

À la lecture de cet extrait, il semble que l'asymétrie soit envisagée comme une réponse adaptée aux différentes revendications d'autonomie ultramarines. En effet, les collectivités françaises d'outre-mer n'ont pas toutes les mêmes demandes politiques : si la Nouvelle-Calédonie, par l'intermédiaire des Kanak, réclame l'indépendance, l'île de La Réunion emprunte plutôt le chemin de l'intégration à la République et à l'Union européenne. Ainsi, malgré les articles 73 et 74 de la Constitution de 1958, les statuts d'outre-mer restent marqués par de nombreuses spécificités, lesquelles effacent la pertinence et l'intelligibilité de la distinction constitutionnelle.

**873.** La rédaction d'un article unique pour fusionner les régimes d'identité et de spécialité législative au profit de différents statuts asymétriques est d'ailleurs proposée par Stéphane Diémert. À ce titre, les statuts des « pays d'Outre-mer »<sup>2803</sup> seraient déterminés par une loi organique propre à chacun d'eux, selon un régime législatif et un degré d'autonomie adaptés aux spécificités du territoire. Il formule deux propositions distinctes. La première proposition consiste en la réécriture des articles 73 et 74 permettant que « chacun des pays d'Outre-mer dispose d'un statut particulier qui tient compte des intérêts propres de chacun d'eux au sein de la République. Ce statut lui permet de se gouverner et de gérer démocratiquement leurs propres affaires, et d'exercer un pouvoir normatif autonome dans le domaine de la loi ou du décret »<sup>2804</sup>. Dans ce cadre, la loi organique préciserait le partage des compétences normatives et le fonctionnement des institutions

---

<sup>2802</sup> Jacques CHIRAC, « Discours de Jacques Chirac prononcé le 11 mars 2000 à Madiana », 11 mars 2000, Martinique, *Drom-Com Le portail du droit outre-mer*, 2019, en ligne : <https://www.drom-com.fr/articles/discours-de-jacques-chirac-prononce-le-11-mars-2000-a-madiana-martinique-227.htm> (consulté le 05.11.2022).

<sup>2803</sup> Le rapport précise que « la terminologie “Pays d'Outre-mer” présente l'avantage [...] de figurer déjà dans le droit de l'Union européenne – pour les “PTOM” ; elle caractérise assez bien une entité non souveraine qui est beaucoup plus qu'une collectivité territoriale dotée d'attributions administratives, sans toutefois utiliser le terme “État (autonome)” propre à certains systèmes fédéraux ». Voir, Stéphane DIEMERT, « Note sur l'aménagement du cadre constitutionnel de l'Outre-mer », dans Michel MAGRAS, *Rapport d'information au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer sur la différenciation territoriale outre-mer. Quel cadre pour le sur-mesure ?*, Sénat, n° 713, 21 septembre 2020, p. 60-74, spé. p. 64.

<sup>2804</sup> Voir, Stéphane DIEMERT, « Note sur l'aménagement du cadre constitutionnel de l'Outre-mer », *op. cit.*, p. 65. Il s'agit du début de la nouvelle rédaction proposée pour la réécriture de l'article 73.

représentatives, lesquelles comporteraient « une assemblée délibérante et un organe exécutif élus »<sup>2805</sup>. La seconde proposition consiste en la rédaction d'un « Statut-cadre des pays d'Outre-mer » annexé à la Constitution de 1958 mais possédant pleine valeur constitutionnelle, à l'instar des textes cités dans le préambule. Le statut-cadre pourrait être adapté à chacun des territoires ultra-marins dans le cadre d'une nationalité et d'une citoyenneté communes. À ce titre, « s'il n'est pas question d'instituer un « libre-service » constitutionnel [...] il est toutefois possible de conférer à chaque pays d'Outre-mer le droit de co-décider, avec les autorités nationales – et principalement le Parlement – le contenu de son statut particulier : régime législatif, partage des compétences, organisation de ses institutions »<sup>2806</sup>. Ces deux propositions sont vectrices d'un véritable partage des compétences normatives et, possiblement, de la compétence législative, partage qui existe déjà avec l'Assemblée de la Polynésie française<sup>2807</sup>, le Conseil territorial de Saint-Martin<sup>2808</sup> et le Congrès de Nouvelle-Calédonie. Ce processus rappelle ainsi le partage de compétences y compris dans le domaine des lois fédérales et provinciales qui existe déjà au Canada et qui est aussi négocié, nation par nation, par des accords d'autonomie gouvernementale, selon le modèle du fédéralisme asymétrique.

**874.** En outre, ce « fédéralisme asymétrique » permet de décrire autrement le lien qui unit à la Nouvelle-Calédonie à la France hexagonale. La Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui l'une des seules collectivités d'outre-mer où l'assemblée représentative bénéficie d'autant d'autonomie et de compétences, si bien qu'elle en devient une collectivité *sui generis* dont la relation particulière à l'État a dû être constitutionnalisée. Bien que la nature fédérale des liens entre l'Archipel et la France soit discutée par la doctrine<sup>2809</sup>, les concepts de fédéralisme par traité et de fédéralisme asymétrique renouvellent la grille de lecture des relations de l'État avec cette collectivité. À ce titre, pour la Nouvelle-Calédonie spécifiquement, le professeur Jean-Yves Faberon propose l'approfondissement de cette relation asymétrique par la mise en place d'un double fédéralisme : en plus de compétences conférées au Sénat coutumier, « il s'agirait d'assurer une autonomie des provinces au sein de ce nouvel État tout en conférant à la France un devoir de défense, un rôle de régulation économique et monétaire, voire de promotion de la francophonie, autant de matières à bien maîtriser dans la relation de l'archipel au monde extérieur »<sup>2810</sup>. Ainsi, au même titre que certains États fédérés, la

---

<sup>2805</sup> Stéphane DIEMERT, « Note sur l'aménagement du cadre constitutionnel de l'Outre-mer », *op. cit.*, p. 66. Il s'agit du nouvel article 73. II, para. 5.

<sup>2806</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>2807</sup> Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (1), J.O.R.F. n° 52 du 2 mars 2004, texte n° 1, art. 13 et 14, pour la répartition des compétences et art. 102, pour la valeur législative des actes de l'Assemblée de la Polynésie française.

<sup>2808</sup> Pour les domaines de partage législatifs, Voir, Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (1), *préc.*, art. 5.

<sup>2809</sup> Nicolas CLINCHAMPS, « Un fédéralisme interne en Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 187-196.

<sup>2810</sup> La proposition du professeur Jean-Yves Faberon est présentée ici par Jean-Pierre Doumenge. Voir, Jean-Pierre DOUMENGE, « Au lendemain du référendum d'autodétermination du 4 novembre 2018, quel avenir pour une Nouvelle-Calédonie toujours très clivée ? », *RJPENC*, vol. 2, n° 32, 2018, p. 14-25, spé. p. 22. Cette même proposition

Nouvelle-Calédonie pourrait constituer un autre niveau de gouvernement et de représentation au sein d'un État asymétrique français.

**875.** Sur le plan juridique, la différence entre le projet d'un fédéralisme renforcé et asymétrique en Nouvelle-Calédonie et la mise en œuvre d'une indépendance-association n'est pas capitale : elle est surtout symbolique. Dans le premier cas, le gouvernement de Nouvelle-Calédonie pourrait bénéficier de presque autant de compétences législatives que dans le second. De même, il pourrait bénéficier de certaines compétences de souveraineté externe et conclure des traités, à la manière de certains États associés ou même de certaines entités fédérées, tels que les cantons suisses<sup>2811</sup>. De façon encore similaire aux États associé et fédéral, la France exercerait certaines compétences régaliennes et principalement celles liées à la défense. La différence majeure réside alors dans le caractère symbolique de la relation mise en place. Dans la configuration fédérale, la Nouvelle-Calédonie ne serait pas reconnue comme un État indépendant par le droit international. Même si cela peut aussi se produire dans le cadre d'une indépendance-association, l'Archipel n'aurait, avec certitude, aucun siège à l'ONU. Il reste que les dissemblances entre le fédéralisme conventionnel asymétrique et l'association montrent encore que les catégories juridiques ne sont pas si manichéennes : c'est simplement le vocabulaire politique employé qui joue ici un rôle important, puisque les loyalistes, majoritaires en cas de consultation référendaire, seraient plus enclins à accepter un nouveau statut qui ne passe pas par l'indépendance<sup>2812</sup>.

**876.** Ainsi, tant le fédéralisme par traité que le fédéralisme asymétrique constituent des grilles pour développer des relations de partenariat plus harmonieuses et résoudre les conflits entre les ordres étatiques et les systèmes représentatifs autochtones. En outre, le fédéralisme multinational et personnel, similaire au consociativisme, propose encore de nouvelles alternatives.

#### **B.** L'application d'un fédéralisme multinational et personnel similaire au consociativisme

**877.** Les relations entre les communautés autochtones et les États pourraient trouver leur place au sein d'un fédéralisme multinational. En effet, le fédéralisme reste considéré comme « le mécanisme privilégié d'accommodement de nations multiples dans un seul État »<sup>2813</sup>, mais le

---

est reprise par Frédéric Angleviel et Pierre Bretagnier, l'un des signataires des Accords de Matignon. Voir, Frédéric ANGLEVIEL, *Comprendre les référendums de 2018-2022 en Nouvelle-Calédonie, La France ou l'indépendance : décryptages historiques, socio-économiques et communautaristes*, Paris, Edilivre, 2018.

<sup>2811</sup> Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2014, p. 81.

<sup>2812</sup> Jean-Tenahe FAATAU, « Jean-François Carencu en Nouvelle-Calédonie : Pas de référendum de projet sans dialogue, a annoncé le ministre chargé des Outre-mer », *art. cit.*

<sup>2813</sup> Geneviève NOOTENS, « "Nous, les peuples" Fédéralisme et démocratie dans l'État plurinationnel », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, coll.



fédéralisme multinational insiste sur cette idée en « reconnaissant aux communautés nationales un rôle clé, d'une part, en tant que pôle d'identification et, d'autre part, en tant que pilier de l'État fédéral »<sup>2814</sup>. À cet égard, il n'est pas nécessairement opposé au fédéralisme par traité, puisque « le fédéralisme multinational se présente généralement sous la forme d'un pacte ou de traités librement négociés »<sup>2815</sup>. En d'autres termes, l'État fédéral multinational œuvre à l'entière reconnaissance de différentes nations qui le compose, au sein de sa Constitution, de son fonctionnement, de ses institutions et notamment au sein des institutions représentatives<sup>2816</sup>.

**878.** Dans ces objectifs, le fédéralisme multinational n'est pas un concept récent. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le professeur Karl Renner propose déjà la « multination » comme alternative à l'État-nation, visant à faire coexister au sein d'un même territoire le droit à l'autodétermination et l'unité de l'État<sup>2817</sup>. Il cherche à concevoir « un statut constitutionnel favorisant la cohabitation des différents groupes nationaux mêlés » au sein de l'Autriche-Hongrie d'après-guerre. De façon plus contemporaine, la théorie d'une multination est réactivée par le professeur Stéphane Pierré-Caps<sup>2818</sup>. Cette multination repose sur l'idée du fédéralisme personnel, autrement nommé le fédéralisme de législation ou le fédéralisme intégré<sup>2819</sup>. Ainsi, « à l'inverse du modèle territorial où un régime juridique donné est imposé à l'individu du seul fait de sa présence sur le territoire de l'entité régulatrice, le fédéralisme personnel implique quant à lui, la possibilité pour les individus de choisir

---

« Diversitas », 2011, p. 21-36, spé. p. 21. Voir aussi, Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 23 : « On s'entend généralement pour dire du fédéralisme qu'il vise à combiner, au sein d'une organisation politique à plusieurs échelons, autonomie (self-rule) et solidarité (shared-rule), unité et diversité, et ce, afin – entre autres finalités – de promouvoir, de protéger et d'accommoder les identités multiples qui coexistent au sein d'un même espace politique ». Bien qu'il n'existe pas de lien inhérent entre fédéralisme et diversité culturelle ». Voir aussi, Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>2814</sup> Alain-G. GAGNON, « Introduction. Regards croisés sur le fédéralisme canadien », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 7-13, spé. p. 8.

<sup>2815</sup> Alain-G. GAGNON, *Le choc des légitimités*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2021, p. 70.

<sup>2816</sup> Michel SEYMOUR, « Le fédéralisme multinational en question. Problèmes et perspectives », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, p. 9-20, spé. p. 10.

<sup>2817</sup> Il publie ses ouvrages sous pseudonyme. Voir, le premier ouvrage, SYNOPTICUS, *Staat und Nation (État et Nation)*, Vienne, 1899, 42 p. Voir, le second ouvrage plus systématisé, Rudolf SPRINGER, *Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat (La Lutte des nations autrichiennes pour l'État)*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1902, 252 p. Voir, le dernier ouvrage, publié à titre posthume, Karl RENNER, *Die Nation, Mythos und Wirklichkeit (La Nation, mythe et réalité)*, Wien, Europa Verlag, 1964, 138 p.

<sup>2818</sup> Stéphane PIERRE-CAPS, « Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbricolios politiques contemporains », *Droits et Société*, n° 27, 1994, p. 421-441. Voir, Stéphane PIERRE-CAPS, *La multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995. Pour une analyse de ce même thème, par une approche différente, Voir, Claire CUVELIER, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, Paris, Mare & Martin, 2019.

<sup>2819</sup> Antoine MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Gouvernance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 227-260, spé. p. 230.

la collectivité reconnue constitutionnellement à laquelle ils désirent s'associer»<sup>2820</sup>. Dans ce cadre, la représentation volitive, soit la compétence législative de *vouloir pour*, ne concerne pas des entités territoriales, mais couvre « des unités culturelles, quelle que soit la localisation géographique des personnes ou des institutions qui en relèvent »<sup>2821</sup>. Le professeur Antoine Messarra précise la définition en ces termes :

Le fédéralisme géographique a pour base des territoires autonomes, alors que le fédéralisme personnel a pour base des unités culturelles autonomes. Dans le premier cas, les unités géographiques délèguent leurs représentants à une seconde Chambre fédérale autre que la Chambre des représentants, alors que dans le second cas, les unités culturelles délèguent leurs représentants, soit à une première chambre suivant des quotas affectés à chaque unité culturelle, ou à une seconde chambre sénatoriale, et les postes administratifs sont affectés suivant un quota pour chacune des unités culturelles<sup>2822</sup>.

Par conséquent, le fédéralisme personnel implique la « personnalité du droit »<sup>2823</sup>, laquelle signifie que les normes s'appliquent aux citoyens en fonction de leur appartenance choisie à une communauté culturelle, religieuse, linguistique ou à un statut coutumier, dont l'autonomie est reconnue par la Constitution. La « personnalité du droit » est, certes, utilisée durant la période coloniale à des fins ségrégationnistes, mais elle a aussi « souvent été une protection “du droit du plus faible” contre l'acculturation »<sup>2824</sup>. En effet, il faut différencier « la personnalité agissant comme simple critère d'application d'une norme de la personnalité opérant comme critère d'attribution et de délimitation d'une compétence normative »<sup>2825</sup>. Le professeur Ghislain Otis précise la distinction en ces termes :

Dans le premier cas de figure, un pouvoir central choisit de soumettre différents groupes ethniques à des lois diverses qu'il édicte lui-même [...]. S'il existe alors une pluralité de régimes personnels, il y a unicité du foyer d'édiction de ces régimes multiples. Le principe de personnalité n'est pas, dans ce cas, l'instrument d'un aménagement pluraliste du pouvoir, mais d'un aménagement communautaire du domaine du droit, c'est-à-dire qu'il y a alors personnalité des lois applicables à chaque groupe, mais non autonomie politique et normative de ces groupes. Dans le second cas de figure, le principe de personnalité se traduit par une véritable « autonomie personnelle », parfois aussi qualifiée de « culturelle » de chaque groupe national qui jouit, pour un ensemble de matières, d'une autorité gouvernementale exclusivement opposable à ses membres<sup>2826</sup>.

**879.** Pour donner des exemples concrets, lesquels pourraient inspirer les relations avec les systèmes de représentation autochtones, le fédéralisme personnel s'applique dans les États

---

<sup>2820</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme », *op. cit.*, p. 17.

<sup>2821</sup> Antoine MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme », *op. cit.*, p. 231.

<sup>2822</sup> *Ibid.*

<sup>2823</sup> Le fédéralisme géographique implique le principe de territorialité du droit, quand le fédéralisme personnel implique la personnalité des lois ou du droit, ce qui « signifie que le droit applicable à un individu, donc son assujettissement à un ordre juridique, est déterminé non pas exclusivement en fonction de son rattachement territorial, mais sur la base de son appartenance personnelle à une communauté ou à un groupe national donné ». Voir, Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *art. cit.*, p. 786. Sur la personnalité des lois, Voir la thèse de la professeure Geneviève Motard. Voir, Geneviève MOTARD, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, *op. cit.*

<sup>2824</sup> Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *art. cit.*, p. 788.

<sup>2825</sup> *Ibid.*

<sup>2826</sup> *Ibid.*

multinationaux tels que la Belgique, le Liban, l'Autriche ou les Pays-Bas, où une autonomie et une participation politiques sont aménagées par la constitution<sup>2827</sup>. Au Liban par exemple, l'État est un territoire unitaire, mais se fonde sur le fédéralisme personnel. Le Parlement monocaméral<sup>2828</sup> est composé de cent vingt-huit représentants élus pour qui les sièges sont répartis selon le poids démographique des différentes communautés religieuses<sup>2829</sup>. Pour les députés de confession chrétienne, les sièges sont partagés entre les maronites, les Grecs orthodoxes, les Grecs catholiques, les Arméniens orthodoxes, les Arméniens catholiques, les évangélistes et d'autres minorités chrétiennes. Pour les députés de confession musulmane, les sièges sont répartis entre les sunnites, les chiïtes, les druzes et les alaouites<sup>2830</sup>. Les représentants incarnent donc une certaine représentativité confessionnelle, bien qu'il soit parfois opposé au système libanais un certain « déterminisme religieux »<sup>2831</sup>.

**880.** Un autre exemple est celui de la Belgique où les représentants élus de la Chambre des représentants et du Sénat sont répartis entre les deux groupes linguistiques, français et néerlandais<sup>2832</sup>. Pour la Chambre des représentants, la circonscription électorale dans laquelle les membres sont élus au scrutin proportionnel plurinominal de liste selon un vote préférentiel détermine le groupe linguistique auquel ils appartiennent. Le Sénat reste, lui, composé de cinquante sénateurs issus des entités fédérées et de dix sénateurs cooptés. Il y a donc vingt-neuf sénateurs désignés par le Parlement flamand en son sein ou au sein du groupe linguistique néerlandais du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale; dix sénateurs désignés par le Parlement de la Communauté française en son sein; huit sénateurs désignés par le Parlement de la Région wallonne en son sein; deux sénateurs désignés par le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale en son sein et un sénateur désigné par le Parlement

---

<sup>2827</sup> Il y a aussi Chypre où la Constitution de 1960 organise la représentation politique suivant le principe de personnalité, selon leur représentativité d'une communauté culturelle : «soixante-dix pour cent du nombre des représentants [à la chambre des représentants] sont élus par la communauté grecque et trente pour cent par la communauté turque séparément, parmi leurs membres respectifs». Voir, Constitution de Chypre du 16 août 1960, art. 62, al. 2. Ce système rencontre certaines difficultés dans la pratique, mais selon Antoine Messarra, les échecs viennent de l'inégalité des rapports de force instaurés et non de la nature même de l'aménagement fédéral. Voir, Antoine MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme », *op. cit.*, p. 249.

<sup>2828</sup> Un Sénat est bien rétabli en 1990, mais ses attributions sont limitées, comme en témoigne la Constitution du Liban, art. 22 : « Avec l'élection de la première Chambre des députés sur une base nationale et non confessionnelle, un Sénat sera créé où seront représentées toutes les familles spirituelles ; ses attributions seront limitées aux questions nationales d'intérêt majeur ».

<sup>2829</sup> Constitution du Liban, art. 24 : « les sièges parlementaires seront répartis conformément aux règles suivantes : a) À égalité entre chrétiens et musulmans. b) Proportionnellement entre les communautés de chacune de ces deux catégories. c) Proportionnellement entre les régions ».

<sup>2830</sup> Mostapha DISS et Abdallah ZOUACHE, « Une étude de la répartition du pouvoir confessionnel au Liban », *Revue d'économie politique*, vol. 125, n° 4, 2015, p. 527-546.

<sup>2831</sup> Par exemple, Pierre GANNEGE (dir.), *Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Paris, Hachette-Antoine, 2019.

<sup>2832</sup> Constitution de la Belgique, art. 43.

de la Communauté germanophone en son sein<sup>2833</sup>. Les dix sénateurs cooptés (quatre francophones et six néerlandophones) sont désignés sur la base du résultat des élections à la Chambre basse. La représentation y est bien proportionnelle. Par ailleurs, l'exigence de représentativité du Sénat s'étend au genre puisque la Constitution précise aussi que « le Sénat ne compte pas plus de deux tiers de sénateurs du même genre », c'est-à-dire que l'institution doit *a minima* compter vingt hommes ou vingt femmes<sup>2834</sup>. Du reste, la plupart des résolutions se prennent à la majorité absolue des voix<sup>2835</sup>. L'adoption de certaines lois nécessite une majorité des deux tiers avec un quorum de la majorité des membres du Parlement, ce qui garantit l'expression des différents groupes linguistiques dans le processus législatif et donne un certain droit de veto aux minorités<sup>2836</sup>.

**881.** Il ressort de ces mécanismes que la Belgique se présente aussi comme une « démocratie consociative »<sup>2837</sup>. Le professeur Arend Lijphart en décrit le fonctionnement en ces termes :

La représentation proportionnelle a été établie assez tôt et repose à l'évidence sur des règles formelles, légales et constitutionnelles. Mais les trois autres principes consociatifs – de grande coalition, d'autonomie pour les communautés religio-culturelles, et de droit de veto des minorités – procédaient tous d'accords informels bien qu'ils étaient strictement respectés. La réponse belge à l'intensification des différences linguistiques a été de les accommoder aux traditions consociatives existantes – sauf que les principes consociatifs ont été inscrits dans la constitution. Cette dynamique a abouti à la création d'une fédération formelle en 1993<sup>2838</sup>.

Ainsi exposées, les caractéristiques du fédéralisme personnel sont proches de celles des systèmes dits « consociatifs ». Le gouvernement consociatif d'Irlande du Nord, sans être régi par le fédéralisme territorial, reprend aussi certains mécanismes du fédéralisme personnel. Le pouvoir exécutif s'exerce par un cabinet de coalition multipartite, un Premier ministre unioniste et un Premier ministre adjoint nationaliste. Ils disposent « des mêmes pouvoirs et doivent exercer leur mandat conjointement, ce qui veut dire que la démission de l'un entraîne automatiquement celle de l'autre »<sup>2839</sup>. De même, le système électoral est basé sur un scrutin proportionnel à vote unique

---

<sup>2833</sup> Constitution de la Belgique, art. 67.

<sup>2834</sup> *Ibid.*, art. 67, para. 3.

<sup>2835</sup> *Ibid.*, art. 53.

<sup>2836</sup> Par exemple pour la loi qui définit les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d'élection des organes territoriaux intracommunaux pouvant régler des matières d'intérêt communal. Voir, Constitution de la Belgique, art. 41.

<sup>2837</sup> Daniel-Louis SEILER, « Un système consociatif exemplaire : la Belgique », *Revue internationale de Politique comparée*, vol. 4, n° 3, 1997, p. 601-624. Voir aussi, Mathieu MOULIN, « Une lecture du devenir institutionnel de la Belgique », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 289-312.

<sup>2838</sup> Arend LIJPHART, « La négociation dans les démocraties majoritaires et de consensus », *art. cit.*, p. 17. Voir aussi, Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « Les référendums constitutionnels et constituants dans l'État plurinational belge : un parcours d'obstacles insurmontables ? » dans Amélie BINETTE et Patrick TAILLON (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 313-346, spé. p. 323.

<sup>2839</sup> Yann BEVAN, « Un exemple de résolution de conflit communautaire post-colonial : la transition institutionnelle en "Ulster" », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *Actes du Colloque universitaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie des 17 et 18 novembre 2017*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 71-89, spé. p. 86.

transférable dans lequel les sièges des circonscriptions sont pourvus suivant le principe préférentiel<sup>2840</sup>. En outre, une *petition of concern* peut être déposée par trente des quatre-vingt-dix membres de l'Assemblée laquelle requiert un vote favorable de 60 % des membres représentant au moins 40 % de chaque parti, aussi appelé vote intercommunautaire<sup>2841</sup>. En cela, cette demande constitue un réel droit de veto<sup>2842</sup>. Enfin, en conformité avec l'Accord du Vendredi saint de 1998, «l'assemblée doit veiller à l'égalité de traitement culturel entre les deux traditions, ce qui a été une question sensible pour le développement de la langue irlandaise et du dialecte Ulster-Scot, ainsi que pour l'organisation des parades commémoratives»<sup>2843</sup>. Par ailleurs, l'autonomie accordée à l'Irlande du Nord démontre parallèlement une dévolution asymétrique, laquelle est négociée par un traité, l'Accord du Vendredi saint<sup>2844</sup>. Dans cet exemple, les inspirations des mécanismes du fédéralisme asymétrique, personnel et du consociativisme se rejoignent.

**882.** Ces formes de gouvernement ne réussissent pas toujours à remplir leur objectif de stabilité, notamment au Liban ou en Irlande du Nord. En effet, ces mécanismes peuvent favoriser une approche communautaire au détriment d'une perspective intercommunautaire<sup>2845</sup>. Toutefois, ils sont souvent mis en place dans des contextes politiques déjà très instables, afin de résoudre des conflits souvent enracinés au sein de sociétés plurielles. Si la corrélation est certaine, il reste difficile d'affirmer que la cause de l'instabilité prend sa source dans l'organisation fédéraliste ou consociativiste de l'ordre étatique.

**883.** Par ailleurs, ces exemples permettent d'envisager les évolutions de la participation autochtone aux processus législatifs. Le fédéralisme multinational et personnel et le consociativisme se traduisent tous trois par un système de représentation proportionnelle, lequel permet la représentation des différents groupes de la société. Will Kymlicka illustre les avantages de la représentation proportionnelle pour rééquilibrer la sous-représentation des minorités dans le processus de désignation électorale :

Dans le cadre du système uninominal, si neuf sections locales sur dix choisissent un homme blanc, cela semblera être le résultat non prémédité de dix décisions indépendantes, aucune d'entre elles n'étant nécessairement discriminatoire ni marquée par une volonté d'exclusion. En revanche, si un parti présente une liste de dix candidats ne comportant qu'une femme ou une personne non blanche, alors il sera manifeste qu'on a délibérément décidé de ne pas constituer une liste plus représentative. Pour cette raison, et pour d'autres encore, il est probable qu'une représentation proportionnelle

---

<sup>2840</sup> Zouhaïr ABASSI, « L'Accord du Vendredi saint de 1998 et l'approche consociationnelle », *Études irlandaises*, vol. 36, n° 2, 2011, p. 73-84, spé. p. 78. Aussi désigné sous le nom de système D'Hondt. Celui-ci sert aussi à désigner les élus aux postes clefs des commissions et du gouvernement.

<sup>2841</sup> *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Act*, 2022, c. 2, Petitions of concern, Section 6, art. 42.

<sup>2842</sup> Alex SCHWARTZ, « The Problem with Petitions of Concern », *Queen's Policy Engagement*, 26 mai 2015, en ligne : <http://qppl.qub.ac.uk/the-problem-with-petitions-of-concern/> (consulté le 28.11.2022)

<sup>2843</sup> Yann BEVAN, « Un exemple de résolution de conflit communautaire post-colonial : la transition institutionnelle en "Ulster" », *op. cit.*, p. 87.

<sup>2844</sup> David GUENETTE, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », *art. cit.*, p. 220.

<sup>2845</sup> Zouhaïr ABASSI, « L'Accord du Vendredi saint de 1998 et l'approche consociationnelle », *art. cit.*, p. 79.

conduirait à l'institution d'un pouvoir législatif plus représentatif que celui auquel donne lieu le système uninominal majoritaire<sup>2846</sup>.

Ainsi, cette analyse s'étend à toutes les minorités culturelles et peut ainsi remédier à la sous-représentation parlementaire des autochtones. Un même résultat peut encore être recherché par le redécoupage des circonscriptions électorales ou par la garantie de sièges parlementaires réservés<sup>2847</sup>.

**884.** Certains États consacrent notamment une représentation garantie pour les autochtones au sein des Parlements nationaux. Par exemple, aux États-Unis, en vertu du Traité de Hopewell de 1785 et du Traité de Dancing Rabbit Creek de 1830, les Premières Nations Cherokee et Choctaw disposent du droit d'envoyer un délégué à la Chambre des représentants. Ces derniers peuvent proposer des lois et voter en commission, mais pas en session plénière. Les Choctaw n'ont jamais envoyé de délégué, quand les Cherokees ont nommé leur première déléguée en 2019. À l'échelle de l'État fédéré, la tribu des Penobscot et celle des Passamaquoddy élisent chacune un député qui les représente à l'Assemblée législative de l'État du Maine<sup>2848</sup>. Comme l'explique David C. Hawkes, « ces représentants ne participent pas au vote des projets de loi [...] mais ils jouissent de tous les autres droits et privilèges attachés à leur fonction : ils peuvent siéger dans les comités législatifs et prendre la parole devant l'assemblée sur n'importe quel sujet, ils touchent les indemnités versées aux représentants élus »<sup>2849</sup>.

**885.** *A fortiori*, cette participation garantie au sein de la représentation étatique n'est pas limitée aux seuls ordres juridiques fédéraux. Elle s'applique aussi en Nouvelle-Zélande, État unitaire, lequel comprend 17 % de Maoris. Depuis l'*Acte de représentation maori* en 1867, quatre sièges – devenus sept – du Parlement monocaméral sont réservés aux Maoris sur soixante-douze. L'*Acte électoral* de 1993 donne le choix aux électeurs maoris et aux électeurs d'origines mixtes (maorie et autres) de s'inscrire sur une liste électorale réservée de leur région ou sur la liste générale de la circonscription où ils résident<sup>2850</sup>. En outre, depuis 1967, il est possible pour un candidat non maori de se présenter dans une circonscription autochtone, et pour un candidat maori de se présenter dans une circonscription générale<sup>2851</sup>. Avec les élus des différents partis, la population maorie atteint un maximum en 1996 avec cinquante députés maoris, dont sept seulement sont dus aux sièges réservés<sup>2852</sup>. La représentation garantie perdure pourtant, car elle constitue un symbole

---

<sup>2846</sup> Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, *op. cit.*, p. 193.

<sup>2847</sup> *Ibid.*, p. 191.

<sup>2848</sup> David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 178-180.

<sup>2849</sup> *Ibid.*, p. 178-180.

<sup>2850</sup> *Electoral Act*, 1993, Public Act n° 87. Voir aussi, David C. HAWKES, « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *art. cit.*, p. 172.

<sup>2851</sup> John WILSON, « The Origins of the Maori Seats », dans Maria BARGH (dir.), *Maori and Parliament: Diverse Strategies and Compromises*, Wellington, Huia Publishers, 2015, p. 48-65, spé. p. 63.

<sup>2852</sup> SENAT, *L'ouverture à la diversité : une spécificité néo-zélandaise, facteur de richesse pour le dialogue interparlementaire, Compte rendu du déplacement du groupe interparlementaire France – Nouvelle-Zélande à Auckland et Wellington*, Sénat n° CR 2018-14,

de la participation maorie et de son autonomie vis-à-vis de l'État<sup>2853</sup>. Ces exemples de droit comparé permettent d'envisager les évolutions possibles de la représentation autochtone au Canada, en Nouvelle-Calédonie ou en Guyane, du fait du caractère minoritaire des autochtones sur ces territoires. En effet, « là où il n'existe pas de blocs suffisants d'électeurs de la minorité pour produire des représentants de cette minorité, une représentation spéciale peut alors se justifier ».<sup>2854</sup>

**886.** Au Canada, le fédéralisme territorial et le scrutin majoritaire uninominal rencontrent assurément certaines limites dans leur application aux communautés autochtones : « les mécanismes fédéraux ne permettent l'exercice d'une autonomie gouvernementale que si la minorité nationale constitue une majorité au sein d'une des unités fédérales ainsi instaurées, comme c'est le cas pour les Québécois au Québec. Ce n'est toutefois pas le cas pour la plupart des peuples indigènes en Amérique du Nord »<sup>2855</sup>. Par exception, la seule application de ce principe demeure les Inuit du Nunavut, majoritaires et autonomes sur leur territoire grâce à l'*Entente finale du Nunavut* de 1993<sup>2856</sup>. C'est pourquoi, face à l'imbrication et à la dispersion des populations autochtones sur le territoire, de nombreux auteurs soutiennent l'intérêt du fédéralisme personnel pour organiser la coexistence des systèmes représentatifs au sein de l'État. À cet égard, le professeur Ghislain Otis explique que le principe de personnalité permettrait aux nations autochtones dispersées « d'être constitués en une unité politique dotée de la personnalité juridique et de se gouverner sans exclusivisme spatial dans les matières essentielles à leur développement national, tout en continuant de cohabiter sur un même territoire sous l'égide de lois communes d'application territoriale »<sup>2857</sup>.

---

2018, p. 1. À ce sujet, « la surreprésentation des Maoris au parlement a ouvert un débat sur la question de savoir si les circonscriptions électorales maories avaient toujours leur raison d'être. La position maorie est que les sièges réservés sont un symbole qui témoigne de ce que l'État reconnaît le droit du peuple maori à l'autonomie. Dans le même temps, le fait que les partis politiques veuillent inscrire leurs membres maoris en bonne place sur leurs listes est une indication de la nature intégrée de la société néo-zélandaise dans son ensemble. Seuls trois des 22 représentants maoris sont membres du Parti maori, tandis que les 19 autres sont membres de partis politiques classiques ». Voir, UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Au-delà des chiffres : la représentation des peuples autochtones au Parlement. Rapport d'enquête*, Genève, Union interparlementaire, 2014, p. 7.

<sup>2853</sup> François D'ALANÇON, « Nouvelle-Zélande : le parti maori veut changer le nom du pays », *La Croix*, le 15 septembre 2021, en ligne : <https://www.la-croix.com/Monde/Nouvelle-Zelande-parti-maori-veut-changer-nom-pays-2021-09-15-1201175554> (consulté le 03.11.2022).

<sup>2854</sup> Robert A. MILEN, *Représentation des peuples autochtones au Canada. Tour d'horizon des questions importantes*, op. cit., p. 14.

<sup>2855</sup> Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 49. Voir, dans le même sens, Martin PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'état canadien et les peuples autochtones », op. cit., p. 464 : « la très grande diversité, la petite taille et les ressources limitées des nations autochtones rendent difficile, sauf dans de rares exceptions, la création de provinces ou d'états au sens habituel du terme, et ce, même en acceptant la possibilité d'une forte asymétrie entre les partenaires fédératifs ».

<sup>2856</sup> Voir, Chapitre 5, Section 1. Voir aussi, l'*Entente finale du Nunavut* de 1993. Voir encore, *Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, L.C. 1993, ch. 29.

<sup>2857</sup> Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », art. cit., p. 793 et 795. L'auteur expose aussi les limites d'un tel principe en ces termes : « la configuration ethnoculturelle de la communauté politique qu'emporte généralement l'autonomie personnelle paraît sujette à caution à une époque valorisant la diversité ».

**887.** Parallèlement à la reconfiguration territoriale qui conduit souvent aux blocages des négociations, le fédéralisme personnel pourrait démontrer toute son utilité pour une autonomie politique dans des domaines tels que l'école ou la famille. Il peut aussi être une solution intéressante pour la législation s'appliquant aux autochtones en dehors des réserves, comme en témoignent déjà les décisions de la Cour suprême accordant le droit de vote aux membres des bandes indiennes vivant hors réserve lors des élections régies par la *Loi sur les Indiens*<sup>2858</sup>. Le droit de vote est donc ici octroyé selon le principe de personnalité, lié au statut d'Indien, et non selon un principe de territorialité. Enfin le fédéralisme personnel s'avère encore intéressant pour les autochtones ne disposant d'aucun territoire reconnu, comme c'est le cas pour les Métis<sup>2859</sup>. Avec ce fédéralisme, l'autonomie politique et les droits politiques des autochtones « s'exerceront, pour les matières personnalisées, au sein des institutions représentatives étatiques ou autochtones dont ils relèveront »<sup>2860</sup>.

**888.** À titre d'exemple, le succès du fonctionnement du gouvernement régional de l'Eeyou-Istchee-Baie-James peut se lire dans les mécanismes du fédéralisme personnel et du consociativisme qui ont été instaurés. Entré en fonction en 2014 pour gérer les terres de catégories II et III selon le système institué par la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* de 1975, ce gouvernement régional est une institution mixte dont le conseil est composé paritairement de onze élus Cris autochtones et onze élus Jamésiens allochtones<sup>2861</sup>. Les décisions du conseil requièrent ainsi les deux tiers des votes pour être adoptées et certaines doivent également obtenir une double majorité chez les différentes communautés constituant le conseil afin d'être valides<sup>2862</sup>. Pourtant, malgré ces seuils, la pratique est plutôt celle de la recherche de décisions unanimes, observent Martin Simard et Carl Brisson dans l'analyse des procès-verbaux des séances de 2014 à 2019<sup>2863</sup>. Ils expliquent ce recours régulier à l'unanimité par le fait que « les séances de discussions informelles préalables aux assemblées du Conseil atténuent les risques de malentendus ou de conflits, en plus de créer des liens plus personnels entre les membres du conseil »<sup>2864</sup>, c'est pourquoi ces pratiques consensuelles sont aussi liées au consociativisme. En effet, le caractère consociatif des arrangements institutionnels ressort du « principe de

---

culturelle, mais aussi la liberté, la mobilité, voire le métissage identitaire des individus. La saisie juridique de l'identité fait craindre, à bon droit, l'enfermement de l'individu dans une altérité imposée, essentialisée et porteuse d'oppression ».

<sup>2858</sup> *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

<sup>2859</sup> Ghislain OTIS, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *art. cit.*, p. 802.

<sup>2860</sup> *Ibid.*, p. 811.

<sup>2861</sup> *Loi instituant le Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie-James*, c. G -1.04, art. 6. Voir aussi, para. 617.

<sup>2862</sup> *Ibid.*, art. 9.

<sup>2863</sup> Martin SIMARD and Carl BRISSON, « Les enjeux et défis de la gouvernance biculturelle : l'exemple du gouvernement régional de l'Eeyou-Istchee-Baie-James », *Études canadiennes / Canadian Studies*, n° 89, 2020, p. 355-379.

<sup>2864</sup> Martin SIMARD and Carl BRISSON, « Les enjeux et défis de la gouvernance biculturelle : l'exemple du gouvernement régional de l'Eeyou-Istchee-Baie-James », *art. cit.*, p. 374.



représentation paritaire» du conseil, du mode de sélection en alternance du président et du vice-président, de la composition paritaire du comité exécutif, de la reconnaissance des deux langues et de l'usage de la majorité qualifiée<sup>2865</sup>. Ainsi, le consociativisme, comme forme approfondie des principes d'autonomie et de participation liés au fédéralisme personnel, constitue une grille de lecture pertinente pour l'évolution des relations entre les systèmes représentatifs étatiques et autochtones, évolution qui existe déjà à l'Eeyou-Istchee-Baie-James, et pourrait être développée ailleurs.

**889.** Un autre exemple d'application du consociativisme se retrouve dans les systèmes autochtones mis en place au sein des Premières Nations de White River, en vertu de son code électoral coutumier, et de Little Salmon/Carmacks, après la signature de l'entente définitive éponyme. Ainsi, la Première Nation de White River se compose de plusieurs populations autochtones, à savoir les Tananas et les Tutchones du Nord. L'Assemblée générale de citoyens se réunit une fois par an, au cours de laquelle les deux langues traditionnelles sont reconnues<sup>2866</sup>, un quorum de dix membres de chacune des populations est exigé<sup>2867</sup> et les décisions doivent rechercher le consensus. Quand le consensus ne peut être atteint, les décisions sont adoptées à la majorité qualifiée, ce qui octroie un certain droit de veto à chacune des populations en présence<sup>2868</sup>. Lors de cette réunion annuelle, les citoyens élisent les membres du conseil dont les sièges sont répartis paritairement entre les Tananas et les Tutchones du Nord<sup>2869</sup>. Le système de la Première Nation de White River consacre donc bien une représentation proportionnelle en fonction de la communauté autochtone représentée, un droit de veto à chacune des composantes de la Première Nation et une coalition « multi-ethnique » du gouvernement. En outre, à cette échelle, l'autonomie des segments de la population, soit le dernier critère du consociativisme, s'organise au sein même des différents clans.

**890.** Pour la Première Nation Little Salmon/Carmacks composée de deux principaux groupes, le système représentatif est relativement similaire. Une Assemblée générale de citoyens se réunit de façon trimestrielle, avec un certain quorum, durant laquelle le consensus est recherché et à défaut, une majorité qualifiée. L'élection du conseil se fonde encore sur une représentation

---

<sup>2865</sup> Geneviève MOTARD, «Le gouvernement de l'Eeyou-Istchee-Baie-James : Une forme novatrice de gouvernance consensuelle au Canada», dans Loleen BERDAHL, Carolyn TUOHY et André JUNEAU (dir.), *Régions, ressources et résilience : état de la fédération 2012*, Montréal, Presses de l'Université de McGill, 2015, p. 145-164, spé. p. 156.

<sup>2866</sup> *Constitution de la Première Nation de White River*, 1996, art. 5.7.

<sup>2867</sup> *Ibid.*, art. 5.10.

<sup>2868</sup> *Ibid.*, art. 5.11.

<sup>2869</sup> Ces communautés locales ont été regroupées en une seule bande par le Gouvernement fédéral dans les années 1950. Voir, *Ibid.*, art. 6.2 : «Les membres de Northern Tutchone éliront deux (2) des quatre (4) conseillers et un (1) conseiller suppléant et les membres de Upper Tanana éliront deux (2) des quatre (4) conseillers et un (1) conseiller suppléant». Source non traduite : «Northern Tutchone Members shall elect two (2) of the four (4) Councillors and one (1) alternate Councillor and Upper Tanana Members shall elect two (2) of the four (4) Councillors and one (1) alternate Councillor». Voir aussi, Chapitre 5.

proportionnelle à chaque clan composant la Première Nation : « les deux candidats au poste de conseiller du clan du loup qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du loup, et les deux candidats au poste de conseiller du clan du corbeau qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du corbeau »<sup>2870</sup>. Par ailleurs, les deux clans conservent, en leur sein, une certaine autonomie décisionnelle. Ces systèmes autochtones paraissent ainsi autant inspirés des principes du fédéralisme personnel que du consociativisme, et semblent mieux correspondre aux mécanismes coutumiers de représentation tels que le consensus et la représentation proportionnelle des différents clans. Les communautés autochtones qui le souhaitent pourraient donc s'inspirer de cette grille de lecture pour redéfinir les normes qui leur sont applicables.

**891.** Si le fédéralisme personnel et le consociativisme constituent des grilles de lecture pour les systèmes représentatifs autochtones, ils peuvent aussi servir de pistes de réflexion pour la participation des autochtones au système représentatif étatique. En effet, les autochtones du Canada constituent 5 % de la population canadienne, mais restent sous-représentés au Parlement fédéral, principalement au sein de la Chambre des communes<sup>2871</sup>. Pourtant, « la participation volontaire et individuelle des autochtones aux ordres politiques fédéral et provinciaux assure également le minimum requis de cohésion sociale sans laquelle le fédéralisme multinational ne pourrait survivre »<sup>2872</sup>. Elle est donc essentielle à la légitimité de l'ensemble. Dès lors, de nombreuses propositions pour réformer le système électoral et assurer la participation des autochtones au Parlement fédéral ont été faites sur le modèle du fédéralisme personnel.

**892.** En 1991, la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis propose la création de circonscriptions autochtones pour instaurer une représentation distincte<sup>2873</sup>. Le modèle suggéré s'inspire du système des circonscriptions électorales maories, mais se heurte à la grande dispersion des autochtones sur le territoire canadien et aux difficultés à réviser la

---

<sup>2870</sup> *Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2015 [1999], art. 10.8 : « Lors d'une élection, un citoyen ayant le droit de vote peut voter pour un maximum de quatre candidats au poste de conseiller du clan, quel que soit le clan. Les deux candidats au poste de conseiller du clan du loup qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du loup, et les deux candidats au poste de conseiller du clan du corbeau qui reçoivent le plus grand nombre de voix deviennent les conseillers du clan du corbeau ». Source non traduite : « In an election, a Citizen entitled to vote may vote for up to four candidates for Clan Councillor, regardless of Clan. The two candidates for Wolf Clan Councillor who receive the highest number of votes shall become the Wolf Clan Councillors, and the two candidates for Crow Clan Councillor who receive the highest number of votes shall become the Crow Clan Councillors. »

<sup>2871</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 25.

<sup>2872</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 47. De même, Anna Hunter affirme : « Cette représentation insuffisante des Autochtones dans les processus politiques officiels témoigne d'un degré d'aliénation politique tel qu'il met en péril la légitimité du système électoral démocratique canadien ». Voir, Anna HUNTER, « Le point sur les questions entourant la représentation des Autochtones aux élections fédérales », *art. cit.*, p. 31.

<sup>2873</sup> Pierre LORTIE, *Pour une démocratie électorale renouvelée : rapport final*, vol. 1, Ottawa, Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991, p. 6.

Constitution<sup>2874</sup>. En 1992, l'Accord de Charlottetown prévoit une garantie de sièges au Sénat<sup>2875</sup>. Les représentants autochtones doivent alors bénéficier des mêmes compétences législatives que les autres sénateurs, avec un pouvoir de double majorité pour certaines questions relatives aux populations autochtones, les détails du projet devant encore être précisé<sup>2876</sup>. Toutefois, l'accord est rejeté par référendum national. En 1996, la Commission royale sur les peuples autochtones avance donc plutôt l'idée d'une troisième chambre au Parlement fédéral afin d'assurer une « représentation effective ». Chacune des trois chambres symbolise alors la reconnaissance d'un niveau de gouvernement, donc d'un niveau de représentation politique. Certes, dans la première rédaction du projet, la chambre autochtone reste consultative, mais elle est vouée ensuite à acquérir un pouvoir d'initiative législative, de décision et d'enquête sur les questions autochtones<sup>2877</sup>. L'élection des candidats se fonde alors sur leur appartenance à une nation plutôt que sur des bases territoriales<sup>2878</sup>. Cependant, le projet n'est jamais entré en vigueur.

**893.** Dans les années 1990, de nombreuses idées sont encore proposées. L'une d'entre elles consiste à autoriser deux bulletins de vote aux autochtones : un pour le candidat de son choix dans une circonscription générale ; un autre pour un candidat autochtone dans une circonscription autochtone<sup>2879</sup>. Si cette proposition se heurte au principe « une personne, une voix », une liste de candidats autochtones pour des sièges réservés au niveau fédéral aux côtés d'une liste générale est aussi envisagée. Sur le fondement de leur statut d'Indien, les autochtones auraient choisi de voter pour l'une ou pour l'autre. D'autres idées sont encore formulées sur le modèle du « pouvoir d'empêcher ». Par exemple, une troisième chambre consultative aurait pu opposer des vetos législatifs ou demander une adoption à la double majorité dans certains domaines législatifs<sup>2880</sup>. À l'heure actuelle, ces propositions n'ont pas été adoptées et le débat se porte davantage sur une définition de l'autonomie gouvernementale par les tribunaux ou par la passation d'ententes définitives avec les gouvernements fédéral et provinciaux.

---

<sup>2874</sup> Anne-Marie LEFEBVRE, « La représentation autochtone au sein des institutions politiques nationales d'ici et d'ailleurs : les cas du Canada, de la Nouvelle-Zélande et de la Fennoscandie », *Université d'Ottawa*, 2014, en ligne : [https://sciencessociales.uottawa.ca/sites/socialsciences.uottawa.ca/files/2013-2014\\_1\\_fra\\_lefebvre.pdf](https://sciencessociales.uottawa.ca/sites/socialsciences.uottawa.ca/files/2013-2014_1_fra_lefebvre.pdf) (consulté le 25.10.2022).

<sup>2875</sup> Tim SCHOOLS, « Aboriginal Peoples and Electoral Reform in Canada : Differentiated Representation versus Voter Equality », *Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n° 4, 1996, p. 729-748.

<sup>2876</sup> Michael MORDEN, « Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue », *art. cit.*, p. 26.

<sup>2877</sup> Cette idée est fondée sur les insuffisances des Parlements saamis de la Fennoscandie. Voir, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir*, *op. cit.*, p. 505-509.

<sup>2878</sup> Anne-Marie LEFEBVRE, « La représentation autochtone au sein des institutions politiques nationales d'ici et d'ailleurs : les cas du Canada, de la Nouvelle-Zélande et de la Fennoscandie », *art. cit.*

<sup>2879</sup> Robert A. MILEN, *Représentation des peuples autochtones au Canada. Tour d'horizon des questions importantes*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>2880</sup> *Ibid.*, p. 39.

**894.** Pourtant, la participation autochtone au sein des institutions communes de la fédération canadienne est loin d'être significative<sup>2881</sup>. Sa prise en compte dépend souvent du bon vouloir des élus, voire de la forte personnalité des élus autochtones, ce qui n'est pas sans causer certaines tensions<sup>2882</sup>. Pour pallier ces vicissitudes politiques, le fédéralisme personnel reste un modèle pour l'institutionnalisation d'une participation autochtone, laquelle serait ainsi plus apaisée, harmonieuse, et déliée du caractère politique de ces acteurs.

**895.** En Nouvelle-Calédonie, l'autonomie de la représentation et la participation des communautés autochtones au pouvoir législatif du pays s'exercent déjà par le statut personnel. En effet, les systèmes représentatifs tels que les conseils coutumiers et les conseils de clans n'ont de compétences normatives qu'envers les individus qui conservent le statut civil coutumier. Parallèlement, la participation des Kanak à l'exercice du pouvoir législatif de Nouvelle-Calédonie se manifeste aussi par l'avis des sénateurs coutumiers sur les lois du pays relatives au statut coutumier. Pourtant, au regard des principes du fédéralisme, si l'autonomie des institutions coutumières est reconnue, leur participation à l'adoption des lois du pays reste minime et essentiellement consultative.

**896.** *A fortiori*, la participation du Sénat coutumier à l'élaboration des lois du pays rencontre de nombreux obstacles. Depuis sa création, seule la loi du pays *relative aux actes coutumiers* de 2007 est adoptée sur sa proposition de 2002<sup>2883</sup>. Le Sénat coutumier résume la situation en ces termes : « sur le plan de l'initiative législative, nous dirons que les sénateurs proposent et les élus disposent librement sans contraintes ni délai. Jusqu'ici, les élus ont pratiqué l'attentisme le plus absolu en ce qui concerne les affaires coutumières »<sup>2884</sup>. Le rapport rédigé par l'institution en 2019 rend aussi compte de contraintes financières persistantes :

En tant qu'institution chargée de la cohésion de l'action des institutions coutumières et de l'amélioration de la situation des autorités coutumières (districts, chefferies et clan), un travail intense de concertation a été réalisé sur les propositions de textes réglementaires, sur la mise en place du programme de restructuration des chefferies, sur le cadastre coutumier/la réforme foncière et sur la situation de la jeunesse. Le manque de moyens mis à disposition n'a jamais permis à ces programmes de se mettre en place<sup>2885</sup>.

En 2011, le professeur François Féral affirme sans ménagement que le Sénat coutumier n'a « qu'un statut d'expert, dont les avis sont systématiquement écartés »<sup>2886</sup>. Il ajoute :

Outre son impuissance législative, le Sénat ne délibère de rien, il ne peut prendre aucun acte qui ne soit formalisé par le haut-commissaire ou le gouvernement. Ses très faibles moyens de

---

<sup>2881</sup> Martin PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'état canadien et les peuples autochtones », *op. cit.*, p. 479-480.

<sup>2882</sup> Ariane PICARD, « À la croisée des chemins : crise autochtone et fédéralisme exécutif au Canada », *art. cit.*

<sup>2883</sup> Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers*, *préc.*

<sup>2884</sup> SENAT COUTUMIER, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>2885</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>2886</sup> François FÉRAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 15.

fonctionnement dépendent du Congrès et il n'en est même pas ordonnateur principal, ses personnels sont en nombre dérisoire et son expertise interne est quasi nulle<sup>2887</sup>.

Depuis 2011, la situation s'est quelque peu améliorée par la création du site internet de l'institution et par la publication au journal officiel de ses avis et de ses délibérations. Toutefois, la participation de « l'institution représentative de la coutume » reste encore très limitée. *In fine*, la participation des Kanak à la production législative congressionnelle s'organise surtout dans la pratique, du fait de leur importance démographique et du découpage des circonscriptions électorales.

**897.** En outre, pour consacrer l'équivalent d'un fédéralisme personnel calédonien, il n'est pas nécessaire que soient reconnues les communautés ethniques ou les minorités en présence : une telle conception serait par ailleurs contraire à la jurisprudence constitutionnelle actuelle. La reconnaissance de l'article 75 de la Constitution suffirait. La composition du Congrès de Nouvelle-Calédonie pourrait, si nécessaire, se fonder sur l'octroi de sièges à des conseillers au statut particulier, qu'il concerne les Kanak ou les nombreux Wallisiens et Futuniens présents sur l'Archipel. En effet, la situation de ces derniers est aussi singulière : s'ils sont majoritaires à Wallis et Futuna, ils restent minoritaires en Nouvelle-Calédonie. Le scrutin proportionnel aux élections provinciales calédoniennes leur permet *de facto* une représentativité que des sièges liés à la démographie leur garantiraient pourtant *de jure*. Une telle garantie par le droit pourrait donc être envisagée.

**898.** La reconnaissance des communautés autochtones kanak ou wallisiennes et futuniennes, pourrait encore se fonder sur leur « faculté d'empêcher »<sup>2888</sup>. Par exemple, les représentants de ces populations bénéficieraient d'un droit de veto à l'égard des lois et réglementations qui les concerne. Ce « vote négatif » pourrait notamment être octroyé au Sénat coutumier pour les lois du pays relatives au statut coutumier. Selon une hypothèse similaire, dans le cadre de sa proposition d'un double fédéralisme, le professeur Jean-Yves Faberon soutient qu'à l'avenir, un « Sénat » devrait continuer « à statuer sur les matières touchant aux champs de la coutume kanak tandis qu'une Assemblée ou congrès veillerait aux intérêts du plus grand nombre, toutes communautés ethno-culturelles confondues »<sup>2889</sup>. À ce titre, il ajoute qu'« une majorité des deux tiers pourrait même être retenue pour toute matière d'intérêt primordial débattue dans cette Assemblée, garantissant par la même la prise en compte des diverses communautés constitutives de l'État et/ou de la Nation à venir »<sup>2890</sup>. Cette mesure semble ainsi directement inspirée du consociativisme qui prévoit un droit

---

<sup>2887</sup> François FERAL, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 15.

<sup>2888</sup> « J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre ». Voir, Charles Louis DE SECONDAT, *De l'Esprit des lois*, t. 1, *op. cit.*, p. 334.

<sup>2889</sup> Jean-Pierre DOUMENGE, « Au lendemain du référendum d'autodétermination du 4 novembre 2018, quel avenir pour une Nouvelle-Calédonie toujours très clivée ? », *art. cit.*, p. 22.

<sup>2890</sup> *Ibid.*

de veto ou un vote par majorité qualifiée à l'égard des législations relatives aux différents groupes qui composent la société plurielle.

**899.** Dans ce cadre institutionnel renouvelé, il n'est pas nécessaire que la chambre coutumière soit élue, puisque généralement, une désignation diversifiée « signifie une meilleure représentativité du Parlement par la diversification de la représentation, la seconde chambre étant le plus souvent désignée selon un mode de suffrage différent »<sup>2891</sup>. Selon un argument similaire, la durée de son mandat ne devrait pas non plus être calquée sur la première chambre. Cet asynchronisme permettrait de sortir la seconde chambre du rythme électoral et des clivages partisans, avec l'idéal que celle-ci modère une logique purement majoritaire. En effet, selon la théorie consociative, le bicamérisme fort se caractérise « par des pouvoirs symétriques et une composition dissemblable »<sup>2892</sup>. En se fondant sur cette théorie, la professeure Carine David soutient la possibilité, dans un second temps, « d'étendre la représentation au sein de la seconde chambre à l'ensemble des communautés présentes en Nouvelle-Calédonie »<sup>2893</sup>. Elle prend l'exemple du système fidjien de 1997, dans lequel la chambre haute était principalement composée de chefs héréditaires, nommés par le Président selon les propositions du Grand conseil des Chefs, de l'opposition, du Premier ministre et du Conseil de Rotuma, et ne pouvait statuer qu'à la majorité qualifiée sur les législations relatives aux affaires coutumières<sup>2894</sup>.

**900.** Enfin, ces réflexions s'étendent à la représentation nationale. D'ailleurs, à l'occasion des élections législatives de 2022, le débat est relancé sur la garantie d'un siège de député réservé à une personne de statut coutumier. Autrement formulé, « serait-il équilibré qu'un des deux représentants de la Nouvelle Calédonie soit kanak ? »<sup>2895</sup>. En effet, le découpage électoral n'a que très rarement permis que des Kanak puissent être élus députés alors qu'ils constituent non moins de 40 % de la population de l'Archipel. Si aucune réforme n'est pour l'instant envisagée, l'éventualité d'une telle mesure pour garantir la participation kanak à la représentation nationale reste encore possible, surtout dans le contexte actuel de réforme du statut calédonien.

**901.** À Wallis et Futuna, *a contrario* de la situation calédonienne, la représentativité des insulaires au Parlement national constitue une sur-représentation puisque la population de la circonscription de Wallis et Futuna est inférieure à la moyenne nationale : la répartition de cette population sur le territoire français de même que le découpage des circonscriptions électorales assurent à ces populations une participation et une représentativité dans le processus législatif national, certes

---

<sup>2891</sup> Carine DAVID, « Quel bicaméralisme pour la Nouvelle-Calédonie ? », *art. cit.*, p. 177.

<sup>2892</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>2893</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>2894</sup> *Ibid.*, p. 184-185.

<sup>2895</sup> NOUMEA POST, « Un député kanak dans la deuxième circonscription ? », *Nouméa Post*, 17 mars 2022, en ligne : <https://noumeapost.com/2022/03/17/un-depute-kanak-dans-la-deuxieme-circonscription/> (consulté le 03.11.2022).

minime, mais proportionnelle, voire supérieure, à la démographie de leur population. De même, pour l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna, la représentativité autochtone s'avère garantie *de facto* puisque les autochtones sont largement majoritaires sur le territoire. Leur garantir un siège aurait peu de sens et un effet purement symbolique, si ce n'est dérisoire. Si la participation des autochtones au processus législatif et réglementaire est assurée, il reste toutefois que leur autonomie, deuxième volet du fédéralisme personnel et critère du consociativisme, demeure assez limitée. En effet, chaque délibération de l'Assemblée territoriale reste soumise à l'approbation de l'administrateur supérieur. Depuis la révision constitutionnelle de 2003, Wallis et Futuna relèvent de l'article 74 de la Constitution, « ce qui aurait dû induire l'adoption d'une loi organique définissant le statut de collectivité d'outre-mer »<sup>2896</sup>. En 2015, dans l'éventualité de l'adoption de la loi organique ou d'une modification du statut de 1961, l'Assemblée territoriale crée un groupe de travail « chargé d'élaborer un rapport faisant état des différentes pistes de réflexion sur l'évolution institutionnelle et organisationnelle de l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna »<sup>2897</sup>. Ainsi, les élus locaux demandent régulièrement le transfert de la fonction exécutive de l'administrateur supérieur à l'Assemblée territoriale<sup>2898</sup>. Il s'agit de la principale évolution souhaitée, laquelle devrait être approuvée par les chefferies coutumières, mais, à ce jour, aucune évolution n'est concrètement envisagée ni par les élus de l'Assemblée territoriale ni par le gouvernement<sup>2899</sup>.

**902.** Enfin, en Guyane, la situation des Amérindiens et Bushinenges est singularisée par le caractère nettement minoritaire de ces derniers. S'il y a déjà eu des parlementaires kanak et wallisien<sup>2900</sup>, il n'y a encore jamais eu de parlementaires amérindiens ou bushinenges. Les Amérindiens représentent près de 5 % de la population guyanaise et les Bushinenges environ 6 %<sup>2901</sup>. Un conseiller territorial est délégué aux relations avec les « peuples autochtones »<sup>2902</sup>, le sous-préfet des communes de l'intérieur est un interlocuteur privilégié des populations autochtones et le Grand conseil coutumier permet de donner un avis sur la réglementation. Par ces dialogues, « les

---

<sup>2896</sup> COUR DES COMPTES, *Observations définitives. Le territoire des îles Wallis et Futuna. Exercices 2016-2021, op. cit.*, p. 12.

<sup>2897</sup> Par une délibération de 2015, rendue exécutoire par un arrêté de 2019. Voir, Arrêté n° 2019-528 du 02 juillet 2019 approuvant et rendant exécutoire la délibération n° 50/AT/2019 du 21 juin 2019 portant modification de la délibération n° 03/AT/2015 du 16 juillet 2015 portant création d'un groupe de travail chargé d'élaborer un rapport faisant état des différentes pistes de réflexion sur l'évolution institutionnelle et organisationnelle de l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna, J.O.W.F n° 499 du 15 juillet 2019, p. 19170.

<sup>2898</sup> LE FIGARO, « Macron prêt à une évolution du statut de Wallis et Futuna, 60 ans après son édicton », *Le Figaro*, 29 juillet 2021, en ligne : <https://www.lefigaro.fr/politique/macron-pret-a-une-evolution-du-statut-de-wallis-et-futuna-60-ans-apres-son-ediction-20210729> (consulté le 04.11.2022).

<sup>2899</sup> COUR DES COMPTES, *Observations définitives. Le territoire des îles Wallis et Futuna. Exercices 2016-2021, op. cit.*, p. 12.

<sup>2900</sup> Rock Pidjot et Maurice Nenou ont notamment été des députés mélanésiens élus en Nouvelle-Calédonie.

<sup>2901</sup> Selon un recensement de 2020. Voir, COLLECTIVITE TERRITORIALE DE GUYANE, « Guyane française (2) Composition ethnolinguistique », *Collectivité territoriale de Guyane*, 2021, en ligne : <https://www.axl.cefan.ulaval.ca/amsudant/guyanefr2.htm> (consulté le 23.10.2022).

<sup>2902</sup> Selon les termes employés dans la nomenclature de la collectivité. Voir, COLLECTIVITE TERRITORIALE DE GUYANE, « L'Assemblée », *Collectivité territoriale de Guyane*, 2021, en ligne : <https://www.ctguyane.fr/lassemblee/#conseillers-territoriaux> (consulté le 03.11.2022). Il s'agit actuellement de Jocelyn Therese, lequel est l'ancien maire d'Awala-Limpo et l'ancien président du Grand conseil coutumier.

populations autochtones peuvent discuter des décisions prises à leur égard, et dans une moindre mesure, participer, ne serait-ce que de manière informelle, aux décisions elles-mêmes»<sup>2903</sup>. Toutefois, ces organes n'obligent en rien les pouvoirs publics. *A fortiori*, ils ne garantissent ni l'autonomie politique des populations autochtones ni la garantie juridique de leur participation aux décisions locales. Dès lors, des propositions doctrinales sont formulées, notamment afin de donner un réel pouvoir politique, et non un avis simplement consultatif, à « une assemblée représentant les groupes ethniques de Guyane [...] de manière à assurer une sur-représentation des communautés minoritaires, faisant contrepoids à la première assemblée », actuellement l'Assemblée de Guyane<sup>2904</sup>. À titre d'exemple, inspiré du modèle calédonien, le projet d'évolution statutaire de la Guyane, rédigé par le comité de pilotage, propose qu'un Sénat coutumier succède au Grand conseil coutumier<sup>2905</sup>. Toutefois, le caractère uniquement consultatif de cette future institution de Guyane est remis en question par les Amérindiens et les Bushinenges pour qui « le Sénat coutumier doit être décisionnaire et pas consultatif »<sup>2906</sup>. Ils proposent donc plutôt la création d'une Assemblée des hautes autorités autochtones de Guyane, laquelle aurait un réel pouvoir décisionnaire et influencerait sur les décisions de la collectivité territoriale<sup>2907</sup>.

**903.** Selon une autre proposition, un des cinquante-cinq sièges de l'Assemblée de Guyane pourrait être réservé aux populations amérindiennes et bushinenges afin de garantir *a minima* une certaine représentativité. Cette dernière possibilité est toutefois difficile à mettre en œuvre à cause de l'inexistence d'un statut personnel amérindien ou bushinenge, malgré certaines tentatives pour sa mise en place dans les années 1980<sup>2908</sup>. Pour contourner cet obstacle juridique, il faudrait envisager une certaine reconnaissance de la représentation des populations autochtones sur le fondement des expressions déjà usitées comme celles de « populations tribales », des « Amérindiens de la Guyane française » ou des « communautés tirant traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt »<sup>2909</sup>, ou encore sur le fondement d'un statut personnel coutumier. Ces évolutions sont, par

---

<sup>2903</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », *préc.*, p. 26.

<sup>2904</sup> Thierry MICHALON, « Commentaire : les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984 », *op. cit.*, p. 162.

<sup>2905</sup> COMITE DE PILOTAGE, Avant-projet de document d'orientations sur l'évolution de la Guyane vers un statut de collectivité autonome régie par le régime des intérêts propres dans le cadre d'une réforme de la Constitution, 2023, en ligne : <https://www.guyaweb.com/assets/2.-Avant-projet-de-document-d-orientations-COPIL-DU-25-mars-2023.pdf> (consulté le 04.06.2023).

<sup>2906</sup> Guillaume REUGE, « Sénat coutumier : la montagne a accouché d'une souris », *Guyaweb*, 2023, en ligne : <https://www.guyaweb.com/toutes/echanges-sur-le-processus-devolution-statutaire/> (consulté le 04.06.2023).

<sup>2907</sup> Marie-Claude THEBIA, « Congrès des élus : la voix des populations autochtones », France Info, le 12 mai 2023, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/guyane/congres-des-elus-la-voix-des-populations-autochtones-1394950.html> (consulté le 04.06.2023).

<sup>2908</sup> Voir, Chapitre 3, Section 2, para. 409.

<sup>2909</sup> Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 *modifiant le Code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, *préc.*



ailleurs, appelées de leurs vœux par les populations autochtones présentes sur le territoire français sud-américain.

**904.** Au terme des aménagements déjà entrepris en faveur des systèmes représentatifs autochtones, les alternatives juridiques qui s'offrent encore à eux sont diverses. Selon une première hypothèse, la représentation coutumière peut s'effacer de l'ordre étatique. D'abord, les systèmes représentatifs coutumiers peuvent être davantage assimilés, volontairement ou non, aux traditions juridiques d'origine européenne et voir ainsi disparaître certaines de leurs spécificités. Toutefois, cette alternative semble peu conforme aux engagements internationaux du Canada et de la France : cela n'est donc pas souhaitable. Ensuite, les titulaires du droit à l'autodétermination peuvent encore se séparer, par l'indépendance totale ou par l'association, de l'État principal qui les gouverne et qui les représente. Par conséquent, le système représentatif coutumier perdurerait au sein d'un autre État, nouvellement indépendant. Au regard du droit international, cette éventualité reste plus probable en France qu'au Canada. Là où cette indépendance a le plus de chance d'aboutir, en Nouvelle-Calédonie, elle s'inscrit toutefois dans une perspective de long terme, du fait d'un rapport démographique défavorable aux autochtones et de l'issue des trois derniers référendums sur le sujet. Finalement, en droit positif, il reste donc peu probable que la représentation coutumière disparaisse totalement de l'ordre étatique. C'est pourquoi d'autres évolutions, plus conformes aux objectifs politiques affichés, doivent être envisagées.

**905.** Ainsi, selon une seconde hypothèse, la reconnaissance des spécificités de la représentation coutumière et de sa participation à la représentation politique étatique pourrait être approfondie, grâce aux grilles de lecture du fédéralisme et du consociativisme. Par définition, ces théories se prêtent davantage à l'analyse du cas canadien, lequel s'insère déjà dans un État fédéral. Toutefois, elles ne manquent de présenter de nouvelles idées pour les relations particulières de la France avec son outre-mer, en se fondant notamment sur la reconnaissance constitutionnelle déjà consacrée des statuts personnels ou d'un accord gouvernemental asymétrique. À la lumière de ces possibilités, il y aurait, semble-t-il, autant de pactes fédératifs ou de pactes consociatifs qu'ils existent de relations entre l'État et les populations autochtones.

**906.** Finalement, s'il ne s'agit pas de se prononcer sur le caractère souhaitable de l'une ou l'autre des options, dont l'appréciation revient au politique, il faut nécessairement apprécier la diversité des évolutions possibles. Cette diversité n'est pas seulement vectrice de l'ouverture du « champ des possibles » pour les systèmes coutumiers, elle amène aussi à envisager une « réconciliation » durable des systèmes de représentation étatiques et coutumiers.

## CHAPITRE 8 – LA RECONCILIATION DURABLE ENTRE LES SYSTEMES DE REPRESENTATION ETATIQUES ET COUTUMIERS

**907.** Les règles applicables aux populations autochtones, qu'elles soient d'origine étatique ou coutumière, suscitent de nombreux défis, notamment celui de tenir compte de certaines spécificités liées aux coutumes, sous peine de voir ces dernières disparaître de l'ordre juridique étatique. De même, le droit se doit d'être accessible et adapté, sous peine d'être inefficace ou ineffectif<sup>2910</sup> et d'entraîner la création de normes extra-étatiques. Enfin, les règles de droit peuvent participer au maintien d'une coexistence pacifique et équilibrée entre plusieurs normes, dans l'objectif d'éviter la résurgence de conflits parfois violents.

**908.** Dans ce cadre, les propositions permettant une coexistence équilibrée sont multiples. La reconnaissance des spécificités des systèmes coutumiers par le statut personnel ou l'instauration d'une représentation garantie au sein de l'État sont autant d'éventualités possibles, lesquelles sont mises en œuvre en fonction de l'histoire de chaque population autochtone et d'objectifs politiques négociés et précis. Ces dernières se résument par l'usage de deux expressions : la « réconciliation » au Canada et le « destin commun » en France. Le destin commun est mentionné par l'Accord de Nouméa en ces termes : « le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun »<sup>2911</sup>. Selon un objectif similaire au Canada, la réconciliation « est un processus continu permettant aux peuples autochtones et à la Couronne de travailler ensemble à établir et à maintenir un cadre de vie commune fondé sur le respect, pour favoriser des nations autochtones solides, saines et durables au sein d'un Canada fort »<sup>2912</sup>. Au-delà d'une simple conciliation<sup>2913</sup>, la réconciliation et le destin commun s'inscrivent dans la volonté d'un équilibre stable et durable des relations entre les différents systèmes de représentation.

**909.** Tourné vers l'avenir, le champ des possibles de la réconciliation amène autant de réponses qu'il ne soulève d'interrogations sur les meilleurs moyens de parvenir à cet équilibre. En effet, indépendamment des chemins politiques empruntés, cette volonté de construire un destin commun peut-elle enrichir à la fois les systèmes coutumiers et les systèmes étatiques ? En outre, si le droit constitutionnel doit opérer des changements pour la coexistence des systèmes, comment s'assurer

---

<sup>2910</sup> L'efficacité concerne les effets attendus de la loi et les objectifs annoncés par le législateur. L'effectivité s'intéresse aux effets non intentionnels des normes juridiques. Voir, Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, p. 715-732, spé. p. 730.

<sup>2911</sup> *Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, préc.*, préambule.

<sup>2912</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, op. cit., p. 7.

<sup>2913</sup> Sur la conciliation des systèmes de représentation étatiques et autochtones, Voir, les Chapitres 5 et 6.

du bien-fondé et du bon déroulé de cette transition? Afin d'éprouver ces interrogations, il faut, d'une part, aborder la question de la réconciliation des systèmes représentatifs par la complémentarité des conceptions de la représentation (**SECTION 1**) et, d'autre part, au moyen du recours à la diversité des mécanismes du droit transitionnel (**SECTION 2**).

### **SECTION 1 – Une réconciliation par la complémentarité des conceptions de la représentation**

**910.** Sur le long terme, la réconciliation des systèmes représentatifs étatiques et autochtones s'opère par le constat de la complémentarité de leurs conceptions juridiques. Plus spécifiquement, loin de les opposer ou de les mettre en concurrence, l'analyse historico-comparative de leur coexistence au sein des ordres étatiques canadien et français démontre finalement la complémentarité de chacune des conceptions de la représentation. Dès lors, le rejet d'une représentation uniconceptuelle ressort de l'analyse conjointe des systèmes représentatifs autochtones, mais aussi des systèmes représentatifs étatiques (**PARAGRAPHE 1**). Les systèmes représentatifs étatiques et autochtones pourraient alors construire leur destin commun grâce à une complémentarité équilibrée et enrichissante des systèmes et des modèles de représentation politique (**PARAGRAPHE 2**).

#### **PARAGRAPHE 1 – Le rejet commun d'une représentation politique uniconceptuelle**

**911.** Le syntagme de « crise de la représentation » désignerait plutôt la « crise d'une représentation uniconceptuelle », autrement dit, le rejet d'une représentation politique qui ne serait fondée que sur l'une des conceptions volitive, électorale, miroir ou coutumière. En effet, un tel « appauvrissement » de la représentation politique est déploré à la fois au sein des systèmes représentatifs autochtones (**A**) et étatiques (**B**).

**A.** Le rejet d'une représentation politique uniconceptuelle par les systèmes autochtones

**912.** La plupart des conceptions de la représentation politique surviennent et sont utilisées en réaction à l'inefficacité d'un premier modèle visant à « représenter » les intérêts autochtones. Par conséquent, chacune de ces conceptions est indispensable, comble les lacunes de la précédente et enrichit la représentation politique dans son ensemble. Par exemple, la période coloniale illustre que la représentation volitive seule ne permet pas la prise en compte des systèmes coutumiers et de leurs

spécificités : les autochtones s'avèrent représentés au sein des parlements nationaux, mais leur exclusion de la citoyenneté ne permet qu'une représentation très imparfaite et démocratiquement contestable<sup>2914</sup>. C'est pourquoi la représentation politique intègre une dimension électorale qui, à partir des années 1950, s'étend aux Indiens et aux Indigènes faisant d'eux des citoyens à part entière. Malgré cette conception renouvelée de la représentation, le principe du vote majoritaire se heurte aux écueils de l'uniformisation des systèmes coutumiers, de l'abstentionnisme et de leur poids électoral limité, car la population autochtone reste, par essence, minoritaire. Finalement, la représentation électorale seule ne permet pas non plus la prise en compte des spécificités des systèmes coutumiers.

**913.** En réponse, les communautés autochtones formalisent leurs revendications juridiques et politiques en se regroupant au sein de nombreuses associations<sup>2915</sup>. Il y a encore là l'idée d'un autre mécanisme représentatif, cette fois pour des intérêts particuliers et par la représentation associative. L'objectif reste pourtant la reconnaissance des spécificités de la représentation coutumière au sein de l'ordre étatique : la représentation associative seule ne suffit pas. Au Canada et en France, l'État aménage alors certains espaces juridiques pour les systèmes représentatifs autochtones<sup>2916</sup>. Il passe des accords gouvernementaux, lesquels dérogent au droit commun de la représentation. Autrement dit, il adopte des lois vectrices d'une certaine autodétermination interne. Par cela, l'État reconnaît la persistance d'une représentation politique particulière : la représentation coutumière. Pourtant, la seule représentation coutumière n'est pas possible puisque les systèmes autochtones s'insèrent dans un ordre juridique particulier, lequel tolère ou non une représentation non fondée sur l'élection, mais encadre toujours la reconnaissance de ces spécificités dans des conditions formelles et matérielles<sup>2917</sup>.

**914.** De même, la prise en compte d'une représentativité autochtone s'avère aussi indispensable. C'est pourquoi, en parallèle de l'élaboration des normes locales et nationales, les États canadiens et français intègrent les avis d'institutions représentatives consultatives comme l'APN, l'APNQL, le Sénat coutumier ou le Grand conseil coutumier, composées de représentants autochtones. Ces institutions, fondées sur le principe de la *ressemblance à*, résultent des limites logiques du système majoritaire à prendre en compte les intérêts des minorités. Pourtant, de nouveau, la représentativité seule ne peut être qu'un idéal, lié au décalage inhérent entre les volontés des représentés et les décisions des représentants dans un régime où le mandat impératif est proscrit, voire impossible. En effet, la représentation politique a pour fonction de produire une volonté générale imputable à tous

---

<sup>2914</sup> Voir, Chapitre 2, Section 2.

<sup>2915</sup> Voir, Chapitre 3.

<sup>2916</sup> Voir, Chapitre 5.

<sup>2917</sup> Voir, Chapitre 6.

qui ne correspond pas aux volontés individuelles. La représentativité, si elle contribue à ce que les intérêts des autochtones ne soient pas écrasés, ne peut suffire à exprimer une volonté collective.

**915.** Chaque conception, à elle seule, ne suffit pas à instaurer une représentation satisfaisante. Il est possible de rejoindre le professeur Pierre Brunet lorsqu'il conclut à propos de la théorie classique de la représentation : « il n'y a pas de magie de la représentation. [...] il n'y a que des doctrines de la représentation qui toutes visent un but précis, procèdent d'une nécessité spécifique et dont l'origine est à chercher aussi bien du côté des interprètes du système constitutionnel que du côté des acteurs de ce système »<sup>2918</sup>. Dans cette idée, les discours portant sur la représentation peuvent être analysés comme un ensemble de propositions normatives autant que l'illustration de certains rapports de force opposant les systèmes représentatifs coutumiers à l'État. Tour à tour, les conceptions de la représentation se développent donc pour leur utilité politique et l'équilibre qu'elles permettent au sein de l'ordre juridique. C'est pourquoi fonder la représentation sur un seul de ces modèles constitue un appauvrissement de celle-ci ou, pourrait-on dire, une « crise de la représentation ».

**916.** En filigrane de cette analyse, il est possible de soutenir l'idée que la crise de la représentation résulte d'un déséquilibre, autrement dit d'une représentation qui ne serait fondée que sur un seul modèle. Un tel constat ressort de plusieurs sources autochtones. Par exemple, le conseil des Anciens interrogé par la Commission royale sur les peuples autochtones du Canada affirme : « nous craignons vraiment que les autochtones assimilent de plus en plus la "démocratie" à l'acte de voter »<sup>2919</sup>. Ils redoutent une représentation politique qui se traduirait uniquement par l'élection. De surcroît, éviter les déséquilibres constitue un principe clef des traditions juridiques autochtones où « un système électoral culturellement inadapté paraîtra illégitime parce que de nature à détruire les équilibres coutumièrement assurés par les instances consensualistes de délibération interclanique »<sup>2920</sup>.

**917.** De façon similaire, en France, le grand chef kanak et sénateur coutumier Pascal Sihaze explique :

Dans la démocratie majoritaire [...] le pouvoir de la province ou de la commune ne reviendra qu'à ceux qui auront la majorité au lendemain des élections. Ceux qui n'obtiennent pas la majorité sont

---

<sup>2918</sup> Pierre BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 349. En effet, le professeur Pierre Brunet adopte une analyse stratégique des systèmes constitutionnels qui « met l'accent sur la concurrence entre les autorités institutionnelles [...] les panoplies dont elles peuvent se servir dans cette compétition, et tout spécialement leur légitimité créatrice et les armes dont elles disposent les unes sur les autres, enfin l'importance fondamentale du recours à l'histoire pour déterminer les rapports de force qui régissent les premiers affrontements constitutionnels et structurent leur équilibre ultérieur ». Voir sur ce point, Jean-Luc PARODI, « Effets et non-effets de l'élection présidentielle au suffrage universel direct », *Pouvoirs*, n° 14, 1980, p. 5-14. spé. p. 11, cité par Pierre BRUNET, « Des causes et des effets de l'élection présidentielle au suffrage universel direct », *op. cit.*, p. 146.

<sup>2919</sup> COUNCIL OF ELDERS, « A Negotiation Process for Off-Reserve Aboriginal Peoples in Ontario », Mémoire présenté à la CRPA, 1993, reproduit dans COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir : première partie*, *op. cit.*, p. 201

<sup>2920</sup> Ghislain OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *art. cit.*, p. 406.

exclus de la décision politique. Nous ne craignons donc pas d'affirmer aujourd'hui que la coutume est un système démocratique, plus démocratique même que la démocratie elle-même, puisque consensuel, en appelant à tous<sup>2921</sup>.

Il déplore une représentation politique déséquilibrée par l'élection majoritaire. Selon un même constat, les chefferies kanak rejettent les systèmes de représentation où la légitimité coutumière est totalement absente, comme entre 1946 et 1988, où ces dernières estiment que « la légitimité électorale et démocratique supplante définitivement la légitimité coutumière des chefferies qui ne sont prises en compte nulle part »<sup>2922</sup>. Plus encore, l'indépendantiste kanak Paul Néaoutynine relève la pauvreté des termes qualifiant la coutume :

Voilà une langue très riche, la langue française, qui, dans sa rencontre avec une civilisation millénaire, ne trouve qu'un seul mot pour désigner des actes aussi nombreux et de valeurs tellement différentes. Que l'on dise bonjour [...], que l'on fasse une demande en mariage, que l'on contracte ou que l'on fasse une réconciliation, l'observateur qui parle en français dit « ils sont en train de faire la coutume ». [...] Finalement, la rencontre avec la langue française nous fait perdre beaucoup de concepts<sup>2923</sup>.

Les autochtones s'opposent ainsi à la fois à l'uniformité des conceptions et au déséquilibre au sein des systèmes juridiques qui en résulte.

**918.** D'ailleurs, cette critique est autrement mise en lumière par le rapporteur spécial des Nations Unies sur les peuples autochtones, James Anaya, selon lequel les Kanak « sont confrontés à plusieurs administrations lesquelles exercent dans la réalité des parcelles de compétences »<sup>2924</sup>. Il explique :

Cette situation renvoie au principe du « partage des compétences » entre les institutions. Au niveau du monde coutumier, les institutions coutumières (ainsi que les chefferies-clans) que sont les conseils coutumiers et le Sénat coutumier n'ont aucune administration et n'exerce aucune compétence et donc n'ont aucun moyen humain et budgétaire pour répondre directement aux sollicitations et aux attentes de leurs populations<sup>2925</sup>.

Ce n'est pas tant le partage des compétences qui est contesté que le fait que les institutions coutumières soient exclues de ce partage. Le Sénat coutumier dénonce « une carence dans la volonté de responsabilisation des coutumiers et des institutions coutumières »<sup>2926</sup>. Preuve de ce déséquilibre, la solution proposée consiste en la complémentarité des systèmes étatiques locaux et de l'aspect coutumier par « le rééquilibrage, principe phare des Accords de Nouméa de 1998, [qui] aurait dû être mis en œuvre depuis les trois mandatures »<sup>2927</sup>. Constaté au sein des systèmes représentatifs

---

<sup>2921</sup> Pascal SIHAZE, « Les valeurs mélanésiennes », dans Florence FABERON (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 43-44, spé. p. 44.

<sup>2922</sup> SENAT COUTUMIER, *La déclaration solennelle des grands chefs et des autorités coutumières*, 5 mai 2018, *op. cit.*

<sup>2923</sup> Paul NEAOUTYNINE, « Débat », dans Paul de DECKKER et Jean-Yves FABERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 505-508, spé. p. 506.

<sup>2924</sup> James ANAYA cité par Délibération du Sénat coutumier n° 11-2014/SC du 16 septembre 2014 portant objectif de réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'identité kanak dans les contrats de plan pour la période 2015-2019, J.O.N.C du 16 octobre 2014, p. 9870.

<sup>2925</sup> *Ibid.*

<sup>2926</sup> *Ibid.*, p. 9871.

<sup>2927</sup> Les termes employés sont les suivants : « l'aspect administratif et l'aspect coutumier seraient pensés en termes de complémentarité, de réactivité et d'interactivité ». Voir, Délibération du Sénat coutumier n° 11-2014/SC du

autochtones, le déséquilibre entre les conceptions de la représentation politique est pareillement déploré au sein des systèmes de représentation étatiques.

## B. Le rejet d'une représentation politique uniconceptuelle par les systèmes étatiques

**919.** Les autochtones ne sont pas les seuls à regretter un certain déséquilibre dans les diverses conceptions de la représentation politique. Même si les revendications sous-jacentes sont bien différentes de celles des autochtones, la doctrine publiciste soulève des arguments qu'il est possible d'analyser conjointement. À ce titre, il faut se méfier d'une conception ancienne, classique et purement volitive où « la représentation est entendue de manière complètement extensive et même non démocratique, elle peut prétendre justifier un pouvoir très étendu et non contrôlé des représentants »<sup>2928</sup>. En effet, l'élection, comme mécanisme de désignation, apporte une légitimité démocratique indéniable à la représentation volitive. Ainsi, l'élection « accomplit deux choses à la fois : elle sélectionne les titulaires des charges, mais en même temps elle légitime leur pouvoir et crée chez ceux qui ont désigné un sentiment d'obligation et d'engagement envers ceux qu'ils ont désignés »<sup>2929</sup>. Ce mécanisme de désignation semble donc aujourd'hui incontournable pour la plupart des institutions de représentation étatiques ou autochtones.

**920.** Pour autant, il faut encore se méfier d'une représentation uniconceptuelle et d'un déséquilibre au profit de ce seul mécanisme. David Van Reybrouck, par exemple, s'oppose à une représentation politique qui serait uniquement fondée sur les élections. Il nomme « fondamentalisme électoral » le refus « de voir les élections comme une méthode qui contribue à la démocratie, mais les considèrent comme un but en soi »<sup>2930</sup>. Dans ce cadre, concevoir l'élection comme l'unique fondement de la représentation conduit à un déséquilibre qui « n'est pas provoqué par la démocratie représentative en tant que telle, mais par une variante particulière : la démocratie représentative élective »<sup>2931</sup>. En effet, l'élection ne peut être l'objectif du système représentatif, elle ne constitue qu'un mécanisme de désignation par le peuple. Ce déséquilibre au profit d'une représentation électorale est aussi relevé par le professeur Bruno Daugeron pour qui « [l]a représentation n'est plus que l'élection et l'élection n'est plus qu'une mesure de l'opinion des électeurs qui mobilisera politologues et journalistes avec d'autant plus de zèle qu'elle sera considérée comme épuisant

---

16 septembre 2014 portant objectif de réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'identité kanak dans les contrats de plan pour la période 2015-2019, J.O.N.C du 16 octobre 2014, p. 9871.

<sup>2928</sup> Par exemple, Marie-Anne COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2013, p. 105.

<sup>2929</sup> Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 116.

<sup>2930</sup> David VAN REYBROUCK, *Contre les élections*, Paris, Acte sud, 2014, p. 52.

<sup>2931</sup> *Ibid.*, p. 51.



l'idée démocratique»<sup>2932</sup>. De ce fait, la qualité de représentant ne trouve pas de fondement juridique suffisant dans le mécanisme électoral<sup>2933</sup>. En outre, la représentation, privée de son caractère volitif et uniquement fondée sur l'élection, présente les risques de la concentration constitutionnelle des pouvoirs, alors confiée aux seuls « élus du peuple »<sup>2934</sup> et de la non-prise en compte des enjeux de long terme, dont les effets dépassent la brièveté des échéances électorales<sup>2935</sup>. Dans ce cadre, la crise de la représentation relève des ambivalences qui pèsent sur le mécanisme électoral, censé incarner à la fois la volonté politique des électeurs, le fondement démocratique du pouvoir et la représentation politique du peuple ou de la Nation. Ainsi, le mécanisme électoral ne saurait être confondu avec la représentation politique, et ne peut non plus suffire à en constituer une définition satisfaisante et cohérente.

**921.** Selon un autre argument, le professeur Bruno Daugeron désapprouve une représentation uniquement fondée sur des exigences de représentativité, lesquelles «absorbe[nt] la représentation»<sup>2936</sup> et ne font que «tirer les conclusions ultimes suscitées par la notion de représentation, dissociée du fait de légiférer, dotée d'un nouveau sens, puis confondue avec celle de représentativité au sens d'une ressemblance»<sup>2937</sup>. Dans la continuité de ces propos, le professeur Bertrand Mathieu déplore une représentation politique qui ne serait conçue que par l'idée de représentativité consistant à «s'inscrire dans une conception de la représentation qui fragmente la communauté politique et n'en fait donc plus le creuset de la légitimité démocratique»<sup>2938</sup>. Il présente l'idée selon laquelle «le multiculturalisme est fondamentalement incompatible avec la démocratie représentative. En effet, l'expression d'une volonté générale implique l'existence d'une communauté

---

<sup>2932</sup> Bruno DAUGERON, «De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective», *art. cit.*, p. 14. Dans sa thèse, il ajoute : «la référence à la compétence disparaît pour ne laisser place qu'au procédé de désignation qu'il remplace en l'effaçant presque complètement. La représentation est censée s'accomplir dans l'acte de l'élection. Ce qui a la prétention de se dire représentation doit désormais d'abord se confronter à ce critère». Voir, Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 634.

<sup>2933</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2001, p. 322. Le professeur Dominique Rousseau ajoute la description des difficultés suivantes : «Le lien représentatif se dénoue, soit que les citoyens se détournent des urnes, soit que par l'effet du mode de scrutin près de 40 % d'entre eux ne sont pas représentés, soit encore qu'ils ne se considèrent plus tenus — au sens fort du terme, “tenus par la laisse du suffrage universel” — par leur vote, acte d'un instant désormais incapable d'assurer le lien représentatif dans la durée et la stabilité». Voir, Dominique ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015, p. 28.

<sup>2934</sup> Ainsi en témoigne l'apparition des «démocraties illibérales» dont la «représentation» dite démocratique est principalement fondée sur la conception électorale de la représentation favorise l'apparition, légitimant ainsi la concentration du pouvoir aux seuls élus et délégitimant tout contrepouvoirs. Voir, Vanessa BARBÉ, Charles-Édouard SÉNAC et Bertrand-Léo COMBRADE (dir.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2023.

<sup>2935</sup> Sur ce point, Voir, Pierre BRUNET, «Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles», *Journal of interdisciplinary history of ideas*, vol. 8, n° 15, 2019, p. 2-44. Voir également, Éric BUGÉ, «La myopie des démocraties. Les Parlements face aux enjeux de long terme», *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 1-24.

<sup>2936</sup> Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 657.

<sup>2937</sup> *Ibid.*, p. 904.

<sup>2938</sup> Bertrand MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, LGDJ, 2017, p. 88.

nationale. À défaut, il ne peut y avoir qu'une représentation de volontés particulières. Alors, la décision prise est susceptible d'être interprétée comme traduisant la domination d'un intérêt sur un autre, d'une communauté sur une autre, ce qui constitue un facteur de délégitimation »<sup>2939</sup>. Il ressort de ces propos un exposé des risques juridiques et politiques à ne concevoir la représentation que par le prisme de la représentativité et des caractéristiques des représentés. De surcroît, une telle conception se heurte à l'écueil des critères de la représentativité : quels sont les critères à prendre en compte ? « Doit-on considérer des catégories très générales, ou faut-il multiplier et croiser les catégories ? »<sup>2940</sup>. Un autre obstacle se relève encore dans la difficulté à former le « nous collectif », car « la valorisation du pluralisme ne doit pas conduire à malmener le régime représentatif, qui demeure le canal privilégié de l'expression de la volonté générale »<sup>2941</sup>.

**922.** À l'inverse, il est également difficile de ne pas tenir compte des caractéristiques des représentés, tant les logiques du scrutin et de la décision majoritaire courent le risque de la tyrannie de la majorité et de la sous-représentation des minorités, conduisant à leur impuissance dans le processus législatif. Les revendications en faveur d'une certaine représentativité politique s'avèrent alors fondées sur « l'idée que la représentation reste une condition nécessaire pour améliorer [...] les initiatives de réforme sociale »<sup>2942</sup>. *A fortiori*, nier toute représentativité aux autochtones et aux spécificités de la représentation coutumière conduiraient au risque que ceux-ci disparaissent peu à peu<sup>2943</sup>. Somme toute, dans ce cas aussi, « la décision prise est susceptible d'être interprétée comme traduisant la domination d'un intérêt sur un autre, d'une communauté sur une autre, ce qui constitue un facteur de délégitimation »<sup>2944</sup>.

**923.** En dernier lieu, le professeur Jean-Marie Denquin relève avec justesse que « des divergences entre les significations sont inévitables »<sup>2945</sup>. D'ailleurs, une des causes de la « crise de la

---

<sup>2939</sup> Bertrand MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.* p. 162.

<sup>2940</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 15.

<sup>2941</sup> Ariane VIDAL-NAQUET, « Pluralisme des expressions politiques, oppositions et alternances », dans Florence FABERON (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 111-113, spé. p. 113.

<sup>2942</sup> Jacquetta NEWMAN, « Acting in and on History: The Canadian Women's Movement », dans James BICKERTON et Alain-G. GAGNON, *Canadian Politics*, 7<sup>e</sup> éd., Toronto University of Toronto Press, 2020, p. 397-419, spé. p. 401.

<sup>2943</sup> Voir, Chapitre 7, Section 1, Paragraphe 2.

<sup>2944</sup> Pour reprendre ici les termes du professeur Bertrand Mathieu qui utilise ce même argument contre la reconnaissance d'intérêts particuliers. Ce même argument peut aussi illustrer la domination des conceptions étatiques sur les conceptions autochtones. Voir, Bertrand MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>2945</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 95-98, spé. p. 96. D'ailleurs, la démonstration du professeur Jean-Marie Denquin laisse entendre que si des divergences subsistent, les trois sens peuvent de la représentation peuvent toujours coexister : « Ces trois sens se recouvrent-ils ? Pas nécessairement. Supposons une circonscription peuplée majoritairement d'éleveurs de bovins. Si elle élit comme député un éleveur de bovins, celui-ci ressemble à ses électeurs (sens 2). Il peut être leur porte-parole (sens 3) et tient lieu d'eux quand il vote la loi (sens 1). Mais il se peut que, convaincu par les éleveurs de moutons, l'élu devienne le porte-parole de ceux-ci. Il représente toujours les éleveurs de bovins aux sens 1 et 2, mais plus au sens 3. L'élu peut aussi être un bijoutier qui, converti aux valeurs bovines, défend les éleveurs : il représente ceux-ci aux sens 1 et 3, mais pas au sens 2. Enfin si la circonscription élit un épicier hostile aux éleveurs, il ne les représente qu'au

représentation» relève de l'amalgame opéré entre ces différentes conceptions<sup>2946</sup>. Pourtant, sans nécessairement opposer les différents points de vue doctrinaux, entre la représentation volitive, électorale, miroir<sup>2947</sup> ou coutumière, rien ne fait obstacle à ce que ces dernières s'équilibrent et soient considérées comme complémentaires, en évitant l'écueil que leurs significations se trouvent confondues. La réconciliation durable des systèmes étatiques et autochtones résiderait donc dans la recherche d'une complémentarité équilibrée de chacune de ces conceptions.

## PARAGRAPHE 2 - La complémentarité des conceptions de la représentation politique

**924.** L'équilibre entre les représentations volitive, électorale, miroir ou coutumière se fonde sur l'idée d'un socle conceptuel commun. Certains invariants se constatent dans les manières de représenter. En ce sens, les processus de délibération visant à l'adoption d'une décision imputable à tous restent des mécanismes quasi universels et inhérents à l'existence d'un groupe, qu'il se constitue en clan, en État, en Fédération ou en Confédération<sup>2948</sup>. Pourtant, face aux divergences qui subsistent, la solution réside dans la complémentarité des conceptions de la représentation. Il s'agit de trouver un équilibre premièrement, au sein des institutions représentatives déjà établies (**A**) et secondement, par la diversité des institutions de représentation en présence (**B**).

### A. Une complémentarité au sein des institutions de représentation existantes

**925.** L'enjeu principal consiste en l'équilibre entre les différentes conceptions de la représentation politique, lesquelles constituent des correctifs l'une envers l'autre. Dans chacune des institutions représentatives, une conception prédomine sur une autre, mais se trouve également équilibrée par la diversité des mécanismes en présence. Par exemple, au sein des Parlements canadiens et français, et plus particulièrement de la Chambre haute, la conception volitive prédomine : l'élection reste

---

sens 1. Seul ce dernier ne peut être éliminé : l'élu *tient* toujours *lieu*, puisque telle est la prérogative qui lui est juridiquement conférée par l'élection. Les autres fonctions de représentation sont présentes ou non ».

<sup>2946</sup> Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 1-38. Voir aussi, Bruno DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, *op. cit.*, p. 537 : « La multiplication des occurrences du mot "représentation" (de la volonté, des électeurs, des circonscriptions...) n'est pas seulement la reconnaissance d'une pluralité de significations, mais une véritable substitution du sens. Ainsi, une autre conséquence du basculement du centre de gravité de l'expression de la volonté générale est la réduction de la représentation à la seule question de ses bases, au détriment de son contenu. Dissociée de l'action de légiférer, et ramenée à la seule idée de délégation de volonté du corps électoral par l'élection, la représentation ne se voit plus guère traitée sous l'angle de son contenu, c'est-à-dire du processus normatif, mais sur celui de ses bases, autrement dit les modalités techniques de son expression, directement liées à l'élection ».

<sup>2947</sup> Il s'agit des termes de « représentation miroir » parfois utilisés à la place de la notion de « représentativité ».

<sup>2948</sup> Marcel DETIENNE (dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, Paris, Seuil, 2003.

indirecte, mais les sénateurs participent à l'élaboration de la volonté générale<sup>2949</sup>. Pour la chambre basse, les modèles volitif et électoral coexistent : les députés sont élus et ont la capacité de *vouloir pour* la nation entière. À ce titre, la décision de la Cour suprême du Canada de 2019, *Frank c. Canada*, précise : « même si le Parlement, formé de l'ensemble des députés, représente “toutes les circonscriptions, tout le territoire, tous les partis, tous les intérêts, tous les citoyens, tous les habitants” [...], le droit de vote garanti par l'art. 3 repose sur le principe voulant que les électeurs votent pour un représentant de leur collectivité »<sup>2950</sup>. Selon un raisonnement similaire, le Conseil constitutionnel affirme d'abord que « seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République »<sup>2951</sup> et ensuite que « si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation toute entière et non la population de sa circonscription d'élection »<sup>2952</sup>. D'une part, le Conseil confirme la conception électorale et, d'autre part, il réaffirme la conception volitive<sup>2953</sup>.

**926.** Pourtant, au sein même des Parlements nationaux, les représentations volitive et électorale ne sont pas incompatibles avec l'inclusion d'une certaine représentativité. Des mécanismes visant une meilleure représentativité existent déjà dans le choix du scrutin, proportionnel ou préférentiel et dans le découpage électoral<sup>2954</sup>. Au Canada, de façon générale, l'objectif de représentativité de la population se lit à l'article 51 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867 qui attribue à chaque province un nombre de députés, selon une formule particulière, en fonction de sa population pour éviter

---

<sup>2949</sup> Le Conseil constitutionnel précise dans la décision du 9 avril 1992 qu'en « sa qualité d'assemblée parlementaire le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale ». Voir, CC, Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, J.O.R.F. du 11 avril 1992, p. 5354, cons. 26. En 1999, le Conseil confirme que « si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection ». Voir, CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, cons. 9. De façon similaire, la Cour suprême du Canada affirme : Comme au Royaume-Uni, la Chambre haute « a été conçue pour permettre de donner un “second regard attentif” aux mesures législatives adoptées par les représentants du peuple à la Chambre des communes ». Voir, *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, para. 15.

<sup>2950</sup> *Frank c. Canada (Procureur général)*, [2019] 1 R.C.S. 3, para. 155.

<sup>2951</sup> CC, Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, J.O.R.F. du 31 décembre 1976, p. 7651.

<sup>2952</sup> CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, préc.*, cons. 9.

<sup>2953</sup> Pour une analyse sur ce sujet, Voir, Bruno DAUGERON, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *art. cit.*

<sup>2954</sup> Par exemple, c'est ce qu'affirment les *Recommandations de Lund sur la Participation effective des Minorités nationales à la Vie publique* : « Le système électoral devrait faciliter la représentation et l'influence des minorités. Lorsque des minorités sont concentrées sur le plan territorial, les circonscriptions qui n'élisent qu'un seul député peuvent assurer une représentation suffisante de la minorité. Des systèmes de représentation proportionnelle, selon lesquels le nombre de voix qu'obtient un parti politique dans le scrutin national se reflète dans le nombre de sièges législatifs, peuvent contribuer à assurer la représentation des minorités. Certaines formes de vote préférentiel, selon lesquelles les électeurs classent les candidats dans un ordre de préférence, peuvent faciliter la représentation des minorités et promouvoir une coopération intercommunautaire. Un abaissement du seuil fixé pour être représenté au sein du corps législatif peut renforcer l'insertion des minorités nationales dans la gestion des affaires publiques ». Voir, OFFICE OF THE OSCE HIGH COMMISSIONER ON NATIONAL MINORITIES, *Recommandations de Lund sur la Participation effective des Minorités nationales à la Vie publique*, La Haye, OSCE, 1999, recommandation 9, p. 14.

toute sous-représentation des provinces<sup>2955</sup>. Cette formule de calcul est constitutionnellement modifiée par la *Loi sur la représentation équitable* de 2011, dont le préambule mentionne l'exigence d'un équilibre entre les conceptions de la représentation politique :

La composition de la Chambre des communes doit refléter le principe de la représentation proportionnelle des provinces et la représentation démocratique des Canadiens. Une représentation proportionnelle des provinces exige un équilibre entre la représentation juste et équitable des provinces dont la population augmente plus rapidement et la représentation efficace des plus petites provinces et de celles dont la population augmente moins rapidement<sup>2956</sup>.

Ajouté aux critères imposés par la Loi constitutionnelle de 1867<sup>2957</sup>, le gouvernement précise que pour la nomination des sénateurs, il tient compte « de l'objectif d'atteindre l'équilibre entre les sexes au Sénat »<sup>2958</sup>, en assurant la priorité « aux personnes qui représentent les peuples autochtones et les communautés linguistiques, minoritaires et culturelles, et ce, afin d'assurer la représentation de ces groupes au Sénat »<sup>2959</sup>. En France, l'objectif de représentativité se vérifie à l'article premier de la Constitution par la recherche de « l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »<sup>2960</sup>, lequel s'applique notamment aux élections sénatoriales à la proportionnelle<sup>2961</sup>.

**927.** Au-delà des parlements nationaux, les conceptions de la représentation s'équilibrent déjà au sein d'autres institutions existantes. Par exemple, le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie ou l'Assemblée des Premières Nations du Canada ont pour objectif principal de représenter les intérêts autochtones particuliers. La représentativité y est donc nécessairement prépondérante. De ce fait, les conceptions électorale et volitive restent secondaires, mais elles ne sont pas nécessairement inexistantes puisque ces institutions peuvent être aussi composées de représentants élus qui délibèrent afin d'adopter des actes imputables aux communautés représentées. De même, les membres du Sénat coutumier sont désignés par les conseils coutumiers selon la coutume et les

---

<sup>2955</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), art. 51 (1). 1.

<sup>2956</sup> *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867, la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales et la Loi électorale du Canada*, L.C. 2011, ch. 26, préambule.

<sup>2957</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), art. 22 et 23.

<sup>2958</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, « Critères d'évaluation. Critères fondés sur le mérite établis par le gouvernement », *Site officiel du Gouvernement du Canada*, 2022, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/campagne/comite-consultatif-independant-sur-les-nominations-au-senat/criteres-devaluation.html> (consulté le 24.11.2022). À ce titre, la parité est atteinte en 2020.

<sup>2959</sup> *Ibid.*

<sup>2960</sup> Voir, Constitution française de 1958, art. premier al. 1. Cet alinéa a permis l'imposition d'une « alternance stricte femmes-hommes sur les listes aux élections européennes et aux élections sénatoriales à la proportionnelle ainsi qu'une alternance par tranche de six candidats aux élections municipales et régionales ». Il est instauré par la loi constitutionnelle de 1999. Voir, Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les femmes et les hommes (1)*, J.O.R.F. n° 157 du 9 juillet 1999, p. 10175. Voir aussi, Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives*, J.O.R.F. n° 131 du 7 juin 2000, texte n° 1. Puis l'alinéa est inséré dans l'article premier de la Constitution par la révision de 2008. Voir, Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (1)*, J.O.R.F. n° 0171 du 24 juillet 2008, texte n° 2.

<sup>2961</sup> Loi n° 2003-697 du 30 Juillet 2003 *portant réforme de l'élection des sénateurs*, J.O.R.F. n° 175 du 31 juillet 2003, texte n° 2.

décisions sont prises par consensus : les mécanismes de représentation coutumière sont donc autant présents que les exigences de représentativité au sein de cet organe.

**928.** Enfin, dans les institutions autochtones, telles que les conseils des Premières Nations issus des accords d'autodétermination au Canada et les conseils coutumiers en Nouvelle-Calédonie, le droit coutumier peut réussir à influencer sur le modèle de représentation politique, par un mécanisme de désignation particulier, lié au clan ou à l'hérédité, ou par la prise de décision consensuelle. Là encore, rien n'exclut que la représentation coutumière intègre en son sein des mécanismes divers. Par exemple, la composition des conseil des Premières Nations inclut parfois une certaine représentativité avec des sièges réservés aux aînés et aux jeunes. De même, la plupart des membres en sont élus et un tel mécanisme de désignation pourrait aussi se retrouver, partiellement ou totalement, pour les membres du Sénat coutumier calédonien. Pour autant, les institutions coutumières n'en sont pas moins représentatives. Seul l'équilibre entre les différentes conceptions de la représentation diffère. Dans ce cadre, relève le professeur Jean Leclair : « il faut garder à l'esprit que nos catégories sont des hypothèses et non point des propositions catégoriques »<sup>2962</sup>. Il y a alors là l'idée d'un socle délibératif commun à la représentation politique, lequel s'enrichit et s'équilibre de procédés de droit coutumier.

**929.** Pourtant, cet équilibre ne peut être véritablement effectif si les autochtones restent confinées en marge de l'exercice du pouvoir et des questions qui les concernent, à des fonctions consultatives, sans capacité décisionnelle et normative propre, et si les coutumes demeurent restreintes au rôle de simple référent normatif général, sensées inspirer une solution donnée. Dès lors, l'équilibre peut encore évoluer au sein des institutions existantes, et principalement en faveur d'une plus grande représentativité des autochtones et de leurs coutumes. Pour éviter tout déséquilibre inverse, ces mesures instaurant une représentativité « doivent être proportionnelles aux besoins réels du groupe minoritaire concerné et viser à apporter [...] des droits effectifs dont les membres de la majorité bénéficient déjà »<sup>2963</sup>. Suivant ce caractère proportionné, le professeur Stéphane Pierré-Caps écrit :

La question d'une représentation politique des minorités ne peut remettre en cause la notion même de représentation. Elle s'entend nécessairement d'un aménagement de cette dernière en vue de permettre la participation politique des minorités ès qualités, mais certainement pas d'une substitution d'une représentation de nature différente de celle découlant de la démocratie libérale. Autrement dit, la question de la représentation politique des minorités ne saurait faire de la société politique une juxtaposition de communautés différenciées<sup>2964</sup>.

---

<sup>2962</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 30.

<sup>2963</sup> COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Rapport sur les règles électorales et les actions positives en faveur de la participation des minorités nationales aux processus de décision dans les pays européens*, Venise, 11-12 mars 2005, CDL-AD (2005) 009, p. 5.

<sup>2964</sup> Stéphane PIERRE-CAPS, « Les minorités et la notion de représentation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 86-90, spé. p. 88.

Autrement dit, l'instauration d'une représentativité ne vise qu'à pallier les limites inhérentes à tout système représentatif sans chercher à renier ni l'élection des représentants ni même à déstructurer l'expression de la volonté générale. La représentativité consiste à équilibrer et à enrichir la représentation politique dans son ensemble, c'est pourquoi elle est intéressante pour la réconciliation entre les systèmes étatiques et autochtones de représentation. Cette idée est d'ailleurs conforme aux exigences posées par le droit international, notamment celles de promouvoir le « droit à la participation effective des personnes appartenant à des minorités nationales à la vie publique »<sup>2965</sup> et de « faire en sorte que le dynamisme, l'ouverture, la participation et la représentation à tous les niveaux caractérisent la prise de décisions », au sein de sociétés inclusives, à l'horizon 2030<sup>2966</sup>.

**930.** En France, l'objectif d'une meilleure représentativité ressort d'ailleurs de la proposition de loi constitutionnelle de Gérard Larcher et Philippe Bas adoptée par le Sénat en 2022, tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires. La proposition prévoit notamment de compléter l'article premier de la Constitution par « la République garantit la représentation équitable de ses territoires dans leur diversité »<sup>2967</sup>. À ce sujet, le rapport sénatorial précise que l'inscription du terme « territoire » dans la Constitution, « traduit, à l'intérieur de subdivisions électorales (circonscriptions) ou administratives (collectivités territoriales) l'existence de territoires spécifiques du fait de leur géographie physique (littoral, montagne), humaine (zone rurale ou urbaine) ou économique (bassin de vie) dont il faut reconnaître l'identité et même la "diversité" de façon telle que la loi ou le règlement leur accordent une représentation "équitable", c'est-à-dire qui aille au-delà du pur calcul mathématique fondé sur les statistiques démographiques »<sup>2968</sup>. Ainsi, la réforme se fonde sur l'idée que le critère démographique n'est pas le critère exclusif de la représentativité, mais se conjugue aussi avec le fait territorial. Une telle proposition ne paraît d'ailleurs pas si étonnante de la part du Sénat, lequel « assure la représentation des collectivités territoriales » en vertu de l'article 24 de la Constitution de 1958.

---

<sup>2965</sup> Ce droit figure dans la *Déclaration des Nations Unies de 1992 sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, à l'art. 2, para. 2 et 3, aussi à l'art. 15 de la *Convention-cadre du Conseil de l'Europe de 1995 pour la protection des minorités nationales* et au paragraphe 35 du *Document de Copenhague sur la dimension humaine de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe* : « les États participants respecteront le droit des personnes appartenant à des minorités nationales de participer effectivement aux affaires publiques, notamment aux affaires concernant la protection et la promotion de l'identité de telles minorités ».

<sup>2966</sup> ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, 2015, A/RES/70/1, p. 29, cible 16.7.

<sup>2967</sup> SENAT, Proposition de loi constitutionnelle n° 62 adoptée par le Sénat tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires, Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 juillet 2022, art. 1. La proposition n'a pas encore été adoptée.

<sup>2968</sup> Hugues PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi constitutionnelle de MM. Gérard LARCHER et Philippe BAS tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires*, Sénat, 2015, n° 254, p. 16.

**931.** L'amélioration de la représentativité pourrait s'étendre à d'autres institutions existantes telles que le Sénat coutumier<sup>2969</sup>. En effet, celui-ci n'a jamais compté de femmes parmi ses membres, ce qui devrait évoluer. Pour cela, il est nécessaire de s'assurer, d'une part, que les règlements intérieurs des différents conseils coutumiers n'excluent pas les femmes des personnes éligibles et, d'autre part, de favoriser leur inclusion. À ce titre, pour la première fois, en mars 2022, le Sénat coutumier célèbre la journée internationale des droits des femmes<sup>2970</sup>. Lors de cet événement, le sénateur et grand chef coutumier Hippolyte Sinewami-Htamumu affirme que « depuis la colonisation, la coutume a su évoluer et s'adapter, et ce, à tel point que l'on se pose désormais la question de la place des femmes au sein de notre institution. Il n'y a ni frein, ni obstacle pour que nous ayons, demain, une sénatrice au niveau des conseils et du Sénat coutumiers »<sup>2971</sup>. Ainsi, un comité de travail pour l'équilibre homme-femme a été créé au sein du Sénat coutumier en faveur d'une meilleure représentativité des femmes au sein de l'institution « en intégrant les visions portées par les cultures occidentale et kanak »<sup>2972</sup>. La faible représentation des femmes au sein des institutions coutumières pourrait donc progressivement trouver un nouvel équilibre.

**932.** En 2014, le Sénat coutumier formule aussi le souhait d'une représentation rééquilibrée suivant « l'équilibre des ordres et des sources juridiques par la reconnaissance de l'identité Kanak, de son système de valeurs et de ses principes fondamentaux tels que définis par la *Charte du peuple kanak* »<sup>2973</sup>. En 2019, il défend encore une certaine complémentarité des mécanismes selon laquelle « pour les coutumiers, la démocratie participative et décolonisée comprend la démocratie issue des urnes et la prise en compte de la légitimité coutumière liée à la terre, à l'espace et aux droits collectifs. [...] Cette démocratie participative (laquelle doit prendre en compte le peuple autochtone et toutes autres légitimités) se situe bien au-delà de la démocratie élective »<sup>2974</sup>. Parallèlement à une meilleure représentativité, le Sénat coutumier exprime donc le souhait d'une représentation politique plus équilibrée et enrichie de mécanismes coutumiers tels que la prise en compte de la parole de tous et la décision consensuelle.

---

<sup>2969</sup> Le bilan de l'Accord de Nouméa rappelle encore que « la question de la structuration pertinente du monde coutumier demeure un sujet de questionnement partagé, sans solution consensuelle ». Voir, CABINET CM INTERNATIONAL, *Bilan institutionnel, administratif et financier de l'accord de Nouméa*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2970</sup> Jean-Tenahe FAATAU, « Nouvelle-Calédonie : Le Sénat coutumier s'engage en faveur des femmes », *Outremers 360*, 2022, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/nouvelle-caledonie-le-senat-coutumier-sengage-en-faveur-des-femmes> (consulté le 08.01.2023).

<sup>2971</sup> GOUVERNEMENT DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE, « Le Sénat coutumier s'engage en faveur des femmes », *Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*, 2022, en ligne : <https://gouv.nc/actualites/08-03-2022/le-senat-coutumier-sengage-en-faveur-des-femmes> (consulté le 08.01.2023).

<sup>2972</sup> *Ibid.*

<sup>2973</sup> Délibération du Sénat coutumier n° 09/2014/SC du 04 septembre 2014 relative à l'approfondissement du pluralisme juridique coopératif applicable en Nouvelle-Calédonie, le Sénat coutumier enjoint les pouvoirs publics à l'approfondissement du pluralisme, J.O.N.C. du 9 octobre 2014, p. 9572.

<sup>2974</sup> SENAT COUTUMIER, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, *op. cit.*, p. 19.



**933.** Dans le même sens, le projet de constitution élaboré par le FLNKS en 2018 prône une réforme des institutions existantes. Il différencie deux types d'institutions : celles élues, directement et indirectement, comme le président de la République de Kanaky, l'Assemblée nationale (anciennement le Congrès) et le gouvernement, et les institutions représentatives, comprenant la Chambre des représentants (anciennement le Sénat coutumier, mais aux pouvoirs renforcés) et les conseils coutumiers, désignés selon les us et coutumes. Selon cette terminologie, les « institutions de représentation » sont bien différentes des institutions élues, sans pour autant concevoir l'une des conceptions sans l'autre. En effet, la présentation du projet précise :

L'exigence démocratique s'exprimera à plusieurs niveaux. Tout d'abord au niveau constitutionnel avec la mise en place d'un régime parlementaire dont les élus des institutions clés seront désignés par le vote du peuple souverain. Ensuite au niveau de l'organisation institutionnelle qui privilégiera une forte décentralisation sur deux niveaux de collectivités (les provinces et les communes) dont la gouvernance sera assurée par des assemblées élues. Enfin, au niveau politique, elle se traduira par la mise en place d'institutions assurant une juste représentation des communautés, de leurs cultures, et dont les modes de désignation comme de prise de décision respecteront les usages propres aux sociétés océaniques<sup>2975</sup>.

La complémentarité des conceptions reste donc la clef de l'équilibre institutionnel souhaité par les indépendantistes pour un nouvel État.

**934.** De façon similaire, la complémentarité équilibrée des conceptions de la représentation politique est souhaitée au Canada. À ce titre, la demande d'une meilleure représentativité se concrétise par l'intégration des femmes au sein des institutions de droit coutumier. En 2015, elles occupent 29 % des postes de conseillères et 9 % des postes de chefs<sup>2976</sup>. En 2019, elles passent à 27,4 % de conseillers et à 18,5 % de chefs<sup>2977</sup>. Même si le nombre de cheffes augmente ces dernières années, les femmes restent sous-représentées dans les institutions autochtones du Canada. Selon Marjolaine Étienne, membre du Conseil des femmes de l'Assemblée des Premières Nations, cette sous-représentation résulte de la *Loi sur les Indiens*, qui « est venue changer le système en donnant plus de pouvoir aux hommes. La notion d'équilibre s'est perdue. Mais les femmes veulent maintenant reprendre leur place »<sup>2978</sup>. En effet, à l'époque précoloniale, les femmes iroquoises étaient réunies en conseil, donnaient les premières leur avis sur les sujets politiques et nommaient les

---

<sup>2975</sup> FRONT DE LIBERATION NATIONALE KANAK ET SOCIALISTE, « Contribution du FLNKS (Front de libération national kanak et socialiste) », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 273-285, spé. p. 275. Ce projet de 2018 est inspiré de celui présenté à l'ONU en 1987.

<sup>2976</sup> Andrée LAJOIE, « Le rôle des femmes dans la gouvernance autochtone », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2015, en ligne : <https://journals.openedition.org/nuevomundo/68508#ftn23> (consulté le 08.01.2023).

<sup>2977</sup> STATISTIQUE CANADA, « Représentation des hommes et des femmes dans les conseils de bandes des Premières Nations et les chefs dans les communautés des Premières Nations selon le sexe », *Statistique Canada*, Tableau 41-10-0048-01, 2021, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=4110004801> (consulté le 08.01.2023).

<sup>2978</sup> Mélissa GUILLEMETTE, « Équilibre perdu : les femmes autochtones souhaitent reprendre leur rôle au sein de leurs communautés », *Gazette des femmes*, 2015, en ligne : <https://gazettedesfemmes.ca/11077/gouvernance-autochtone-retrouver-lequilibre/> (consulté le 09.01.2023).

représentants autochtones aux fonctions clefs de chef et de conseiller. Aujourd'hui, après qu'elles aient été exclues des conseils de bande par la *Loi sur les Indiens* durant la colonisation, l'institution des «Mères de clan» perdure difficilement : «à Kahnawake, l'institution a été suspendue depuis quelques années, alors qu'à Kanesatake, les Mères de clan sont toujours actives, mais c'est à Akwesasne qu'elles ont, en apparence du moins, le plus de pouvoir, siégeant au conseil de bande où elles exercent des fonctions consultatives»<sup>2979</sup>. Une meilleure représentativité des femmes passerait notamment par la restauration des institutions précoloniales qui leur donnaient toute leur place dans le processus décisionnel et normatif. Le mouvement *Idle no more* illustre particulièrement cette volonté pour les femmes d'être intégrées ou réintégrées au sein des institutions coutumières. L'ancienne grande cheffe, Sheila North, abonde dans ce sens, en confirmant que «les dirigeants, hommes et femmes, tentent de corriger ce déséquilibre»<sup>2980</sup>.

**935.** De même, la volonté d'une représentation rééquilibrée se lit dans l'augmentation récente de la participation électorale des autochtones, lesquels, encouragés par le gouvernement fédéral, chercheraient «à investir les lieux de pouvoir pour mieux influencer les politiques et les débats»<sup>2981</sup>. En ce sens, reconnaître et garantir la représentation autochtone au sein des institutions étatiques existantes peut, loin de déstructurer l'expression de la volonté générale, «renforcer la légitimité du gouvernement fédéral»<sup>2982</sup>. Au cours de l'histoire canadienne, explique Thierry Rodon, «chaque période est basée sur un équilibre de pouvoir différent» entre l'État et les communautés autochtones<sup>2983</sup>. La période qui arrive pourrait être celle de la réconciliation et d'un rééquilibrage en faveur de la conception coutumière de la représentation. Dans cet objectif, la complémentarité des conceptions est encore la clef, puisque «toute nouvelle institution conçue pour assurer la représentation politique des autochtones devrait s'harmoniser avec les institutions très anciennes qui sont là pour les mêmes fins»<sup>2984</sup>. Dans ce cadre, l'objectif des négociations entre l'État et les autochtones n'est donc pas «d'arriver à un accord sur des institutions et des principes universels, mais d'amener les négociateurs à reconnaître leurs différences et leurs ressemblances, de sorte qu'ils peuvent arriver à s'entendre sur une forme d'association qui s'accommode de leurs différences à

---

<sup>2979</sup> MéliSSa GUILLEMETTE, «Équilibre perdu : les femmes autochtones souhaitent reprendre leur rôle au sein de leurs communautés», *art. cit.*

<sup>2980</sup> Brittany HOBSON, «Les femmes sont sous-représentées parmi les chefs des Premières Nations», *Le Soleil*, 2022, en ligne : <https://www.lesoleil.com/2022/10/08/les-femmes-sont-sous-representees-parmi-les-chefs-des-premieres-nations-308e8a68df55c8529bd0cf3eb59655c4> (consulté le 09.01.2023).

<sup>2981</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada, op. cit.*, p. 119.

<sup>2982</sup> Michael MORDEN, «Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue», *art. cit.*, p. 30.

<sup>2983</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada, op. cit.*, p. 29.

<sup>2984</sup> Michael MORDEN, «Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue», *art. cit.*, p. 28.

l'intérieur d'institutions appropriées et de leurs ressemblances à l'intérieur d'institutions partagées »<sup>2985</sup>.

**936.** Enfin, Vincent Bouvier formule une remarque qui peut être transposée à la représentation politique : « accepter l'idée que des régimes politiques puissent être démocratiques de différentes façons, c'est déjà introduire une interrogation sur la nature, ou l'essence, du principe démocratique, et donc sur ses possibilités d'adaptation »<sup>2986</sup>. Ainsi, accepter l'idée que la représentation puisse se traduire par différents modèles et mécanismes est une façon de réfléchir à l'adaptation du concept de représentation, au devenir des institutions coutumières, mais aussi à l'enrichissement des institutions étatiques. Par conséquent, loin d'être toujours conflictuelle, la coexistence des conceptions de la représentation peut constituer un enrichissement au sein d'institutions représentatives existantes. Un enrichissement similaire pourrait aussi se retrouver dans la diversité des institutions de représentation politique.

## B. Une complémentarité par la diversité des institutions de représentation politique

**937.** Il existe plusieurs niveaux et plusieurs lieux de représentation politique. Patrick Gaïa affirme que la « dé-démocratisation » des modes de production et du droit international et du droit interne [...] met en cause l'existence du parlement en tant que siège principal de la représentation politique nationale<sup>2987</sup>. Le professeur Bertrand Mathieu remarque aussi que « le vote n'embraye plus sur la décision politique, non pas parce que les politiques sont corrompus ou infidèles à leurs promesses, mais parce qu'ils ont pour une large part perdu le pouvoir de décider »<sup>2988</sup>. Il ne s'agit ici ni de déplorer ni d'encourager la multiplicité des institutions de représentation, mais simplement d'en partager le constat. En effet, dans la continuité de ces observations, le Parlement n'est plus le seul lieu de représentation. D'autres institutions s'avèrent aussi le foyer de production de normes juridiques selon divers mécanismes, lesquels correspondent à différents modèles de représentation.

**938.** En France, la diversité des institutions en présence ressort de l'article 3 de la Constitution de 1958 selon lequel « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Selon un sens volitif, est donc représentant aux côtés du Parlement,

---

<sup>2985</sup> James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, op. cit., p. 128.

<sup>2986</sup> Vincent BOUVIER, « Ouverture du colloque », dans Florence FABERON (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 21-24, spé. p. 22.

<sup>2987</sup> Patrick GAÏA, « La démocratie : du droit interne au droit international », dans Florence FABERON (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 157-159, spé. p. 159.

<sup>2988</sup> Bertrand MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, op. cit., p. 142.

le corps électoral. Le professeur Bruno Daugeron précise : « le corps électoral assure, lui aussi, la représentation de la volonté du peuple dans l'hypothèse référendaire, la différence étant que le corps électoral le fait directement sans avoir recours à des représentants, élus ou non, en imputant sa volonté au peuple comme si elle était la sienne »<sup>2989</sup>. Il est possible d'ajouter le Congrès du Parlement, lequel constitue une représentation nationale extraordinaire en France<sup>2990</sup>. Pour le Canada, en tant qu'État fédéral, les Législatures sont encore tout autant considérées comme représentatifs au sens volitif<sup>2991</sup>. Selon une conception électorale, ce qualificatif s'applique encore aux élus locaux et municipaux, au Canada comme en France, et au Parlement européen<sup>2992</sup>. La diversité institutionnelle de la représentation s'étend donc à plusieurs niveaux de gouvernement et à différents ordres juridiques. Selon la représentation-miroir, les institutions consultatives dont les membres sont désignés selon des exigences de représentativité sont également représentatives. Enfin, selon une représentation politique de droit coutumier, une multitude d'institutions s'avèrent représentatives : d'une part, au Canada, les chefs héréditaires, les conseils autochtones issus des accords d'autodétermination lorsque les membres réussissent à influencer par leurs coutumes sur les procédés de désignation ou de délibération, les assemblées générales des communautés autochtones et d'autre part, en France, les conseils coutumiers, les grands chefs, les chefs de clans et leur conseil, les rois de Wallis et Futuna et leur conseil, les chefs coutumiers amérindiens et les capitaines bushinenges.

**939.** En acceptant la pluralité de ses conceptions, la représentation politique s'observe donc au sein d'une pluralité d'institutions. Cette diversité institutionnelle renforce l'idée, déjà évoquée, selon laquelle la souveraineté n'est pas le concept le plus adéquat. En effet, le professeur James Tully renouvelle les liens entre la souveraineté et la représentation politique en ces termes :

D'abord, l'exercice du pouvoir politique est redevable au consentement ou à l'accord du peuple, et est limité par eux. [...] Deuxièmement, la souveraineté est limitée parce que, jusqu'à un certain degré, les nations dépendent réciproquement de relations internationales de différents types (sans y être subordonnées toutefois). [...] Enfin, plutôt que d'être concentré en un corps suprême, comme dans les théories classiques modernes, le pouvoir politique est divisé entre un certain nombre d'organes

<sup>2989</sup> Bruno DAUGERON, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoratisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, n° 10, p. 1-27. spé. p. 14. Dans le même sens, Romain Vincent écrit : « si en vertu des dispositions de l'article 3, le peuple est proclamé souverain nominal, il n'en demeure pas moins que, juridiquement, la concrétisation de sa volonté ne peut avoir lieu que par le biais de ses représentants parlementaires ou par celui d'une votation exprimée par un autre organe, qui est le corps électoral ». Voir, Romain VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>2990</sup> Romain VINCENT, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 18. Voir aussi, Carl SCHMITT, *La dictature*, *op. cit.*, p. 215-216.

<sup>2991</sup> Si l'on considère formellement le processus législatif, les organes représentatifs pourraient encore s'étendre à l'ensemble des composantes du Parlement, lequel comprend le Monarque, sous l'appellation « King-in-Parliament ». Toutefois, selon les conventions constitutionnelles, ce dernier n'a qu'un rôle symbolique et ne détient aucun pouvoir de décider. Il n'est donc le représentant, dans le sens où il l'incarne, que de l'unité de la nation. Voir, Philip NORTON, « Élisabeth II, monarque constitutionnel », *Pouvoirs*, vol. 182, n° 3, 2022, p. 29-38, spé. p. 37.

<sup>2992</sup> CJCE, Affaire 138/79, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes - Isoglucose - Quotas de production*, 29 octobre 1980 : la consultation du Parlement européen constitue « un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative ».

représentatifs, qui forment de ce fait des ensembles variés d'associations fédérales et confédérales. [...] La majorité des sociétés contemporaines divisent le pouvoir de diverses manières pour permettre aux régions, aux peuples et aux nations de se gouverner à des degrés différents [...] et, de façon simultanée, pour freiner la tendance qui concentre le pouvoir dans un organe central<sup>2993</sup>.

Dès lors, en partageant l'élaboration normative, chaque espace de production de norme constitue le contrepouvoir d'un autre niveau. Cette « division » de la représentation serait ainsi favorable au dialogue démocratique puisqu'elle entraînerait « par nature, le début d'une délibération continue »<sup>2994</sup>, nécessaire à l'exercice d'un pouvoir désormais partagé. C'est pourquoi le professeur John Borrows soutient que l'élaboration des normes autochtones constitue « un contrepoids important à la tyrannie et nous aide à mieux équilibrer la distribution du pouvoir dans ce pays »<sup>2995</sup>. La diversité des institutions de représentation s'avère donc adaptée à la recherche d'un partage des pouvoirs équilibré et d'une réconciliation durable des systèmes représentatifs étatiques et autochtones.

**940.** La réconciliation repose aussi sur la complémentarité issue de la diversité institutionnelle puisque « la clef de l'énigme du gouvernement représentatif réside dans ce qu'il est un régime balancé ou équilibré. Ces adjectifs ne constituent ici nullement des jugements de valeur, ils désignent une propriété factuelle du système. Le dispositif institutionnel du gouvernement représentatif se caractérise par la combinaison de propriétés démocratiques et non démocratiques »<sup>2996</sup>. En se référant au dispositif institutionnel, la diversité des institutions et des mécanismes en présence s'avère nécessaire à la garantie de l'équilibre de l'ensemble. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Léon Duguit définit déjà le meilleur système de représentation par l'existence de plusieurs chambres, dont les membres restent désignés selon différentes modalités :

Quant à la composition respective des deux chambres, le meilleur système apparaît si l'on comprend qu'une société, une nation, se compose non seulement d'individus, mais encore de groupes d'individus qui constituent autant d'éléments sociaux distincts des individus : les groupes communaux, familiaux, les associations ouvrières, agricoles, industrielles, commerciales, scientifiques et même religieuses. Si l'on veut que le Parlement soit une exacte représentation du pays, il faut qu'il soit composé de deux chambres, dont l'une représentera plus particulièrement les individus et dont l'autre représentera plus particulièrement les groupes sociaux, suivant un système que l'art politique saura déterminer pour chaque pays [...]. Le Parlement contient alors tous les éléments constitutifs du pays ; il est véritablement un organe de représentation<sup>2997</sup>.

Son analyse préconise ainsi un équilibre entre les différents individus et les différents groupes de populations de la nation, équilibres qui doivent être pris en compte dans la composition des chambres parlementaires.

---

<sup>2993</sup> James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, op. cit., p. 190.

<sup>2994</sup> Pierre NOREAU, « Autonomie et gouvernance : nouvelles formes de la relation politique », dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 207-211, spé. p. 207.

<sup>2995</sup> John BORROWS, *La Constitution autochtone du Canada*, op. cit., p. XV.

<sup>2996</sup> Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 306. À ce titre, les mécanismes clefs de cet équilibre sont, selon lui, la marge d'indépendance des gouvernants, la liberté de l'opinion publique, la réitération de l'élection et l'épreuve de la discussion.

<sup>2997</sup> Léon DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, vol. 1, Paris, E. de Boccard, 4<sup>e</sup> éd., 1923, p. 169-170.

**941.** Cette idée rejoint également certaines analyses de la doctrine politiste américaine. Par exemple, Arthur Bentley et David Truman soutiennent que les systèmes politiques étatiques fonctionnent grâce à un affrontement perpétuel entre des groupes représentant des parties différentes de la population<sup>2998</sup>. De même, pour Robert A. Dahl, le système politique est polyarchique : « ce n'est donc ni le peuple ni des groupes d'intérêt qui gouvernent ; ce sont au contraire des leaders qui détiennent, de façon concurrentielle, le pouvoir »<sup>2999</sup>. Tout système polyarchique doit alors réunir huit garanties institutionnelles : la liberté de constituer des organisations politiques et d'y adhérer, la liberté d'expression, le droit de vote, l'éligibilité à un mandat public, le droit pour les dirigeants politiques de se faire concurrence et de se disputer les suffrages des électeurs, le pluralisme de l'information, des élections libres et loyales et des institutions qui font dépendre les politiques du gouvernement des votes et des autres moyens d'exprimer des préférences<sup>3000</sup>. Ces garanties permettent de disperser et d'équilibrer le pouvoir en une multitude d'institutions et de personnes. Dans ce cadre, « plus les possibilités d'exprimer, d'organiser et de représenter les préférences politiques seront importantes, plus nombreux et plus divers seront les préférences et les intérêts qui auront des chances d'être représentés lors de la définition des politiques »<sup>3001</sup>. Ainsi, par la diversité institutionnelle, la représentation politique ne pourrait être qu'enrichie.

**942.** La diversité des espaces de représentation est un élément récurrent de nombreuses théories politiques et juridiques. Toutefois, elle pourrait être approfondie en faveur des minorités et davantage protégée par le droit positif. En effet, pour les Autochtones, il est plus difficile de perpétuer les institutions de représentation coutumière à travers le temps, puisque la plupart des institutions de l'ordre juridique restent fondées sur les conceptions étatiques<sup>3002</sup>, auxquelles les institutions autochtones sont, pour la plupart, infédodées<sup>3003</sup>. Ce déséquilibre entraîne la nécessité de reconnaître des institutions diverses et d'égales valeurs. Le professeur Dominique Rousseau abonde dans le sens de cette diversité institutionnelle, laquelle serait particulièrement adaptée pour les sociétés plurielles, en l'espèce celle de la Nouvelle-Calédonie : « parce qu'il y a délibération, il doit y

---

<sup>2998</sup> Arthur F. BENTLEY, *The process of Government*, Cambridge, Presses de l'Université de Harvard, 1965 [1949]. Voir aussi, David TRUMAN, *The Governmental Process : Political Interests and Public Opinion*, New York, A. Knopf, 1951.

<sup>2999</sup> Pierre BIRNBAUM, « Introduction », dans Robert A. DAHL, *Qui gouverne ?*, Paris, Armand Colin, 1971 [1961], p. V-XVIII, spé. p. VI. Robert A. Dahl fonde sa démonstration sur un terrain d'enquête mené à New Haven.

<sup>3000</sup> Robert A. DAHL, *Polyarchie : participation et opposition*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016 [1971], p. 17.

<sup>3001</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>3002</sup> Lily Pol NEVEU, « Théories normatives contemporaines sur la reconnaissance et les droits des cultures minoritaires : les peuples autochtones et l'État », dans Alain BEAULIEU et Maxime GOHIER (dir.), *Les Autochtones et l'État*, Montréal, Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, 2008, p. 239-265, spé. p. 246. Voir, aussi, Will KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, op. cit., p. 158.

<sup>3003</sup> Voir, Chapitre 4, Section 2, Paragraphe 2, para. 563-571 : « L'inscription d'une représentation coutumière au sein d'une souveraineté étatique ».

avoir des lieux pour cela, des endroits pour délibérer. Il doit y avoir des institutions non pas forcément démocratiques, mais des institutions de la démocratie délibérative. [...] La société plurielle de Nouvelle-Calédonie se doit de consacrer, et au besoin d'inventer, ces lieux de la démocratie correspondant à ses propres enjeux. Le vieux droit constitutionnel peut également évoluer sur ce point »<sup>3004</sup>.

**943.** C'est également ce que souhaite le FLNKS puisque le projet de Constitution de 2018 présente Kanaky-Nouvelle-Calédonie comme un État démocratique décentralisé en trois niveaux (nation, provinces, communes) de représentation élue<sup>3005</sup>. Ce projet de texte fondamental envisage surtout « la représentation de toutes les composantes de la population dans le mode de désignation et le mode de fonctionnement des institutions [...] par] l'existence d'institutions élues (gouvernement, assemblée nationale, provinces, communes), aux côtés d'institutions coutumières et représentatives »<sup>3006</sup>. Il y a bien une diversité renouvelée des institutions de représentation. Par exemple, le texte prévoit d'instituer une chambre des représentants au rôle consultatif renforcé, composée de représentants des aires coutumières et des autres groupes culturels, désignés selon les *us* et coutumes propres à chaque communauté<sup>3007</sup>. Dans la même idée, le projet de Constitution de l'Union nationale pour l'indépendance, dissidente du FLNKS propose aussi un système institutionnel pluriel et décentralisé, tout en évitant que trop « d'institutions se juxtaposent et fonctionnent en doublon en termes de missions, de procédure et de moyens »<sup>3008</sup>. En fonction des institutions, elle propose « un mode d'élection et de désignation variable qui allie suffrage universel, suffrage indirect, proportionnel intégral, proportionnel avec mode majoritaire, collégialité », accompagné d'une revalorisation du système coutumier<sup>3009</sup>. La création d'une chambre des représentants, en lieu et place du Sénat coutumier, ouverte à toutes les cultures du nouvel État est d'ailleurs un élément commun au projet du FLNKS et de l'Union nationale pour l'indépendance.

**944.** Si un nouvel équilibre est atteint, le dialogue interculturel, le respect, le partage et la responsabilité mutuelle seraient à la fois possibles et nécessaires : c'est en se fondant sur ces quatre principes que James Tully propose un système de démocratie multinationale où plusieurs nations

---

<sup>3004</sup> Dominique ROUSSEAU, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 109.

<sup>3005</sup> Florence FABERON et Jean-Yves FABERON, « Le projet constitutionnel des indépendantistes de Nouvelle-Calédonie », dans *Constitutions, peuples et territoires. Mélanges en l'honneur d'André Roux*, Paris, Dalloz, 2022, p. 167-179, spé. p. 171.

<sup>3006</sup> FRONT DE LIBERATION NATIONALE KANAK ET SOCIALISTE, *Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle Calédonie souveraine*, Nouvelle-Calédonie, Front de libération nationale kanak et socialiste, 2018, p. 9.

<sup>3007</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>3008</sup> UNION NATIONALE POUR L'INDEPENDANCE, *Kanaky - Nouvelle-Calédonie, un État souverain en Océanie. Contribution de l'UNI à la détermination de l'avenir politique et institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, UNI, 2020, p. 66-67.

<sup>3009</sup> *Ibid.*, p. 67.

coexisteraient et se gouverneraient à l'intérieur d'un même territoire<sup>3010</sup>. Par conséquent, la réussite de la réconciliation ne se trouve pas « dans la création d'enclaves étanches aux influences environnantes, mais au contraire, dans la coexistence et la relation entre les différents groupes »<sup>3011</sup>. Cette diversité serait vectrice d'enrichissement et d'équilibre, car la prise en compte de la différence, explique le professeur Étienne Le Roy, doit correspondre « à un enrichissement de soi, de sa culture et des causes qui y sont associées »<sup>3012</sup>. Lors de sa leçon inaugurale au Collège de France sur les savoirs autochtones, la professeure Manuela Carneiro da Cunha soutient également que « c'est en nous frottant à ces formes de pensée autres que nous pouvons prendre conscience de nos hypothèses tacites, de ce qui, pour nous, va sans dire, et qui, par cela même, limite ce qui peut être dit »<sup>3013</sup>.

**945.** D'ores et déjà, des propositions novatrices existent pour diversifier les modèles de représentation politique et, par exemple, pour « penser l'adaptation du gouvernement représentatif des sociétés contemporaines en vue de promouvoir des politiques publiques à la hauteur de l'enjeu écologique »<sup>3014</sup>. Ces propositions concernent la représentation des entités naturelles et s'inspirent des conceptions autochtones, notamment kanak, comme en témoigne l'annexe à la délibération du 6 avril 2016 *portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté* qui prévoit qu'« afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de

---

<sup>3010</sup> James TULLY, « Aboriginal Peoples. Negotiating Reconciliation », dans James BICKERTON et Alain-G. GAGNON (dir.), *Canadian Politics*, Peterborough, Broadview Press, 3<sup>e</sup> éd., 1999, p. 413-441, spé. p. 417. Voir aussi, Lily POL NEVEU, « Coexistence et reconnaissance des autochtones au fort-témiscamingue/obadjiwan », *Canadian Studies*, n° 62, 2007, p. 263-272.

<sup>3011</sup> Lily POL NEVEU, « Théories normatives contemporaines sur la reconnaissance et les droits des cultures minoritaires : les peuples autochtones et l'État », *op. cit.*, p. 248.

<sup>3012</sup> Étienne LE ROY, « Sur le chemin de Kahnawake, décolonisations du droit et mondialisations », dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, p. 495-517, spé. p. 495.

<sup>3013</sup> Manuela CARNEIRO DA CUNHA, *Savoirs autochtones : quelle nature, quels apports ? Leçon inaugurale prononcée le jeudi 22 mars 2012*, Paris, Collège de France, Fayard, 2012, p. 19. Dans la même idée, le professeur Norbert Rouland interroge « quel reflet le miroir coutumier nous renvoie-t-il ? Ou si l'on préfère, qu'avons-nous à apprendre de cette quête d'une modernité corrigée par une tradition réinventée ? ». Voir, Norbert ROULAND, « Rapport de synthèse », dans Paul de DECKKER (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 297-302, spé. p. 302. De même, Le professeur Jean-Claude Monod relève l'intérêt particulier à effectuer ce qu'il nomme, lui, cette « sortie d'Occident » ou plutôt des sociétés étatiques, non pas comme une quête de salut politique, soutient-il, mais comme « le fruit du sentiment d'une indispensable prise de vue de ce que l'anthropologie [...] des pensées politiques non occidentales peuvent avoir à nous dire sur quelques modèles de "chefferie" irréductibles à ceux qu'offrent nos traditions politiques ». Voir, Jean-Claude MONOD, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? Politiques du charisme*, Paris, Éditions du Seuil, 2017 [2012], p. 140.

<sup>3014</sup> Le professeur Pierre Brunet ajoute « en tant qu'elle se fonde sur l'élection, la démocratie représentative n'est pas compatible avec une prise en compte sérieuse et conséquente des questions environnementales, car des élections régulières et des mandats relativement brefs conduisent à réfléchir à court terme et empêchent de prendre en considération le temps long de l'écologie. À cette difficulté s'en ajoute une autre : de même que les questions environnementales nous obligent à regarder le long terme, elles débordent les frontières nationales et supposent que soient prises en compte les effets transnationaux de certaines activités humaines sur l'environnement ». Voir, Pierre BRUNET, « Vouloir pour la nature », *art. cit.*, para. 26.



droits»<sup>3015</sup>. Selon une même volonté politique, au Canada, la Rivière Magpie s'est vue reconnaître une personnalité juridique, représentée par les communautés autochtones innu qui ont ainsi « le devoir d'agir au nom des droits et intérêts de la rivière »<sup>3016</sup>. Il se dessine sûrement encore ici une autre application des concepts de la représentation, particulièrement liée à la capacité de *tenir lieu*, au sens de *faire exister*, propre à concrétiser toute action juridictionnelle<sup>3017</sup>.

**946.** La survie des systèmes représentatifs autochtones dépendra, particulièrement, de la capacité de l'ordre juridique étatique à envisager la diversité sans entraîner de déséquilibre. Comme relève le professeur Xavier Philippe, « le chemin est encore long, mais la volonté politique de reconnaître les réalités coutumières et culturelles n'est plus en question »<sup>3018</sup>. Avec l'objectif de cet horizon politique, si les conditions sont favorables, l'enrichissement ne concernerait pas uniquement l'équilibre des systèmes coutumiers :

Des traditions de gouvernance distinctes se combineront et s'interpénétreront spontanément. Ou, si elles sont maintenues comme distinctes dans des conditions de respect mutuel, elles ont le potentiel de se tempérer et de se corriger mutuellement. [...] les peuples non autochtones ont besoin de l'influence de traditions et de principes autochtones florissants pour corriger certaines absences dans les nôtres. Et nos bureaucraties hautement formalisées et les institutions représentatives des États ont besoin de rappels périodiques dans un contexte plus direct pour reconnecter les gens avec leurs gouvernements. Les institutions représentatives basées sur des

---

<sup>3015</sup> Annexe à la Délibération n° 2016-13/API du 6 avril 2016 portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté, J.O.N.C. du 23 juin 2016, p. 5941-5942. L'article 110-3 dispose : « Le principe unitaire de vie qui signifie que l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation sociale kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». L'article 110-5 suivant précise : « Les autorités provinciales loyaltiennes, auxquelles peuvent être associées les autorités coutumières, veillent notamment à une exploitation responsable et rationnelle des ressources de manière à en assurer la pérennisation ».

<sup>3016</sup> « En tant qu'entité vivante possédant des droits fondamentaux, la Mutehekau Shipu / Rivière Magpie sera représentée par des Gardiens nommés par la Première Nation des Innu de Ekuanitshit et la MRC de Minganie, ayant le devoir d'agir au nom des droits et intérêts de la rivière et de veiller à la protection de ses droits fondamentaux ». À ce titre, les Gardiens dont il est question pourront ester en justice en tant que représentants de la rivière. Voir, CONSEIL DES INNU DE EKUANITSHIT, *Résolution n° 919-082 du 18 Janvier 2021*. Une même formulation se retrouve dans le procès-verbal de la séance ordinaire du conseil de la Municipalité régionale du Comté de Minganie du 16 février 2021.

<sup>3017</sup> L'article 411 du Code de procédure civile mentionne, par exemple, que « le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure ». Toutefois, le professeur Pierre Brunet nuance cette approche privatiste en affirmant que cette conception de la représentation n'est pas si nouvelle, « elle a toujours été soulignée et on la retrouve par exemple déjà chez Hobbes. En y insistant, la position défendue rappelle qu'il n'est nul besoin d'une volonté initiale d'un représenté pour constituer le représentant : c'est bien l'inverse qui se produit et cela peut valoir aussi bien pour la représentation des individus que pour les entités naturelles. De même, il ne faudrait pas non plus exagérer la nouveauté que constitue la dimension "relationnelle" de la représentation sur laquelle on met l'accent. Si nouveauté il y a, elle vient donc plutôt de la dilution des formes institutionnelles que pourrait prendre la représentation politique ». Voir, Pierre BRUNET, « Vouloir pour la nature », *art. cit.*, para. 35. En ce sens, cette conception semble rejoindre celles présentées par le professeur Jean-Marie Denquin : « Le troisième synonyme de *tenir lieu* est *faire exister*. Dans ce cas le représentant *tient lieu* d'une entité idéale qui ne préexiste pas à sa représentation, mais au contraire n'existe que par celle-ci ». Voir Jean-Marie DENQUIN, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *art. cit.*, p. 7.

<sup>3018</sup> Xavier PHILIPPE, « La refondation de l'État de droit sur la multiplicité culturelle : l'exemple de l'Afrique du Sud », dans Paul de DECKKER et Jean-Yves FABERON, *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 331-346, sp. p. 346.

systèmes électoraux uninominaux doivent toujours s'efforcer d'encourager la participation et le consensus<sup>3019</sup>.

Cet extrait souligne que la représentation coutumière pourrait être utile aux modèles étatiques de la représentation autant que l'inverse. En effet, « en situation de pluralisme juridique, l'imitation n'est pas à sens unique puisque c'est tantôt le droit étatique tantôt le droit non étatique qui prospecte et prélève dans l'autre système »<sup>3020</sup>. À ce titre, la représentation coutumière présente des mécanismes et des modèles innovants permettant de renouveler les conceptions de la représentation face aux « crises » que les ordres juridiques peuvent rencontrer. Sans aucun doute, elle met en lumière la volonté de développer de nouveaux outils juridiques, de faire évoluer les mécanismes et d'adapter les grilles d'analyse classiques de la représentation politique. En outre, pour envisager la réussite de ces évolutions, il faut encore que les mécanismes transitionnels soient adaptés.

## SECTION 2 – La réconciliation des systèmes représentatifs par le bien-fondé de la transition

947. La réconciliation des systèmes représentatifs étatiques et autochtones s'opère par la complémentarité de leurs conceptions, mais aussi par des mécanismes transitionnels adaptés. Le droit de transition offre une grille de lecture supplémentaire pour penser les évolutions des systèmes représentatifs étatiques et autochtones, et plus particulièrement, les façons dont ces systèmes adoptent de nouvelles institutions, de nouvelles constitutions, voire de nouvelles relations avec l'État lui-même. Selon la conjoncture actuelle, ces procédés concernent inévitablement plus le Canada et la Nouvelle-Calédonie que le reste de l'outre-mer français. Pourtant, si les évolutions statutaires des Nations du Canada ou de l'Archipel calédonien s'avèrent des réussites, les enseignements à en tirer s'étendront *a fortiori* à d'autres territoires. À ce titre, le bien-fondé des transitions provient à la fois de la diversité des processus transitionnels, adaptables à chaque situation (**PARAGRAPHE 1**) et de l'inclusivité des processus de ratification (**PARAGRAPHE 2**).

---

<sup>3019</sup> Jodi BRUHN, *In Search of Common Ground: Reconciling Western-based Governance Principles and First Nations Traditions*, Ottawa, Institute on Governance, 2009, p. 32. Source non traduite : « Given the right conditions, distinct governance traditions will spontaneously combine and interpenetrate. Or, if maintained as distinct under conditions of mutual respect, they have the potential to temper and correct each other. As the potentially deadly consequences of our long-forgotten link to the living environment indicate, non-aboriginal peoples need the influence of thriving indigenous traditions and principles as correctives to certain absences in our own. And our highly formalized bureaucracies and representative states institutions need periodic recalls to a more face-to-face context to reconnect people with their governments. Representative institutions based on first-past-the-post electoral systems must still strive to encourage participation and consensus ».

<sup>3020</sup> Ghislain OTIS et Sophie THERIAULT, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 63.

## PARAGRAPHE 1 - La diversité des processus transitionnels

**948.** Dans le domaine juridique, une situation de transition suppose « une crise antérieure, plus ou moins violente, de laquelle l'État dans lequel elle s'est déroulée essaie de sortir et où le droit est appelé à jouer un rôle reconstitutif »<sup>3021</sup>. Plus encore, ajoute Louis Terracol, « à l'issue d'une transition constitutionnelle, le gouvernement ne cesse d'avoir recours au droit pour reconstruire »<sup>3022</sup>. Ainsi, dans le cadre juridique, « le droit reconnaît des espaces de transition, autour des frontières par exemple, mais aussi des temps de transition, et même des outils de transition, par exemple des lois s'appliquant de façon intérimaire »<sup>3023</sup>. La notion de transition institutionnelle paraît encore plus large, car elle désigne « les solutions de discontinuité constitutionnelle, mais aussi diverses hypothèses de changement dans les modes de gouvernance »<sup>3024</sup>, définition qui s'applique *a fortiori* aux évolutions de normes, parfois brutales, applicables aux systèmes représentatifs coutumiers.

**949.** Si le droit transitionnel porte principalement sur la justice transitionnelle ou sur les constitutions étatiques, il apporte une grille de lecture renouvelée pour les systèmes représentatifs autochtones, lors de l'élaboration des « constitutions autochtones »<sup>3025</sup> ou lors du passage d'un statut à un autre. La transition renvoie ici à l'adoption d'une constitution autochtone au Canada à la suite d'un accord gouvernemental ou à l'Accord de Nouméa, désigné comme une Constitution-bis<sup>3026</sup> ou une autre Constitution abritée au sein de la Constitution de 1958<sup>3027</sup>. Les situations de transition correspondent donc bien aux problématiques des autochtones au sein de différents États. La fin de la période coloniale a d'ailleurs conduit à une période de crise et d'incertitudes quant à leur reconnaissance juridique et à leur statut dans le droit positif. Les phases transitionnelles ont pu être particulièrement violentes comme lors de la prise d'otage d'Ouvéa en 1988 et de la crise d'Oka en 1990. Dès lors, le droit tente de maintenir un équilibre au sein des sociétés plurielles. Les autorités

---

<sup>3021</sup> Xavier PHILIPPE, « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions », dans Xavier PHILIPPE et Natasa DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 15-23, spé. p. 15-16.

<sup>3022</sup> Louis TERRACOL, *Le gouvernement de fait de la Révolution à la Libération. Un expédient saisi par le droit*, Thèse de doctorat en histoire du droit, Université Paris Panthéon-Assas, 2022, p. 41-42.

<sup>3023</sup> Géraldine GIRAudeau, « Le droit international et les transitions constitutionnelles », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 19-28, spé. p. 19.

<sup>3024</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>3025</sup> Sur l'usage de ces termes, voir, Chapitre 6, Section 1, Paragraphe 1.

<sup>3026</sup> L'expression est initialement de Louis Favoreu. Voir, Louis FAVOREU, « Constitution révisée ou Constitution bis », *Le Figaro*, 21 avril 1992, reproduit dans *La Constitution et l'Europe, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 356. Voir aussi, Stéphane DIEMERT, « L'ancrage constitutionnel de la France d'outre-mer », *op. cit.*, p. 67-82, spé. p. 79.

<sup>3027</sup> Selon les termes de Guy Carcassonne. Voir, Guy CARCASSONNE et Marc GUILLAUME, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 389.

canadiennes et françaises ont, pour cela, modifié la Constitution, passé des accords gouvernementaux et fait évoluer leur législation. En cela, les processus d'autodétermination, y compris au sein des États, se concrétisent par un droit de transition.

**950.** L'Accord de Nouméa est particulièrement conçu comme du droit de transition puisqu'il « s'inscrit dans une durée limitée qui comporte un début et une fin » : il répond donc aux trois caractéristiques énoncées par le professeur Xavier Philippe pour qualifier les transitions juridiques que sont l'anormalité, la durée et la rupture<sup>3028</sup>. Maintenant que les trois référendums calédoniens se sont achevés, la rupture semble d'ailleurs consommée. L'ouverture d'une nouvelle transition juridique est nécessaire, si elle n'est pas déjà entamée, laquelle implique nécessairement l'adoption d'un nouveau texte.

**951.** Si une transition adaptée reste essentielle pour la Nouvelle-Calédonie, de mêmes évolutions pourraient être nécessaires pour d'autres territoires ultramarins. En l'espèce, à l'occasion d'un discours du président de la République lors des assises des outre-mer, Emmanuel Macron, affirme que « si des territoires considèrent qu'il faut des aménagements constitutionnels, je suis prêt à les porter avec vous »<sup>3029</sup>. Les leçons tirées du processus transitionnel calédonien ajouteraient alors de précieux enseignements. Au titre des enseignements déjà établis, le professeur Xavier Philippe propose trois types de processus pour l'adoption d'un nouveau texte, soit l'importation d'un modèle de constitution « prêt-à-porter », la réunion d'un groupe d'experts ou, enfin, la création d'une assemblée de représentants permettant, en parallèle ou non, une participation de la société civile<sup>3030</sup>. Par ailleurs, ces trois processus peuvent se compléter l'un l'autre.

**952.** Le premier processus est à mettre en lien avec le mimétisme constitutionnel selon lequel la Constitution de l'État décolonisé nouvellement indépendant peut être calquée sur celle de l'État colonisateur, parfois de manière « déconnectée des spécificités socioculturelles des populations concernées »<sup>3031</sup>. De façon moins péjorative, on se rapporte aussi au mouvement mondial de

---

<sup>3028</sup> Xavier PHILIPPE, « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions », *op. cit.*, p. 16. Ce que confirme la professeure Carine David en ces termes : « le caractère transitionnel de la situation politico-institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie ne fait aucun doute. Il l'est selon une double dialectique temporelle. D'une part, la Nouvelle-Calédonie est en phase transitoire depuis 1988 et la signature des Accords de Matignon-Oudinot, voire depuis plus longtemps si l'on considère le nombre de statuts transitoires qui se sont succédés au cours des années quatre-vingt. D'autre part, arrivant au terme de la période d'application d'un accord politique conclu en 1998 pour une durée de 20 années, la Nouvelle-Calédonie se trouve actuellement dans une phase qui se veut terminale de la transition ». Voir, Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 110, n° 2, 2017, p. 367-386, spé. p. 367.

<sup>3029</sup> Emmanuel MACRON, « Discours du Président de la République sur les assises des Outre-mer », le 28 octobre 2017, *Site officiel de l'Élysée*, 2017, en ligne : <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-sur-les-assises-des-outre-mer/> (consulté le 29.11.2022).

<sup>3030</sup> Xavier PHILIPPE, « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions », *op. cit.*, p. 20.

<sup>3031</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 371. Voir aussi, Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le mimétisme post

standardisation des modèles institutionnels et constitutionnels<sup>3032</sup>. Les standards constituent une tendance à l'unification de principes et de règles constitutionnelles, autrement dit à l'adoption de solutions similaires pour la résolution de problèmes comparables<sup>3033</sup>. La notion de standards n'est pas sans rappeler les «boîtes à outils constitutionnels» qui existent pour les communautés autochtones d'Amérique du Nord<sup>3034</sup>. Elles prévoient comme systèmes de gouvernement, le régime parlementaire, présidentiel ou la prise de décision par consensus. À ce titre, ces constitutions doivent permettre l'adaptation du système de droit coutumier autochtone aux normes culturelles contemporaines et aux conditions d'exercice de la représentation politique<sup>3035</sup>. Les textes prêt-à-porter ont le mérite de répondre aux conditions exigées par l'État de droit et par le contrôle des juges constitutionnels.

**953.** Dans ce cadre, la majorité des «guides» de transition constitutionnelle à destination des autochtones préconise l'adoption du mécanisme électoral pour sélectionner les représentants<sup>3036</sup>. L'élection apparaît encore comme un mécanisme exporté, voire imposé<sup>3037</sup>. Selon le professeur Giuseppe De Vergottini, un tel mécanisme imposé de l'extérieur peut conduire à un «glissement des démocraties libérales vers la catégorie des démocraties purement électorales ou encore à une régression des démocraties électorales dans un sens pseudo-démocratique, voire même autoritaire»<sup>3038</sup>. À plus grande échelle, David Van Reybrouck soutient que «la démocratie ressemble à un produit d'exportation : préfabriquée, habilement emballée, prête à être expédié. La démocratie devient un kit Ikea pour des “élections libres et honnêtes”, que le destinataire peut bricoler sur place, au besoin avec l'aide du mode d'emploi joint à l'envoi»<sup>3039</sup>. Dès lors, si l'élection est imposée lors de transition constitutionnelle, les communautés autochtones risquent de ne rester que des «démocraties de papier», où l'imposition de modèles transitionnels déstructure le système représentatif plus qu'il ne l'améliore et en conserve les équilibres.

---

colonial, et après ? », *Pouvoirs*, vol. 2, 2009, p. 45-55. Voir aussi, Yves MENY (dir.), *Les politiques du mimétisme juridique. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993.

<sup>3032</sup> Mathieu DISANT, Gregory LEWKOWOCZ et Pauline TÜRK, « Du constitutionnalisme mondial aux standards constitutionnels mondiaux : la question constitutionnelle dans la mondialisation », dans Mathieu DISANT, Gregory LEWKOWOCZ et Pauline TÜRK (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 5-10.

<sup>3033</sup> Abraham Hervé DIOMPY, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique : réflexions sur les interactions normatives, institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO*, Thèse de l'École doctorale de Droit public, Université de Bordeaux, 2017, version en ligne, p. 455.

<sup>3034</sup> Voir, Chapitre 6, Section 1, Paragraphe 1, para. 719.

<sup>3035</sup> UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox. Structure of government », *art. cit.*

<sup>3036</sup> *Ibid.* Voir aussi, ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, *op. cit.*, section 2. 4, p. 7.

<sup>3037</sup> Kiera L. LADNER, « Désaffection et nation les facteurs de la participation électorale autochtone », *art. cit.*

<sup>3038</sup> Giuseppe DE VERGOTTINI, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », dans Jean DU BOIS DE GAUDUSSON *et al.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 701-714, spé. p. 706.

<sup>3039</sup> David VAN REYBROUCK, *Contre les élections*, *op. cit.*, p. 53.

**954.** À ce titre, précise le professeur Dominique Rousseau, la Constitution exprime «l'identité d'un peuple. Elle doit prendre en charge l'histoire, la culture, le passé d'un peuple pour pouvoir prétendre dire son "être politique"»<sup>3040</sup>. *A fortiori*, pour les sociétés plurielles au sein desquelles coexistent les populations autochtones, l'élaboration d'une constitution «implique de configurer un ordre nouveau à partir des vestiges de l'ancien et de relever le défi de répondre à de multiples questions soulevées par de nouvelles forces et de nouvelles exigences»<sup>3041</sup>. Ici, les solutions de «prêt-à-porter» contiennent inévitablement des risques d'uniformité et de rejet par le système concerné. C'est le cas avec les autochtones qui s'abstiennent de voter au Canada ou qui boycottent certaines élections en Nouvelle-Calédonie. Ces solutions ne sont adaptées à la prise en compte du passé colonial et des spécificités culturelles que si les autochtones conservent une liberté minimale de choix. C'est pourquoi il est important que les autochtones s'approprient les évolutions de leur système de représentation par la complémentarité des autres processus transitionnels.

**955.** Le deuxième processus fait appel au pouvoir exécutif, généralement assisté d'un groupe de personnes non élues spécialistes du sujet. Si ce processus fait appel à des experts<sup>3042</sup>, il peut aussi ajouter «des variantes en mélangeant les instances juridiques et politiques dans l'élaboration du projet»<sup>3043</sup>. Ainsi, les comités restreints qui assistent les gouvernements sont, le plus souvent, «composés de responsables politiques et de spécialistes du droit constitutionnel»<sup>3044</sup>. À ce titre, les responsables politiques autochtones sont régulièrement sollicités dans ces processus.

**956.** Au Canada, la plupart des accords d'autonomie gouvernementale sont négociés par les représentants élus selon les modalités de la *Loi sur les Indiens*. Ce constat ressort de l'analyse de la juge L'Heureux-Dubé dans la décision *Corbiere c. Canada*, selon laquelle, «en pratique, la représentation des Autochtones dans des processus comme les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale est souvent déterminée suivant le régime des bandes visées par la *Loi sur les Indiens*»<sup>3045</sup>. Les parties en présence signent alors «une entente-cadre qui

---

<sup>3040</sup> Dominique ROUSSEAU, «Le temps de la constitution dans les transitions politiques», dans Xavier PHILIPPE et Natasa DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 225-230, spé. p. 228-229.

<sup>3041</sup> Steven RATUVA, «L'éléphant et le Maharadjah : l'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition», dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 29-40, spé. p. 31.

<sup>3042</sup> À ce titre, les avis d'experts étrangers ou d'institutions internationales sont de plus en plus sollicités, soit pour participer à l'élaboration du nouveau texte soit pour juger le résultat final. Les experts ne sont pas exclus des évolutions des systèmes autochtones et ces experts peuvent être eux même issues des communautés autochtones. Ils sont appelés à conseiller les gouvernements lors des négociations ou à donner des avis consultatifs sur diverses questions.

<sup>3043</sup> Xavier PHILIPPE, «Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions», *op. cit.*, p. 15-23, spé. p. 21.

<sup>3044</sup> VIE PUBLIQUE, «Comment s'élabore une Constitution ?», *Vie publique*, 2022, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/fiches/19553-comment-selabore-une-constitution> (consulté le 11.11.2022).

<sup>3045</sup> *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, p. 263.

détermine les échéanciers et les sujets à négocier»<sup>3046</sup>. Au terme de cette étape, l'accord final est ratifié par les différentes parties, c'est-à-dire par un référendum au sein des communautés et par un vote au sein du Parlement fédéral et de la Législature de la Province concernée. L'approbation des représentants politiques nationaux et locaux n'intervient donc qu'à la toute fin du processus transitionnel.

**957.** Selon une autre modalité, en 1985, les Conseils mohawks d'Akwesasne, de Kahnawake et de Tyendinaga émettent une déclaration conjointe qui rejette les dispositions de la *Loi sur les Indiens* et qui affirme leur volonté d'une transition vers un gouvernement traditionnel. En tant qu'« experts de la loi fondamentale ancienne » et représentants coutumiers, ils font appel aux chefs héréditaires afin de les aider dans ce processus :

Nous avons été dans une période transitoire pour un temps, nous avons repris contact avec les chefs traditionnels de la Confédération iroquoise. [...] Nous ne voyons pas d'inconvénient à l'idée d'adopter la Grande Loi de la paix aux besoins actuels de notre peuple comme constitution interne tout en conservant son but initial comme document gouvernemental entre les cinq nations originales<sup>3047</sup>.

Les autorités politiques impliquées dans un tel processus de transition peuvent donc être diverses et vectrices de multiples légitimités, et notamment ici, la légitimité coutumière.

**958.** En France, le processus faisant appel à des autorités politiques reconnues est aussi celui par lequel les Accords de Matignon sont adoptés : il y a la scène où Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur sont en chaussettes sur le canapé de Matignon et tracent la démarcation du territoire des Provinces au crayon de couleur sur une carte de la Nouvelle-Calédonie apposée sur le mur<sup>3048</sup>. Les signataires de l'accord se composent donc des membres des délégations indépendantistes et loyalistes de l'archipel, qui, du reste, ne sont pas nécessairement des élus du Congrès ou des représentants locaux.

**959.** Un procédé similaire est utilisé pour l'Accord de Nouméa. Alain Christnacht, alors conseiller du Premier ministre, décrit le processus d'écriture en ces termes : « Thierry Lataste, François Garde et moi-même avons écrit une première version que nous avons soumise aux deux délégations, séparément. Il y a eu des discussions [...] Le préambule a finalement été accepté – la version

---

<sup>3046</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, op. cit., p. 156.

<sup>3047</sup> *Déclaration conjointe des Conseils mohawks d'Akwesasne, de Kahnawake et de Tyendinaga*, 1985, citée par, Dominic DAGENAIS, « Souveraineté mohawk : survivance et affirmation d'une autonomie nationale », dans Alain BEAULIEU et Maxime GOHIER (dir.), *Les autochtones et l'État*, Montréal, Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, 2008, p. 97-126, spé. p. 117.

<sup>3048</sup> Olivier MILOT, « Michel Rocard en 2013 : “Les accords de Matignon sont un des plus beaux souvenirs de ma vie politique” », art. cit. Michel Rocard raconte l'évènement en ces termes : « j'avais fait coller une carte Michelin de la Nouvelle-Calédonie sur une planche de contreplaqué appuyée contre un superbe canapé Louis XV jaune, faisant partie du mobilier national. Tjibaou et Lafleur ont enlevé leurs godasses, sont montés sur le canapé et, crayon-feutre en main, ont négocié la ligne de partage de la Grande Terre entre la province Nord et la province Sud. Ils mirent dix minutes à le faire, durant lesquelles j'ai prié intérieurement pour que le conservateur des bâtiments n'entre pas dans la salle ». Michel Rocard ajoute concernant le tracé des provinces : « Eux seuls savaient où étaient les tombes significatives... ». Voir, Michel ROCARD, « Souvenirs d'une négociation », dans Jean-Marc REGNAULT (dir.), *François Mitterrand et les territoires français du Pacifique (1981-1988)*, Paris, Les Indes Savantes, 2003, p. 387-402, spé. p. 399,

définitive était peut-être la quinzième – parce qu’il ne stigmatisait personne. Il reconnaissait “les ombres et les lumières” de la colonisation »<sup>3049</sup>. Lors de l’adoption de ce nouveau texte, il insiste sur l’importance des relations de confiance entre les différentes personnalités politiques, faisant même référence au maintien des « sentiers coutumiers »<sup>3050</sup> :

Les principaux négociateurs avaient déjà vécu ensemble la négociation des Accords de Matignon [...] même si la négociation de Nouméa était conceptuellement et juridiquement plus complexe ; ils ne pouvaient échouer alors que Jean-Marie Tjibaou avait réussi ; et les négociateurs de l’État se connaissaient entre eux et connaissaient ceux de Nouvelle-Calédonie. [...] Nous avons fait en sorte que les contacts ne soient jamais rompus, en passant si nécessaire par des hommes de confiance dans les délégations lorsque la séance plénière avait débouché sur une impasse. À côté des voies officielles, nous avons, comme disent les Kanak, nos « sentiers coutumiers »<sup>3051</sup>.

**960.** Ce processus répond aux nécessités techniques et aux exigences de rapidité nécessaires à une telle transition<sup>3052</sup>. *A fortiori*, les Accords de Matignon sont signés un mois après le drame d’Ouvéa, ce qui renforce la pertinence et le succès du processus transitionnel utilisé. Pourtant, celui-ci se heurte aux difficultés d’appropriation du texte par les populations auxquelles il s’applique. C’est d’ailleurs cette limite que Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur ont voulu contourner en faisant campagne pour l’accord de 1988, plusieurs mois durant<sup>3053</sup>. Ces campagnes démontrent encore l’importance de la complémentarité des outils transitionnels.

**961.** Aujourd’hui, presque vingt-cinq ans après l’Accord de Nouméa, les responsables politiques pour mener les négociations relatives au nouveau statut ne plus aussi clairement identifiables<sup>3054</sup>. En effet, à qui revient-il de négocier ? Le professeur Mathias Chauchat évoque l’importance d’« un “organe de gestion” susceptible de gérer la période de transition constitutionnelle. Plutôt que de créer un “machin” à partir de rien, il serait prudent de s’appuyer sur les institutions actuelles (congrès, gouvernement, voire “signataires”) », argumente-t-il<sup>3055</sup>. En 2013, le Conseiller d’État Jean Courtial et le professeur Ferdinand Melin-Soucramanien relèvent déjà la pertinence du Comité des

---

<sup>3049</sup> Alain CHRISTNACHT, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L’Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 2008, p. 89-103, spé. p. 99.

<sup>3050</sup> Sur les sentiers coutumiers empruntés par la Mission du dialogue en 1988, Voir, Chapitre 3, Section 2, Paragraphe 1, para. 427.

<sup>3051</sup> Alain CHRISTNACHT, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L’Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *art. cit.*, p. 99-100.

<sup>3052</sup> Xavier PHILIPPE, « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions », *op. cit.*, p. 15-23, spé. p. 21.

<sup>3053</sup> Alain Christnacht écrit : « Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur eurent-ils le plus grand mal à convaincre leur électorat : ce dernier n’y parvint d’ailleurs pas puisque, à Nouméa, la majeure partie des électeurs votèrent “non” au référendum qui s’ensuivit, en novembre 1988 ». Quant à Jean-Marie Tjibaou, il perdait la vie un an plus tard, assassiné par un opposant aux accords passés. Voir, Alain CHRISTNACHT, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L’Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *art. cit.*, p. 100.

<sup>3054</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « L’apport des outre-mer à l’édification d’un droit constitutionnel territorial », dans Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et al. (dir.), *Constitutions, peuples et territoires. Mélanges en l’honneur d’André Roux*, Paris, Dalloz, 2022, p. 333-344, spé. p. 340 : « à ce stade, on entre dans l’inconnu : quels seront les “partenaires politiques” concernés, quelle sera la méthode de discussion » ?

<sup>3055</sup> Mathias CHAUCHAT, « La transition constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie, référendums et irréversibilité », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *L’avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 41-50, spé. p. 42.



signataires, organe créé par l'Accord de Nouméa pour veiller à sa bonne application, comme organe œuvrant à l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie :

Ce comité [...] est un lieu privilégié d'échanges, de concertation et d'élaboration de décisions consensuelles. Il pourrait être l'instance au sein de laquelle seraient définis et mis en œuvre un accompagnement et un suivi du processus d'aboutissement de l'Accord de Nouméa après 2014, en particulier une préparation de la consultation d'autodétermination<sup>3056</sup>.

En effet, ce comité réunit les parlementaires et les représentants des institutions de la Nouvelle-Calédonie, les forces politiques représentées par un groupe au Congrès de Nouvelle-Calédonie, mais aussi les signataires historiques des accords précédents qui sont invités de droit<sup>3057</sup>. La réunion de ce comité s'est tenue à Paris au mois de septembre 2022 à l'initiative du ministre de l'Intérieur et des Outre-mer, Gérald Darmanin, mais sans la présence des principaux groupes indépendantistes<sup>3058</sup>. Selon les loyalistes, c'est encore le comité des signataires qui doit acter « la fin de l'Accord de Nouméa »<sup>3059</sup>. Enfin, c'est au sein d'un autre groupe quasi-identique, la Convention des partenaires, que se déroulent toutes les discussions quant à l'avenir de la Nouvelle-Calédonie. En effet, de façon similaire au comité des signataires, cette Convention des partenaires « associe tous les groupes politiques, les différentes institutions de Nouvelle-Calédonie, mais aussi les signataires des Accords de Matignon et de Nouméa ainsi que les représentants de la société civile et du

---

<sup>3056</sup> Jean COURTIAL et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Mission de réflexion sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, 2013, version en ligne : <https://www.drom-com.fr/medias/org-411/shared/2013-09-27-rapport-mission-avenir-institutionnel.pdf> (consulté le 11.11.2022).

<sup>3057</sup> Par exemple, le 10 octobre 2019, le comité des signataires de l'Accord de Nouméa, se réunit sous la présidence d'Édouard Philippe, Premier ministre, en présence d'Annick Girardin, ministre des outre-mer : « Ont participé à ce comité, en leur qualité de signataire, M. Roch Wamytan, président du Congrès, M. Paul Neaoutyine, M. Victor Tutugoro, M. Pierre Frogier, M. Simon Loueckhote, M. Harold Martin, M. Éric Gay représentant M. Bernard Deladriere et M. Yoann Lecourieux représentant M. Jean Leques. Ont également participé les parlementaires et les représentants des institutions de la Nouvelle-Calédonie : M. Hippolyte Sinewami-Htamumu, président du Sénat coutumier, M. Philippe Gomes, député de la 2e circonscription, M. Gérard Poadja, sénateur, M. Thierry Santa, président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Mme Sonia Backes, Présidente de la province Sud, Jacques Lalie, Président de la Province des îles. Le Comité a été élargi aux forces politiques représentées par un groupe au congrès de Nouvelle-Calédonie : Mme Virginie Ruffenach, MM. Philippe Michel, Gil Brial, Christopher Gyges, Jean Creugnet, Adolphe Digoue, Mme Omayra Naisseline, MM. Gilbert Tyuienon, Sylvain Pabouty, Daniel Goa, Mme Veylma Falao, MM. Gérald Reignier, M. Aloisio Sako, M. Pascal Sawa sont participé à la réunion à ce titre. Le comité a enfin été élargi aux représentants d'associations de maires, M. Robert Xowie et M. Alcide Ponga ainsi qu'à Mme la Maire de Nouméa, Sonia Lagarde. Étaient également présents : M. Laurent Prevost, haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, M. Thomas Degos, directeur de cabinet de la ministre des outre-mer, M. Stanislas Cazelles, conseiller du Président de la République, ainsi que M. Emmanuel Berthier, directeur général des outre-mer. HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE, « XIX<sup>e</sup> comité des signataires de l'Accord de Nouméa - relevé de conclusions », *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, le 10 octobre 2019, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/Politiques-publiques/Avenir-institutionnel-de-la-Nouvelle-Caledonie/Comite-des-signataires-de-l-accord-de-Noumea> (consulté le 07.11.2022).

<sup>3058</sup> MINISTERE DE L'INTERIEUR ET DES OUTRE-MER, « Nouvelle-Calédonie : réunion du Comité des signataires à Paris en septembre 2022 », *Site officiel du ministère de l'Intérieur et des Outre-mer*, 2022, en ligne ; <https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiques/nouvelle-caledonie-reunion-du-comite-des-signataires-a-paris-en-septembre> (consulté le 07.11.2022).

<sup>3059</sup> Gédéon RICHARD, « Report du référendum de projet : les clarifications et les réactions », *France Info*, le 14 septembre 2022, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/report-du-referendum-de-projet-les-loyalistes-attendent-des-clarifications-rapides-1320832.html> (consulté le 07.11.2022).

monde économique»<sup>3060</sup>. Sont donc ajoutés des membres du Conseil économique et social et de la Chambre de commerce et de l'industrie ainsi que des représentants d'associations des maires. Cette convention s'est réunie le 28 octobre 2022 afin de constituer les groupes de travail dont les conclusions sont nécessaires à « l'élaboration de l'avenir de la Nouvelle-Calédonie »<sup>3061</sup>. Une fois encore, certains groupes indépendantistes restaient absents.

**962.** Dans les sociétés plurielles, la professeure Carine David observe une tendance « à ce que les décisions soient prises par un petit groupe d'élites influentes », car la participation augmenterait le risque que chaque groupe recherche ses intérêts propres<sup>3062</sup>. Un processus transitionnel passant par le Comité des signataires paraît d'autant plus pertinent que le temps pour adopter un nouveau statut se réduit : les élections des membres des Assemblées de province, laquelle renouvelle la composition du Congrès sont fixées au mois de mai 2024. D'ici cette date, le parti de Calédonie ensemble ou le groupe politique des loyalistes souhaite qu'un consensus local soit trouvé et que la Constitution soit modifiée, sans quoi les élections provinciales pourraient être invalidées sur le fondement de la caducité du gel du corps électoral<sup>3063</sup>.

**963.** Pourtant, l'évolution des conceptions de la représentation, notamment liées aux exigences de représentativité, soulève de nouvelles questions quant au processus de négociation du futur statut calédonien. Pour une meilleure acceptation et une meilleure légitimité, il est important que celui-ci soit perçu comme le résultat d'une recherche de consensus entre tous les citoyens<sup>3064</sup>. Bien qu'il ne soit pas possible d'atteindre un consensus parfait, il paraît opportun « d'avoir un processus exhaustif qui implique autant de personnes que possible, afin d'assurer un large soutien au processus et à la constitution qui en résultera »<sup>3065</sup>. Un des objectifs actuels reste notamment l'intégration de plus de jeunes et de femmes au sein du processus transitionnel calédonien. Par conséquent, un projet négocié en comité restreint couronné d'un référendum binaire ne semble pas le meilleur

---

<sup>3060</sup> HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALÉDONIE, « Convention des partenaires. Relevé de conclusions, *Site officiel du Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, le 28 octobre 2022, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/content/download/10431/79314/file/28102022+Relev%C3%A9+de+conclusions+de+la+convention+des+partenaires.pdf> (consulté le 08.11.2022).

<sup>3061</sup> *Ibid.*

<sup>3062</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du “jour d'après” en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 377. Voir aussi, Jill COTTRELL et Yash GHAI, « Constitutional engineering and impact : the case of Fiji », dans Amir ARJOMAND (dir.) *Constitutionalism and political reconstruction*, Leiden, Brill, 2007, p. 159-192.

<sup>3063</sup> Gédéon RICHARD, « Report du référendum de projet : les clarifications et les réactions », *art. cit.*

<sup>3064</sup> Raphaël DECHAUX, « La légitimation des transitions constitutionnelles », dans Xavier PHILIPPE et Natasa DANELCIUC-COLODROVSKI (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 165-196, spé. p. 195.

<sup>3065</sup> Steven RATUVA, « L'éléphant et le Maharadjah : l'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition », *op. cit.*, p. 36.

procédé pour matérialiser l'inclusion de toute la population calédonienne ni le consensus. C'est pourquoi un troisième processus transitionnel peut encore être envisagé.

**964.** Le troisième processus renvoie à l'institution d'une assemblée constitutionnelle représentative pour l'élaboration et l'adoption d'un nouveau texte. Ces représentants peuvent être élus. Depuis la Révolution française, de nombreuses assemblées constituantes ont ainsi été élues pour l'adoption de nouvelles constitutions<sup>3066</sup>. Le choix de la seule élection de l'assemblée constitutionnelle au scrutin majoritaire rencontre pourtant certaines limites, car il tend à exclure les minorités :

Le vote à la majorité simple peut aussi mener à l'exclusion de groupes numériquement faibles, mais qui furent historiquement, économiquement et/ou politiquement importants. En d'autres termes, l'idéal de la majorité, sans doute acceptable dans un contexte constitutionnel normal, peut produire des résultats odieux pour l'une ou l'autre des forces constituantes et ainsi conduire à la rédaction d'une constitution certes majoritaire, mais peu inclusive<sup>3067</sup>.

C'est pourquoi le choix est souvent fait de combiner une représentation électorale avec des critères de représentativité préétablis<sup>3068</sup>.

**965.** À ce jour, pourtant, la transition en Nouvelle-Calédonie ne prévoit pas la constitution d'une assemblée élue ou autrement désignée, représentative du peuple français dans son ensemble ou de la population calédonienne. Seuls sont prévus un Comité des signataires, lequel ne bénéficie « d'aucune

---

<sup>3066</sup> Voir notamment, Damien GROS, *Naissance de la Troisième République*, Paris, PUF, 2014. Voir aussi, Arnaud LE PILLOUER, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005. Voir encore, Emanuel CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005. Par ailleurs, Raphaël Déchaux explique que « l'élection peut découler des règles de l'ancien régime. Une assemblée législative peut ainsi s'autoproclamer "constituante", comme ce fut le cas en France en 1789 ». Voir, Raphaël DECHAUX, « La légitimation des transitions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 169.

<sup>3067</sup> Frédéric MEGRET, « Les processus constituants transitionnels : essai de typologie et analyse critique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 30, 2014, p. 569-585, spé. p. 573.

<sup>3068</sup> Par exemple, en octobre 2020, le Chili vote à 78 % en faveur de l'adoption d'une nouvelle Constitution et intègre ces critères particuliers. La Convention constitutionnelle chilienne est élue au mois de mai 2021. Elle est composée paritairement de soixante-dix-huit hommes et soixante-dix-sept femmes et d'autant de personnalités civiles que de parlementaires en exercice. Dix-sept sièges sur cent cinquante-cinq, désignés au scrutin uninominal majoritaire à un tour, sont réservés aux communautés autochtones qui constituent 13 % de la population chilienne. Les cent trente-huit sièges restants sont élus au scrutin proportionnel plurinominal, sans seuil électoral, selon des listes paritaires dans vingt-huit circonscriptions électorales de trois à huit sièges en fonction de leur population. Le dépôt de candidatures indépendantes est également facilité. Pourtant, Le Chili et la France partageaient jusqu'alors une conception commune et sieyessienne de la souveraineté nationale : « on peut alors mesurer le changement radical qu'a pu constituer l'élection de cette Assemblée constituante au Chili ». Voir, Carolina CERDA-GUZMAN, « Une nouvelle Assemblée constituante est née : la "Convención constitucional" du Chili », *Jus Politicum Blog*, le 2 juin 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/06/02/une-nouvelle-assemblee-constituante-est-nee-la-convencion-constitucional-du-chili-par-carolina-cerda-guzman/> (consulté le 13.11.2022). Malgré cette représentativité censée renforcer la légitimité du processus transitionnel, la constitution élaborée est refusée par un vote de 62 % en septembre 2022 lors d'un référendum obligatoire ayant atteint 86 % de participation. Voir, Claire GLENISSON, « Une séquence constituante contrariée : le rejet du projet de Constitution proposé par la Convention constitutionnelle au Chili », *Jus Politicum Blog*, le 12 septembre 2022, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2022/09/12/une-sequence-constituante-contrariee-le-rejet-du-projet-de-constitution-propose-par-la-convention-constitutionnelle-au-chili-par-claire-glenisson/> (consulté le 13.11.2022).

légitimité populaire»<sup>3069</sup> et sur le même modèle, une Convention des partenaires. Pourtant, la doctrine insiste sur l'importance de l'inclusivité pour la stabilité de la transition :

Qu'elle soit due à une perte d'influence politique ou à une défaite électorale, l'exclusion d'un groupe du processus transitionnel aboutit selon les cas à un blocage de la prise de décision politique à court terme ou à la non-reconnaissance de l'ensemble du processus à plus long terme. À l'inverse, la participation de l'ensemble des acteurs est un facteur d'acceptation et de stabilité du processus<sup>3070</sup>.

Au-delà de la Nouvelle-Calédonie, cette nécessaire inclusivité est relevée en ce qui concerne l'évolution d'autres statuts, tel que celui de Wallis-et-Futuna : datant de 1961, il est parfois décrit comme inadapté aux relations actuelles entre l'État et les Insulaires. Lors du cinquantième anniversaire du statut de Wallis-et-Futuna, le président de l'Assemblée territoriale indique que si le statut venait à évoluer, il faudrait « réfléchir sur l'avenir statutaire avec l'ensemble des partenaires et notamment les chefferies »<sup>3071</sup>. À ce propos, un élu du Congrès de la Nouvelle-Calédonie ajoute « sans doute ces questions devront-elles faire l'objet d'une large information de la population, afin que celle-ci ne s' imagine pas qu'une plus large autonomie pourrait se traduire par un abandon de la France »<sup>3072</sup>. Il présente là les nécessités d'informer, de communiquer et d'inclure la population concernée au processus de transition.

**966.** Cette transition peut donc s'avérer l'occasion d'un processus plus participatif, lequel est évoqué par la doctrine. La professeure Carine David argumente en faveur d'une participation citoyenne en ces termes :

L'expérience du consensus dans la vie politique calédonienne permet de penser que les populations sont en capacité d'assumer un tel processus. L'expérience acquise par le biais des négociations statutaires successives depuis le début des années quatre-vingt, la pratique depuis 1999 de la prise de décision exécutive dans le cadre d'un gouvernement désigné à la représentation proportionnelle par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que les discussions annuelles dans le cadre du comité des signataires de l'accord de Nouméa pour régler les difficultés soulevées par la mise en œuvre de l'accord politique sont autant d'éléments rythmant la vie politique locale. Ils ont permis à la société calédonienne d'intégrer la nécessité continue de la pratique du consensus et d'acquérir une certaine maturité en la matière<sup>3073</sup>.

L'ensemble de ces éléments concourt à un contexte favorable pour la mise en œuvre d'une participation citoyenne dans le processus transitionnel calédonien. Dans la même veine, pour éviter le caractère manichéen du référendum, le professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien soutient que le

---

<sup>3069</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 377.

<sup>3070</sup> Claire PARJOUET, « La Constitution de transition, un instrument de construction de la démocratie », *RFDC*, vol. 127, n° 3, 2021, p. 123-145, spé. p. 128. Voir, Fabrice HOURQUEBIE, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transition ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2014*, Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, 2015, p. 587-602.

<sup>3071</sup> Silipéléto MULIAKAAGA, « Le 50<sup>e</sup> anniversaire du statut de Wallis et Futuna », *RJPENC*, n° 18, 2011, p. 141-142, spé. p. 141.

<sup>3072</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>3073</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 377.

nouveau projet calédonien « pourrait être préparé, mûri, par exemple au sein d'une conférence de citoyens. Ces procédés, également appelés "conférences de consensus", sont utilisés précisément afin de permettre l'émergence de consensus face à des situations où ceux-ci paraissent difficiles à atteindre »<sup>3074</sup>. Il se réfère à un modèle selon lequel des panels de citoyens et d'experts sont associés sous la direction d'un comité de pilotage, « rôle qui pourrait dans cette hypothèse être dévolu au comité des signataires »<sup>3075</sup>. Les modalités d'association du public sont multiples. Sur le modèle de la transition salomonaise qui s'est faite par des consultations régulières au niveau provincial, la professeure Carine David soulève encore l'idée d'avoir recours à un premier projet de texte comme base de discussion, « lequel sera modifié en fonction des objections formulées dans le cadre de la participation [...] seuls les points restant encore en discussion étant envisagés à chaque stade du processus »<sup>3076</sup>.

**967.** En de nombreux points, ce processus rejoint celui par lequel certaines des Constitutions autochtones du Canada sont adoptées. En effet, si ces constitutions découlent des accords d'autonomie gouvernementale, elles sont aussi le fruit de la participation citoyenne à l'élaboration du texte. Le guide rédactionnel anishinabee précise que « le processus d'élaboration d'une constitution [...] doit être inclusif, et tous les segments clefs de la communauté doivent participer à son élaboration »<sup>3077</sup>. Il ajoute :

Le processus d'élaboration d'une constitution peut être aussi important que son contenu. En élaborant une constitution, les communautés sont contraintes d'envisager et de prendre des décisions sur des questions difficiles et sensibles, telles que la citoyenneté autochtone et la gestion des terres. Tous les efforts doivent être faits pour créer un consensus entre tous les segments de la communauté. Une constitution illégitime aux yeux de ses citoyens peut être pire que de ne pas avoir de constitution du tout<sup>3078</sup>.

Par exemple, en 2000, la Première Nation Sagamok établit des « ateliers de citoyens » pour élaborer sa constitution, aussi appelée *Giigdamewin Bmadziwin*, ce qui signifie « le porte-parole respecté qui présente les principes de base de la bonne vie »<sup>3079</sup>. De même, les Gitanyow prennent plus de deux ans pour rédiger leur constitution en rapportant les traditions orales transmises par

---

<sup>3074</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Nouvelle-Calédonie : à la recherche du consensus perdu », *art. cit.*, p. 13.

<sup>3075</sup> *Ibid.*

<sup>3076</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 374.

<sup>3077</sup> INSTITUTE ON GOVERNANCE, *Building a community Constitution : a Handbook for Anishinabek First Nations*, Prepared by Institute on Governance in Collaboration with Sagamok Anishnawbek First Nation and Canadian Executive Services Organization, Aboriginal Services, 2001, p. 19.

<sup>3078</sup> *Ibid.*, p. 18. Source non traduite : « The process of building a constitution might be as important as its contents. Through developing a constitution, communities are forced to consider and make decisions on difficult and sensitive issues, such as membership and land management. Every effort must be made to create a consensus among all segments of the community. A constitution illegitimate in the eyes of its citizens may be worse than having no constitution at all ».

<sup>3079</sup> PREMIERE NATION SAGAMOK, « Governance », *Site officiel de la Première Nation Anishnawbek Sagamok*, 2022, en ligne : <https://sagamok.ca/programs-services/administration/governance/> (consulté le 11.11.2022). Source non traduite : « the respected spokesperson who presents the basic principles of the good life ».

les chefs<sup>3080</sup>. À ce titre, l'adoption d'une constitution légitime et stable favorise grandement la signature d'un accord d'autonomie gouvernementale<sup>3081</sup>. Dans la continuité d'une élaboration plus inclusive, les révisions de la Constitution ne sont souvent possibles qu'à l'initiative de la communauté autochtone elle-même. Par exemple, c'est le cas des Constitutions des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik<sup>3082</sup>, de la Première Nation de Carcross/Tagish<sup>3083</sup>, de la Première Nation de Kluane<sup>3084</sup>, de la Première Nation des Kwanlin Dün<sup>3085</sup>, du Conseil des Tlingits de Teslin<sup>3086</sup> ou encore, de la Première Nation de White River<sup>3087</sup>.

**968.** De même, à partir des années 2010, la Constitution de la Première Nation Miawpukek s'élabore selon plusieurs processus transitionnels. Le comité d'élaboration de la Constitution recherche d'abord des exemples d'autres constitutions : « nous n'avons pas eu à réinventer la roue. Nous prenons ce qui fonctionne pour nous et nous développerons le reste », affirment-ils<sup>3088</sup>. Il consacre ainsi plus de dix mille heures à l'élaboration d'un premier projet<sup>3089</sup>. L'élaboration se poursuit lors d'ateliers citoyens intégrant une représentativité femme/homme des membres de la communauté<sup>3090</sup>. Ensuite, dans l'objectif de rendre le processus encore plus transparent et inclusif, se tiennent des réunions communautaires, une session ouverte du conseil et des journées portes ouvertes<sup>3091</sup>. La constitution est finalement adoptée le 4 juin 2012.

**969.** *In fine*, il semble que la réussite de la transition réside dans la possible complémentarité des trois processus susmentionnés. En effet, qu'il s'agisse de la constitution d'une communauté autochtone du Canada ou du nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, ce texte fondamental pour une population doit intégrer certains critères dorénavant « standardisés » : il doit respecter des critères formels, tels que la hiérarchie des normes, et matériels, comme les droits humains<sup>3092</sup>. Par

---

<sup>3080</sup> Albert C. PEELING, « Traditional Governance and Constitution Making among the Gitanyow », Préparé pour le Centre de Gouvernance des Premières Nations, 2004, en ligne : [https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution\\_Making\\_Among\\_the\\_Gitanyow.pdf](https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution_Making_Among_the_Gitanyow.pdf) (consulté le 09.11.2022).

<sup>3081</sup> BRITISH COLUMBIA TREATY COMMISSION, *Guide to First Nations Ratification. Building our future*, Vancouver, British Columbia Treaty Commission, 2017, p. 11.

<sup>3082</sup> *Constitution des Premières Nations de Champagne et d'Aishihik*, 2022, part. 5, art. 72.

<sup>3083</sup> *Constitution de la Première Nation de Carcross/Tagish*, 2021 [1997], part. VI, art. 22. 2.

<sup>3084</sup> *Constitution de la Première Nation de Kluane*, 2018 [1995], art. 18. La Constitution prévoit notamment un mécanisme de révision tous les cinq ans. Un amendement peut être proposé par le Conseil ou par un citoyen. L'amendement prévoit aussi un quorum de trente votants, approuvant l'amendement à 75 %.

<sup>3085</sup> *Constitution de la Première Nation des Kwanlin Dün*, 2020, art. 63. L'initiative peut venir du Conseil ou d'une demande écrite de 25 % des votants de la communauté.

<sup>3086</sup> *Constitution du Conseil des Tlingits de Teslin*, 2020, art. 50.

<sup>3087</sup> *Constitution de la Première Nation de White River*, 1996, art. 5. 13 et art. 18.

<sup>3088</sup> Kelly CRAWFORD, « Miawpukek First Nation “didn't have to reinvent the constitution wheel” », *Anishinabek News*, le 24 octobre 2013, en ligne : <http://anishinabeknews.ca/2013/10/24/miawpukek-first-nation-didnt-have-to-reinvent-the-constitution-wheel/> (consulté le 11.11.2022).

<sup>3089</sup> *Ibid.*

<sup>3090</sup> *Ibid.*

<sup>3091</sup> CENTRE NATIONAL POUR LA GOUVERNANCE DES PREMIERES NATIONS, « Governance toolkit case study », *Centre national pour la Gouvernance des Premières Nations*, 2020, en ligne : [https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/MIS\\_Miawpukek.pdf](https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/MIS_Miawpukek.pdf) (consulté le 11.11.2022).

<sup>3092</sup> Voir, Chapitre 6.

conséquent, il peut être utile et efficace de s'inspirer de textes « prêt-à-porter » ou de « boîtes à outils constitutionnels ». Dans une certaine mesure, le premier processus est donc pertinent.

**970.** En outre, dans le cadre des sociétés plurielles, le texte fondamental pour une population doit tenir compte d'exigences politiques particulières. Ce texte peut résulter ou retranscrire les modalités d'un accord gouvernemental particulier comme c'est le cas pour les constitutions autochtones à la suite d'un accord d'autonomie gouvernementale ou pour l'Accord de Nouméa. Par conséquent, le deuxième processus faisant intervenir des experts et des autorités politiques a aussi toute sa place dans la phase transitionnelle.

**971.** Enfin, pour que le texte juridique bénéficie de toute sa légitimité et intègre toutes les complexités de la société plurielle, il est important que l'ensemble des composantes de cette société puisse s'exprimer lors de l'élaboration. Partant, il reste opportun de solliciter l'avis de la population et des assemblées consultatives compétentes, qu'elles soient issues du droit coutumier ou de la coutume. Dans ce cadre, la prise en compte de l'avis des institutions et d'une participation citoyenne légitime le contenu du projet final<sup>3093</sup>. Les processus de transition constitutionnelle ne sont donc pas nécessairement opposés : « une constitution est souvent le reflet du vécu historique d'un pays et de circonstances particulières ; elle est généralement le fruit d'une juxtaposition d'innovations conçues localement et de stratégies, de principes, de normes et d'idées qui ont été importés »<sup>3094</sup>. Par conséquent, les trois processus peuvent se combiner afin de réaliser une transition adaptée au contexte de la société plurielle<sup>3095</sup>. Cette nécessaire complémentarité se retrouve aussi lors du processus de ratification.

## PARAGRAPHE 2 – L'inclusivité du processus de ratification

**972.** Durant les transitions, différents processus et mécanismes juridiques peuvent toujours se combiner. Après l'élaboration du texte, demeure la problématique de la ratification du projet et de l'inclusion des citoyens concernés dans ce processus. Dans ce cadre, ni le droit canadien ni le droit français n'imposent de recueillir l'accord des populations avant l'entrée en vigueur de nouvelles normes statutaires les concernant.

---

<sup>3093</sup> Raphaël DECHAUX, « La légitimation des transitions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 187.

<sup>3094</sup> Steven RATUVA, « L'éléphant et le Maharadjah : l'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition », *op. cit.*, p. 31.

<sup>3095</sup> Magalie BESSE, « L'écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 4, n° 45, 2014, p. 113-133, spé. p. 115. Selon Magalie Besse, la comparaison des transitions constitutionnelles conduit « à affirmer la nécessité d'une transition constitutionnelle multilatérale, c'est-à-dire d'un processus tout au long duquel l'ensemble des acteurs de la transition prennent collectivement les principales décisions ».

**973.** Le droit canadien ne prévoit qu'une obligation de consultation : toute action du gouvernement ayant des conséquences sur le titre et les droits ancestraux doit faire l'objet de consultations, même si ces derniers ne sont pas encore établis, c'est-à-dire dès qu'il y a présomption de l'existence d'un droit ou d'un titre<sup>3096</sup>. Cette consultation implique que le gouvernement doit s'efforcer de trouver des accommodements aux intérêts des autochtones, selon un équilibre avec les autres intérêts en présence. Ainsi, selon la terminologie de la Cour suprême, l'accommodement désigne « la recherche d'un compromis dans le but d'harmoniser des intérêts opposés et de continuer dans la voie de la réconciliation. L'engagement à suivre le processus n'emporte pas l'obligation de se mettre d'accord »<sup>3097</sup>. En outre, l'obligation de consultation résulte de « l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l'exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l'autorité de ce peuple »<sup>3098</sup>.

**974.** En France, la possibilité de consulter les populations ultramarines se fonde initialement sur une interprétation extensive de l'alinéa 2 du préambule de la Constitution de 1958 par le Conseil constitutionnel. Ce dernier rappelle que « les autorités compétentes de la République sont, dans le cadre de la Constitution, habilitées à consulter les populations d'outre-mer intéressées notamment sur l'évolution statutaire de leur collectivité à l'intérieur de la République »<sup>3099</sup>. La consultation relève de la liberté de choix du législateur et n'oblige nullement ce dernier<sup>3100</sup> : il n'existe d'obligation ni de consulter les populations autochtones ni d'obtenir leur consentement.

**975.** En 2003, la loi constitutionnelle ajoute l'article 72-4 lequel précise qu'« aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités [...] de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli ». Dès lors, le recueil du consentement des populations d'outre-mer devient nécessaire pour faire évoluer le régime du territoire à un statut d'identité ou de spécialité législative. Pourtant, cette disposition constitutionnelle ne concerne pas la Nouvelle-Calédonie, collectivité *sui generis* dont le régime particulier est inscrit au titre XIII. Sur le plan strictement juridique, il apparaît donc que rien n'oblige le législateur à consulter la population calédonienne ou les Kanak lors de l'adoption d'un nouveau statut. D'ailleurs, selon le professeur

---

<sup>3096</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550. Décisions complétées l'année suivante par, *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

<sup>3097</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, p. 535.

<sup>3098</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, p. 528, para. 32.

<sup>3099</sup> CC, Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, J.O.R.F. du 14 décembre 2000, p. 19830, cons. 43. Voir aussi, CC, Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, J.O.R.F. du 10 mai 2000, p. 6976, cons. 6 et 16.

<sup>3100</sup> CC, Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, préc.*, cons. 17 : « considérant toutefois qu'il appartiendra aux autorités compétentes, en particulier au pouvoir réglementaire, de prévoir toutes dispositions utiles afin de rappeler à la population de Mayotte la portée purement consultative de son vote »



Éric Descheemaeker, s'il «venait à s'installer l'idée selon laquelle les décisions institutionnelles relatives à la Nouvelle-Calédonie appartiendraient par nature aux “Calédoniens”, [...] alors naîtrait une forme de norme constitutionnelle non-écrite selon laquelle certains territoires disposeraient ainsi d'eux-mêmes. De tels territoires seraient alors *de facto* “pleinement souverains” : or, c'est précisément ce que les électeurs calédoniens ont refusé d'être »<sup>3101</sup>.

**976.** Pourtant, même si rien ne l'oblige, une ratification inclusive paraît indispensable par rapport aux objectifs politiques de «réconciliation» et de destin commun, d'une part, et aux engagements onusiens, d'autre part. Le professeur Michel Verpeaux relève ainsi que «c'est surtout outre-mer que l'exigence de consentement des électeurs locaux en vue d'un éventuel changement statutaire est devenue une véritable obligation constitutionnelle »<sup>3102</sup>. En effet, les populations autochtones ne sont pas des citoyens comme les autres en ce qu'ils bénéficient d'un droit à l'autodétermination au regard du droit international<sup>3103</sup>. La modification définitive du statut qui leur est applicable sans leur accord s'avère politiquement discutable et entraînerait, sans doute, de nombreuses contestations. C'est pourquoi, en application des engagements internationaux, la Cour suprême du Canada impose une obligation de consultation et la Commission nationale consultative des droits de l'homme recommande pour la France «une gouvernance inclusive de toute autorité publique, institution ou organisme ayant des incidences directes ou indirectes sur les modes de vies des peuples autochtones »<sup>3104</sup>.

**977.** Dans ce cadre, l'inclusivité du processus de ratification se traduit souvent par le consentement au statut des populations auquel il s'applique. À ce titre, la passation d'un accord gouvernemental se révèle être une procédure adaptée, car elle inclut nécessairement les ratifications des deux, voire des trois, parties. En général, l'accord est d'abord approuvé par les négociateurs, puis par les membres de la communauté autochtone et par les autorités étatiques<sup>3105</sup>. Par exemple, la ratification de l'Accord niska'a par la Nation Niska'a est prévu selon deux processus : la réunion d'une assemblée pour décider si le référendum est l'outil de ratification le plus adapté et, la réponse étant positive, la ratification du texte par un référendum à la majorité simple<sup>3106</sup>. Parallèlement, la

---

<sup>3101</sup> Éric DESCHEEMAEKER, «Nouvelle-Calédonie : qui décide maintenant ?», *Jus Politicum Blog*, 2023, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2023/01/05/nouvelle-caledonie-qui-decide-maintenant-par-eric-descheemaeker/> (consulté le 08.01.2023).

<sup>3102</sup> Michel VERPEAUX, « La décentralisation et la démocratie locale », *art. cit.*, p. 62.

<sup>3103</sup> Voir, Chapitre 3, Section 1. Voir DNUDPA, art. 18.

<sup>3104</sup> COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane, *préc.*, p. 26, recommandation 15.

<sup>3105</sup> Thierry RODON, *Les apories des politiques autochtones au Canada, op. cit.*, p. 156.

<sup>3106</sup> *Accord définitif niska'a*, chapitre 22, art. 2. Dans la continuité de ce processus, la Constitution niska'a est ratifiée par une consultation ouverte aux citoyens niska'a fixant le seuil d'approbation à 70 %. Voir, *l'Accord définitif niska'a*, chapitre 11, art. 11 pour les révisions de la Constitution et chapitre 12, art. 12, pour l'adoption première de la Constitution.

ratification de ce même accord par le Canada et la Colombie-Britannique requiert les signatures des ministres de la Couronne désignés et l'édiction de la législation nécessaire à la mise en vigueur de l'acte<sup>3107</sup>. De même, les Accords de Matignon-Oudinot sont ratifiés par la procédure du référendum législatif national de l'article 11 de la Constitution et l'Accord de Nouméa, par un référendum local, entraînant ensuite l'adoption de lois d'application par le Parlement. L'argument de continuité voudrait que le statut calédonien à venir soit ratifié par le même procédé référendaire, national ou local, et c'est d'ailleurs ce qui semble prévu avec la proposition d'un «référendum de projet» annoncé par le ministre des Outre-mer en 2021<sup>3108</sup>.

**978.** Pourtant, il reste encore la question de savoir si le référendum est l'outil le plus pertinent pour la ratification d'un nouveau statut autochtone. En effet, certains auteurs dénoncent l'inadaptation du processus référendaire pour les sociétés plurielles. Le professeur Jean-Yves Faberon décrit les référendums d'indépendance prévus par l'Accord de Nouméa comme «l'engloutissement du génie pluraliste de ce texte [...] dans un affrontement de tous les dangers, partisans contre partisans, bataillons contre bataillons, drapeau contre drapeau, slogans contre slogans, reniement de la parole de paix et du partage fraternel»<sup>3109</sup>. En effet, ajoute-t-il, l'Accord de Nouméa «en arrive à l'organisation de belligérants en deux camps dont on passe maintenant des années à mesurer et à remesurer le poids respectif. Et cela est d'autant plus consternant que ces opérations redisent que le poids des deux forces est comparable»<sup>3110</sup>. Dans la même veine, Félicien Lemaire soulève que l'«on peut se demander si la consultation n'apparaît pas comme une prémisse dangereuse à une nouvelle cristallisation des oppositions. Parce qu'elle repose sur une réponse simplement positive ou négative, il ne faudrait pas que la consultation relance la problématique antérieure aux Accords de Matignon d'une logique de "référendum couperet" opposant les vainqueurs aux vaincus»<sup>3111</sup>. Bien que ces objections ne portent pas sur la ratification d'un texte, mais sur un projet d'indépendance, cela concerne finalement la validation ou non par la population consultée du processus transitionnel. Si un nouveau projet doit être adopté, celui-ci «suppose la recherche d'une médiation préalable à toute forme de proposition institutionnelle afin que ce qui sera finalement écrit soit accepté par un consensus et non par la simple répétition de scrutins dont les résultats arithmétiques renforcent les antagonismes et dissolvent les consensus au lieu de les

---

<sup>3107</sup> *Accord définitif niska'a*, chapitre 22, art. 10 et 11.

<sup>3108</sup> Sébastien LECORNU, « Déclaration sur l'avenir de la Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*

<sup>3109</sup> Jean-Yves FABERON, « Aboutissement de l'Accord de Nouméa : consécration du partage ou des clivages ? », *art. cit.*, p. 8.

<sup>3110</sup> *Ibid.*

<sup>3111</sup> Félicien LEMAIRE, « Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 133.

construire»<sup>3112</sup>. Les auteurs relèvent ainsi toutes les limites que l'on peut formuler à l'égard de l'outil référendaire, nécessairement manichéen.

**979.** Dans le prolongement de ces remarques, la théorie consociativiste propose « d'exclure ou de limiter à des cas exceptionnels le recours aux référendums, ceux-ci étant susceptibles d'exacerber les tensions entre les groupes »<sup>3113</sup>. En effet, selon Arend Lijphart, le référendum « constitue la méthode de prise de décision la plus majoritaire qui soit », laquelle ne permet pas l'exercice du consensus, mais renforce plutôt les clivages<sup>3114</sup>. Dans un État historiquement divisé, « la tenue de consultations populaires représente généralement un exercice périlleux, surtout pour les groupes minoritaires et la pérennité de leurs droits »<sup>3115</sup>. Toutefois, le référendum peut « se révéler utile pour légitimer et sceller le pacte fondateur unissant l'ensemble des citoyens et des groupes démotiques d'une société fragmentée »<sup>3116</sup>. En ce sens, le modèle suisse est régulièrement cité pour illustrer la compatibilité entre démocratie consociative et mécanismes de démocratie directe<sup>3117</sup>.

**980.** Il semble finalement que la ratification du projet final, surtout s'il est négocié entre responsables politiques, peut aujourd'hui difficilement se passer de la validation populaire. En effet, il n'existe pas d'autres outils permettant de recueillir le consentement de la majorité de la population concernée et conférant une telle légitimité démocratique au projet définitif. C'est pourquoi le professeur Ferdinand Mélin-Soucramani soutient que le texte final du projet néocalédonien, « devrait nécessairement à son tour être approuvé par référendum »<sup>3118</sup>. La date de celui-ci semble être repoussée à la fin du quinquennat, mais devra tout de même intervenir avant les élections provinciales prévues en 2024, au risque qu'il y ait de nombreux recours quant aux inscriptions sur les listes électorales spéciales<sup>3119</sup>.

**981.** Si le processus référendaire paraît inévitable, il reste encore une dernière interrogation : qui participe à la ratification du projet final ? Dans la plupart des cas, les accords gouvernementaux sont ratifiés à la fois par les populations autochtones concernées et les gouvernements. Ils sont ensuite

---

<sup>3112</sup> Dominique ROUSSEAU, « Nouvelle-Calédonie : les racines de notre futur », *art. cit.*

<sup>3113</sup> Dave GUENETTE, « Les processus constitutifs belge et canadien à l'épreuve du consociationalisme et du fédéralisme – Avantages et dysfonctionnements », *Revue Juridique Thémis*, vol. 50, n° 2, 2017, p. 453-496, spé. 464.

<sup>3114</sup> Arend LIJPHART, « La négociation dans les démocraties majoritaires et de consensus », *Négociations*, n° 21, 2014, p. 13-19, spé. p. 16.

<sup>3115</sup> Dave GUENETTE, « Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées. L'expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences », dans Amélie BINETTE et Patrick TAILLON (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 181-203, spé. p. 182.

<sup>3116</sup> Dave GUENETTE, « Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées. L'expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences », *op. cit.*, p. 182.

<sup>3117</sup> Thomas FLEINER, « La Belgique : un fédéralisme créatif », *Jura Falconis*, n° 1, 1995, p. 32-46, spé. p. 45.

<sup>3118</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Nouvelle-Calédonie : à la recherche du consensus perdu », *art. cit.*, p. 13.

<sup>3119</sup> Marie BOSCHER, « "Il n'est pas question de réorganiser un référendum dans le quinquennat" en Nouvelle-Calédonie, réaffirme Gérald Darmanin », *France Info*, 2022, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/il-n-est-pas-question-de-reorganiser-un-referendum-dans-le-quinquennat-en-nouvelle-caledonie-reaffirme-gerald-darmanin-1348908.html> (consulté le 08.01.2023).

nécessairement « acceptés » par les parlements nationaux puisqu'ils adoptent la législation permettant leur mise en vigueur. D'autres alternatives sont pourtant proposées, notamment pour la ratification du statut calédonien. Celui-ci pourrait être ratifié par référendum national :

Pas plus, donc, que la Bourgogne ne devrait être laissée aux Bourguignons – ou, qui en douterait, Paris aux Parisiens – la Nouvelle-Calédonie ne devrait-elle être laissée aux Calédoniens. Quelle que soit l'évolution du statut de l'île, c'est à l'ensemble de la collectivité nationale, juridiquement aussi bien que politiquement, d'en décider.<sup>3120</sup>

En effet, si les Calédoniens doivent se faire entendre lors de la rédaction du statut, « cela ne veut pas dire que les “partenaires politiques” locaux soient les mieux à même de décider de ce qui est bon pour la France dans son ensemble »<sup>3121</sup>. Par cette objection, ce sont encore la représentation nationale et la représentation des autochtones qui s'opposent : faudrait-il que le statut calédonien soit ratifié par la Nation parce que les Calédoniens sont français ? Au contraire, ce statut devrait-il être adopté par les Calédoniens, principale population à laquelle il sera appliqué, ou encore par les Kanak, car, selon le droit international, ils constituent le peuple qui dispose du droit à l'autodétermination ? Chacune des alternatives peut paraître cohérente et justifiée en droit positif.

**982.** À ce jour, la solution retenue par le gouvernement se dirige plutôt vers un référendum local où les Calédoniens pourraient approuver ou non le nouveau statut. Dans ce cadre, puisque le texte concerne l'avenir de l'ensemble des Calédoniens, y compris « ceux de passage », le gel du corps électoral semble pouvoir être remis en question et dépendra du résultat des négociations. En l'espèce, le professeur Mélin-Soucramanié estime tout de même qu'il « paraît peu probable que le Gouvernement désigne un corps électoral de droit commun pour voter sur le projet proposé »<sup>3122</sup>.

**983.** Cependant, la mise en œuvre d'un tel référendum manque de fondement juridique solide. En effet, ce référendum ne constituerait pas un scrutin d'autodétermination, donc il ne serait pas fondé sur l'article 53 de la Constitution<sup>3123</sup>. De même, les articles 72, 73 ou 74 de la Constitution, qui permettent la consultation des collectivités territoriales et des collectivités d'outre-mer, ne peuvent servir de normes de référence pour la Nouvelle-Calédonie, collectivité *sui generis* qui échappe à ces dispositions constitutionnelles. Les sénateurs, auteurs du rapport sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, insistent donc sur la nécessité « d'introduire une disposition constitutionnelle spécifique pour l'organisation de cette consultation »<sup>3124</sup>. Une telle révision de la constitution semble

---

<sup>3120</sup> Eric DESCHEEMAER, « Nouvelle-Calédonie : qui décide maintenant ? », *art. cit.*

<sup>3121</sup> *Ibid.*

<sup>3122</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIÉ, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>3123</sup> François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>3124</sup> *Ibid.*, p. 51.

toutefois superflue puisque, à l'instar de la décision de 2000 *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, le Conseil constitutionnel interprète l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution comme un fondement suffisant pour « consulter les populations d'outre-mer intéressées, non seulement sur leur volonté de se maintenir au sein de la République française ou d'accéder à l'indépendance, mais également sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale à l'intérieur de la République »<sup>3125</sup>.

**984.** Enfin, si la mise en œuvre du référendum local n'est pas encore bien précisée, elle peut encore être aménagée pour amoindrir certains des effets négatifs de cet outil. D'ailleurs, cela a déjà été envisagé auparavant : pour éviter tout « référendum couperet », il a été procédé à trois consultations successives relatives à l'indépendance. De même, sur le modèle de la Constitution nigra'a, il est toujours possible d'élever le seuil d'approbation référendaire au-dessus de 50 % des votes ou d'instaurer un *quorum*, pour s'assurer d'une large adhésion et de l'assentiment des minorités autochtones<sup>3126</sup>. Enfin, dans la continuité de ces propositions, il est encore possible d'instaurer un référendum préférentiel ou alternatif, selon lequel les réponses ne seraient pas nécessairement binaires. Dominique Bussereau, par exemple, évoque « une consultation en forme de proposition » afin « d'inventer un droit pour la Nouvelle-Calédonie qui la libère davantage qu'elle ne l'enferme » et de se libérer « de ce référendum-couperet [qui] a emprisonné la Nouvelle-Calédonie dans des postures politiciennes »<sup>3127</sup>.

**985.** C'est de nouveau par la complémentarité et l'équilibre des processus de ratification que la réconciliation des systèmes de représentation étatiques et autochtones semble gagner en cohérence et être vectrice de davantage de stabilité. Il reste que ces processus transitionnels s'inscrivent nécessairement dans un temps long. Au Canada, les autonomies gouvernementales mettent ainsi plusieurs dizaines d'années à être négociées, quand elles aboutissent. De même, la professeure Carine David confirme que « les processus transitionnels mélanésiens s'échelonnent sur des périodes relativement longues »<sup>3128</sup>. En effet, pour réconcilier les systèmes représentatifs en présence, « la décision doit recueillir l'assentiment du plus grand nombre, même si atteindre le

---

<sup>3125</sup> CC, Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte, préc.*, cons. 6.

<sup>3126</sup> Sur ce sujet, Voir, Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Patrick TAILLON et Massimo LUCIANI, « La clarté de l'expression référendaire », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 32-2016, 2017, p. 631-662, spé. p. 635-636.

<sup>3127</sup> Dominique BUSSERAU, « De l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie à son avenir institutionnel : il faut refonder la communauté de destin », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 209-224, spé. p. 220. À ce titre, en Nouvelle-Zélande, une consultation en forme de proposition a été utilisée pour permettre à la population de choisir le drapeau national. Le premier référendum permettait à la population de choisir un drapeau parmi cinq propositions. Le second référendum permettait de choisir entre ce nouveau drapeau ou l'ancien. Finalement, les Néo-Zélandais ont conservé leur ancien drapeau. Voir, Pierre ASTIE, Dominique BREILLAT et Céline LAGEOT, « Repères étrangers. (1er janvier-31 mars 2016) », *Pouvoirs*, vol. 158, n° 3, 2016, p. 153-169, spé. p. 166.

<sup>3128</sup> Carine DAVID, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du “jour d'après” en Nouvelle-Calédonie », *art. cit.*, p. 381.

consensus signifie prendre le temps»<sup>3129</sup>. Si cette durée peut être déplorée, c'est aussi l'occasion, au sein d'une société plurielle, d'apaiser les conflits, de construire un pacte social stable et inclusif et de réinvestir par la même les processus coutumiers pertinents. Autrement dit, c'est là toute l'occasion d'élaborer une « réconciliation » durable et de construire un « destin commun » sur le long terme.

---

<sup>3129</sup> *Ibid.*, p. 381.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 8

**986.** La « réconciliation » et le « destin commun » des systèmes étatiques et autochtones sont les objectifs politiques affichés par le Canada et par la France. Ces deux finalités impliquent des relations renouvelées avec les autochtones, plus harmonieuses et plus respectueuses des conceptions juridiques de chacun. Inversement, la prééminence d'une seule conception de la représentation politique au détriment des autres, qu'elle soit volitive, électorale, miroir ou même coutumière, ne concourt qu'à renforcer les déséquilibres, pouvant amener au constat d'une certaine « crise » de la représentation. Dès lors, pour être atteints, les objectifs de réconciliation et de destin commun ne doivent pas faire l'économie d'une réflexion plus globale sur la recherche d'un équilibre des conceptions de la représentation politique. Les conceptions volitive, électorale, miroir et coutumière de la représentation coexistent au sein des ordres étatiques canadien et français et, malgré leur concurrence, elles peuvent aussi trouver à se compléter afin que les qualités de l'une pallient les lacunes de l'autre. Par la recherche d'un équilibre entre différentes conceptions, la compréhension de la représentation politique dans son ensemble pourrait être renouvelée et les systèmes de représentation en seraient enrichis.

**987.** En outre, la réconciliation et le destin commun se réalisent par la complémentarité des processus transitionnels à l'œuvre. En effet, les transitions suivent les voies de modèles transitionnels expérimentés, en adoptant un certain mimétisme constitutionnel, en instaurant des négociations entre les autorités politiques ou en élisant une assemblée représentative constituante. Ces procédés, loin de s'opposer, peuvent se compléter et s'équilibrer afin de conduire à l'élaboration de nouveaux statuts juridiques adaptés, prenant en compte la participation de la représentation coutumière. Les alternatives quant à l'avenir institutionnel des systèmes coutumiers ne sont pas figées : l'ambition politique consiste à permettre le dialogue nécessaire à la mise en œuvre de la réconciliation ou du destin commun. Par conséquent, une procédure de ratification inclusive, par la formulation d'un consentement au texte par ceux à qui il s'applique, paraît favorable à la réussite et à la stabilité de la transition. Ce serait là un cadre juridique idéal, donnant toute sa place aux populations autochtones concernées, pour le futur de la coexistence des systèmes étatiques et coutumiers de représentation.

## CONCLUSION DU TITRE 4

---

**988.** De nombreuses évolutions sont possibles pour les normes applicables aux systèmes de représentation. Pour les systèmes de droit coutumier d'abord, les alternatives sont nombreuses. Les autochtones se dirigent possiblement vers l'effacement de la représentation coutumière des ordres étatiques canadiens et français, volontairement ou non, par l'assimilation ou par la sécession au profit d'un nouvel ordre juridique. À l'inverse, il est encore possible d'œuvrer à une reconnaissance renforcée des spécificités de leurs systèmes représentatifs coutumiers. Mises en lumière par la doctrine et illustrées par des exemples de droit constitutionnel comparé, diverses modalités constitutionnelles de reconnaissance s'offrent à eux. Elles se fondent sur le fédéralisme asymétrique, par traité, multinational, personnel, ou le consociativisme. Ces grilles de lecture proposent des mécanismes de résolutions des conflits et constituent un élargissement du champ des possibles, dans l'objectif, toujours, d'une meilleure coexistence des systèmes de représentation politique. Il s'agit, d'une part, d'approfondir l'autonomie des institutions de représentation coutumière, et, d'autre part, d'envisager le renouvellement des institutions représentatives partagées avec les autochtones, pour mieux intégrer leur participation.

**989.** Ensuite, les réflexions sur la coexistence des systèmes ne font pas l'impasse sur des conclusions plus générales, profitables aux systèmes représentatifs coutumiers comme aux systèmes étatiques. Loin de toujours s'opposer, par la recherche d'une coexistence harmonieuse, les conceptions de la représentation politique peuvent se combiner et se compléter en vue d'assurer un certain équilibre au sein de l'ordre juridique et de la représentation politique dans son ensemble. Cet équilibre, sans cesse interrogé, négocié et renégocié par les autorités qui concourent à le construire, ne peut être atteint que par des processus transitionnels adaptés, susceptibles d'accorder une place importante aux institutions coutumières et aux autochtones. Ainsi seulement, pourront pleinement se réaliser les objectifs d'une réconciliation et d'un destin commun durables.



## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

---

**990.** Au XXI<sup>e</sup> siècle, après plus de cinq cents ans de relations plus ou moins conflictuelles, les ordres juridiques d'origine européenne et les systèmes autochtones sont désormais inexorablement liés. À la suite de revendications, et par volonté politique, cette interdépendance est devenue plus harmonieuse, grâce à d'importantes conciliations, tant horizontales que verticales, entre les systèmes de représentation étatiques et autochtones. Plus précisément, les États canadiens et français ont aménagé leur corpus normatif afin de reconnaître et d'intégrer les systèmes coutumiers de représentation. Ces aménagements leur confèrent une certaine autonomie et, de façon plus marginale, leur garantissent une participation particulière dans la représentation au sein de l'État, par la création d'un corps électoral restreint ou par le biais d'institutions consultatives ou encore, au même titre que d'autres citoyens, *via* leurs droits politiques. Ces adaptations restent tributaires d'une conformité des spécificités de la représentation coutumière à des normes de droit positif supérieures, selon des critères tant formels - comme la codification et le respect de la hiérarchie des normes - que matériels, tels que la considération des droits politiques et humains.

**991.** La conciliation actuelle des systèmes de représentation apparaît donc comme un élément positif : en conformité avec les objectifs de réconciliation et de destin commun, les différentes conceptions de la représentation politique peuvent se conjuguer ensemble, selon l'équilibre aujourd'hui trouvé, entre l'interdépendance et l'autonomie des institutions. Toutefois, au Canada comme en France, de tels équilibres se mesurent régulièrement aux évolutions du contexte qui leur ont permis de se constituer. Aujourd'hui, de nouvelles alternatives juridiques semblent plausibles. En effet, les systèmes coutumiers de représentation courent le risque de leur assimilation au sein de l'ordre étatique et de la disparition de leurs spécificités. De même, en France surtout, la représentation coutumière pourrait disparaître du territoire où elle reste le mieux reconnue si la Nouvelle-Calédonie venait à prononcer son indépendance. Ces éventualités ne sont aucunement des fatalités, puisque les ordres juridiques canadiens et français peuvent encore reconnaître et protéger davantage la représentation des autochtones. Dans ce but, compatible avec les objectifs politiques communément affichés, les théories du fédéralisme multinational, personnel, asymétrique et du consociativisme fournissent de nouvelles idées, principalement pour mieux intégrer les autochtones au sein d'institutions étatiques de représentation partagées. De cette façon, en cultivant les ressemblances et en s'enrichissant des dissemblances, les différentes conceptions de la représentation œuvrent à la préservation d'une coexistence équilibrée.



## CONCLUSION GENERALE

---

**992.** Cette thèse propose une définition contemporaine de la représentation coutumière dans l'objectif d'analyser les modalités de sa coexistence avec d'autres modèles de représentation politique. Irréductible aux conceptions volitive et électorale, la représentation coutumière se caractérise par une multitude de mécanismes résultant des coexistences de l'histoire. Initialement, elle se traduisait par la désignation non électorale de ses représentants, lesquels adoptaient leurs décisions de façon consensuelle. Pourtant, en contact avec les systèmes étatiques de représentation, la représentation coutumière a pu évoluer, intégrant tantôt l'élection comme mode de désignation, tantôt la procédure majoritaire comme mode de décision. En conséquence, la représentation coutumière est cette représentation, fondée sur des sources coutumières ou de droit coutumier, selon laquelle ceux qui *tiennent lieu* ou *veulent pour* les autochtones expriment une volonté qui est présumée être la leur et exercent le pouvoir normatif en leur nom.

**993.** En s'appuyant sur le plurijuridisme - nécessaire à la compréhension des coutumes non reconnues par l'État - et en utilisant une méthode à la fois historique et comparative, les contours de la représentation coutumière se sont progressivement révélés à la lumière de différents contextes.

**994.** L'analyse historique démontre toutes les tensions qui persistent entre l'ordre juridique étatique et les systèmes représentatifs coutumiers. En effet, avant les premiers contacts avec les Européens, une représentation politique existe déjà au sein des populations autochtones concernées et celles-ci emploient peu le mécanisme électoral. Connus des autorités coloniales, ces systèmes coutumiers de représentation sont d'ailleurs utilisés pour faciliter l'implantation de nouveaux régimes juridiques et pour légitimer la souveraineté des États en construction. Dès lors que le nouvel État est mieux implanté, il affirme sa souveraineté en prenant le contrôle des institutions représentatives autochtones. Les autorités étatiques s'associent aux chefs ou, plutôt, destituent les chefs coutumiers récalcitrants et modifient les processus consensuels au bénéfice de procédures majoritaires. Progressivement, les systèmes représentatifs coutumiers sont assimilés à l'ordre positif. Pourtant, ils sont assimilés sans y être pleinement intégrés : les autochtones appartiennent à l'État, mais n'en sont pas citoyens et ne bénéficient pas de droits politiques. Dans ce cadre, l'analyse de la période coloniale explique bon nombre des conflits persistants

aujourd'hui, que seuls le dialogue, le respect et le temps permettront sûrement de résoudre : « le facteur temps est un élément déterminant »<sup>3130</sup>. La fin de la colonisation ouvre la voie à d'importants mouvements revendicatifs, réinvestissant les coutumes, portés par les autochtones tant aux niveaux international que nationaux. En réponse à ces revendications politiques, la représentation coutumière est alors reconnue au sein du droit positif, comme l'ont été la représentation volitive au XVIII<sup>e</sup> siècle, le mécanisme électoral au XIX<sup>e</sup> siècle et l'intégration récente d'une certaine représentativité politique. Ainsi, la représentation coutumière subsiste, partiellement reconnue et intégrée au sein de l'ordre juridique étatique. L'analyse historique ne fait pas l'impasse sur une certaine réflexion pour l'avenir et, dans cet objectif, l'analyse préalable des conflits entre les systèmes de représentation restait nécessaire à la compréhension des adaptations déjà entreprises et de celles à venir. À cet égard, il semble que « les adaptations sans désordre nécessitent de l'ordre dans les esprits et de la tolérance dans les discours »<sup>3131</sup>. Par conséquent, à l'avenir, l'État comme les systèmes représentatifs coutumiers pourront œuvrer à l'intelligibilité de leurs normes, de leurs conceptions et de leurs relations mutuelles. Partant, le futur pourra être celui du dialogue, de la reconnaissance, voire d'une nécessaire réparation. Dans ce contexte politique parfois difficile, la comparaison prend également tout son sens en vue de comprendre les enjeux et les solutions proposées.

**995.** Conjointement à l'analyse historique, la comparaison révèle des tensions similaires entre la pluralité des normes applicables aux systèmes autochtones de représentation. En effet, au Canada comme en France, les sources de la représentation coutumière sont multiples. En droit coutumier, elles se définissent par les normes, d'origine coutumière ou étatique, mais reconnues par l'État et qui se rapportent toujours à l'expression de la volonté des communautés autochtones. Parallèlement, leurs origines coutumières se trouvent dans l'ensemble des sources autochtones – sacrée, naturelle, délibérative ou collective, coutumière ou spontanée – qui subsistent et évoluent depuis la période précoloniale. Ces dernières, en mettant parfois à l'épreuve l'effectivité du droit positif, s'avèrent capables d'ébranler la stabilité de l'ordre étatique. Pour éviter cela, des adaptations sont aménagées selon des processus semblables au Canada et en France : des accords gouvernementaux d'autonomie sont négociés, des lois reconnaissant la normativité des coutumes sont adoptées, des droits sont constitutionnellement garantis pour les autochtones ou pour les citoyens de statut coutumier.

---

<sup>3130</sup> Damien VANDERMEERSCH, « Réparer pour que “justice soit faite” ou plutôt “que justice soit faite” pour réparer ? », dans Xavier PHILIPPE (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 49-59, spéc. p. 51.

<sup>3131</sup> Christian BLANC, « Rapport à M. le Premier ministre », dans Christian BLANC, *La force des racine Kanak en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2021, p. 409-415, spéc. p. 415.

**996.** Au Canada et en France, les éléments communs de la représentation politique s'organisent au sein d'institutions représentatives partagées avec les non-autochtones tels que les parlements nationaux, le Congrès de Nouvelle-Calédonie, l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna ou les conseils municipaux de Guyane. À travers ces institutions, les populations autochtones se sont appropriées le mécanisme électoral pour la désignation de leurs représentants et le principe du vote majoritaire pour leurs délibérations. Parallèlement à cette acculturation, les spécificités de la représentation coutumière perdurent au sein d'institutions représentatives autochtones plus ou moins autonomes. Il en est ainsi des conseils des Premières Nations issus des accords d'autonomie gouvernementale, des conseils coutumiers, des assemblées autochtones, du régime coutumier des rois de Wallis et Futuna ou encore des institutions consultatives comme le Sénat coutumier calédonien, le Grand conseil coutumier de Guyane, l'Assemblée des Premières Nations du Canada et l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador qui sont autant d'institutions perméables au droit coutumier, où s'organise la représentation des intérêts autochtone et où peut s'observer la représentation coutumière. En leur sein, l'élection peut laisser la place à des mécanismes de désignation coutumiers et le vote majoritaire peut s'effacer devant des procédures de décision consensuelle. Dans les deux ordres étatiques, ces spécificités coutumières restent encadrées par des conditions formelles et matérielles jugées nécessaires à la cohérence du droit positif. Ainsi institutionnalisée, une représentation politique différente peut exister au sein des ordres juridiques canadien et français. Dès lors, loin d'ébranler sa souveraineté, la contribution de l'État envers une meilleure coexistence des systèmes de représentation peut conduire à renforcer son unité et à lui conférer une nouvelle légitimité.

**997.** Si les trois hypothèses de départ semblent confirmées, il demeure encore la question des évolutions juridiques à venir. Comment poursuivre ce dialogue entre différentes traditions juridiques ? Comment perpétuer une coexistence harmonieuse entre les divers systèmes de représentation politique ? Quelles voies emprunter sur les chemins de la réconciliation et du destin commun ? En se fondant sur les expériences des populations autochtones à travers le monde, plusieurs évolutions sont envisagées à la fois par la doctrine et les autorités politiques. À ce titre, les voies de l'autonomie renforcée des systèmes autochtones, du développement des relations fondées sur le modèle fédéral, de la reconnaissance approfondie des spécificités de la représentation coutumière ou encore de l'indépendance-association sont préférées à celles de l'assimilation, de la sécession, du *statu quo* ou de la relégation des coutumes dans le silence du droit positif. Il reste que les alternatives sont innombrables et pourraient bien se décliner différemment pour chacune des populations autochtones, selon leur propre décision : c'est le sens du droit à l'autodétermination.

**998.** Le droit à l'autodétermination reconnaît la capacité d'une communauté à se définir elle-même : « au sens propre, l'autodétermination est une force animant des efforts de réconciliation »<sup>3132</sup>. Pourtant, les réponses quant à l'autodétermination ne revêtent pas le caractère de l'évidence. À ce sujet, parallèlement aux interrogations propres à la représentation politique, de tout autres défis se profilent, liés à la préservation des territoires, à la reconstruction des cultures et à la définition des identités : « cet exercice ne s'effectue cependant pas en vase clos et la définition d'une identité culturelle et politique est établie aussi bien par et pour les communautés elles-mêmes qu'à l'égard de l'État »<sup>3133</sup>. Dans un contexte évolutif, les modèles juridiques seront l'enjeu de nombreuses revendications politiques et constamment renégociés. Indépendamment des issues, il faudra alors s'entendre sur des horizons communs. L'un des communs, « c'est qu'il existe une multitude de cultures mouvantes et interactives qui s'imitent, collaborent ou se combattent, compatibles entre elles ou incompatibles, qu'aucun type de doctrine ne peut légitimement prétendre ordonner dans un classement en ordre hiérarchique sans adopter une idéologie ou une autre »<sup>3134</sup>. Ainsi, loin des dogmes idéologiques ou d'un universalisme fantasmé, les réponses ne peuvent se passer d'une approche pragmatique, tenant compte des spécificités des populations en présence. Michel Rocard concédait savourer à l'avance la perplexité des professeurs de droit public devant la nouveauté et l'étrangeté de l'objet constitutionnel qu'ils venaient d'inventer avec les signataires de l'Accord de Nouméa. Aujourd'hui, au terme de cet accord, l'adoption d'un nouveau statut pour la Nouvelle-Calédonie, et potentiellement de nouvelles institutions coutumières, s'inscrit dans un futur imminent. La nature des précédentes adaptations constitutionnelles laisse présumer de l'originalité des mesures qui pourraient suivre, en France comme au Canada.

**999.** Les innovations nécessaires soulèvent alors autant de nouvelles questions qu'elles n'apportent de réponses. L'un des enjeux consiste à trouver un point d'équilibre entre les différentes conceptions juridiques et les intérêts en présence. Là résident toutes les difficultés auxquelles la diversité des institutions, le fédéralisme et le pluralisme juridique peuvent apporter un éclairage différent. Il s'agit d'inventer des solutions qui renforcent l'unité de l'État, en reconnaissant la diversité de ses populations. En d'autres termes, l'équilibre à trouver réside dans « la capacité des sociétés publiques constituées de s'agrandir “de l'intérieur”, d'enrichir l'espace et les acteurs de la délibération ; de trouver à table une place spécifique au convive que l'on avait oublié

---

<sup>3132</sup> James ANAYA, « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la déclaration », *op. cit.*, p. 198.

<sup>3133</sup> Sébastien BRODEUR-GIRARD et Ève LAOUN, « La formulation des critères d'appartenance à la communauté par les autochtones », *op. cit.*, p. 86.

<sup>3134</sup> Louis ASSIER-ANDRIEU, *Chroniques du juste et du bon*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2020, p. 127.

d'inviter»<sup>3135</sup>. Ce cadre permettra d'envisager sereinement les objectifs annoncés : ceux de la réconciliation pour le Canada et du destin commun pour la France.

**1000.** Il s'agit aussi de trouver une stabilité entre le caractère traditionnel des coutumes et leur réinterprétation à la lumière des transformations sociétales. Plus encore, les évolutions des systèmes de représentation autochtones doivent se fonder sur la recherche d'un équilibre et d'une compréhension mutuelle afin de prévenir toute assimilation non consentie ou d'éviter le réveil de conflits historiques, aux conséquences parfois violentes. Enfin, les directions proposées ne peuvent se satisfaire d'une conceptualisation de la réalité qui emprisonne le futur dans le passé. Elles se fondent plutôt sur la conviction que l'avenir peut être fait d'éléments qui s'ajoutent à ce qui est déjà présent<sup>3136</sup>. Il est coutume de dire que chaque vision du monde qui s'éteint, chaque culture qui disparaît, est une possibilité de moins<sup>3137</sup>. En cela, l'ouverture du champ des possibles semble donc un élément essentiel à la réussite de la coexistence entre systèmes étatiques et autochtones, tant en ce qui a trait à la représentation politique que pour le reste.

---

<sup>3135</sup> Pierre NOREAU, « Autonomie et gouvernance : nouvelles formes de la relation politique », *op. cit.*, p. 208.

<sup>3136</sup> Jean LECLAIR, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », *op. cit.*, p. 30.

<sup>3137</sup> Octavio PAZ, cité par James TULLY, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, *op. cit.*, p. 182.





## BIBLIOGRAPHIE

---

### SECTION 1 – REFERENCES DOCTRINALES

#### I - Ouvrages

##### A – Dictionnaires, encyclopédies

- BLANC Didier, « Association (Pays et Territoires d’Outre-mer) », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 32-36.
- CORNUT Étienne, « Autorités coutumières », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 46-50.
- CORNUT Étienne, « Normes coutumières », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 361-366.
- DENQUIN Jean-Marie, « Citoyenneté », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 198-200.
- DRAGO Roland, « Droit comparé », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 453-456.
- GRAVELAT Caroline, « Outre-mer néo-zélandais », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 405-408.
- LEADER Seldon, « Interne/externe (perspective) », dans ARNAUD André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 312-313.
- LECA Antoine, « Colonisation », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 83-86.
- LE DIVELLEC Armel et VILLIERS Michel (De), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Sirey, 12<sup>e</sup> éd., 2020.
- LEVENEUR Laurent, « Reconnaissance », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1303-1306.
- MAULIN Éric, « Souveraineté », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1434-1439.
- MOUTOUH Hugues, « Pluralisme juridique », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1158-1162.
- PARISOT Valérie et SANA-CAILLE DE NERE Sandrine, « Pluralisme juridique », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, Lexis Nexis, 2021, p. 433-436.
- PATTARO Enrico, « Réalisme juridique », dans ARNAUD André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 510-513.
- POWELL John, *Encyclopedia of North American Immigration*, New-York, Facts on File Library of American History, 2005.
- RALSER Élise, « Citoyenneté », dans GIRAUDEAU Géraldine et MAISONNEUVE Mathieu (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 72-75.
- ROULAND Norbert, « Acculturation juridique », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 4-6.

SALMON Jean, « Indépendance », dans *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 571.

SFEZ Lucien, « Institution (doctrine) », dans ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 835-837.

TROPER Michel, « Normativisme », dans ARNAUD André-Jacques (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, p. 396-399.

## B – Recueils de décisions, de traités ou de sources historiques

ASSEMBLEE LEGISLATIVE DU CANADA, *Complément des ordonnances et jugements des gouverneurs et intendants du Canada*, vol. 3, Québec, Presse à vapeur E.R. Fréchette, 1856.

DE CLERCQ Jules (dir.), *Recueil des traités de la France*, t. XVII, Paris, Publié sous les auspices du ministère des Affaires étrangères, 1917.

DULAURENT et PANET, notaires royaux en la Prevosté de Québec, « Acte authentique des six Nations iroquoises sur leur indépendance (2 novembre 1748) », dans Pierre-Georges ROY (dir.), *La ville de Québec sous le régime français*, Québec, Service des archives du gouvernement de la province de Québec, vol. 2, 1930.

DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Éd. A. Guyot et Scribe, 1887.

GARDINER DAVENPORT Frances (ed.), *European Treaties bearing on the History of the United States and its Dependencies to 1648*, Washington, D.C., Carnegie Institution of Washington, 1917, p. 20-26.

GOURD Alphonse, *Les chartes coloniales et les constitutions des États-Unis*, Paris, Imp. nationale, 1885.

FAUQUE (Père), « la lettre du père Fauque, missionnaire de la Compagnie de Jésus, au père de la Neuville de la même Compagnie procureur des missions de l'Amérique, À Cayenne, le 1<sup>er</sup> mars 1730 », dans *les Lettres édifiantes et curieuses, écrites des Missions étrangères par quelques missionnaires de la Compagnie de Jésus*, vol. 20, Paris, Nicolas Le Clerc, 1731.

FRANKLIN Benjamin, « Remarks concerning the Savages of North America [before 7 January 1784] », *Founders Online*, National Archives, [1784], en ligne : <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-41-02-0280>

FRIEDRICH MARTENS Georg, MURHARD Frédéric, MURHARD Karl, PINHAS J., HOPF Julius, *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables*, vol. 3, Gottingue, Librairie de Dieterich, 1845.

HURAUULT Jean-Marc, POULIQUEN Monique, *Documents pour servir à l'histoire des Noirs réfugiés Bonis de la Guyane française*, Manuscrit non publié, Cayenne, Centre ORSTOM, 1954.

JEFFERSON Thomas, « From Thomas Jefferson to Chastellux », 7 June 1785 », *Founders Online*, National Archives, [1785], en ligne : <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-08-02-0145>

LECA Antoine et TUHEIAVA-RICHAUD Vahi Sylvia (dir.), *Recueil général de documents juridiques intéressant l'histoire du Royaume de Tahiti et des Établissements français en Polynésie, Tome 2 – Les codes locaux et textes assimilés (1819-1881)*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2016.

LEONARD Frédéric (ed.), *Recueil des Traitez de paix, de trêve, de neutralité, de confédération, d'alliance, et de commerce, faits par les Rois de France, avec tous les princes et potentats de l'Europe et autres depuis près de trois siècles, en six tomes*, t. 5, Paris, 1693.

- MADISON James, « From James Madison to Thomas Jefferson, 6 June 1787 », *Founders Online*, National Archives, [1787], en ligne : <https://founders.archives.gov/?q=Author%3A%22Madison%2C%20James%22%20Recipient%3A%22Jefferson%2C%20Thomas%22%20Dates-From%3A1786-06-28%20Dates-To%3A1788-06-01&s=1111311111&r=17>
- MOREZ Joseph, *Voyages de travaux des missionnaires de la compagnie de Jésus publiés par des pères de la même compagnie en France pour servir de complément aux lettres édifiantes, Mission de Cayenne et de la Guyane française*, Paris, Éd. Julien, Lanier, Cosnard et Compagnie, 1857.
- « A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774 – 1875 », 11 June 1776, *Journals of the Continental Congress*, vol. 5, The Library of Congress, Washington, Government Printing Office, 1904.
- SECRETARIAT DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Sentence arbitrale rendue par l'Empereur de Russie pour mettre fin au différend entre la France et les Pays-Bas quant à la délimitation de leurs colonies respectives en Guyane, Décision du 25 mai 1891 », *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVIII, 2007, p. 249-254.

C – Manuels, précis, traités, cours.

- BLACKSTONE William, *Commentaire sur les lois anglaises*, t. I, vol. 1, traduction par N. M. CHOMPRES, Paris, F. Didot imprimeur, 15<sup>e</sup> éd., 1822.
- BOUINEAU Jacques et SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire des Institutions, 1750-1914*, Paris, Éditions Litec Librairie de la Cour de cassation, 4<sup>e</sup> éd., 1998.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique, t. 2, L'État*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1949.
- BURDEAU Georges, *Traité de science politique, t. IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1969
- CANAL-FORGUES Eric et RAMBAUD Patrick, *Droit international public*, Paris, Flammarion, 3<sup>e</sup> éd., 2016.
- COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2013.
- DARESTE Pierre, *Traité de droit colonial*, 2 vol., Paris, Éd. impr. Robaudy, 1931.
- DEBBASCH Charles et al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1986.
- DEUMIER Pascale, *Introduction générale au droit*, Paris, LDGJ, coll. « Manuel », 6<sup>e</sup> éd., 2021.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, Tome II : La théorie générale de l'État*, Paris, ancienne librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup> Éditeurs, Emile de Boccard, Successeur, 2<sup>e</sup> éd., 1923.
- DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, vol. 1, Paris, E. de Boccard, 4<sup>e</sup> éd., 1923.
- DUPLE Nicole, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 6<sup>e</sup> éd., 2014.
- ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1914.
- FRISON Danièle, *Introduction au droit anglais et aux institutions britanniques*, 3<sup>e</sup> éd, Paris, Ellipses, 2005.
- GERIN-LAJOIE Antoine, *Catéchisme politique ou Éléments du droit public et constitutionnel du Canada, mis à la portée du peuple*, Montréal, Imp. Louis Perrault, 1851.
- GICQUEL Jean et GICQUEL Jean-Éric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 27<sup>e</sup> éd., 2014.
- GIRAULT Arthur, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, t. 1, Paris, Librairie de la Société générale du recueil des lois et des arrêts, 1904 [1895].
- GIRAULT Arthur, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> éd., 1907.

- GODINEC Pierre-François, *Droit d'outre-mer*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1959.
- LECLAIR Jean et MORIN Michel, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, 2015.
- HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1930.
- JACQUE Jean-Paul, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2020.
- LAMPUE Pierre et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1931.
- LAMPUE Pierre et Louis ROLLAND, *Précis de législation coloniale. (Colonies, Algérie, Protectorats, Pays sous mandat)*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1940.
- LAMPUE Pierre, *Législation coloniale, année 1944-1945, 3<sup>e</sup> année de licence*, Paris, Les Cours de droit, 1946.
- LAMPUE Pierre, *Législation coloniale, année 1945-1946, 3<sup>e</sup> année de licence*, Paris, Les Cours de droit, 1946.
- LEROY-BEAULIEU Paul, *De la colonisation chez les peuples modernes*, Paris, Guillaumin et compagnie, 1882
- LUCHAIRE François, *Manuel de droit d'outre-mer : Union française, Afrique du Nord, territoires d'outre-mer, Indochine*, Paris, Sirey, 1949.
- LUCHAIRE François, *Droit d'outre-mer*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1959.
- MÉRIGNHAC Alexandre, *Traité de législation et d'économie coloniales*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925.
- PACTET Pierre, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003.
- PONTHOREAU Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.
- PRELOT Marcel, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1<sup>ère</sup> éd., 1948.
- RAMBAUD Thierry, *Introduction au droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2017.
- ROULAND Norbert, Stéphane PIERRE-CAPS, et Jacques POUMAREDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.
- ROULAND Norbert, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1988.
- ROUSSEAU Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2001.
- SCELLE Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Dalloz, 2008.
- SOLUS Henry, *Traité de la condition indigène en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1<sup>ère</sup> éd., 1927.
- TREMBLAY André, *Droit constitutionnel, Principes*, Montréal, Thémis, 2000.
- VEDEL Georges, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1961.

#### D – Thèses et mémoires universitaires

- ALI Amir, *L'assimilation juridique du statut personnel maborais*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille, 2016, version en ligne.
- ARLETTAZ Jordane, *L'État-Nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales*, Paris, Mare & Martin, 2014.
- BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004.
- BALVAY Arnaud, *L'épée et la plume : Amérindiens et soldats des troupes de la Marine en Louisiane et au Pays d'en Haut (1683 – 1763)*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.

- BREMOND Zérah, *Le territoire autochtone dans l'État post-colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique*, Paris, Institut Louis Joinet, coll. « Collection des thèses » n° 202, 2021.
- CARTIER Emanuel, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, Paris, LGDJ, 2005.
- COOK Peter, *Vivre comme frères : Native-French Alliances in the St Lawrence Valley, 1535–1667*, Thèse de doctorat en philosophie, Université McGill, 2008, version en ligne.
- CUVELIER Claire, *Le pluralisme démotique. Contribution au concept juridique de peuple*, Paris, Mare & Martin, 2019.
- DAVID Victor, *Pour une meilleure protection juridique de l'environnement en Nouvelle-Calédonie. Innover par la construction participative du droit*, Thèse de doctorat en droit, École doctorale de l'EHESS, 2018, version en ligne.
- DAUGERON Bruno, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque des thèses », vol. 103, 2011.
- DELBREIL Constance, *Les relations diplomatiques franco-autochtones à Montréal, 1701-1713*, Mémoire de Maitrise, Université de Montréal, 2019, version en ligne.
- DIOMPY Abraham Hervé, *Le paradoxe de l'internationalisation du droit constitutionnel en Afrique : réflexions sur les interactions normatives, institutionnelles et politiques dans l'espace CEDEAO*, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2017, version en ligne.
- DWYER Sean, *L'application de la Grande Loi de la Paix (Kaianerekowa) de la Haudenosaunee dans la pratique de la médiation à Kahnawake*, Mémoire de Master, Université de Montréal, 2013, version en ligne.
- GENEST Gérald, *Le statut personnel des Kanak : de la prise de possession de l'archipel de la Nouvelle-Calédonie au statut coutumier*, Thèse de doctorat en Droit, Université de Poitiers, 2022
- GERVAIS José, *Le partage de la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail pour les entreprises et services dont les activités et la vocation sont intimement liées aux Autochtones*, Mémoire de Maitrise en droit, Université de Montréal, 2013, version en ligne.
- GINDRE-DAVID Carine, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- GRAILLE Caroline, *Des Militants aux Professionnels de la Culture : les représentations de l'identité kanak en Nouvelle-Calédonie (1975-2015)*, Thèse de doctorat, Université Paul Valéry Montpellier III, 2015, version en ligne.
- GRANGER Stéphane, *La Guyane et le Brésil, ou la quête d'intégration continentale d'un département français d'Amérique*, Thèse de Doctorat, Université Paris III-Sorbonne nouvelle, 2012, version en ligne.
- HAVARD Léa, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018.
- HAYAT Samuel, « *Au nom du peuple français* ». *La représentation politique en question autour de la révolution de 1848 en France*, thèse de doctorat en science politique, Université de Paris VIII, 2011 version en ligne.
- JOHANSEN Bruce E., *Forgotten Founders : Benjamin Franklin, the Iroquois and the Rationale for the American Revolution*, Cambridge, Harvard Common Press, 1982.
- KARPE Philippe, *Les collectivités autochtones*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2002, version en ligne.
- LATHAM Linda, *La Révolte de 1878 : étude critique des causes de la rébellion de 1878 en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Société d'études historiques de la Nouvelle-Calédonie, 1978.

- LAURENT Aurélie, *Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université Toulouse 1 Capitole et Université d'Ottawa, 2016, version en ligne.
- LAVOREL Sabine, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse de doctorat en droit public, Université Grenoble II, 2007, version en ligne.
- LE PILLOUER Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2005.
- LERICHE Luc, *L'émergence d'un droit à la vie autochtone*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2022.
- LOTTI Allison, *Le statut de 1961 à Wallis et Futuna : genèse de trois monarchies*, Paris, L'Harmattan, 2010.
- MAPOU Raphaël, *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie : l'état colonial républicain face aux institutions juridiques Kanakes*, Thèse de Doctorat en droit public, Université de Perpignan, 2018, version en ligne.
- MERLIN Jean-Baptiste, *Le droit des Peuples autochtones à l'autodétermination. Contribution à l'étude de l'émergence d'une norme en droit international coutumier*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris Nanterre, 2015, version en ligne.
- MOTARD Geneviève, *Le principe de personnalité des lois comme voie d'émancipation des peuples autochtones ? Analyse critique des ententes d'autonomie gouvernementale au Canada*, thèse de doctorat en droit, Université de Laval, 2013, version en ligne.
- NAYFELD Nicolas, *La théorie pluraliste de la peine de H.L.A. Hart*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2020.
- RAU Éric, *La vie juridique des indigènes des îles Wallis*, Paris, Éd. Domat-Montchrétien, 1935.
- RIVRON Sarah, *La notion d'Indirect Rule*, Thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2014.
- ROBLOT-TROIZIER Agnès, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2007.
- RONSSERAY Céline, « *Administrer Cayenne* » : *Sociabilités, Fidélités et pouvoirs des fonctionnaires coloniaux en Guyane française au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Thèse de doctorat en histoire moderne, Université la Rochelle, 2007.
- ROSSETTO Jean, *Recherche sur la notion de constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Paris, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020.
- ROY DRAINVILLE Cassandre, « *Nous sommes une nation* ». *Émergence de nouvelles structures politiques autochtones au Québec, 1943-1969*, Mémoire de maîtrise, Université du Québec à Montréal, 2019, version en ligne.
- SAUSSE André, *Populations primitives du Maroni (Guyane française)*, thèse de doctorat, Paris, Institut géographique national, 1951.
- TERRACOL Louis, *Le gouvernement de fait de la Révolution à la Libération. Un expédient saisi par le droit*, Thèse de doctorat en histoire du droit, Université Paris Panthéon-Assas, 2022.
- URBAN Yerri, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, Varenne, coll. « Collection des thèses », 2011.
- VILLEGAS Diana, *L'ordre juridique mafieux*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2018.
- VINCENT Romain, *Le Parlement réuni en siège commun sous la V<sup>e</sup> République*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2021, version en ligne.
- VULIN Emmanuelle, *Les revendications des peuples autochtones de Guyane appréhendées par le droit français : entre évolutions, conciliations et aménagements*, Mémoire de Master 2 en droit public, 2019.

WERTHER Guntram, *Self-Determination in Western Democracies : Aboriginal Politics in a Comparative Perspective*, Londres, Greenwood Press, 1992.

WAMYTAN Léon, *Peuple kanak et droit français : du droit de la colonisation au droit de la décolonisation, l'égalité en question*, Thèse de doctorat en droit, Université de Clermont-Ferrand, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, coll. « Université », 2013.

#### E – Monographies, ouvrages généraux et collectifs

ADAMS John, « A defence of the Constitutions of Government of the United States of America, vol. I. » dans ADAMS Charles Francis, *The Works of John Adams, Second President of the United States*, vol. IV. Boston, Charles C. Little and James Brown, 1851.

AGERON Charles-Robert, *La décolonisation française*, Paris, Armand Colin, 1991.

AGNIEL Guy, *De la collectivité humaine à la collectivité locale de droit commun, L'évolution vers la structure communale en Nouvelle-Calédonie (1853-1977)*, Nouméa, Publications de la Société d'Études Historiques de Nouvelle-Calédonie, 1993.

AGNIEL Guy, « Les adaptations juridiques des particularismes sociologiques locaux », dans DECKKER Paul (de) (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 52-79.

AIMOT Olivier, « Les instances juridictionnelles coutumières de Wallis et Futuna », dans DECKKER Paul (de) (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 175-189.

ALFRED Gerald Taiaiake, *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, New York, Oxford University Press, 1999.

ALFRED Gerald Taiaiake, *Paix, pouvoir et droiture : un manifeste autochtone*, Wendake, Les éditions Hannenorak, 2014 [1999].

ALLAIN Mathé, *Not worth a straw: French Colonial Policy and the Early Years of Louisiana*, Lafayette, University of Southwestern Louisiana, 1988.

ALLEN Stephen, « The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project in the Indigenous Context », dans ALLEN Stephen et XANTHAKI Alexandra (dir.), *Reflections on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and International Law*, Oxford, Hart publishing, 2011, p. 225-256.

ANAYA James, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

ANAYA James, « Les droits des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la déclaration », dans CHARTERS Claire et STAVENTHAGEN Rodolfo (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones. Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, L'Harmattan, coll. « Horizons autochtones », 2013, p. 186-800.

ANGHIE Antony, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

ANGLEVIEL Frédéric, *Les missions à Wallis et Futuna au XIX<sup>e</sup> siècle*, Bordeaux, Centre de Recherche des Espaces tropicaux, 1994.

ANGLEVIEL Frédéric, « Vie politique, insularité et traditions. L'exemple du TOM de Wallis et Futuna », dans GUILLAUD Dominique, HUETZ DE LEMPS Christian et SEVIN Olivier (dir.), *Îles rêvées. Territoires et identités en crise dans le Pacifique insulaire*, Paris, Presses de l'Université de Paris-Sorbonne, 2003, p. 179-193.

ANGLEVIEL Frédéric, « La coutume et l'État à Wallis et Futuna ou la perpétuation d'un mariage de raison », dans DECKKER Paul (de) (dir.), *Les figures de l'État dans le Pacifique*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 49-66.

- ANGLEVIEL Frédéric, *Comprendre les référendums de 2018-2022 en Nouvelle-Calédonie, La France ou l'indépendance : décryptages historiques, socio-économiques et communautaristes*, Paris, Edilivre, 2018.
- ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DE COLOMBIE-BRITANNIQUE, *Governance Toolkit. A guide to nation building*, Vancouver, publié par l'Assemblée des Premières Nations de Colombie-Britannique, 2014.
- ASSIER-ANDRIEU Louis, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.
- ASSIER-ANDRIEU Louis, *Chroniques du juste et du bon*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2020.
- AUBRY DE MAROMONT Clotilde, « L'impossible identification de la coutume », dans RALSER Élise, FULCHIRON Hugues, SIRI Aurélien et CORNUT Etienne (dir.), *La place de la coutume à Mayotte*, Paris, Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, Rapport n° 18.19, 2022, p. 395-402.
- AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1997.
- BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Librairie J. Vrin, 5<sup>e</sup> éd., 1967 [1934].
- BACON Alexandre, « Réflexions et perspectives sur les participations autochtones au processus politique canadien », dans GUIMOND-MARCEAU Stéphane, ROY Jean-Olivier et SALEE Daniel (dir.), *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada : Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. IX-XXIII.
- BEAUD Olivier, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009.
- BEAUD Olivier, « Préface », dans URBAN Yerri, *L'indigène dans le droit colonial français (1865-1955)*, Paris, Varenne, coll. « Collection des thèses », 2011, p. XV-XXIV.
- BEAULIEU Alain, « Chapitre 1. L'empire colonial français et les nations amérindiennes » dans JOYAL Serge et LINTEAU Paul-André, *France-Canada-Québec : 400 ans de relations d'exception*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2008, p. 17-38.
- BEAULIEU Alain, « La création des réserves indiennes au Québec », dans GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin, BEAULIEU Alain (dir.), *Les Autochtones et Le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 135-152.
- BEAULIEU Alain et VIAU Roland, *La grande paix. Chronique d'une saga diplomatique*, Montréal, Éd. Libre expression, 2001.
- BEAULIEU Alain, « Les droits des Autochtones à la terre entre les deux traités de Paris (1763-1783) » dans JOUTARD Philippe, POTON Didier et VEYSSIERE Laurent (dir.), *Vers un nouveau monde atlantique : Les traités de Paris, 1763-1783*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 113-122.
- BEJI Hélé, *Nous, décolonisés*, Paris, Arléa, 2008.
- BELLIER Irène, CLOUD Leslie et LACROIX Laurent, *Les droits des peuples autochtones. Des Nations unies aux sociétés locales*, Paris, L'Harmattan, 2017.
- BELLIER Irène, « La participation des Peuples autochtones aux Nations unies : intérêts et limites d'une présence institutionnelle », dans NEVEU Catherine, *Cultures et pratiques participatives : Perspectives comparatives*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 175-192.
- BERGEL Jean-Louis, « Le plurijuridisme. Rapport introductif », dans BERGEL Jean-Louis (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 11-22.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2012.
- BEVAN Yann, « Un exemple de résolution de conflit communautaire post-colonial : la transition institutionnelle en "Ulster" », dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *Actes du Colloque universitaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie des 17 et 18 novembre 2017*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 71-89.
- BIET Antoine, *Voyage de la France Equinoxiale en l'Isle de Cayenne, en l'année 1652*, Divisé en trois livres, livre premier, Paris, Éd. François Clovzier, 1664.



- BIGGAR Henry P. (dir.), *The Works of Samuel de Champlain*, 6 vol., Toronto, University of Toronto Press, vol. 1, 1971.
- BILBY Kenneth, *The Remaking of the Aluka : culture, politics and Maroon Ethnicity in French South America*, Johns Hopkins, Johns Hopkins University, 1990.
- BINOCHÉ Jacques, *Les parlementaires d'outre-mer*, Paris, Edilivre, 2016.
- BIRNBAUM Pierre, HAMON Francis et TROPER Michel, *Réinventer le Parlement*, Paris, Flammarion, coll. « La rose au poing », 1977.
- BLANC Christian, *La force des racines Kanak en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Odile Jacob, 2021.
- BLANC Joseph Félix, *L'héritage d'un évêque d'Océanie*, Toulon, Imp. Jeanne d'Arc, 1921.
- BLANCHET Gilles, « Réflexions sur le concept de rééquilibrage en Nouvelle-Calédonie », dans Gilbert DAVID, Dominique GUILLAUD, Patrick PILLON (dir.), *La Nouvelle-Calédonie à la croisée des chemins : 1989- 1997*, Paris, Société des Océanistes - Institut de Recherche pour le Développement, 1996, p. 37-55.
- BRAINNE Charles, *La Nouvelle-Calédonie, Voyages, missions, mœurs, colonisation, 1774-1854*, Paris, Hachette, Ch. Lahure, Imprimeurs du Sénat et de la Cour de cassation, 1854.
- BODIN Jean, *Les six livres de la république*, Livre I, Paris, Jacques du Puy, 1576.
- BORRELA François, « Nationalité et citoyenneté », dans COLAS Dominique, EMERI Claude et ZYLBERBERG Jacques (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 209-229.
- BORROWS John et COYLE Michael, « Introduction », dans BORROWS John et COYLE Michael (dir.), *The Right Relationship : Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2017, p. 3-17.
- BORROWS John, *La Constitution autochtone du Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2018.
- BOUVIER Vincent, « Ouverture du colloque », dans FABERON Florence (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 21-24.
- BREMOND Zérah, « Gayanashagowa : les racines amérindiennes de la Constitution américaine », dans LE PLUARD Quentin et TALBOT Marion (dir.), *Droit, mythes et légendes*, Paris, Mare & Martin, 2022, p. 237-241.
- BRISSEON Jean-Maurice, « L'appropriation du Canada par la France de 1534 à 1760 ou les rivages inconnus du droit », dans LAJOIE Andrée, BRISSEON Jean-Maurice, NORMAND Sylvio et BISSONNETTE Alain, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 61-106.
- BRITISH COLUMBIA TREATY COMMISSION, *Guide to First Nations Ratification. Building our future*, Vancouver, British Columbia Treaty Commission, 2017.
- BRODEUR-GIRARD Sébastien et LAOUN Ève, « La formulation des critères d'appartenance à la communauté par les autochtones », dans GUIMONT MARCEAU Stéphane, ROY Jean-Olivier et SALEE Daniel, *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada. Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 79- 109.
- BRUGUIÈRE Marie-Bernadette, « La représentation royale et les muses du soleil », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 111- 132.
- BRUHN Jodi, *In Search of Common Ground: Reconciling Western-based Governance Principles and First Nations Traditions*, Ottawa, Institute on Governance, 2009.
- BRUNET Pierre, « L'articulation des normes. Analyse critique du pluralisme ordonné », dans AUBY Jean-Bernard (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 195-213.

- BRUNET Pierre, « Pluralisme juridique et hiérarchie des normes », dans BRUNET Pierre et ARENA Federico (dir.), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 53-74.
- BRUNET Pierre, « Les grands principes justificatifs : La représentation », dans TROPER Michel et CHAGNOLLAUD Dominique, *Traité international de droit constitutionnel*, t. I., Paris, Dalloz, 2012, p. 608-641.
- BRUNET Pierre, « Des causes et des effets de l'élection présidentielle au suffrage universel direct », dans BRUNET Pierre, HASEGAWA Ken et YAMAMOTO Hajime (dir.), *Rencontre franco-japonaise autour des transferts de concepts juridiques*, Paris, Mare et Martin, 2014, p. 143-165.
- BRUNETTI Jules, *La Guyane française, Souvenirs et impressions de voyage*, Tours, Éd. Alfred Mame et fils, 1890.
- BUGE Éric, « Les citoyens peuvent-ils participer à l'expression de la volonté générale en régime représentatif ? », dans HEITZMANN-PATIN Mathilde et PADOVANI Julien (dir.), *La participation du citoyen à la confection de la loi*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 69-86.
- BUREAU Capitaine et MONNERVILLE Gaston, *Guyane, Terre française*, Paris, Éd. Jean Chaffiot, 1935.
- BUSSERAU Dominique, « De l'évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie à son avenir institutionnel : il faut refonder la communauté de destin », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 209-224.
- BURKE Edmund, *Selected Works of Edmund Burke : a new imprint of the Payne edition foreword and bibliographical note by Francis Canavan*, vol. 3, Carmel, Liberty fund, 1999 [1796].
- CAMPBELL Ian et LATOUCHE Jean-Paul, *Les insulaires du Pacifique, Histoire et situation politique*, Paris, PUF, 2001.
- CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1983.
- CARCASSONNE Guy et GUILLAUME Marc, *La Constitution*, Paris, Éditions du Seuil, 14<sup>e</sup> éd., 2017.
- CARDINAL Harold, *The Unjust Society. The Tragedy of Canada's Indians*, Seattle, University of Wahington Press, 1969.
- CARDOZO Benjamin N., *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921.
- CARENS Joseph, *Culture, Citizenship, and Community: A Contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- CARNEIRO DA CUNHA Manuela, *Savoirs autochtones : quelle nature, quels apports ? Leçon inaugurale prononcée le jeudi 22 mars 2012*, Paris, Collège de France, Fayard, 2012.
- CALHOUN John C., *Union and Liberty. The Political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, Liberty Funds, 1992.
- CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 1, Paris, Sirey, 1<sup>ère</sup> éd., 1920.
- CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, Paris, Sirey, rééd. CNRS, 1962 [1920-1922].
- CASSIDY Frank et BISH Robert L., *Indian Government: Its Meaning in Practice*, Halifax, L'Institut de recherches politiques, 1989.
- CAUCHON Hubert, « Les institutions parlementaires », dans GAGNON Alain-G. et SANSCHAGRIN David (dir.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017, p. 153-177.
- CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014.
- CHAMPLAIN Samuel (de), *Œuvres de Champlain*, t. 1, publié par l'Abbé C.H. Laverdière, Laval, Presse de l'Université Laval, 2<sup>e</sup> éd., 1870.

- CHARLEVOIX Pierre-François-Xavier (de), *Journal d'un voyage fait par ordre du roi dans l'Amérique septentrionale I*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1994 [1744].
- CHARLIN Frédéric, « L'expérimentation de l'identité législative aux colonies, de la Convention au Directoire », dans REGENT Frédéric, NIORT Jean-François et SERNA Pierre (dir.), *Les colonies, la Révolution française, la loi*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 93-105.
- CHAUCHAT Mathias, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie. Institutions politiques et administratives*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, 2011.
- CHAUCHAT Mathias, « La transition constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie, référendums et irréversibilité », dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 41-50.
- CHAVE-DARTOEN Sophie, *Royauté, chefferie et monde socio-cosmique à Wallis (« Uvea ») : Dynamiques sociales et pérennité des institutions*, Marseille, Pacific-Credo publications, 2017.
- CHERIOUX Bernard, « La création d'une police coutumière kanak est-elle possible ? » dans FABERON Jean-Yves et HAGE Armand, *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'harmattan, 2010, p. 73-82.
- CHICOT Pierre-Yves, « Droit coutumier autochtone et Droit républicain. À l'épreuve du cas de la Guyane française », dans ELFORT Maude et ROUX Vincent (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 167-179.
- CHRETIEN Jean, *La politique indienne du gouvernement du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.
- COLDEN Cadwallader, *The History of the Five Nations of Canada*, London, Printed for T. Osborne, 1747.
- COLLOMB Gérard (éd.), *Les Indiens de la Sinnamary. Journal du père Jean de La Mousse en Guyane (1684-1691)*, Éd. Chandeigne, coll. « Magellane », Paris, 2006.
- COMEAU Pauline et SANTIN Aldo, *The First Canadians : A Profile of Canada's Native People Today*, Toronto, James Lorimer & Company Publishers, 1995.
- CONFAVREUX Joseph, *Une Décolonisation au présent - Kanaky Nouvelle-Calédonie : notre passé, notre avenir*, Paris, La Découverte, 2020.
- CONSTANT Benjamin, *Œuvres politiques*, Paris, Éd. Charpentiers et Cie, Libraires-éditeurs, 1874.
- CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de Droit comparé*, vol. 2, Paris, LGDJ, 1974.
- CORNUT Étienne, « La non codification de la coutume kanak », dans MEYER Nadège et DAVID Carine (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 137-160.
- CORNUT Étienne, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », dans CORNUT Étienne et DEUMIER Pascale (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 144-189.
- CORNUT Étienne, « Le pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie : Assimilationnisme ou différentialisme pour la sortie de l'accord de Nouméa ? » dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *Actes du Colloque universitaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie des 17 et 18 novembre 2017*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 125-141.
- COUTAU-BEGARIE Hervé et SEURIN Jean-Louis, *Nouvelle-Calédonie : les antipodes de la démocratie*, Paris, Lieu Commun, 1986.
- COOK James, *Voyage dans l'hémisphère austral, et autour du monde, Fait sur les vaisseaux de Roi, l'Aventure et la Résolution, en 1772, 1773, 1774, et 1775*, Tome 3, Traduit de l'Anglais. Ouvrage enrichi de plans, de cartes, de planches, de portraits, & de vues de pays, dessinés pendant l'expédition, par M. Hodges, Paris, Éd. Hotel de Thou, Publié avec approbation et privilège du Roi, 1778.
- CUOQ Jean André, *Lexique de la langue iroquoise avec notes et appendices*, Montréal, Éd. J. Chapleau & fils, imprimeurs - éditeurs, 1883.

- DABIN Simon, PAPILLON Martin et DAOUST Jean-François, « Les autochtones, des citoyens comme les autres ? Un portrait du nouvel activisme électoral autochtone au Canada », dans GUIMOND-MARCEAU Stéphane, ROY Jean-Olivier et SALEE Daniel (dir.), *Peuples autochtones et politique au Québec et au Canada : Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 171 – 192.
- DAGENAIS Dominic, « Souveraineté mohawk : survivance et affirmation d'une autonomie nationale », dans BEAULIEU Alain et GOHIER Maxime (dir.), *Les autochtones et l'État*, Montréal, Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, 2008, p. 97-126.
- DAHL Robert A., *Polyarchie : participation et opposition*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016 [1971].
- DAUPHINÉ Joël, *Les spoliations foncières, 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989.
- DAVY Damien, TRITSCH Isabelle et GRENAND Pierre, « citoyenneté et territoire dans une commune amérindienne de la République française », dans Maude ELFORT et Vincent ROUX (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 151-166.
- DECHAUX Raphaël, « La légitimation des transitions constitutionnelles », dans PHILIPPE Xavier et DANELCIUC-COLODROVSKI Natasa (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 165-196.
- DECKKER Paul (de) et Laurence KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1998.
- DE COSNAC Gabriel-Jules, *De la décentralisation administrative*, Paris, Dentu, 1844.
- DEER Ken, « The failure of International Law to assist Indigenous peoples », dans Andrea P. MORRISON (éd.), *Justice for Natives: Searching for Common Ground*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1994, p. 100-105.
- DELBOS Georges, *L'église catholique en Nouvelle-Calédonie, Un siècle et demi d'histoire*, Paris, Éd. Desclée, 1993.
- DELPEREE Francis et VERDUSSEN Marc, « L'égalité, mesure du fédéralisme », dans GAUDREAU-DESBIENS Jean-François et GELINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Gouvernance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 193-208.
- DENQUIN Jean-Marie, *Les Concepts juridiques. Comment le droit rencontre le monde*, Paris, Classiques Garnier, 2021.
- D'ENTRECASTEAUX Joseph et DE ROSSEL Elisabeth, *Voyage de d'Entrecasteaux, envoyé à la recherche de La Pérouse, publié par ordre de S. M. l'empereur et roi, sous le ministère de S. E. le vice-amiral Decrès, comte de l'Empire ; rédigé par M. de Rossel, ancien capitaine de vaisseau*, t. I, Paris, Imprimerie Impériale, 1808.
- DESROSIERS Léo Paul, *Iroquoisie : 1688-1701*, 4 t., Montréal, Les éditions du Septentrion, 1999.
- DE SALINIS Albert, *Marins et missionnaires, conquête de la Nouvelle-Calédonie, 1843-1853*, Paris, Éd. V. Retaux et fils, 1892.
- DE SECONDAT Charles Louis, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995 [1748]
- DE SECONDAT Charles Louis, *Montesquieu Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1951.
- DETIENNE Marcel (dir.), *Qui veut prendre la parole ?*, Paris, Seuil, 2003.
- DE VERGOTTINI Giuseppe, « Transitions constitutionnelles et consolidation de la démocratie dans les ordonnancements d'Europe centre-orientale », dans DU BOIS DE GAUDUSSON Jean et al. (dir.), *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic : démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 701-714.

- DICEY Albert V., *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, LibertyClassics, 1982 [1885].
- DICKASON Olive Patricia et NEWBIGGING William, *Indigenous Peoples within Canada. A concise History*, Oxford, Oxford University Press, 4<sup>e</sup> éd., 2019.
- DI DONATO Francesco, «Le concept de “représentation” dans la doctrine juridico-politique de Louis-Adrien Le Paige», dans, *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 53-73.
- DIEMERT Stéphane, «L’ancrage constitutionnel de la France d’outre-mer», dans FABERON Jean-Yves, *L’outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 67-82.
- DILLON Patrick and BUNIKOWSKI Dawid, «Arguments from Cultural Ecology and Legal Pluralism for Recognising Indigenous Customary Law in the Arctic», dans HEINÄMÄKI Leena et MARTINA HERRMANN Thora (eds.), *Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sami and other Indigenous Peoples. The Sacred Arctic*, Rovaniemi, Springer, 2017, p. 37-64.
- DISANT Mathieu, LEWKOWOCZ Gregory et TÜRK Pauline, «Du constitutionnalisme mondial aux standards constitutionnels mondiaux : la question constitutionnelle dans la mondialisation», dans DISANT Mathieu, LEWKOWOCZ Gregory et TÜRK Pauline (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 5-10.
- DOUCET Michel et VANDERLINDEN Jacques (dir.), *La Réception des systèmes juridiques. Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- DUCHENE Albert, *Du régime législatif des colonies*, Paris, Rousseau, 1893.
- DUMONT Hugues, «Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses», dans HACHEZ Isabelle, CARTUYVELS Yves, DUMONT Hugues, GERARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Les sources du droit revisitées — vol. 1 : Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l’Université Saint-Louis, 2012.
- DUMONT Hugues et EL BERHOUMI Mathias, «Les référendums constitutionnels et constituants dans l’État plurinational belge : un parcours d’obstacles insurmontables ?» dans BINETTE Amélie et TAILLON Patrick (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2018, p. 313-346.
- DUPUY Francis, «Wayana et Aluku : les jeux de l’altérité dans le haut Maroni», dans COLLOMB Gérard et JOLIVET Marie-José (dir.), *Histoires, identités et logiques ethniques : Créoles et Noirs Marrons en Guyane*, Éditions CTHS, 2008, Paris, p. 195-198.
- DUPUY Renée, «Le Canada : droit des autochtones», dans MARTES Jean-Pascal et LARRIEU Jacques, *Coutumes et droit en Guyane, Amérindiens, Noirs-Marrons, Hmong*, Paris, Economica, 1993, p. 67-79.
- DURAND Bernard, *Introduction historique au droit colonial. Un ordre « au gré des vents »*, Paris, Économica, 2015.
- EIDE Asbjorn, «Les peuples autochtones, le Groupe de travail sur les populations autochtones et l’adoption de la déclaration des nations sur les droits des peuples autochtones», dans CHARTERS Claire et STAVENHAGEN Rodolfo (dir.), *La déclaration des droits des peuples autochtones : genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, Paris, L’Harmattan, 2013, p. 36-50.
- EISENMANN Charles, «Essai d’une classification théorique des formes politiques», dans LEBEN Charles (dir.), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d’idées politiques*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. «Les Introuvables», 2002, p. 327-330.
- ESCAMILLA-COLIN Michèle, «La question des justes titres : repères juridiques. Des Bulles Alexandrines aux Lois de Burgos», dans Carmen VAL JULIAN, *La conquête de l’Amérique espagnole et la question du droit*, Lyon, ENS Éditions, 1996, p. 81-103.

- ESTEVA Gustavo et SURI PRAKASH Madhu, *Grassroots Post-Modernism. Remaking the soil of cultures*, New-York, ZED Books, 1998.
- FABERON Florence et FABERON Jean-Yves, « Le projet constitutionnel des indépendantistes de Nouvelle-Calédonie », dans *Constitutions, peuples et territoires. Mélanges en l'honneur d'André Roux*, Paris, Dalloz, 2022, p. 167-179
- FABERON Jean-Yves, « Conflits et consensus en Nouvelle-Calédonie : des occasions manquées à l'accord de Nouméa », dans HAGE Armand et FABERON Jean-Yves (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'harmattan, 2010, p. 103-108.
- FABERON Jean-Yves, « Le projet de Constitution de la République kanak du 19 janvier 1987 », dans REGNAULT Jean-Marc (dir.), *François Mitterrand et les territoires français du Pacifique (1981-1988)*, Paris, Les Indes savantes, 2003, p. 289-300.
- FABRE Martine, « La citoyenneté aux colonies, un concept protéiforme », dans MARI Éric (de) et SAVARESE Éric (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 41-60.
- FENTON William N., « The Iroquois in History », dans BURKE LEACOCK Eleanor et OESTREICH LURIE Nancy (eds.), *North American Indians in Historical Perspective*, Illinois, Waveland press, 1971, p. 129-168.
- FERRARINI Hélène, *Allons enfants de la Guyane. Éduquer, évangéliser, coloniser les Amérindiens dans la République*, Toulouse, Anarchasis, 2022.
- FOURNIER Anne, « L'adoption coutumière autochtone au Québec : quête de reconnaissance et dépassement du monisme juridique », dans Ghislain OTIS (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 169-192.
- FRANKLIN Benjamin, *Autobiography of Benjamin Franklin with introduction and notes*, New York, The Macmillan company, 1909.
- FRONT DE LIBERATION NATIONALE KANAK ET SOCIALISTE, *Le projet du FLNKS pour une Kanaky-Nouvelle Calédonie souveraine*, Nouvelle-Calédonie, FLNKS, 2018.
- FRONT DE LIBERATION NATIONALE KANAK ET SOCIALISTE, « Contribution du FLNKS (Front de libération national kanak et socialiste) », dans Jean-Marc BOYER et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 273-285.
- FYSON Donald, « De la common law à la Coutume de Paris : les nouveaux habitants britanniques du Québec et le droit civil français, 1764-1775 », dans GARNIER Florent et Jacqueline VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du Droit, 2013, p. 157-172.
- GAGNON Alain-G., « Le fédéralisme asymétrique au Canada », dans GAGNON Alain-G., (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 287-304.
- GAGNON Alain-G., « Introduction. Regards croisés sur le fédéralisme canadien », dans GAGNON Alain-G. (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 7-13.
- GAGNON Alain-G., « La valeur de la diversité au sein des démocraties libérales avancées. Un monde qui nécessite des repères renouvelés », dans MATHIEU Félix et GUENETTE Dave (dir.), *Réimaginer le Canada. Vers un État multinational?*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2019, p. 29-48.
- GAGNON Alain-G., *Le choc des légitimités*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2021.
- GAÏA Patrick, « La démocratie : du droit interne au droit international », dans FABERON Florence (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 157-159.

- GAIRAL DE SEREZIN François, *Le protectorat international : la protection-sauvegarde, le protectorat de droit des gens, le protectorat colonial*, Paris, Pedone, 1896
- GALLIENI Joseph, *Trois colonnes au Tonkin (1894-1895)*, Paris, Chapelot, 1899.
- GALLIENI Joseph, *Rapport d'ensemble sur la pacification, l'organisation et la colonisation de Madagascar, (octobre 1896 - mars 1899)*, Paris, Éd. Henri Charles-Lavauzelle, 1900.
- GANNEGE Pierre (dir.), *Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Paris, Hachette-Antoine, 2019.
- GARANT Patrice, «Le cadre constitutionnel de la citoyenneté au Canada», dans COLAS Dominique, EMERI Claude et ZYLBERBERG Jacques (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 261-272.
- GARDE François, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- GARNIER Jules, *Voyage à la Nouvelle-Calédonie : 1863-1866*, Hautes-Pyrénées, Éd. Zulma, 1991.
- GASSIOT Olivier, «Une réforme constitutionnelle de trop : le gel du corps électoral calédonien», dans ROUSSILLON Henry (dir.), *Les élections présidentielles et législatives de 2007*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 421-461.
- GAUCHET Marcel, *L'Avènement de la démocratie*, vol. I, Paris, Gallimard, coll. «Bibliothèque des sciences humaines», 2007.
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2005.
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «Prolégomènes à une étude renouvelée du fédéralisme», dans GAUDREAU-DESBIENS Jean-François et GELINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Gouvernance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2005, p. 3-50.
- GAUDREAU-DESBIENS Jean-François, «The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments : A Thought Experiment», dans OTIS Ghislain et PAPILLON Martin (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 51-81.
- GIRARD Camil et BRISSON Carl, *Reconnaissance et exclusion des peuples autochtones au Québec. Du Traité d'alliance de 1603 à nos jours*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018.
- GRINDE Donald A. et JOHANSEN Bruce E., *Debating Democracy: Native American Legacy of Freedom*, Santa Fe, Clear Light Publishers, 1998.
- GROTIUS Hugo, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* [1625; The Law of War and Peace], vol. II, Trad. Francis W. KELSEY, Oxford, Clarendon Press 1925.
- GEMAR Jean-Claude, *Traduire ou l'art d'interpréter*, t. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1995.
- GENEST Gérald, «Le code de Montravel, le code oublié (1854)», dans HAGE Armand et FABERON Jean-Yves (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 221-232.
- GENTILIS Alberici, *De iure belli, Libri III*, Nunc primum in lucem editi, Hanoviae, Guilielmus Antonius, 1598.
- GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin, BEAULIEU Alain (dir.), *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013.
- GESLIN Albane, «De l'entre-soi à l'entre-autre(s) : enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones», dans TOURME-JOUANNET Emmanuelle, MUIR WATT Horacia, DE FROUVILLE Olivier et MATRINGE Jean (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, p. 139-175.

- GESLIN Albane, « L'apport des postcolonial studies à la recherche en droit international », dans GESLIN Albane, HERRERA Carlos Miguel et PONTHEOREAU Marie-Claire (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 159-186
- GIBSON Gordon, *A New Look at Canadian Indian Policy*, Calgary, Fraser Institute, 2009.
- GILLE Bernard, « Le protectorat de la France sur Wallis et Futuna », dans HAGE Armand et FABERON Jean-Yves (dir.), *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 273-280.
- GIRAUDEAU Géraldine, « Le droit international et les transitions constitutionnelles », dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 19-28.
- GLENN Patrick H., *Legal traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 3<sup>e</sup> éd., 2007.
- GOHIER Maxime, « Les politiques coloniales françaises et anglaises à l'égard des Autochtones » dans GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin, BEAULIEU Alain (dir.), *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 113-134.
- GOHIN Olivier, « La Constitution française contre les droits de l'homme : le précédent de la restriction du suffrage en Nouvelle-Calédonie », dans *L'équilibre des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 187-210.
- GOLTZBERG Stefan, « Chapitre III. Les greffes juridiques », dans GOLTZBERG Stefan (éd.), *Le droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 65-96.
- GOURDEAU Éric, « Le Québec et la question autochtone », dans GAGNON Alain-G., *Québec : État et société*, Montréal, Éditions Québec Amérique, 1994, p. 329-356.
- GRAFF Stéphanie, « Autodétermination et décolonisation externe » dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 180-188.
- GRAMMOND Sébastien, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Montréal, Yvon Blais, 1995.
- GRAMMOND Sébastien, *Aménager la coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- GRENAND Françoise et GRENAND Pierre, *Les Amérindiens. Des peuples pour la Guyane de demain*, Paris, Orstom - Institut français de Recherche scientifique pour le Développement en Coopération, 1990.
- GUENETTE Dave, « Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées. L'expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences », dans BINETTE Amélie et TAILLON Patrick (dir.), *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2018, p. 181-203.
- GUENETTE Dave and MATHIEU Félix, « Le Renvoi relatif à la sécession du Québec, 20 ans plus tard : fédéralisme, démocratie, constitutionnalisme et protection des minorités », dans GUENETTE Dave and MATHIEU Félix (dir.), *Ré-imaginer le Canada : vers un État multinational ?*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2019, p. 3-26.
- GUILLAUME Pierre, « Nationalité et citoyenneté en France, au Québec et au Canada. Approche historique », dans COLAS Dominique, EMERI Claude et ZYLBERBERG Jacques (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 103-110.
- GUILLAUME Sylvie, « Citoyenneté et colonisation », dans COLAS Dominique, EMERI Claude et ZYLBERBERG Jacques (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 123-136.
- GUILBEAULT-CAYER Émilie, *La crise d'Oka. Au-delà des barricades*, Montréal, Septentrion, 2013.



- GUPTA Priya S., « Transnational Property Law », dans ZUMBANSEN Peer (éd.), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 531-554.
- GUYON Stéphanie et TREPIED Benoît, « Les autochtones de la République : Amérindiens, Tahitiens et Kanak face au legs colonial français », dans BELLIER Irène (dir.), *Peuples autochtones dans le monde, les enjeux de la reconnaissance*, L'Harmattan, 2013, p. 93-112.
- HARIWANARI Tiffanie, « Le Grand Conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges : Amorce d'un dialogue en Guyane », dans AUBERTIN Catherine et NIVART Anne (dir.), *La nature en partage : Autour du protocole de Nagoya*, Marseille, IRD Éditions, 2021, p. 241-248.
- HART Herbert L. A., *Le concept de droit*, trad. par VAN DE KERCHOVE Michel, Bruxelles, Publications universitaires de Saint-Louis de Bruxelles, 1976.
- HAVARD Gilles, *The Great Peace of Montreal of 1701: French-Native Diplomacy in the Seventeenth Century*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2001.
- HAVARD Gilles, *Histoire de l'Amérique française*, Paris, Flammarion, 2019.
- HAVARD Léa, « Regard postcolonial sur la construction du peuple calédonien : une décolonisation équivoque », GESLIN Albane, HERRERA Carlos Miguel et PONTTHOREAU Marie-Claire (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 67-89.
- HAYAT Samuel, PENEAU Corinne et SINTOMER Yves (dir.), *La représentation avant le gouvernement représentatif*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020.
- HELLER Hermann, *La crise de la théorie de l'État*, Paris, Dalloz, 2012.
- HERRERA Carlos Miguel, « Ce que le postcolonialisme ferait au constitutionnalisme. Pour une critique de la raison constitutionnelle », dans GESLIN Albane, HERRERA Carlos Miguel et PONTTHOREAU Marie-Claire (dir.), *Postcolonialisme et droit : perspectives épistémologiques*, Paris, Éditions Kimé, 2020, p. 133-158.
- HIRSCHMAN Albert, *Bonheur privé, action publique*, Paris, Fayard, 1983.
- HIRSCHMAN Albert, *Face au déclin des entreprises et des institutions*, Paris, Les éditions ouvrières, 1972.
- HOBBS Thomas, *Léviathan*, Paris, Folio, 2007.
- HOURQUEBIE Fabrice, « Droits coutumiers et droits fondamentaux, l'impensable rencontre ? » dans HOURQUEBIE Fabrice (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 11-15.
- HURAUULT Jean-Marcel, *Français et Indiens en Guyane*, Paris, Union Générale d'édition, 1972.
- IBBITSON John, KYMLICKA Will et al. (eds.), *Uneasy Partners : Multiculturalism and Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007.
- INSTITUTE ON GOVERNANCE, *Building a community Constitution : a Handbook for Anishinabek First Nations*, Prepared by Institute on Governance in Collaboration with Sagamok Anishnawbek First Nation and Canadian Executive Services Organization, Aboriginal Services, 2001.
- JACCOUD Mylène et al., « Le pluralisme juridique en contexte atikamekw nehirowisiw dans le secteur pénal et la protection de la jeunesse », dans OTIS Ghislain (dir.), *La rencontre des systèmes juridiques autochtones et étatiques : confrontation ou coopération ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 11-46, spé. p. 20.
- JACCOUD Mylène, « Justice et peuples autochtones au Québec : une autodétermination relative », dans GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin et BEAULIEU Alain (dir.), *Les Autochtones et Le Québec : des premiers Contact au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 233-254.
- JACOB Jean-Pierre et LE MEUR Pierre-Yves, « Introduction », dans JACOB Jean-Pierre et LE MEUR Pierre-Yves (dir.), *Politique de la terre et de l'appartenance. Droits fonciers et citoyenneté locale dans les sociétés du Sud*, Paris, Karthala, 2010, p. 5-60.

- JACOBS Lesley A., *Portrait de la conscience juridique des électeurs des Premières Nations : comprendre l'exercice du droit de vote*, Toronto, Élection Canada, 2009.
- JELLINEK Georg, *L'État moderne et son droit*, t. I, Paris, Éd. Panthéon-Assas LGDJ, 2005.
- JENSON Jane, « Reconnaître les différences : sociétés distinctes, régimes de citoyenneté, partenariats », dans LAFOREST Guy et GIBBINS Roger (dir.), *Sortir de l'impasse : les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 235-262.
- JOUANNO Chantal (dir.), *Débat public sur le projet Montagne d'Or en Guyane*, Paris, Commission nationale du débat public, 2018.
- JOYAU Marc, « Décentralisation, adaptation, autonomie », dans FABERON Jean-Yves (dir.), *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 83-97.
- JUSTER Alexandre, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie en 101 dates*, Paris, Les éditions de Moana, 2018.
- KANTOROWICZ Ernst, *Les deux corps du Roi*, Paris, Gallimard, 1989.
- KARPE Philippe et TIOUKA Alexis, « Au-delà du juridisme : la décolonisation progressive des Amérindiens de Guyane française », dans ELFORT Maude et ROUX Vincent (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 43-77.
- KENNEDY Archibald et PARKER James, *The importance of gaining and preserving the friendship of the Indians to the British interest, considered*, Yale University Library, New York, 1751.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1962.
- KELSEN Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruxelles/Paris, Bruylant LGDJ, 1997.
- KIRKBY Diane et COLEBORNE Catherine (eds.), *Law, History, Colonialism. The reach of empire*, Manchester, Manchester University Press, 2001.
- KOUBI Geneviève, « Droit et minorités dans la République française », dans FENET Alain, SCHULTE-TENCKHOFF Isabelle et Geneviève KOUBI (dir.), *Le droit et les minorités, analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 197-250.
- KYMLICKA Will, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- KYMLICKA Will, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit de minorités*, Paris, La Découverte, 2001.
- LACABANNE Julien, *La démocratie consociative. Forces et faiblesses du multiculturalisme*, Paris, Persée, 2016.
- LADNER Kiera L. et MCCROSSAN Michael, *La participation des Autochtones aux élections*, Ottawa, Élections Canada, Documents de travail sur la participation électorale et les pratiques de rayonnement, directeur général des élections du Canada, 2007.
- LAFARGUE Régis, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- LAFARGUE Régis, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, LGDJ, 2010.
- LAFARGUE Régis, *Le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2012.
- LAFARGE Régis, « Le contentieux classique de la terre », dans CORNUT Étienne et DEUMIER Pascale (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 104-143.
- LAFITAU Joseph François, *Mœurs des sauvages américains comparées aux mœurs des premiers temps*, t. I, Paris, Saugrain, 1724.
- LAFITAU Joseph-François, *Mœurs des sauvages américains, comparées aux mœurs des premiers temps*, Paris, Librairie d'éducation de Perisse Frères, 1845 [1724].
- LAINÉY Jonathan, *La « monnaie des Sauvages » : les colliers de wampum d'hier à aujourd'hui*, Sillery, Septentrion, 2004.

- LAINÉY Jonathan, « Les colliers de wampum comme support mémoriel : le cas du Two-Dog Wampum » dans GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin, et BEAULIEU Alain, *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 93-111
- LAJOIE Andrée, « Synthèse introductive », dans Andrée LAJOIE, Jean-Maurice BRISSON, Sylvio NORMAND, et Alain BISSONNETTE, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 1-60.
- LAJOIE Andrée et VERVILLE Pierre, « Les traités d'alliance entre les Français et les Premières Nations sous le régime français », dans LAJOIE Andrée, BRISSON Jean-Maurice, NORMAND Sylvio, et BISSONNETTE Alain, *Le statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1996, p. 158-171.
- LAMBERT Pierre, *Mœurs et superstitions des Néo-Calédoniens*, Nouméa, Publications de la société d'études historiques de la Nouvelle-Calédonie, Rééd. 1980 [1900].
- LARRIEU Jacques, « La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national », dans MARTRES Jean-Pascal et LARRIEU Jacques (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 35-46.
- LAS CASAS Bartolomé de, *Historiadores de Indias, Tomo. 1, Apologética historia de las Indias*, Madrid, Bailly/ Baillière Editores, coll. « Nueva biblioteca de Autores espanoles », 1909.
- LAURENT Aurélie, « La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen », dans HERVE-FOURNEREAU Nathalie et THERIAULT Sophie (dir.), *Peuples autochtones et organisations d'intégrations régionales. Pour une durabilité repensée des ressources naturelles et de la biodiversité ?*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, p. 115-140.
- LAVROFF Dmitri-Georges, « À propos de la représentation politique dans la France contemporaine », dans *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 451-467.
- LEBEGUE Sébastien, *Coutume Kanak*, Tahiti, Aux vents des îles, 2018.
- LECA Antoine et GILLE Bernard, *Histoire des institutions de l'Océanie française. Polynésie – Nouvelle-Calédonie – Wallis et Futuna*, Paris, L'Harmattan, 2009.
- LECA Antoine, « Un phénomène juridique nouveau entre Koutum et droit français : le droit civil coutumier kanak », dans SERMET Laurent (dir.), *Peuples autochtones : regards Pacifique*, Nouméa, Maison de la Mélanésie Paul de Deckker, 2016, p. 153-160.
- LECA Antoine, *Précis de droit civil coutumier kanak*, Aix-en-Provence, PUAM, 4<sup>e</sup> éd., 2019.
- LECLAIR Jean, « Le fédéralisme, un terreau fertile pour gérer un monde incertain », dans OTIS Ghislain et PAPILLON Martin (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 21-50.
- LECLAIR Jean et MORIN Michel, « Peuples autochtones et droit constitutionnel », dans BEAULAC Stéphane et GAUDREAU-DESBIENS Jean-François (dir.), *JurisClasseur Québec*, Montréal, LexisNexis, coll. « Droit public - Droit constitutionnel », 2017, p. 15/1 à 15/154.
- LE COUR GRANDMAISON Olivier, « De l'« extermination » à la « mise en valeur » des colonies : le triomphe de l'exception française (1885-1931) », dans LORIN Amaury (éd.), *Nouvelle histoire des colonisations européennes (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles). Sociétés, cultures, politiques*, Paris, PUF, coll. « Le Nœud Gordien », 2013, p. 153-166.
- LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999.
- LEENHARDT Maurice, *Gens de la Grande Terre*, Paris, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1953 [1937].
- LEENHARDT Maurice, *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Paris, Gallimard, 1985 [1947].
- LEPAGE Pierre, *Mythes et réalités sur les peuples autochtones*, Québec, Institut Tshakapesh et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 3<sup>e</sup> éd., 2019.

- LERICHE Luc, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020.
- LE ROY Étienne, « Sur le chemin de Kahnawake, décolonisations du droit et mondialisations », dans NOREAU Pierre et ROLLAND Louise (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal, Thémis, 2008, p. 495-517.
- LEVALLOIS Michel, « L'outre-Mer français. Les défis d'une décolonisation dans la République », dans BONNICHON Philippe, GENY Pierre et NEMO Jean (dir.), *Présences françaises outre-mer (XVI<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècles). Tome I — Histoire : périodes et continents*, Paris, Karthala, 2012, p. 873-902.
- LEVESQUE Carole, MICHEL Viviane et BUSSIERES Carole, *Femmes autochtones du Québec, 1974-2019*, Montréal, Institut national de la recherche scientifique-Dialog, 2019
- LIJPHART Arend, *Democracy in plural societies : A comparative exploration*, New Haven, Yale university press, 1977.
- LIJPHART Arend, *Democracies : Patterns of Majoritarian and Consensus government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 2<sup>e</sup> éd., 2012.
- LINGIBE Patrick, « Genèse de l'accès au droit en Guyane », dans PEYRAT Didier (dir.), *L'accès au Droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge éditions, 1998, p. 49-70.
- LISTON Mary, « Representing Jurisdiction: Decolonising Administrative Law in a Multijural State », dans VARUHAS Jason et WILSON STARK Shona (dir.), *The Frontiers of Public Law*, New York, Bloomsbury publishing, 2021, p. 177-204.
- LITTLE BEAR Leroy, « Aboriginal Rights and the Canadian "Grundnorm" », dans PONTING Rick J. (ed.), *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, Toronto, McClelland and Stewart, 1986, p. 243-245.
- LIVINGSTON William S., *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, Clarendon Press, 1956.
- LLEWELYN Karl N. et HOEBEL Adamson, *The Cheyenne Way : Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, University of Oklahoma Press, 1941.
- LOCHAK Danièle, « La citoyenneté : un concept juridique flou », dans COLAS Dominique, EMERI Claude et ZYLBERBERG Jacques (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, 1991, p. 179-207.
- LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992 [1690].
- LUCHAIRE François, *Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Economica, 2000.
- LYONS Oren, « Spirituality, Equality and Natural Law », dans LITTLE BEAR Leroy, BOLDT Menno et LONG Anthony (eds.), *Pathways to Self-Determination : Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1984, p. 5-14.
- MACKLEM Patrick, « Indigenous Peoples and the Ethos of Legal Pluralism in Canada », dans MACKLEM Patrick et SANDERSON Douglas (dir.), *From recognition to reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016, p. 17-34.
- MAITLAND Frédéric William, « Why the history of English law is not written », dans FISHER Hebert A.L. (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 1911.
- MAGNON Xavier, « La Nouvelle-Calédonie : "un pays à souveraineté partagée?" », dans *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé*, Rabat, Actes des journées d'études organisées par la Remald, 2009, p. 135-149.
- MALAU Atoloto, TAKASI Atonio, ANGLEVIEL Frédéric (dir.), *101 mots pour comprendre Wallis et Futuna*, Nouméa, îles de lumière, 1999.
- MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996.
- MARI Éric (de), « Conclusion », dans MARI Éric (de) et SAVARESE Éric (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 185-187.

- MARTRES Jean-Pascal et LARRIEU Jacques (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993.
- MASFERRER Aniceto, MODÉER Kjell A. et MORÉTEAU Olivier, «The emergence of comparative legal history», dans MORÉTEAU Olivier, MASFERRER Aniceto, et MODÉER Kjell A. (éds.), *Comparative Legal History*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 1-28.
- MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, LGDJ, 2017.
- MAUNIER René, *Sociologie coloniale. t. 1. Introduction à l'étude du contact des races*, Paris, Montchrestien, 1932.
- MAUNIER René, «Les caractères de l'Empire colonial français», dans KEYNES John Maynard et al., *Mélanges économiques et sociaux offerts à Emilie Witmeur*, Paris, Sirey, 1939, p. 239-256.
- MAUNIER René, *L'empire français : propos et projets*, Paris, Sirey, 1943.
- MAUREL Édouard, *Histoire de la Guyane française*, Paris, Éd. Challamel et Compagnie, 1889.
- MAUS Didier, «La mise en œuvre institutionnelle de la Communauté», dans OULMONT Philippe et VAISSE Maurice (dir.), *De Gaulle et la décolonisation de l'Afrique subsaharienne*, Paris, Karthala, 2014, p. 43-54.
- MCHUG Paul, *Aboriginal Societies and the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- MEJIA MESA Oscar, «Le livre blanc et l'autodétermination des peuples autochtones au Canada», dans GUIMONT MARCEAU Stéphane, ROY Jean-Olivier et SALEE Daniel (dir.), *Peuples autochtones et politiques au Québec et au Canada. Identités, citoyennetés et autodétermination*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 113-134.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «La République française et la Nouvelle-Calédonie : réussir (enfin) une décolonisation ?», dans MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, t. 2, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 1239-1249.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, «L'apport des outre-mer à l'édification d'un droit constitutionnel territorial», dans MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand et al. (dir.), *Constitutions, peuples et territoires. Mélanges en l'honneur d'André Roux*, Paris, Dalloz, 2022, p. 333-344
- MENY Yves (dir.), *Les politiques du mimétisme juridique. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- MERLE Isabelle et Adrian MUCKLE, *L'indigénat. Genèses dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie*, Paris, CNRS Éditions, 2019.
- MERLE Isabelle, «Du sujet à l'autochtone en passant par le citoyen. Les méandres, enjeux et ambiguïtés de la définition du statut des personnes en situation coloniale et post coloniale», dans FAUGERE Elsa et MERLE Isabelle (dir.), *La Nouvelle-Calédonie, nouveaux enjeux, nouveaux terrains*, Paris, Karthala, 2008, p. 19-36.
- MESSARRA Antoine, «Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme», dans GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François et GELINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états / The States and Moods of Federalism – Gouvernance, identité et méthodologie / Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 227-260.
- MICHAELS Ralf, «The Functional Method of Comparative Law» dans REIMANN Mathias and ZIMMERMANN Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford Handbooks Online, 2006, p. 340-373.
- MICHALON Thierry, «Commentaire : les aspects institutionnels de l'avant-projet de 1984», dans MARTRES Jean-Pascal et LARRIEU Jacques (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 153-164.
- MICHALON Thierry, *L'outre-mer français. Évolution institutionnelle et affirmations identitaires*, Paris, L'harmattan, 2009.

- MICHALSEN Dag, « Methodological perspectives in comparative legal history: an analytical approach », dans MORÉTEAU Olivier, MASFERRER Aniceto, et MODÉER Kjell A. (eds.), *Comparative Legal History*, Northampton/Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 96-109.
- MIÉVILLY Sabine, « Les Amérindiens de Guyane : entre l'inexistence et la sous citoyenneté », dans CENTRE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES CARAÏBÉENNES (dir.), *Servitude et oppression dans les Amériques de la période coloniale à nos jours*, Paris, Karthala, 2000, p. 211-233.
- MILLER Jim R., *Le Canada et les peuples autochtones, 1867-1927*, Ottawa, La Société historique du Canada, 1997.
- MILLOY John, *Indian Act Colonialism : A Century Of Dishonour, 1869-1969*, Montréal, Research Paper for the National Centre for First Nations Governance, 2008.
- MILLS Antonia, *Eagle Down Is Our Law : Witsuwit'en Law, Feasts, and Land Claims*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1994.
- MINISTÈRE DE LA MARINE ET DES COLONIES, *Les colonies françaises en 1883*, Paris, Éd. Berger-Levrault, 1883.
- MOLLOY Tom, *The World Is Our Witness : The Historic Journey of the Nisga'a into Canada*, Calgary, Fifth House, 2000.
- MONOD Jean-Claude, *Qu'est-ce qu'un chef en démocratie ? Politiques du charisme*, Paris, Éditions du Seuil, 2017 [2012].
- MONTESINOS Antonio (de), *Christmas Eve Sermon of 1511 on Just Treatment of Indians*, Berkley Center, Georgetown University, 2021 [1511].
- MONTURE-ANGUS Patricia, *Thunder in My Soul: A Mohawk Woman Speaks*, Halifax, Fernwood Publishing, 1995.
- MORÉTEAU Olivier, « Premiers pas dans la comparaison des droits », dans GEMAR Jean-Claude et KASIRER Nicholas (eds.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal, Thémis, 2005, p. 407-430.
- MORIN Françoise, « Vers une déclaration universelle des droits des peuples autochtones », dans GIORDAN Henri (dir.), *Les minorités en Europe. Droits linguistiques et droits de l'Homme*, Paris, Kimé, 1992, p. 493-510.
- MORIN Françoise, « Les Nations Unies à l'épreuve des peuples autochtones », dans GROS Christian et STRIGLER Claude (dir.), *Être indien dans les Amériques*, Paris, Éditions de l'Institut des Amériques et de l'IIHEAL, 2006, p. 43-54.
- MORIN Françoise, *La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones à l'épreuve du temps (2007-2012)*, Montréal, Cahier DIALOG n° 2012-05, 2012.
- MORIN Michel, *L'usurpation de la souveraineté autochtone : le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Montréal, Édition Boréal, 1997.
- MORIN René, *La construction du droit des autochtones par la Cour suprême du Canada. Témoignages d'un plaideur*, Montréal, Septentrion, 2017.
- MORIN Victor et DELORME Michel, *Procédure des assemblées délibérantes*, Montréal, Beauchemin, 1994.
- MORSE Bradford W., « Indigenous Law and State Legal System : Conflict and Compatibility », dans MORSE Bradford W. et WOODMAN Gordon R., (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1987, p. 101-120.
- MORSE Bradford W. et WOODMAN Gordon R., « The State's Options », dans MORSE Bradford W. et WOODMAN Gordon R. (dir.), *Indigenous Law and the State*, Dordrecht, Foris Publications, 1987, p. 5-24.
- MOSS Wendy et GARDNER-O'TOOLE Elaine, *Les Autochtones : historique des lois discriminatoires à leur endroit*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1991.

- MOTARD Geneviève, « Le gouvernement de l'Eyou-Istchee-Baie-James : Une forme novatrice de gouvernance consensuelle au Canada », dans BERDAHL Loleen, TUOHY Carolyn et JUNEAU André (dir.), *Régions, ressources et résilience : état de la fédération 2012*, Montréal, Presses de l'Université de McGill, 2015, p. 145-164.
- MULIER Thibaud, « La constitution du peuple par la réclamation », dans ROUSSEAU Dominique (dir.), *Réclamer en démocratie*, Paris, Mare & Martin, 2020, p. 457-495.
- NAPOLEON Val, « Aboriginal discourse : Gender, identity and community », dans RICHARDSON Benjamin J., IMAI Shin et MCNEIL Kent (dir.), *Indigenous peoples and the law : Comparative and critical perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 233-256.
- NEAOUTYNINE Paul, « Débat », dans DECKKER Paul (de) et FABERON Jean-Yves (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 505-508.
- NERON André, « Rapport du conseil général de la Guyane avec les autorités coutumières amérindienne et bushinengué » dans ELFORT Maude et ROUX Vincent (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-Marseille, PUAM, 2013, p. 25-42.
- NEVEU Lily Pol, « Théories normatives contemporaines sur la reconnaissance et les droits des cultures minoritaires : les peuples autochtones et l'État », dans BEAULIEU Alain et GOHIER Maxime (dir.), *Les Autochtones et l'État*, Montréal, Chaire de recherche du Canada sur la question territoriale autochtone, 2008, p. 239-265.
- NEWMAN Jacquetta, « Acting in and on History: The Canadian Women's Movement », dans BICKERTON James et GAGNON Alain-G., *Canadian Politics*, 7<sup>e</sup> éd., Toronto University of Toronto Press, 2020, p. 397-419.
- NICOLAS Guylène, « le rôle des autorités et institutions coutumières », dans CORNUT Étienne et DEUMIER Pascale (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 338-353.
- NOOTENS Geneviève, « "Nous, les peuples" Fédéralisme et démocratie dans l'État plurinational », dans SEYMOUR Michel et LAFOREST Guy (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, coll. « Diversitas », 2011, p. 21-36.
- NOREAU Pierre, « Autonomie et gouvernance : nouvelles formes de la relation politique », dans OTIS Ghislain et PAPILLON Martin (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 207-211.
- OESTREICH LURIE Nancy, « The Contemporary American Indian Scene », dans BURKE LEACOCK Eleanor et OESTREICH LURIE Nancy (eds.), *North American Indians in Historical Perspective*, Illinois, Waveland press, 1971, p. 418-480.
- OOSTEN Jarich, LAUGRAND Frederic et RASING Wim, (dir.), *Entrevues avec des aînés inuits. Perspectives sur le Droit traditionnel*, vol. 2, Iqaluit, Nunavut Arctic College, 1999.
- ORFILA Gérard, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- O'REILLY Patrick, *Calédoniens : répertoire bio-bibliographique de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Musée de l'Homme, 1953.
- ÖRÜCÜ Esin et NELKEN David (eds), *Comparative Law : A Handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- OST François, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- O'SULLIVAN Dominic, « *We Are All Here to Stay* ». *Citizenship, Sovereignty and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Canberra, Australian University Press, 2020.
- OTIS Ghislain, « Les droits des Kanak sur la terre ancestrale », dans OTIS Ghislain (dir.), *Le titre ancestral kanak dans le droit positif en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Institut Louis Joinet, 2021, p. 17-63, spé. p. 20-23.

- OTIS Ghislain (dir.), *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.
- OTIS Ghislain et CHICOINE-WILSON Charlotte, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, Ottawa, Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 2014.
- OTIS Ghislain, *Étude comparative des droits des peuples autochtones et du pluralisme juridique : le cas canadien*, Rapport soumis aux membres du groupe de recherche Pacifique dans le cadre du projet « État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité » (CRSH 2013-2018), 2014.
- OTIS Ghislain, « L'individu comme arbitre des tensions entre pluralisme juridique et droits fondamentaux », dans HOURQUEBIE Fabrice (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 65-82.
- OTIS Ghislain, « La gestion du pluralisme juridique : définitions et approches », dans OTIS Ghislain, LECLAIR Jean et THERIAULT Sophie, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 7-29.
- OTIS Ghislain et THERIAULT Sophie, « Les procédés de gestion du pluralisme juridique », dans OTIS Ghislain, LECLAIR Jean et THERIAULT Sophie, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 31-69.
- OTIS Ghislain, « Manifestations et enjeux du pluralisme juridique pour les peuples autochtones », dans BELLIER Irène (dir.), *Justices et droits des peuples autochtones*, Paris, Rencontre du réseau thématique international JUSTIP (CNRS), 2022, actes en cours de publication.
- PACTEAU Bernard, « Colonisation et justice administrative », dans MASSOT Jean (dir.), *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVII<sup>e</sup> siècle à 1962*, Paris, Dalloz, 2007, p. 49-71.
- PAGE Jeanne, *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'Outre-mer aux « pays d'Outre-mer »*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001.
- PAINE Thomas et FONER Philip S. (ed.), *The Complete Writings of Thomas Paine*, New York, Citadel Press, 1945.
- PAPILLON Martin, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'état canadien et les peuples autochtones », dans GAGNON Alain-G., (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain : Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 461-485.
- PAPILLON Martin, « Les traités avec les peuples autochtones : un 5<sup>e</sup> pilier de l'ordre constitutionnel canadien ? », dans MATHIEU Félix et GUENETTE Dave, *Ré-imaginer le Canada : vers un État multinational ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, coll. « diversité et démocratie », 2019, p. 395-417.
- PARISOT Valérie et SANA-CHAILLE DE NERE Sandrine, « la méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », dans CORNUT Étienne et DEUMIER Pascale (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 404-486.
- PASTOREL Jean-Paul, « Retour sur le protectorat », dans DAVID Carine (dir.), *L'Océanie dans tous ses États. Mélanges à la mémoire de Guy Agniel*, Schœlcher, Laboratoire caribéen de sciences sociales, 2020, p. 127-137
- PECHBERTY Dominique, « Le lavelua et sa succession à Uvéa (île de Wallis) » dans FABERON Jean-Yves et HAGE Armand (dir.), *Mondes Océaniens. Etudes en l'honneur de Paul de Deckker*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 91-99.
- PERIE Jean, *Administrateur des colonies, non repenté - Souvenirs*, Paris, Pensée universelle, 1994.
- PERTUSATI Linda, *In Defense of Mohawk Land: Ethnopolitical Conflict in Native North America*, Albany, Suny Press, 1997.



- PHILIPPE Xavier, « La refondation de l'État de droit sur la multiplicité culturelle : l'exemple de l'Afrique du Sud », dans DECKKER Paul (de) et FABERON Jean-Yves, *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 331-346.
- PHILIPPE Xavier, « Plurijuridisme constitutionnel et droits coutumiers en Afrique du Sud », dans BERGEL Jean-Louis (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, p. 301-319.
- PHILIPPE Xavier, « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essai de typologie des transitions », dans PHILIPPE Xavier et DANELCIUC-COLODROVSKI Natasa (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 15-23.
- PIANTONI Frédéric, *Histoire et mémoire des immigrations en région et dans les départements d'outre-mer*, Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, Rapport final de recherche – L'ACSé, marché n° 200635, 2008.
- PIERRE-CAPS Stéphane, *La multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995.
- PIERRE-CAPS Stéphane, « L'ordre juridique français et les situations minoritaires locales », dans LE POURHIET Anne-Marie, *Droit constitutionnel local*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, p. 97-118.
- PITKIN Hanna F., *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- POIRIER Johanne, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans GAUDREAU-DESBIENS Jean-François et GELINAS Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états: Gouvernance, identité et méthodologie/The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 441-474.
- POMERANCE Micha, *Self-Determination in Law and Practice*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.
- PONCET Alexandre, *Histoire de l'île Wallis. Tome 2 : Le protectorat français*, Paris, Société des Océanistes, 1972.
- POTVIN Chantale, *Le génocide culturel camouflé des Indiens : parcours d'un rescapé des pensionnats autochtones*, Montréal, Québec-Livres, 2014.
- POULIQUEN Monique, *Doléances des peuples coloniaux à l'Assemblée nationale constituante (1789-1790)*, Paris, Archives nationales, 1989.
- POUSSIN-DELMAS Marie-Anne (dir.), *Wallis et Futuna. Rapport annuel 2018*, Paris, Institut d'Émission d'outre-mer, 2019.
- PRICE Richard et PRICE Sally, *Les Marrons*, La Roque d'Anthéron, coll. « Vents d'ailleurs », 2<sup>e</sup> éd., 2004.
- PRICE Richard, « Le massacre de Moiwana », dans PRICE Richard (dir.), *Peuple Saramaka contre État du Suriname. Combat pour la forêt et les droits de l'Homme*, Paris, Karthala, coll. « Esclavages », 2012, p. 97-117.
- PROMISLOW Janna, « Deciding on the future : First Nations Ratification Processes, Crown policies, and the Making of Modern Treaties », dans ALBERT Richard et STACEY Richard (dir.), *The Limits and Legitimacy of Referendums*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 202-240.
- RATUVA Steven, « L'éléphant et le Maharadjah : l'ingénierie constitutionnelle dans les sociétés complexes en transition », dans BOYER Jean-Marc et al. (dir.), *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 29-40.
- RAU Éric, *Institutions et Coutumes canaques*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- RAUDOT Antoine Denis, dans BERTHIAUME Pierre (ed.), *Relations par lettres de l'Amérique septentrionale*, Laval, Presses de l'Université Laval, 2018 [1724].

- RENAN Ernest, « Qu'est-ce qu'une nation ? Conférence prononcée le 11 mars 1882 à la Sorbonne », dans FOREST Philippe (dir.), *Qu'est-ce qu'une nation ? Littérature et identité nationale de 1871 à 1914*, Paris, Bordas Éditeur, 1991, p. 41.
- RENNER Karl, *Die Nation, Mythos und Wirklichkeit* (La Nation, mythe et réalité), Wien, Europa Verlag, 1964.
- RENOUX-ZAGAME Marie-France (dir.), *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003.
- ROBERT Henry M. et al., *Robert's Rules of Order Newly Revised*, New York, PublicAffairs, 12<sup>e</sup> éd., 2020.
- ROCHER Guy, « Le “regard oblique” du sociologue sur le droit », dans NOREAU Pierre (dir.), *Dans le regard de l'autre / In the eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 57-73.
- RODON Thierry, *En partenariat avec l'État : les expériences de cogestion des autochtones du Canada*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003.
- RODON Thierry, *Les apories des politiques autochtones au Canada*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019.
- ROUGIER Jean-Claude-Paul, *Précis de législation et d'économie coloniale*, Paris, Éd. L. Larose, 1895.
- ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1975.
- ROSANVALLON Pierre, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.
- ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988.
- ROULAND Norbert, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991.
- ROULAND Norbert, « La coutume et le droit », dans DECKKER Paul (de) (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 19-48.
- ROULAND Norbert, « Rapport de synthèse », dans DECKKER Paul (de) (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 297-302.
- ROULAND Norbert, « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », dans LE POURHIET Anne-Marie (dir.), *Droit constitutionnel local*, Aix-en-Provence, PUAM-Economica, 1999, p. 145-226.
- ROUX VINCENT, « L'autodétermination des peuples autochtones : le cas complexe de Mayotte », dans ELFORT Maude et ROUX Vincent (dir.), *La question autochtone sur le plateau des Guyanes*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, p. 133-149.
- ROUSSEAU Dominique, « Le temps de la constitution dans les transitions politiques », dans PHILIPPE Xavier et DANELCIUC-COLODROVSKI Natasa (dir.), *Transitions constitutionnelles et Constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 225-230.
- ROUSSEAU Dominique, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.
- SACCO Rodolfo, *Anthropologie juridique, apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- SALA-MOLINS Louis, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 1987.
- SALEILLES Raymond, « Conception et objet de la science du droit comparé », dans SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Congrès international de droit comparé 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. 1, Paris, LGDJ, 1905, p. 167-169.
- SANGSTER Joan, *One Hundred Years of Struggle: The History of Women and the Vote in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2018.
- SAUSSOL Alain, *L'héritage : Essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, 1979.
- SCHIAVONE Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008 [2006].
- SCHMITT Carl, *La dictature*, Paris, Éd. du Seuil, 2000.

- SCHOUTEN Guillaume, *Description du merveilleux voyage de Guillaume Schouten, Hollandois natif de Hoorn, fait des années 1615, 1616, 1617, 1618*, Amsterdam, chez Guillaume Ianfon, 1618.
- SCHREINER Alfred, *Essai historique : la Nouvelle-Calédonie depuis sa découverte (1774) jusqu'à nos jours*, Paris, Éd. E. Dentu, 1882.
- SCHULTE-TENCKHOFF Isabelle, *La question des peuples autochtones*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1997.
- SCOTT Tracie Lea, *Postcolonial Sovereignty ? The Nisga'a Final Agreement*, Saskatoon, Purich Publishing, 2012.
- SERMET Laurent, *Une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'Océan Indien*, Paris, Éditions des Archives contemporaines, 2009.
- SERMET Laurent, « Normativité, juridicité et pluralisme. De quelques enseignements tirés de la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones » dans OTIS Ghislain (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, p. 201-243.
- SERMET Laurent, « Équilibres et déséquilibres institutionnels en Nouvelle-Calédonie : le sénat coutumier en question. Note sous TA de Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie et autres », dans SERMET Laurent (dir.), *Peuples autochtones : regards Pacifique*, Nouméa, Maison de la Mélanésie Paul de Deckker, 2016, p. 161-188.
- SEYMOUR Michel, « Le fédéralisme multinational en question. Problèmes et perspectives », dans SEYMOUR Michel et LAFORÉST Guy (dir.), *Le fédéralisme multinational. Un modèle viable ?*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2011, p. 9-20.
- SIHAZE Pascal, « Les valeurs mélanésiennes », dans FABERON Florence (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 43-44.
- SIMPSON Audra, *Mohawk Interruptus. Political life across the borders of settler states*, Durham, Duke University press, 2014.
- SINGARAVELOU Pierre, « Situations coloniales et formations impériales : approches historiographiques », dans SINGARAVELOU Pierre (dir.), *Les Empires coloniaux (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Paris, Le Seuil, coll. « Points Histoire », 2013, p. 9-35.
- SMITH Keith D., *Strange Visitors: Documents in Indigenous-Settler Relations in Canada from 1876*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.
- SORIANO Éric, « Le jeu des droits indigènes. Des "Blancs" pour une citoyenneté indigène dans la Nouvelle-Calédonie de l'après indigénat (1948-1963) » dans MARI Éric (de) et SAVARESE Éric (dir.), *La fabrique coloniale du citoyen. Algérie, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, 2019, p. 63-77.
- SUR Serge, *L'interprétation en droit international public*, vol. LXXV, Paris, LGDJ, 1974.
- SWAIN Harry, *Oka : A Political Crisis and its Legacy*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 2010.
- TATUM Melissa L., JORGENSEN Miriam, GUSS Mary E. et DEER Sarah, *Structuring Sovereignty : Constitutions of Native Nations*, Los Angeles, UCLA American Indian Studies Center, 2014.
- THERRIEN Jean-Marie, *Parole et pouvoir. Figure du chef amérindien en Nouvelle-France*, Montréal, L'Hexagone, 1986.
- TERRIER Christiane, *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2010.
- THIELLAY Jean-Pierre, *Le droit des outre-mers*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2011.
- TIOUKA Alexis et FERRARINI Hélène, *Petit guerrier pour la paix. Les luttes amérindiennes racontées à la jeunesse (et à tous les curieux)*, Matoury – Guyane, Ibis Rouge Éditions, 2017.
- TIOUKA Félix et APPOLINAIRE Thomas, *Paroles kali'na : Entretiens avec deux amérindiens d'en France*, Paris, Éd. Pandolfi-Crozier, 2018.

- TJIBAOU Jean-Marie, « Notre identité est devant nous », dans BENSA Alban et WITTERSHEIM Éric (dir.), *La Présence kanak*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 195-211.
- TREMBLAY Roland, « La présence autochtone dans le Québec méridional avant l'arrivée des Européens », dans GERVAIS Stéphan, PAPILLON Martin et BEAULIEU Alain (dir.), *Les Autochtones et le Québec : Des premiers contacts au Plan Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2013, p. 37-54.
- TREPIED Benoît, *Une mairie dans la France coloniale. Koné, Nouvelle-Calédonie*, Paris, Karthala, coll. « Recherches internationales », 2010.
- TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994.
- TROPER Michel, *La Philosophie du droit*, Paris, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2018.
- TSHEFU Émile, « La diversité des sources du droit en Guyane », dans PEYRAT Didier et GOUGIS-CHOW CHINE Marie-Alice, *L'accès au droit en Guyane*, Cayenne, Ibis rouge Éditions, 1998, p. 89-100.
- TULLY James, *Strange Multiplicity : Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- TULLY James, *Une étrange multiplicité : le constitutionnalisme à une époque de diversité*, trad. Jude DES CHENES, Pessac, Québec, Presses universitaires de Laval et de Bordeaux, 1999.
- TULLY James, « Aboriginal Peoples. Negotiating Reconciliation », dans BICKERTON James et GAGNON Alain-G. (dir.), *Canadian Politics*, Peterborough, Broadview Press, 3<sup>e</sup> éd., 1999, p. 413-441.
- TUSSEAU Guillaume, « Réconcilier le pluralisme juridique et le constitutionnalisme : nouvelles trajectoires pour la théorie juridique dans l'âge de la mondialisation »/« Reconciling Legal Pluralism and Constitutionalism: New Trajectories for Legal Theory in the Global Age - Questionnaire », dans TUSSEAU Guillaume (ed.), *Debating Legal Pluralism and Constitutionalism. New Trajectories for Legal Theory in the Global Age*, Suisse, Éd. Springer, 2020, p. 333-340.
- UNION DES CHEFS INDIENS DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, *A Declaration of Indian Rights : The B.C. Indian Position Paper*, Vancouver, Union Of B.C. Indian Chiefs, 1970.
- UNION NATIONALE POUR L'INDEPENDANCE, *Kanaky - Nouvelle-Calédonie, un État souverain en Océanie. Contribution de l'UNI à la détermination de l'avenir politique et institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, UNI, 2020.
- URBAN Yerri, « Les Marrons et le droit en Guyane française de 1836 à la "francisation" », dans MOOMOU Jean (dir.), *Sociétés marronnes des Amériques. Mémoires, patrimoines, identités et histoire du XVII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècles*, Matoury, Ibis Rouge, 2015, p. 427-436.
- URBAN Yerri, « Coutume et citoyenneté, des colonies aux collectivités d'outre-mer : Le point de vue du Droit », dans ADELL Nicolas (dir.), *Justices ultramarines*, Paris, PUF, 2018, p. 27-36.
- VANDERLINDEN Jacques, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.
- VANDERMEERSCH Damien, « Réparer pour que "justice soit faite" ou plutôt "que justice soit faite" pour réparer ? », dans PHILIPPE Xavier (dir.), *La justice face aux réparations des préjudices de l'histoire. Approche nationale et comparée*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 49-59.
- VAN HOECKE Mark, « Raisonement juridique et droit comparé », dans CARTUYVELS Yves (dir.), *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, p. 53-75.
- VANNIER Guillaume, « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme », dans TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles, Actes du colloque du 4-5 novembre 1994*, Paris, L'harmattan, 1997, p. 119-140.
- VAN REYBROUCK David, *Contre les élections*, Paris, Acte sud, 2014.

- VERPEAUX Michel, « Les conséquences générales de la révision constitutionnelle de 2003 », dans FABERON Jean-Yves (dir.), *L'outre-mer Français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 31-42.
- VIDAL-NAQUET Ariane, « Pluralisme des expressions politiques, oppositions et alternances », dans FABERON Florence (dir.), *Diversité de la démocratie. Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie*, Nouméa, Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie, 2016, p. 111-113.
- VIMON Jack, « Commentaire : les aspects civils de l'avant-projet de 1984 », dans MARTRES Jean-Pascal et LARRIEU Jacques (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 117-128.
- VINCENT Sylvie, « La révélation d'une force politique : les Autochtones », dans DAIGLE Gérard, *Le Québec en jeu : Comprendre les grands défis*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1992, p. 749-790.
- VITORIA Francisco (de), *Political Writings*, Anthony PADGEN and Jeremy LAWRENCE, Cambridge, Cambridge University Press, [2012]1991, p. 231-292.
- WALLIS Samuel, *Voyages du Capitaine Cook, dans la mer du Sud, aux deux pôles, et autour du monde, premier, second et troisième, accompagnés des relations de Byron, Carteret et Wallis et d'une notice, ou nouveaux détails extraits de différents voyages plus récents, sur la Nouvelle-Hollande, la Nouvelle-Zélande, les îles de la Société, les îles des Amis, les Îles Sandwich, l'Indien Omai, et la révolte de l'équipage d'un vaisseau pour se fixer à Taïti, de 1764 à 1804*, Paris, Éd. Non précisée, 1811.
- WATSON Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.
- WATTS Ronald L., « Comparing Forms of Federal Partnerships », dans KARMIS Dimitrios et NORMAN Wayne (dir.), *Theories of Federalism: A Reader*, New York & Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2005, p. 233-254.
- WAUQUIEZ-MOTTE Laurent, « L'idée coloniale au miroir du Conseil d'État », dans MASSOT Jean (dir.), *Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français*, Paris, Dalloz, 2007, p. 73-85.
- WEBBER Jeremy, « We are still in the Age of Encounter : Section 35 and a Canada beyond Sovereignty », dans MACKLEM Patrick et SANDERSON Douglas (dir.), *From recognition to reconciliation. Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016, p. 63-99
- WEMA Luc, « La Parole du Sénat coutumier. À l'occasion de la proclamation et de la publication de la charte du peuple kanak, lors du Congrès du Pays kanak », dans SENAT COUTUMIER, *Charte du Peuple kanak. Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak*, Nouméa, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, 2014.
- WHITE Richard, trad. par COTTON Frédéric, *Le Middle Ground. Indiens, empires et républiques dans la région des Grands Lacs, 1650-1815*, Paris, Anarchasis, 2009 [2001].
- WILLIAMS Paul Kayanesenh, *Kayanerenkó:Wa : The Great Law of Peace*, Winnipeg, Presses de l'Université du Manitoba, 2018.
- WILSON John, « The Origins of the Maori Seats », dans BARGH Maria (dir.), *Maori and Parliament: Diverse Strategies and Compromises*, Wellington, Huia Publishers, 2015, p. 48-65.
- ZILLER Jacques, « Existe-t-il un modèle européen d'État pluriculturel ? », dans DECKKER Paul (de) et FABERON Jean-Yves (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 231-245.
- ZWEIGERT Konrad and KÖTZ Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 2. vol., traduit par Tony WEIR, Amsterdam, New York/ Oxford, North-Holland Publishing Co., 1977.

Les rapports sont référencés par État et par ordre chronologique

1. Canada

- DARLING Charles-Henry, «Rapport Darling, Report upon the exact state of the Indian Department and the Indian conditions: Aborigines in British possessions», 1834 [1828], vol. XLIV, *British Parliamentary Papers*, n° 617, section 3, Anthropology/Aborigines, p. 22-31.
- SIFTON Clifford, *Rapport annuel des Affaires indiennes*, Ottawa, Imp. Parliament, 1897.
- DEPARTMENT OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION, *Report of the Indian Affairs Branch for the Fiscal year ended, March 31, 1952*, Ottawa, Queen's printer, 1953.
- HAWTHORN Harry D., *A Survey of Contemporary Indians of Canada. Economic, Political, Educational Needs and Policies*, Ottawa, Indians Affairs Branch, Queen's Printer, vol. 1, 1966.
- DAUGHERTY Wayne et Dennis MADILL, *L'administration indienne en vertu de la législation relative aux Indiens, 1868-1951*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord, 1980.
- TAYLOR John Leonard, *Politique canadienne relative aux Indiens pendant l'entre-deux-guerres, 1918-1939*, Ottawa, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1984.
- LORTIE Pierre, *Pour une démocratie électorale renouvelée : rapport final*, vol. 1, Ottawa, Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, 1991.
- CARLSON Keith Thor, *Leadership Review, The Indian Act Election System, Traditional Sto:lo Socio-political Structures, and Recommendations for Change*, Rapport soumis à la Commission royale, 1993.
- HENDERSON James Youngblood, *Affirming treaty federalism*, Ottawa, étude présentée à la Commission royale sur les peuples autochtones, 5 mars 1993.
- ALFRED Gerald Taiaiake, *The Meaning of Self-Government in Kahnawake*, Publications Gouvernement Canada, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-62-eng.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-62-eng.pdf).
- MILEN Robert A., *Représentation des peuples autochtones au Canada. Tour d'horizon des questions importantes*, Publications Gouvernement Canada, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1994, en ligne : <https://data2.archives.ca/rcap/pdf/rcap-211.pdf>.
- RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Guide de la politique fédérale, Ottawa, Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995, disponible en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136>
- CARENS Joseph H., *La citoyenneté et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Publications Gouvernement Canada, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1995, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-106-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1991-1-41-106-fra.pdf).
- DUPUIS René, *Le gouvernement du Québec et l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Document préparé dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur les peuples autochtones, 1995.
- COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Une relation à redéfinir : première partie*, Ottawa, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, Groupe communications Canada, 1996, version pdf.

- MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Rassembler nos forces, le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*, Ottawa, Ministère des travaux publics et services gouvernementaux, 1997.
- PEELING Albert C., «Traditional Governance and Constitution Making among the Gitanyow», Préparé pour le Centre de Gouvernance des Premières nations, 2004, en ligne : [https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution\\_Making\\_Among\\_the\\_Gitanyow.pdf](https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution_Making_Among_the_Gitanyow.pdf)
- ALFRED Taiaiake Gerald and LOWE Lana, «Warrior Societies Taiaiake in Contemporary Indigenous Communities», *Ministère du Procureur général, Rapport préparé pour l'enquête sur Ipperwash*, 2005.
- INSTITUT DE DEVELOPPEMENT DURABLE DES PREMIERES NATIONS DU QUEBEC ET DU LABRADOR, *Protocole de consultation des Premières Nations du Québec et du Labrador*, Wendake, Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, 2005
- SAINT GERMAIN Gerry et DYCK Lillian Eva, *Élections chez les Premières Nations : une question de choix fondamental. Rapport du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones*, Ottawa, Sénat, 2010.
- RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, «Poids saillants du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones», *Gouvernement du Canada*, 2012, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100014597/1572547985018>
- RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, «Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador Rapport annuel - du 1er décembre 2005 au 31 mars 2007», *Gouvernement du Canada*, 2012, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1328023902556/1542907157752>
- COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, «Enfin une question de droits», *Commission canadienne des droits de la personne*, 2012, en ligne : <https://www.chrc-ccdp.gc.ca/fr/ressources/enfin-une-question-de-droits-partie-1>
- SENAT, «La voie à suivre – Visions autochtones au Sénat», *Sénat du Canada*, 2017, en ligne : <https://sencanada.ca/fr/sencaplus/nouvelles/la-voie-a-suivre-visions-autochtones-au-senat/>.
- PARADIS Kim, «“We shape our buildings and afterwards our buildings shape us”. La présence autochtone au sein des édifices du parlement», *Programme de stage parlementaire*, 2018, en ligne : <https://pip-psp.org/wp-content/uploads/2020/06/2018-19-Paradis-PIP-Paper-Final.pdf>.
- RELATIONS COURONNE-AUTOCHTONES ET AFFAIRES DU NORD CANADA, *Premières Nations maanulthes. Rapport annuel sur l'Accord définitif - 2014-2015*, Gouvernement du Canada, 2018.
- DYCK Lillian Eva et Scott TANNAS, Comment en sommes-nous arrivés là? Un regard franc et concis sur l'histoire de la relation entre les peuples autochtones et le Canada, Ottawa, Rapport provisoire du Comité sénatorial permanent des peuples autochtones, Sénat, 2019.
- ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS, «Fiche d'information. L'APN et le projet de loi C-15 : Loi concernant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones», *Assemblée des Premières Nations*, 2021, en ligne : [https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/05/C-15\\_Backgrounder\\_FRE-v2.pdf](https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/05/C-15_Backgrounder_FRE-v2.pdf).
- FRYER Sara et LEBLANC-LAURENDEAU Olivier, *Comprendre la compétence fédérale et les Premières Nations*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Publication n° 2019-51-F, 2021.

## 2. France

- AGENCE GENERALE DES COLONIES, *La Guyane française et le territoire de l'Inini*, Melun, Imprimerie administrative, 1933.
- CAPITANT René, *Rapport sur le projet de loi, Document Assemblée nationale n° 2199*, 1<sup>e</sup> session de 1966-1967, p. 1005 et s.
- HAUTECLOCQUE Baudouin (de), *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1), sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, organisant une consultation de la population des Comores*, Sénat, n° 73, 1974.
- TASCA Catherine, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi constitutionnelle (n° 937) relatif à la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée nationale, 1998.
- HYEST Jean-Jacques, *Rapport sur le projet de loi et le projet de loi organique adoptés par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence relatifs à la Nouvelle-Calédonie*, Sénat, session ordinaire de 1998-1999, document n° 180, tome 1, 28 janvier 1999, p. 220-223.
- QUENTIN Didier, *Rapport d'information sur la situation de l'immigration à Mayotte en conclusion des travaux d'une mission d'information présidée par M. René Dosière*, Assemblée nationale, n° 2932, 8 mars 2006.
- QUENTIN Didier, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 3404), adopté par le sénat après déclaration d'urgence, et le projet de loi (n° 3405), adopté par le sénat après déclaration d'urgence, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Sénat, n° 3593, 2007.
- Jean-Jacques HYEST, Michèle ANDRE, Christian COINTAT et Yves DETRAIGNE, *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités, Rapport d'information n° 115 ait au nom de la commission des lois*, Sénat, 27 novembre 2008.
- SENAT COUTUMIER (dir.), *Le Sénat coutumier. Les dix ans d'une institution*, Nouméa, Sénat coutumier, 2009.
- COURTIAL Jean et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Mission de réflexion sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, 2013, version en ligne : <https://www.drom-com.fr/medias/org-411/shared/2013-09-27-rapport-mission-avenir-institutionnel.pdf>
- COURTIAL Jean et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, La documentation française, Rapport officiel au Premier ministre, 2014.
- JOISSAINS Sophie et SUEUR Jean-Pierre, *Les îles Wallis et Futuna : assurer le développement dans le respect des spécificités locales*, Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois, 2014.
- LARCHER Serge, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer (1) comportant les actes du colloque organisé le 10 avril 2014 sur « Un kaléidoscope de l'autonomie locale : théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines »*, Sénat, 11 avril 2014, n° 452.
- CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2014. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, La Documentation française, 2015.
- DELAMAIRE Guy (dir.), *Wallis-et-Futuna. Rapport annuel 2014*, Paris, Institut d'émission d'Outre-mer, 2015.
- Hugues PORTELLI, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi constitutionnelle de MM. Gérard LARCHER et Philippe BAS tendant à assurer la représentation équilibrée des territoires* Sénat, 2015, n° 254.



- MOHAMED SOILHI Thani, DARNAUD Mathieu et LAUFOAULU Robert, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer*, Sénat, 2016.
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane*, J.O.R.F. du 12 mars 2017, texte n° 33.
- INSTITUT D'ÉMISSION DES DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER (IEDOM), *Guyane. Rapport annuel de 2016*, IEDOM, Paris, 2017.
- DEMMER Christine, *Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport de recherche final, Mission de recherche Droit & Justice, 2017.
- SENAT COUTUMIER, « Mandature 2017-2018, Orientation stratégique », *La Parole Journal d'information du Sénat coutumier*, n° 25, 2017.
- JULIEN-LAFERRIÈRE Hubert et RATENON Jean-Hugues, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux Outre-mer sur les évolutions institutionnelles dans les Outre-mer*, Assemblée nationale, 21 juin 2018, n° 1104, p. 31.
- COMMISSION NATIONALE DU DEBAT PUBLIC, *Débat public, Montagne d'or en Guyane, Compte rendu*, Paris, Commission nationale du débat public, 2018, p. 44.
- SENAT, *L'ouverture à la diversité : une spécificité néo-zélandaise, facteur de richesse pour le dialogue interparlementaire, Compte rendu du déplacement du groupe interparlementaire France – Nouvelle-Zélande à Auckland et Wellington*, Sénat n° CR 2018-14, 2018.
- QUEFFELEC Thierry, *Livret d'accueil administration supérieure, Wallis et Futuna*, préfecture des îles, 2019.
- SENAT COUTUMIER, *Rapport sur les institutions coutumières 1988-2018*, Nouméa, Sénat coutumier, 2019.
- BAS Philippe et al., *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) pour une grande loi Guyane : 52 propositions*, Sénat, 19 février 2020, n° 337.
- MAGRAS Michel, *Rapport d'information au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer sur la différenciation territoriale outre-mer. Quel cadre pour le sur-mesure ?*, Sénat, n° 713, 21 septembre 2020.
- BUFFET François-Noël, BAS Philippe, SUEUR Jean-Pierre et MARSEILLE Hervé, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, n° 831, Sénat, 2022.
- COUR DES COMPTES, *Observations définitives. Le territoire des îles Wallis et Futuna. Exercices 2016-2021*, Paris, Cour des comptes, 2022, S2022-2223.
- ARTANO Stéphane et JACQUES Micheline, *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale aux outre-mer (2022-2023), L'évolution institutionnelle des outre-mer*, Sénat, n° 361, 16 février 2023.
- CABINET ROLAND BERGER, *Audit de la décolonisation de la Nouvelle-Calédonie*, Paris, Cabinet Roland Berger, 2023.
- CABINET CM INTERNATIONAL, *Bilan institutionnel, administratif et financier de l'accord de Nouméa*, Paris, Cabinet CM International, 2023.

## II – Articles

- ABASSI Zouhaïr, « L'Accord du Vendredi saint de 1998 et l'approche consociationnelle », *Études irlandaises*, vol. 36, n° 2, 2011, p. 73-84.
- ADRIAN Jeanne, « Regards sur la succession du Lavelua à Uvéa (Wallis) », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, 2007, en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/regards-sur-la-succession-du-lavelua-a-uvea-wallis/>
- AGNIEL Guy, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue Aspects*, n° 3, 2008, p. 81-95.
- AGNIEL Guy, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, n° 127, 2008, p. 135-149.
- AGNIEL Guy, « La relation d'association dans la région pacifique », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 111-119.
- AGNIEL Guy, « Le parlement et la Nouvelle-Calédonie : du “droit à la bouderie”... à la délégation de souveraineté ? », *RFDC*, n° 90, 2012, p. 227-238.
- ALBERS Gretchen, « Peuples autochtones et revendications particulières », *L'Encyclopédie canadienne*, 2020, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/revendications-particulieres>.
- ALEXANDER Gregory S., « Comparing the Two Legal Realisms - American and Scandinavian », *American Journal of Comparative law*, vol. 50, 2002, p. 131-174.
- ALLIOT Michel, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du Droit », *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie juridique de l'Université Paris 1*, n° 6, 1983, p. 83-117.
- ANDRIOT Cédric, « La Guyane vue par les jésuites », *Histoire, monde et cultures religieuses*, 2017, vol. 1, n° 41, p. 157-187.
- ANGLEVIEL Frédéric, « Wallis-et-Futuna (1942-1961) ou comment le fait migratoire transforma le protectorat en TOM », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 122-123, 2006, p. 61-76.
- ANGLEVIEL Frédéric, « Wallis and Futuna », *The Contemporary Pacific*, vol. 18, n°1, 2006, p. 148-151.
- ANGLEVIEL Frédéric, « Polynesia in Review: Issues and Events, 1 July 2005 to 30 June 2006 - Wallis and Futuna », *The Contemporary Pacific*, vol. 19, n° 1, 2007, p. 286-290.
- ANISHINABEK NATION LEGAL DEPARTMENT, « Constitution », *Union of Ontario Indians*, 2022, en ligne : <https://www.anishinabek.ca/governance/governanceactivities/constitutions/>
- ANISHINABEK NATION LEGAL DEPARTMENT, « First nation Constitution template », *Union of Ontario Indians*, 2022, en ligne : <https://www.anishinabek.ca/wp-content/uploads/2016/07/fn-consitution-template-w-logo.pdf>
- ANTOINE Aurélien, « Chronologie raisonnée de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, de la Grande-Bretagne, puis du Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-41.
- ATLEE Tom et ZUBIZARRETA Rosa, « Comparison of Roberts Rules of Order, Consensus Process and Dynamic Facilitation », *The Co-intelligence institute*, 2013, en ligne : <https://www.co-intelligence.org/i-comparisonrr-cc-df.html>
- ASSIER-ANDRIEU Louis, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 15, 2019, p. 1-12.
- AYNES Camille, « La double face de la citoyenneté. Propos introductifs », *La Revue des droits de l'homme*, n° 22, 2022, p. 1-6.
- BAIROCH DE SAINTE-MARIE Alice, « La centralisation du droit dans les colonies françaises, 1600-1764 », *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*, 2018, vol. XVI, p. 35-70.

- BARANGER Denis, « “Le piège du droit constitutionnel” I. L’histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum*, n° 3, 2009, p. 1-20.
- BARKER John, « Les mutations récentes du christianisme en Océanie », dans Darell TRYON (dir.), *Les Identités Pacifiques : Actes du Colloque de Nouméa 15-16 Juillet 1999*, Canberra, The Australian National University, *La Nouvelle Revue du Pacifique*, vol. 2, n°1, 2000, p. 116-127.
- BEAUD Olivier, « L’Empire et l’empire colonial dans la doctrine publiciste française de la III<sup>e</sup> République », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-77.
- BEAUD Olivier, « Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques », *Jus Politicum*, n°15, 2016, p. 1-23.
- BEAUD Olivier, *L’état d’urgence et l’État de droit*, Nouméa, *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, Conférence faite à l’Université de la Nouvelle-Calédonie, 2016, en ligne : [https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/O\\_BEAUD\\_Conf\\_etat\\_urgence.pdf](https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/O_BEAUD_Conf_etat_urgence.pdf)
- BEAUD Olivier, « Libres propos sur le 3<sup>ème</sup> référendum en Nouvelle-Calédonie », *Jus Politicum Blog*, 29 novembre 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/11/29/libres-propos-sur-le-3eme-referendum-en-nouvelle-caledonie-par-olivier-beaud/>
- BEAULIEU Alain et Stéphanie BERAUD, « « Voir par eux-mêmes à l’administration de leurs propres affaires » : les Innus de Pointe-Bleue et l’implantation des conseils de bande (1869-1951) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 46, n° 1, 2016, p. 87-102.
- BELLEY Jean-Guy, « L’État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11-32.
- BELLIER Irène, « Les peuples autochtones aux Nations unies : un nouvel acteur dans la fabrique des normes internationales », *Critique internationale*, vol. 54, n° 1, 2012, p. 61-80.
- BELLIER Irène, « La performativité de la Déclaration des droits des peuples autochtones », *Cultures-Kairós*, n° 4, 2014, p. 1-14.
- BELLIER Irène, « Les droits des peuples autochtones. Entre reconnaissance internationale, visibilité nouvelle et violations ordinaires », *L’Homme et la Société*, vol. 206, n° 1, 2018, p. 137-174.
- BENDA-BECKMANN Franz von, « Who’s afraid of legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 34, n° 47, 2002, p. 37-82.
- BENETEAU Jocelyn, « L’autonomie fiscale de la Nouvelle-Calédonie », dans Xavier CABANNES (dir.), *Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud*, *Journal de droit comparé du pacifique*, volume hors-série, n° XVIII, 2015, p. 5-24.
- BENOÎT Catherine, « Pampila et politique sur le Maroni : de l’état civil sur un fleuve frontière », *Histoire de la justice*, vol. 26, n° 1, 2016, p. 237-259.
- BENOÎT Catherine, « “La carte n’est pas le territoire !” Coutume, droit et nationalité plurielle en Guyane », *Ethnologie française*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 121-130.
- BERGERON David, « Thomas Jefferson et la réflexion sur l’Autochtone. Conception d’une nature au fondement d’un projet humain », *Revue française de science politique*, vol. 67, n° 3, 2017, p. 497-519.
- BESSE Magalie, « L’écriture multilatérale des Constitutions, facteur de réussite des transitions démocratiques », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 4, n° 45, 2014, p. 113-133.
- BEVORT Antoine, « Démocratie, le laboratoire suisse », *Revue du MAUSS*, vol. 1 n° 37, 2011, p. 447-475.
- BINETTE André, « Le droit des peuples autochtones et l’indépendance du Québec », *L’Action nationale*, novembre 2017, en ligne : <https://www.action-nationale.qc.ca/revues/331-numeros->

publies-en-2017/novembre-2017/1133-le-droit-des-peuples-autochtones-et-l-independance-du-quebec

- BLACKBURN Carole, « Differentiating Indigenous Citizenship : Seeking Multiplicity in Rights, Identity, and Sovereignty in Canada », *American Ethnologist*, vol. 36, n° 1, 2009, p. 66-78.
- BLAIS Christian, « Brève histoire du gouvernement responsable », *Bulletin d'histoire politique*, vol. 22, n° 2, 2014, p. 111-138.
- BLANCHY Sophie et MOATY Yves, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, vol. 80, n° 1, 2012, p. 117-139.
- BLONDIAUX Loïc, « Kantorowicz E., Les deux corps du Roi, 1989 », *Politix*, vol. 2, n° 6, 1989, p. 84-87.
- BLUMM Michael C., « Retracing the Discovery Doctrine: Aboriginal Title, Tribal Sovereignty, and their Significance to Treaty-Making and Modern Natural Resources Policy in Indian Country », *Vermont Law Review*, vol. 78, 2004, p. 713-777.
- BREMOND Zérah, « Le territoire autochtone dans l'État post – colonial. Étude comparée des États issus des colonisations britannique et hispanique », *Revue générale du droit en ligne*, 2019, n° 49726.
- BREMOND Zérah, « La préservation des compétences de la Nouvelle-Calédonie : nouveau moyen invocable en Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) », *RJPENC*, n° 37, 2021, p. 13-18.
- BREMOND Zérah, « L'autodétermination a-t-elle une fin ? Réflexions sur les droits des peuples de Nouvelle-Calédonie au-delà de l'Accord de Nouméa », *RJPENC*, vol. 1, n° 39, 2022, p. 70-81.
- BRIER Mathieu et LOEVE Anne. « “Les chefs amérindiens ne sont pas des agents de l'État”. Stéphane Appolinaire, militant de l'association Couachi Bonon », *Z : Revue itinérante d'enquête et de critique sociale*, vol. 12, n° 1, 2018, p. 120-125.
- BRISEUL Jean-Paul, « Les pouvoirs de l'administrateur supérieur de Wallis-et-Futuna face aux autorités coutumières », *AJDA*, n°22, 2007, p. 1184-1189.
- BRISSON Jean-François, « La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée ! », *RDP*, vol. 119, n° 1, 2003, p. 111-114.
- BRUIN Tabitha de et Michael POSLUNS, « Assemblée des Premières Nations », *L'Encyclopédie canadienne*, 2019, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/assemblee-des-premieres-nations>
- BRUNET Pierre, « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, p. 27-45.
- BRUNET Pierre et LE PILLOUER Arnaud, « Pour en finir avec l'élection présidentielle », *La Vie des idées*, 2011, en ligne : <https://laviedesidees.fr/Pour-en-finir-avec-l-election-presidentielle.html>
- BRUNET Pierre, « Vouloir pour la nature. La représentation juridique des entités naturelles », *Journal of interdisciplinary history of ideas*, vol. 8, n° 15, 2019, p. 2-44.
- BOIVIN Richard, « Pour en finir avec la Proclamation royale : la décision Côté », *Revue générale de droit*, vol. 25, n°1, 1994, p. 131-150.
- BOLDT Menno et LONG Anthony, « Tribal traditions and European Political Ideologies : The Dilemma for Canada's Native Indians », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 17, n° 3, 1984, p. 537-553.
- BORROWS John, « Uncertain citizens: Aboriginal peoples and the supreme Court », *La revue du Barreau canadien*, vol. 80, p. 15-41.
- BOSSY Delphine, « Le Conseil des grands chefs veut intégrer les discussions institutionnelles », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 13 janvier 2023, en ligne : <https://www.lnc.nc/article-direct/nouvelle-caledonie/politique/le-conseil-des-grands-chefs-veut-integrer-les-discussions-institutionnelles?uid=&success=1>

- BOUIX Caroline, « Réflexions sur l'égalité des statuts personnels en Nouvelle-Calédonie », *Revue des Droits et libertés fondamentaux*, chronique n° 5, 2023, en ligne : [http://www.revuedlf.com/personnes-famille/reflexions-sur-legalite-des-statuts-personnels-en-nouvelle-caledonie/#\\_ftnref18](http://www.revuedlf.com/personnes-famille/reflexions-sur-legalite-des-statuts-personnels-en-nouvelle-caledonie/#_ftnref18)
- BOWERING Jessica, « Certainty and Finality in the Nisga'a Agreement », *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1, 2002, p. 1-31.
- BRANDAO José A., « Review of Grinde and Johansen, Exemplar of Liberty », *Canadian Historical Review*, n° 74, 1993, p. 436-437.
- BUGE Éric, « La myopie des démocraties. Les Parlements face aux enjeux de long terme », *Jus Politicum*, n° 24, 2020, p. 1-24.
- BUISSON Jacques, « Impôt et souveraineté », *Archives de philosophie du droit*, n° 46, 2002, p. 25-31.
- CATROUX Général, « L'Union française : Son concept, son état, ses perspectives », *Politique étrangère*, vol. 18, n° 4, 1953, p. 233-266.
- CAVALAR Georg, « Vitoria, Grotius, Pufendorf and Vattel : Accomplices of European Colonialism and Exploitation or True Cosmopolitans ? » *Journal of the History of International Law*, vol. 10, 2008, p. 181-299.
- CERDA-GUZMAN Carolina, « Une nouvelle Assemblée constituante est née : la "Convención constitucional" du Chili », *Jus Politicum Blog*, le 2 juin 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/06/02/une-nouvelle-assemblee-constituante-est-nee-la-convencion-constitucional-du-chili-par-carolina-cerda-guzman/>
- CHABROT Christophe, « Le pouvoir constituant peut-il modifier l'Accord de Nouméa ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 137-149.
- CHABROT Christophe, « La nature du régime politique calédonien », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 161-163.
- CHAUCHAT Mathias, « Le Sénat coutumier, une institution qui a 10 ans », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, Communication au colloque « Les 10 ans du Sénat coutumier », 2009, en ligne : <https://larje.unc.nc/fr/le-senat-coutumier-une-institution-qui-a-10-ans/>
- CHAUCHAT Mathias, « La nature du régime politique calédonien », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 164-173.
- CHAUCHAT Mathias, « Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le Pacifique », *Laboratoire de Recherches Juridique et Économique*, 2017, en ligne : [https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/LEtat\\_associe.pdf](https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/LEtat_associe.pdf)
- CHAUCHAT Mathias, « Vers la fin de la garantie d'irréversibilité constitutionnelle de l'Accord de Nouméa », *Jus Politicum Blog*, 2021, en ligne : [https://blog.juspoliticum.com/2021/07/12/vers-la-fin-de-la-garantie-dirreversibilite-constitutionnelle-de-laccord-de-noumea-par-mathias-chauchat/#\\_ftn2](https://blog.juspoliticum.com/2021/07/12/vers-la-fin-de-la-garantie-dirreversibilite-constitutionnelle-de-laccord-de-noumea-par-mathias-chauchat/#_ftn2)
- CHAUCHAT Mathias, « L'état d'urgence sanitaire s'applique à la Nouvelle-Calédonie », *Jus Politicum Blog*, 2021, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2021/02/12/letat-durgence-sanitaire-sapplique-a-la-nouvelle-caledonie-par-mathias-chauchat/>
- CHAUCHAT Mathias, « Audition », dans BUFFET François-Noël, BAS Philippe, SUEUR Jean-Pierre et MARSEILLE Hervé, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, Sénat, 27 juillet 2022, p. 84-97.
- CHENE Claudy, « L'île des pins, un espace carcéral (1872-1913) », *Sciences humaines combinées, Revue électronique des Écoles doctorales*, n° 13, 2014, en ligne : <https://preo.u-bourgogne.fr/shc/index.php?id=351>
- CHERCHARI Sahia M., « Indigènes et citoyens ou l'impossible universalisation du suffrage », *RFDC*, vol. 4, n° 60, 2004, p. 741-770.

- CHOQUETTE Éléna, « Construction de l'identité québécoise : des impacts sur la science politique autochtone [The Building of the Québécois Identity: Some Impacts on Political Science relative to Indigenous Peoples] ». *Canadian Journal of Political Science*, vol. 50, n°1, 2017, p. 181-200.
- CHRISTNACHT Alain, « Les Accords de Matignon vingt ans après. L'Accord de Nouméa, dix ans plus tard », *Négociations*, vol. 10, n° 2, 2008, p. 89-103.
- CLINCHAMPS Nicolas, « Distorsions et corps électoraux en Nouvelle-Calédonie », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 127, 2008, p. 151-165.
- CLINCHAMPS Nicolas, « Un fédéralisme interne en Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 187-196.
- CLINCHAMPS Nicolas, « Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 61-72.
- COHENDET Marie-Anne, « Une crise de la représentation politique ? », *Cités*, vol. 18, n° 2, 2004, p. 41-61.
- COLLOMB Gérard, « Du "capitaine" au "chef coutumier" chez les Kali'na », *Ethnologie française*, t. 29, n° 4, 1999, p. 549-557.
- COLLOMB Gérard, « De l'Indien à l'indigène : L'internationalisation des luttes amérindiennes en Guyane et les enjeux de l'autochtonie », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 31, n° 3, 2001, p. 37-47.
- COLLOMB Gérard, « Entre Orénoque et Amazone, une respiration politique kali'na », *Cahiers des Amériques latines*, n° 43, 2003, p. 87-102.
- COLLOMB Gérard, « Une "citoyenneté" kali'na ? Constructions citoyennes, affirmations identitaires, jeux de niveau en Guyane française », *Citizenship Studies*, vol. 15, n°8, 2011, p. 981-991.
- COLLOT Pierre-Alain, « Un dispositif d'accès et de partage des avantages sans peuple autochtone ni communauté locale ou les omissions de la loi française pour la reconquête de la biodiversité », *VertigO*, vol. 20, n° 1, 2020, p. 1-30.
- COMBACAU Jean, « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, n° 3, 1986, p. 3-10.
- COOK Peter, « Vivre comme frères. Le rôle du registre fraternel dans les premières alliances franco-amérindiennes (vers 1580 - 1650) », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. XXXI, n°2, 2001, p. 55-65.
- CORNUT Étienne, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 151-175.
- CORNUT Étienne, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 241-261.
- CORNUT Étienne, « Citoyenneté, nationalité et accès de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté », *RDP*, n° 6, 2019, p. 1485-1524.
- CORTEN Olivier, « Les visions des internationalistes du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : une approche critique », *Civitas Europa*, vol. 32, n° 1, 2014, p. 93-111.
- COUR SUPREME DU CANADA, « Jurisprudence en bref : La norme de contrôle (tirée de Vavilov, un jugement de la "trilogie d'arrêts en droit administratif") », *Cour suprême du Canada*, 2019, en ligne : <https://www.scc-csc.ca/case-dossier/cb/2019/37748-37896-37897-fra.pdf>
- CRAWFORD Kelly, « Miawpukek First Nation "didn't have to reinvent the constitution wheel" », *Anishinabek News*, le 24 octobre 2013, en ligne : <http://anishinabeknews.ca/2013/10/24/miawpukek-first-nation-didnt-have-to-reinvent-the-constitution-wheel/>

- CYR Alexandra, « La politique du Groenland et sa quête d'autonomie », *Conseil québécois d'études géopolitiques, Université de Laval*, vol. 7, n° 1, 2021, en ligne : <https://cqegehulaval.com/2021/03/30/la-politique-du-groenland-et-sa-quete-dautonomie/>
- DAE Érica-Irène « Native People's Rights », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n° 1, 1986, p. 124-129.
- DARESTE Pierre, « Les nouveaux citoyens français », *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniale*, t. II, 1916, p. 1-16.
- DAUCHY Serge, « Ouverture : Histoires des cultures juridiques. Circulations, connexions et espaces transnationaux du droit », *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit*, n° 2, 2009.
- DAUGERON Bruno, « De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 1-27.
- DAUGERON Bruno, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018, p. 215-236.
- DAUGERON Bruno, « De démocratie à démocratique : le passage du nom à l'adjectif présente-t-il un enjeu en droit constitutionnel ? », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, p. 21-43.
- DAUPHINE Joël, « Du nouveau sur la première prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par la France (1843-1846) » dans Paul DE DECKKER et Pierre-Yves TOULLELAN (Éds.), *La France et le Pacifique, Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 76, n° 284-285, 1989, p. 111-130.
- DAVID Carine, « Quel bicamérisme pour la Nouvelle-Calédonie ? », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 175-196.
- DAVID Carine, « Lois du pays et Question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'État de droit en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 98, n°2, 2014, p. 317-344.
- DAVID Carine, « Les théories consociative et incitative au secours du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 25, 2015, p. 7-12.
- DAVID Carine, « Les transitions politiques en Mélanésie, éléments de réflexion pour la préparation du "jour d'après" en Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 110, n° 2, 2017, p. 367-386.
- DAVID Carine et TIRARD Manuel, « La Nouvelle-Calédonie après le troisième référendum d'autodétermination du 12 décembre 2021 : 40 ans pour rien ? », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2022, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/14593#tocto2n3>
- BLAISE Séverine, DAVID Carine et PRINSEN Gerard, « Pour un réexamen des concepts de "décolonisation, indépendance et souveraineté" au prisme de l'expérience néocalédonienne », *Journal de la Société des Océanistes*, vol. 155, n° 2, 2022, p. 327-344.
- DEBRUCHE Anne-Françoise, « La tradition romaniste, une espèce menacée ? Libre propos sur le mythe du droit civil inutile et abstrait », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n° 1, 2015, p. 3-33.
- DECAUX Emmanuel, « Le droit international et les populations autochtones », *Inuit Studies*, vol. 16, n°1/2, 1992, p. 291-299.
- DECROIX Arnaud, « Le conflit juridique entre les Jésuites et les Iroquois au sujet de la seigneurie du Sault Saint-Louis : analyse de la décision de Thomas Gage (1762) », *Revue juridique Thémis*, vol. 41, 2007, p. 279-297.
- DECKKER Paul (de), « Discordia Consularis. L'affaire Pritchard vue de l'intérieur », *Journal de la Société des océanistes*, n°78, tome 40, 1984, p. 35-44.
- DELÂGE Denys, « L'influence des Amérindiens sur les Canadiens et les Français au temps de la Nouvelle-France », *Lekton*, vol. 2, n° 2, Automne 1992, p. 103-191.
- DEPELTEAU Julie, « Conflits en territoire Wet'suwet'en », *Relations*, n° 802, 2019, p. 8-10.
- DEMMER Christine, « Éric Soriano, La fin des Indigènes en Nouvelle-Calédonie : le colonial à l'épreuve du politique, 1946-1976 », *Notes de lecture de la revue Le Mouvement social*, n° 252, 2015, en ligne : <https://lms.hypotheses.org/3711>

- DENIZOT Aude, « Du conseil consultatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges », *RTD civ.*, n° 3, 2018, p. 748.
- DENQUIN Jean-Marie, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 95-98.
- DENQUIN Jean-Marie, « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 1-10.
- DENQUIN Jean-Marie, « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum*, n° 4, 2011, p. 1-38.
- DENQUIN Jean-Marie, « Faut-il craindre le référendum d'initiative citoyenne ? », *Commentaires*, n° 166, 2019, p. 323-327.
- DENQUIN Jean-Marie, « Démocratie, représentation et relativité de l'ontologie », *Jus Politicum*, n° 29, 2023, p. 9-19.
- DESBARATS Catherine et GREER Allan, « Où est la Nouvelle-France ? », *Revue d'histoire de l'Amérique française*, volume 64, n° 3-4, 2011, p. 31-62.
- DESCHEEMAER Éric, « Nouvelle-Calédonie : qui décide maintenant ? », *Jus Politicum Blog*, 2023, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2023/01/05/nouvelle-caledonie-qui-decide-maintenant-par-eric-descheemaer/>
- DESLHIAT Claude : « la “solution Rocard” », *Regards sur l'actualité*, n° 144, 1988, p. 37-43.
- DEUMIER Pascale, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques, Cass. avis n° 005 0011 du 16 déc. 2005 », *RTD civ.*, 2006, p. 516-522.
- DICKINSON John A., « La Normandie et la construction d'une Nouvelle France » *Annales de Normandie*, 58<sup>e</sup> année, n°3-4, 2008, p. 59-67.
- DIEMERT Stéphane, « L'histoire constitutionnelle de l'outre-mer sous la V<sup>e</sup> République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 7-23.
- DIEMERT Stéphane, « Note sur l'aménagement du cadre constitutionnel de l'Outre-mer », dans MAGRAS Michel, *Rapport d'information au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer sur la différenciation territoriale outre-mer. Quel cadre pour le sur-mesure ?*, Sénat, n° 713, 21 septembre 2020, p. 60-74.
- DISS Mostapha et ZOUACHE Abdallah, « Une étude de la répartition du pouvoir confessionnel au Liban », *Revue d'économie politique*, vol. 125, n° 4, 2015, p. 527-546.
- DOUAIRE-MARSAUDON Françoise, « Droit coutumier et loi républicaine dans une collectivité d'outre-mer française (Wallis-et-Futuna) », *Ethnologie française*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 81-92.
- DOUAIRE-MARSAUDON Françoise, « Wallis et Futuna : deux rois pour un trône », *Les Témoins de l'Outre-mer*, 2016, en ligne : <https://www.dailymotion.com/video/x4ar09t>
- DOUGLAS Bronwen, « L'histoire face à l'anthropologie : le passé colonial indigène revisité », *Genèses*, vol. 2, n° 23, 1996, p. 125-144.
- DOUMENG Valérie, « L'état civil des populations marginales de la Guyane française », *Bulletin de la Société d'Histoire de la Guadeloupe*, n° 146-147, 2007, p. 149-165.
- DOUMENGE Jean-Pierre, « Au lendemain du référendum d'autodétermination du 4 novembre 2018, quel avenir pour une Nouvelle-Calédonie toujours très clivée ? », *RJPENC*, vol. 2, n° 32, 2018, p. 14-25.
- DUA Enakshi, « Le passage de sujets à étrangers : les immigrants indiens et la racialisation de la citoyenneté canadienne », *Sociologie et sociétés*, vol. 31, n° 2, 1999, p. 145-162.
- DUBE Justin Richard, « L'octroi du droit de vote universel autochtone aux élections fédérales », *Revue de la Société historique du Canada*, vol. 31, n° 2, p. 25-53.
- DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, « Le mimétisme post colonial, et après ? », *Pouvoirs*, vol. 2, 2009, p. 45-55.



- DUCHARME Théo, « La procédure législative et la question prioritaire de constitutionnalité : un acte manqué ? », *RDP*, n°6, 2021, p. 1585-1595.
- DUFRESNE Sylvie, « La Grande Paix de Montréal, 1701-2001 », *L'Encyclopédie canadienne*, 2007, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/traites-autochtones>
- DUHAIME Bernard, « Dix raisons pour lesquelles le Canada devrait adhérer à la convention américaine relative aux droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 31, n° 1, 2018, p. 267-283.
- DUPRET Baudouin, « Pluralisme juridique, pluralité de droits et pratiques juridiques : théories, critiques, et reformulation praxéologique », *Revue générale du droit*, n° 49, 2019, p. 591-623.
- DURAND Bernard, « Robinson et Vendredi : du bon usage du pluralisme juridique », *RJPENC*, n° 18, 2011, p. 79-92.
- EDENZ Maurice, « Une école malgré tout dans le Territoire de l'Inini (1930-1960) », *Cahiers des Amériques latines*, n° 93, 2020, p. 49-71.
- ELFORT Maude, « Pouvoirs publics, populations amérindiennes et bushinenge en Guyane française », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 16, 2010, p. 67-92.
- ÉTHIER Benoit, « Pluralisme juridique et contemporanéité des droits et des responsabilités territoriales chez les Atikamekw Nehirowisiwok », *Anthropologie et Sociétés*, vol. 40, n°2, 2016, p. 177-193.
- FAATAU Jean-Tenahe, « Guyane : Michel Aloiké et Opoya Aimawalë intronisés chef et capitaine du village amérindien de Taluen », *Outremers 360*, 2020, en ligne : <https://outremers360.com/societe/guyane-michel-aloiike-et-opoya-aimawale-intronises-chef-et-capitaine-du-village-amerindien-de-taluen>
- FAATAU Jean-Tenahe, « Nouvelle-Calédonie : Le comité des sages s'inquiète sur la tournure de la campagne référendaire », *Outremers 360*, 2020, en ligne : <https://outremers360.com/politique/nouvelle-caledonie-le-comite-des-sages-sinquiete-sur-la-tournure-de-la-campagne-referendaire>
- FAATAU Jean-Tenahe, « Jean-François Carencio en Nouvelle-Calédonie : Pas de référendum de projet sans dialogue, a annoncé le ministre chargé des Outre-mer », *Outremers 360*, 2022, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/jean-francois-carencio-en-nouvelle-caledonie-pas-de-referendum-de-projet-sans-dialogue-a-annonce-le-ministre-charge-des-outre-mer>
- FAATAU Jean-Tenahe, « Nouvelle-Calédonie : Le Sénat coutumier s'engage en faveur des femmes », *Outremers 360*, 2022, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/nouvelle-caledonie-le-senat-coutumier-sengage-en-faveur-des-femmes>
- FAATAU Jean-Tenahe, « Nouvelle-Calédonie : Le groupe Les Loyalistes veut un statut de « pays intégré » et défend un retour de compétences vers l'État », *Outremers 360*, 2023, en ligne : <https://outremers360.com/bassin-pacifique-appli/nouvelle-caledonie-le-groupe-les-loyalistes-veut-un-statut-de-pays-integre-et-defendent-un-retour-de-competences-vers-letat>
- FABERON Florence, « La République et la coutume à Wallis et Futuna », *AJDA*, n° 9, 2014, p. 518-520.
- FABERON Florence, « Le fédéralisme, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *RFDC*, vol. 101, n° 1, 2015, p. 53-72.
- FABERON Jean-Yves, « Un nouveau « pari sur l'intelligence » », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 25 octobre 2019, disponible en ligne : <https://lajdom.fr/wp-content/uploads/2019/10/Un-nouveau-pari-sur-lintelligence-LNC-25-oct-2019.pdf>
- FABERON Jean-Yves, « Proposition de révision de la Constitution française de 1958 », *Les Nouvelles Calédoniennes*, 26 octobre 2019, en ligne : <https://lajdom.fr/wp-content/uploads/2019/10/Un-nouveau-pari-sur-lintelligence-LNC-25-oct-2019.pdf>

- FABERON Jean-Yves, « Aboutissement de l'Accord de Nouméa : consécration du partage ou des clivages ? », *RJPENC*, n° 37, 2021, p. 7-12.
- FENTON William N. et MOORE Elizabeth L., « Lafitau et la pensée ethnologique de son temps », *Études littéraires*, vol. 10, n°1-2, 1977, p. 19-47.
- FERAL François, « Quelques éléments de doctrine autochtoniste sur les institutions de Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 18, vol. 2, 2011, p. 10-19.
- FERRARINI Hélène, « En Guyane, le combat contre les mines d'or industrielles continue », *Reporterre*, 2021, en ligne : <https://reporterre.net/En-Guyane-le-combat-contre-les-mines-d-or-industrielles-continue>
- FILOCHE Geoffroy, « Les Amérindiens de Guyane française, de reconnaissances disparates en bricolages juridiques. L'exemple des Kali'na d'Awala-Yalimapo », *Journal de la société des Américanistes*, t. 97-2, 2011, p. 343-368.
- FILOCHE Geoffroy, Damien DAVY, Armelle GUIGNIER et Françoise ARMANVILLE, « La construction de l'État français en Guyane à l'épreuve de la mobilité des peuples amérindiens », *Critique internationale*, vol. 2, n° 75, 2017, p. 71-88.
- FIZIN MAGULUE Paul, « Les *teachers* du Pacifique au XIXe siècle ou l'émergence d'une nouvelle élite océanienne entre tradition et modernité », *Histoire et Missions Chrétiennes*, n°20, 2011, p. 139-152.
- FLEINER Thomas, « La Belgique : un fédéralisme créatif », *Jura Falconis*, n° 1, 1995, p. 32-46.
- FRAISSE Régis, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, n° 1, 2000, p. 77-91.
- FRAISSE Régis, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 37-59.
- FRANCE LIBERTES, « L'urgence de la reconnaissance par la France des peuples autochtones », *Fondation Danielle Mitterrand*, 2019, en ligne : <https://www.france-libertes.org/fr/lurgence-de-reconnaissance-france-de-communauté-peuples-autochtones/> (consulté le 18.02.2022).
- FRANCIS Mark, « The "Civilizing" of Indigenous People in Nineteenth-Century Canada », *Journal of World History*, n° 9, 1998, p. 51-87.
- FRANKENBERG Günter, « Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, p. 563-579.
- FREZET Pierre, « Des limites de l'approche positiviste dans l'appréhension du droit coutumier kanak », *Droit et cultures*, vol. 54, n° 2, 2007, p. 203-211.
- FRIEDLAND Hadley, « Pour la reconnaissance des traditions juridiques autochtones », *Relations*, n° 801, 2019, p. 26-29.
- GEDDES Alex, « Indigenous constitutionalism beyond section 35 and section 91 (24) : the significance of First Nations constitutions in Canadian law », *Lakehead Law Journal*, vol. 3, n° 1, 2019, p. 1-21.
- GEMAR Jean-Claude, « De la traduction juridique à la jurilinguistique : la quête de l'équivalence », *Meta Journal des traducteurs*, vol. 60, n° 3, 2015, p. 476-493.
- GENTELET Karine, FARGET Doris, et CAMPBELL-DURUFLE Christopher, « Le Canada et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : valeur et pertinence », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 23, n°1, 2010, p. 130-136.
- GESLIN Albane, « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de Droit international*, vol. 56, 2011, p. 658-687.

- GESLIN Albane, « Une brève historiographie de “pluralisme juridique” : quand les usages d’une notion en font un instrument de luttes politiques » *Clio@Thémis Revue électronique d’histoire du droit*, n° 15, 2019, p. 1-43.
- GILLE Bernard et LECA Antoine, « Gouvernance politique et Institutions à Tahiti et dépendances et en Nouvelle-Calédonie : perspectives historiques », *Comparative Law Journal Of The Pacific/Journal de Droit comparé du Pacifique*, vol. 18, 2012, p. 67-140.
- GILLES William, « La fiscalité à Wallis-et-Futuna : entre faiblesse, paradoxe et apparence », dans Xavier CABANNES (dir.), *Regards sur la fiscalité dans le Pacifique sud*, *Journal de droit comparé du pacifique*, volume hors-série, n° XVIII, 2015, p. 39-54.
- GIRAUDEAU Géraldine, « Les spécificités du droit applicable en Nouvelle-Calédonie », *Cahiers du CRINI*, n° 2, 2021, p. 1-9.
- GIPTA, « La déstructuration de l’institution coutumière amérindienne du XVI<sup>ème</sup> siècle à nos jours », *Oka mag*, n° 35, 2008, en ligne : <https://gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA%20500-9WEBDOCGUYANESCHEFS.htm>
- GLENISSON Claire, « Une séquence constituante contrariée : le rejet du projet de Constitution proposé par la Convention constitutionnelle au Chili », *Jus Politicum Blog*, le 12 septembre 2022, en ligne : <https://blog.juspoliticum.com/2022/09/12/une-sequence-constituante-contrariee-le-rejet-du-projet-de-constitution-propose-par-la-convention-constitutionnelle-au-chili-par-claire-glenisson/>
- GLENN Patrick H., « La tradition juridique nationale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 2, 2003, p. 263-278.
- GODFROY Marion, « La guerre de Sept Ans et ses conséquences atlantiques : Kourou ou l’invention d’un nouveau système colonial », *French Historical Studies*, vol. 32, n° 32, 2009, p. 167-191.
- GOHIN Olivier, « La citoyenneté dans l’outre-Mer français », *Revue française d’administration publique*, n° 101, 2002, p. 69-82.
- GOHIN Olivier, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *Revue juridique de l’Océan Indien*, n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p. 5-18.
- GOHIN Olivier, « Approche comparée des autonomies polynésienne et calédonienne », dans Serge LARCHER, *Rapport d’information fait au nom de la délégation sénatoriale à l’outre-mer (1) comportant les actes du colloque organisé le 10 avril 2014 sur « Un kaléidoscope de l’autonomie locale : théorie, pratique institutionnelle et déclinaisons ultramarines »*, Paris, Sénat, 2014, p. 169-186.
- GOUENZOUI Youssef, « Identités culturelles et prérogatives des communautés : des rondes paysannes péruviennes à la communauté kanak », *RJPENC*, n° 32, p. 76-84.
- GOYARD-FABRE Simone, « L’idée de représentation à l’époque de la Révolution française », *Études françaises*, vol. 25, n° 2-3, 1989, p. 71–85.
- GRAFF Stéphanie, « Quand combat et revendication kanak ou politique de l’État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 134, 2012, p. 61-83.
- GRAILLE Caroline, « Coutume et changement social en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*, vol. 109, n° 2, 1999, p. 97-119.
- GRAMMOND Sébastien, « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone », *Revue générale de droit*, vol. 52, n° 1, 2022, p. 181-210.
- GRENAND Françoise et GRENAND Pierre, « Les amérindiens de Guyane française aujourd’hui : éléments de compréhension », *Journal de la Société des Américanistes*, t. 66, 1979, p. 361-382.
- GRIFFITHS John, « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 18, n°24, 1986, p. 1-55.

- GUENETTE Dave, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », *Revue générale de droit*, vol. 46, n° 1, 2016, p. 215–252.
- GUENETTE Dave, « Les processus constituants belge et canadien à l'épreuve du consociationalisme et du fédéralisme – Avantages et dysfonctionnements », *Revue Juridique Thémis*, vol. 50, n° 2, 2017, p. 453-496.
- GUILLEMETTE Mélissa, « Équilibre perdu : les femmes autochtones souhaitent reprendre leur rôle au sein de leurs communautés », *Gazette des femmes*, 2015, en ligne : <https://gazettedesfemmes.ca/11077/gouvernance-autochtone-retrouver-lequilibre/>
- GUIOT Hélène, LEBLIC Isabelle et VIENNE Bernard, « Présentation », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 122-123, 2006, p. 1-12.
- GUYON Stéphanie, « Des “Primitifs” aux “Autochtones”. Savoirs ethnologiques et politiques publiques en Guyane de 1946 à nos jours », *Genèses*, vol. 2, n° 91, 2013, p. 49-70.
- GUYON Stéphanie, « Distance de classe, distance ethnique ? La réception des prétentions à la représentation politique à Saint-Laurent-du-Maroni (Guyane) », *Participations*, vol. 30, n° 2, 2021, p. 97-128.
- HANSON Erin, « Constitution Express », *First Nations Studies Program in University of British Columbia*, 2009, en ligne : [https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/constitution\\_express/](https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/constitution_express/)
- HAVARD Gilles, « « Les forcer à devenir Citoyens » État, sauvages et citoyenneté en Nouvelle-France (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, vol. 64, n° 5, 2009, p. 985-1018.
- HAVARD Gilles, « Comptes rendus Richard White », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 57-1, 2010, p. 204-206.
- HAWKES David C., « Les peuples autochtones : autonomie et relations intergouvernementales », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 167, n° 1, 2001, p. 167-176.
- HAYAT Samuel, « Incarner le peuple souverain : les usages de la représentation-incarnation sous la Seconde République », *Raisons politiques*, 2018, n° 72, p. 137-164.
- HENDERSON James Youngblood, « Empowering Treaty Federalism », *Saskatchewan Law Review*, vol. 58, n° 2, 1994, p. 241-330.
- HENDERSON William B., « Autonomie gouvernementale des Autochtones », *L'Encyclopédie canadienne*, 2020, en ligne : <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/aboriginal-self-government>
- HESLER Nicole D., « L'influence du droit international sur la Cour d'appel du Québec », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 177–201.
- HOFFMAN Ross et ROBINSON Andrew, « Nisga'a self-government: a new journey has begun », *The Canadian Journal of Native Studies*, vol. 30, n° 2, 2010, p. 387-405.
- HOGAN Miles, « The Nisga'a Final Agreement and International Norms », *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 11, n° 3, 2004, p. 299-325.
- HOLMES David, « The Founding Fathers, Deism, and Christianity », *Encyclopedia Britannica*, 2006, en ligne : <https://www.britannica.com/topic/The-Founding-Fathers-Deism-and-Christianity-1272214>
- HORN Greg, « Canada prevents Mohawks from returning home on Haudenosaunee passports », *Kahnawaknews.com*, 1 juin, 2010, en ligne : <https://kahnawakenews.com/canada-prevents-mohawks-from-returning-home-on-haudenosaunee-passports-p798.htm>
- HORN-MILLER Kahente, « What Does Indigenous Participatory Democracy Look Like? Kahnawà:ke's Community Decision Making Process », *Revue d'études constitutionnelles*, vol. 18, n° 1, 2013, p. 111-132.

- HOURQUEBIE Fabrice, « Néo-constitutionnalisme et contenu des constitutions de transition : quelle marge de manœuvre pour les constitutions de transition ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle 2014*, Juges constitutionnels et doctrine – Constitutions et transitions, 2015, p. 587-602.
- HUNTER Anna, « Le point sur les questions entourant la représentation des Autochtones aux élections fédérales », *Perspectives électorales*, vol. 5, n° 3, 2003, p. 31-38.
- HURAUULT Jean-Marcel, « La population des Indiens de Guyane française. I. Vue historique générale. », *Population (French Edition)*, vol. 20, n° 4, 1965, p. 603-632.
- HURAUULT Jean-Marcel, « Pour un statut des populations tribales de Guyane française (1968-1984) », *Ethnies*, vol. 1, n° 1-2, 1985, p. 42-53.
- HUXLEY Aldous, « Jeremy Bentham on Legal Transplants », *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, p. 177-188.
- INDIAN CHIEFS OF ALBERTA, « Foundational Document. Citizen plus », *Aboriginal Policy Studies*, vol. 1, n° 2, 2011 [1970], p. 188-281.
- INTERNATIONAL INDIAN TREATY COUNCIL, « The Geneva Conference », *Special Issue : Treaty Council news*, vol. 1, n° 7, Octobre 1977, p. 1-38.
- JACCOUD Mylène, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 11, n° 2, 1996, p. 217-234.
- JACCOUD Mylène, « Le Droit, l'exclusion et les Autochtones », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 11, n° 2, 1996, p. 217-234.
- JACOBS Francis G., « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 547-556.
- JACQUEMART Sylvie, « Inventer la Nouvelle-Calédonie », *Annuaire des collectivités locales*, t. 9, 1989, p. 61-79.
- JOBART Jean-Charles, « La notion de Constitution chez Aristote », *RFDC*, vol. 65, n° 1, 2006, p. 97-143.
- JOHANSEN Bruce E., « Native American Societies and the Evolution of Democracy in America, 1600-1800. Commentary on the Iroquois and the U.S. Constitution », *Ethnohistory*, vol. 37, n° 3, 1990, p. 279-290.
- JOYAL Serge, « La Salle des peuples autochtones au Sénat du Canada », *Revue parlementaire canadienne* vol. 42, n° 2, 2019, p. 6-14.
- KAHENTE OUIMET Emma, « Ton vieux nom – Kanien'kehá:ka », *Histoire Québec*, vol. 26, n° 3, 2021, p. 33.
- KAMARDINE Mansour, « La marche mahoraise vers le droit commun... ou de la difficulté de demeurer français », *Revue juridique de l'Océan Indien*, n° spécial « Mayotte 2009 », 2009, p.19-40.
- KELSEN Hans, « Droit et État du point de vue d'une théorie pure », *Annales de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris*, vol. 2, 1936, p. 17-60.
- KENNETH DEER Atsenhaién:ton, « Mohawk Nation at Kahnawà:ke will not recognize MCK Community Decision-Making Process » *Kahnawake Longhouse*, 2009, en ligne : [http://www.kahnawakelonghouse.com/img/user/MNK\\_ILCC.pdf](http://www.kahnawakelonghouse.com/img/user/MNK_ILCC.pdf).
- LACKENBAUER Whitney P., « Carrying the burden of peace: the Mohawks, the Canadian forces, and the Oka crisis », *Journal of Military and Strategic Studies*, vol. 10, n° 2, 2008, p. 1-71.
- LADNER Kiera L., « Désaffection et nation les facteurs de la participation électorale autochtone », *Perspectives électorales*, vol. 5, n° 3, 2003, p. 24-30.
- LADNER Kiera L. et NONE Michael O., « De l'«infériorité négociée» à l'«inutilité de négocier» : la Loi sur la gouvernance des Premières Nations et le maintien de la politique coloniale », *Politique et Sociétés*, vol. 23, n° 1, 2004, p. 59-87.

- LAFONTAINE Alain, « La coexistence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne et du droit à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones », *Les Cahiers de droit*, vol. 36, n° 3, 1995, p. 669–744.
- LAHAM Alexandra, « The Kahnawake Community Decision Making Process », *Participedia*, 2021, en ligne : <https://participedia.net/case/5036>
- Lajoie Andrée, Quillinan Henry, Macdonald Rod et Rocher Guy, « Pluralisme juridique à Kahnawake ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 4, 1998, p. 681–716.
- Lajoie Andrée, « Le rôle des femmes dans la gouvernance autochtone », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, 2015, en ligne : <https://journals.openedition.org/nuevomundo/68508#ftn23>
- LATASTE René, « Intrônisation à Wallis-Uvea : la journée des rebondissements ! », *France Info*, 16 avril 2016, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/wallisfutuna/wallis/intronisation-wallis-uvea-la-journee-des-rebondissements-350200.html>
- LATASTE René, « Futuna : destitution du roi d'Alo », *France Info*, 2016, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/wallisfutuna/futuna-destitution-du-roi-d-alo-360921.html>
- LANDOT Éric, « La coutume peut être une source du droit... enfin... à Wallis et Futuna », *Le blog juridique du monde public*, 2017, en ligne : <https://blog.landot-avocats.net/2017/09/18/la-coutume-peut-etre-une-source-du-droit-enfin-a-wallis-et-futuna/>
- LANDVELD Carlo, « Juger les vivants et les morts chez les Bushinenge », *Histoire de la justice*, vol. 26, n° 1, 2016, p. 273-282.
- LANTE Camille, « La France rappelée à l'ordre sur la question des droits des peuples autochtones », *Observatoire Pharos*, 2019, en ligne : <https://www.observatoirepharos.com/pays/guyane-francaise/la-france-rappelee-a-lordre-sur-la-question-des-droits-des-peuples-autochtones-fr/>
- LA ROQUE DE ROQUEBRUNE Robert, « Roberval et sa colonie canadienne au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire des colonies*, t. 43, n°151, deuxième trimestre 1956, p. 125-137.
- LEBLIC Isabelle, « Chronologie de Kanaky Nouvelle-Calédonie (1774-2018). Version revue et augmentée en 2018 », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 147, 2018, p. 529-564.
- LEFEBVRE Anne-Marie, « La représentation autochtone au sein des institutions politiques nationales d'ici et d'ailleurs : les cas du Canada, de la Nouvelle-Zélande et de la Fennoscandie », *Université d'Ottawa*, 2014, en ligne : [https://sciencessociales.uottawa.ca/sites/socialsciences.uottawa.ca/files/2013-2014\\_1\\_fra\\_lefebvre.pdf](https://sciencessociales.uottawa.ca/sites/socialsciences.uottawa.ca/files/2013-2014_1_fra_lefebvre.pdf)
- LECLAIR Jean, « "Il faut savoir se méfier des oracles" : regards sur le droit et les autochtones », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 41, n° 1, 2011, p. 102-111.
- LEGRAND Pierre, « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory », *The Modern Law Review*, vol. 58, n° 2, 1995, p. 262-273.
- LEGRAND Pierre, « Questions à Rodolfo Sacco », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n° 4, 1995, p. 943-971.
- LEGRAND Pierre, « How to compare now », *Legal Studies*, vol. 16, n° 2, 1996, p. 232 – 242.
- LEGRAND Pierre, « Comparer », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 2, 1996, p. 279-318.
- LEGRAND Pierre, « The Impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 111–124.
- LEMAIRE Félicien, « L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 95-109.
- LEMAIRE Félicien, « Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 121-135.

- LENORMAND Maurice H., « L'évolution politique des autochtones de la Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des océanistes*, t. 9, 1953, p. 245-299.
- LENORMAND Maurice H., « Décolonisation ratée, indépendance avortée », *Journal de la Société des océanistes*, n° 92-93, 1991, p. 141-155.
- LEPAGE Pierre, « Les Premières Nations ont aussi une riche histoire à découvrir », *Histoire Canada*, 2019, en ligne : <https://www.histoirecanada.ca/consulter/premieres-nations-inuit-et-metis/les-premieres-nations-ont-aussi-une-riche-histoire-a-decouvrir>
- LE PULOCH Marine, « Vers une reconnaissance constitutionnelle des droits des autochtones », *Cercles*, n° 17, 2007, p. 48-61.
- LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, p. 715-732.
- LEVY Philip A., « Exemplars of Taking Liberties: The Iroquois Influence Thesis and the Problem of Evidence », *The William and Mary Quarterly*, vol. 53, n° 3, 1996, p. 588-604.
- LEYDET Dominique, « Autochtones et non-autochtones dans la négociation de nouveaux traités : enjeux et problèmes d'une politique de la reconnaissance », *Négociations*, vol. 8, n° 2, 2007, p. 55-71.
- LLEWELLYN Karl L., « A Realistic Jurisprudence — The Next Step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n° 4, 1930, p. 431-465.
- LISEE Jean-François, « Citoyenneté interne - Les exemples scandinave, français, suisse et... canadien », *Le Devoir*, 2007, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/161520/citoyennete-interne-les-exemples-scandinave-francais-suisse-et-canadien>
- LIJPHART Arend, « Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links », *Revue canadienne de science politique*, vol. 12, n° 3, 1979, p. 499-515.
- LIJPHART Arend, « South African Democracy: Majoritarian or Consociational ? », *Democratization*, vol. 5, n° 4, 1998, p. 144-150.
- LIJPHART Arend, « La négociation dans les démocraties majoritaires et de consensus », *Négociations*, n° 21, 2014, p. 13-19.
- LONG Kaitlin et JENKINS Samantha, « Résumé du jugement Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil) », *Norton Rose Fulbright*, 2018, en ligne : <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/24b304a6/resume-du-jugement-emmikisew-cree-first-nation-c-canada-gouverneur-general-en-conseilem>
- LOSA FALELAVAKI Malia, « Le tribunal administratif annule la désignation des sénateurs coutumiers de Paicî-Cémuhi », *France Info*, 2019, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/tribunal-administratif-annule-designation-senateurs-coutumiers-paici-cemuhi-718594.html>
- LUCHAIRE François, « Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer », *RDP*, 1994, n° 6, p. 1621-1645.
- LUCHAIRE François, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP*, n° 1, 1999, p. 37-46.
- LUCHAIRE François, « L'outre-mer devant le Conseil constitutionnel. Décision n°2003-474 DC du 17 juillet 2003 », *RDP*, n° 6, 2003, p. 1789-1801.
- MACDONALD Roderick A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 3, n° 33, 2002, p. 135-152.
- MAINGOURD Chloé, « Louis Mapou à la Maison-Blanche », *Demain en Nouvelle-Calédonie*, 29 septembre 2022, en ligne : <https://www.dnc.nc/louis-mapou-a-la-maison-blanche/>
- MALEZER Les, « Perspective on the Convention 169: its significance to Aboriginal peoples », *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n° 2-3, 2020, p. 297-299.

- MAM LAM FOUCK Serge « L'Union du Peuple Guyanais et l'invention du nationalisme en Guyane française (1955-1965) », *Outre-mers*, t. 93, n° 352-353, 2006, p. 259-292.
- MANCALL Peter C., « Review of Grinde and Johansen, Exemplar of Liberty », *Journal of American History*, n° 80, 1993, p. 24-25.
- MANNEVY Charlotte et POIGOUNE Marguerite, « Au Sénat coutumier, le nouveau président Victor Gogny déjà appelé à démissionner », *France Info*, 25 février 2023, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/province-sud/noumea/au-senat-coutumier-le-nouveau-president-victor-gogny-deja-appelle-a-demissionner-1369814.html>
- MANGA Jean-Baptiste, « Autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *RJPENC*, n° 31, 2018, p. 113-123.
- MARIENSTRAS Élise, « Les Amérindiens comme acteurs du fédéralisme états-unien », *Revue française d'études américaines*, vol. 144, n° 3, 2015, p. 24-35.
- MARLIN Boris, « L'engagement des États à travers la résolution 61/295 portant Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones », *Revue québécoise de droit international*, n° 21.1, 2008, p. 212-242.
- MATHIEU Catherine et TAILLON Patrick, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », *Revue de Droit de McGill*, vol. 60, n° 4, 2015, p. 763-792.
- MATUTANO Edwin, « Actualité d'une notion en mutation : les « lois de souveraineté » », *RFDC*, vol. 63, n° 3, 2005, p. 517-537.
- MARY Sylvain, « La genèse du service militaire adapté à l'Outre-Mer. Un exemple de rémanence du passé colonial dans la France des années 1960 », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 132, n° 4, 2016, p. 97-110.
- MCNEIL Kent, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 34, n° 1, 1996, p. 61-99.
- MCNEIL Kent, « Aboriginal Governments and the Charter : Lessons from the United States », *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 17, n° 2, 2002, p. 73-105.
- MEGRET Frédéric, « Les processus constituants transitionnels : essai de typologie et analyse critique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 30, 2014, p. 569-585.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Les collectivités territoriales régies par l'article 73 », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, 2012, p. 25-35.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Nouvelle-Calédonie : à la recherche du consensus perdu », *RJPENC*, 2018, vol. 2, n° 32, p. 12-13.
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Audition », dans François-Noël BUFFET, Philippe BAS, Jean-Pierre SUEUR et Hervé MARSEILLE, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie (rapport d'étape)*, Sénat, 27 juillet 2022, p. 75-83.
- MERLE Isabelle, « La construction d'un droit foncier colonial », *Enquête*, n° 7, 1999, p. 97-126.
- MEVELLEC Anne, Guy CHIASSON, et Yann FOURNIS, « De “créatures du gouvernement” à “gouvernements de proximité” : la trajectoire sinueuse des municipalités québécoises », *Revue française d'administration publique*, vol. 162, n° 2, 2017, p. 339-352.
- MILLARD Éric, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 24, 2014, p. 81-97.
- MILOT Olivier, « Michel Rocard en 2013 : “Les accords de Matignon sont un des plus beaux souvenirs de ma vie politique” », *Télérama*, 31 octobre 2018, en ligne : <https://www.telerama.fr/monde/michel-rocard-les-accords-de-matignon-sont-un-des-plus-beaux-souvenirs-de-ma-vie-politique,103268.php>



- MISSOTTE Philippe, «Le Festival Mélanésia 2000 - septembre 1975», *Journal de la Société des océanistes*, vol. 100-101, n° 1-2, 1995, p. 59-100.
- MOHAMED-GAILLARD Sarah, «De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie», *Journal de la Société des Océanistes*, vol. 2, n° 117, 2003, p. 171-186.
- MOHAMED-GAILLARD Sarah, «*Les représentants de l'Outre-mer dans les assemblées de la IV<sup>e</sup> République (1946-1958). Approche prosopographique*», *Outre-Mers*, vol. 98, n° 370, 2011, p. 135-147.
- MOOMOU Jean, «La mission du père Brunetti chez les Boni de la Guyane française à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Entre évangélisation et stratégie d'approche du colonisateur français», *Histoire et missions chrétiennes*, 2009, Vol. 4, n°12, p. 115-144.
- MOOMOU Jean, «Boni et Amérindiens : relations de dominants /dominés et interculturelles en Guyane (fin XIX<sup>e</sup> siècle : années 1990)», *Outre-mers revue d'histoire*, tome 98, n°370-371, 2011, p. 273-299.
- MORDEN Michael, «Les Autochtones au Parlement : réamorcer le dialogue», *Revue parlementaire canadienne*, vol. 39, n° 2, 2016, p. 24-33.
- MORIN Brandi, «“Je serai toujours Wet’suwet’en” : les opposant·es au pipeline Coastal GasLink solidifient leur alliance», *Pivot*, 2022, en ligne : <https://pivot.quebec/2022/01/22/je-serai-toujours-wetsuweten-les-opposant%C2%B7es-au-pipeline-coastal-gaslink-solidifient-leur-alliance/>
- MORIN Françoise, «L'ONU comme creuset de l'autochtonie», *Parcours anthropologiques*, n° 5, 2005, p. 35-42.
- MORIN Michel, «Manger avec la Môme Micoine dans la Môme Gamelle : À Propos des Traités Conclus avec les Amérindiens au Québec, 1665-1760.» *Revue Générale de Droit*, vol. 33, n° 1, 2003, p. 93-130.
- MORIN Michel, «La dimension juridique des relations entre Samuel de Champlain et les Autochtones de la Nouvelle-France», *Revue juridique Thémis*, vol. 38, 2004, p. 389-426.
- MORIN Michel, «L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de l'Amérique du Nord britannique, de 1758 à nos jours», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 39, n° 1-2, 2008-2009, p. 153-222.
- MORIN Michel, «Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong-kong, Macao, Afrique du Sud et Israël», *Revue de droit de McGill*, vol. 57, n° 4, 2012, p. 645-664.
- MORIN Michel, «Fraternité, souveraineté et autonomie des Autochtones en Nouvelle-France», *Revue générale de droit*, vol. 43, n° 2, 2013, p. 531-598.
- MORISSETTE Anny, «Composer avec un système imposé : la tradition et le conseil de bande à Manawan», *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 37, n° 2-3, 2007, p. 127-138.
- MOULIN Mathieu, «Une lecture du devenir institutionnel de la Belgique», *Politeia*, n° 20, 2011, p. 289-312.
- MULIAKAAKA Silipéléto, «Le 50<sup>e</sup> anniversaire du statut de Wallis et Futuna», *RJPENC*, n°. 18, 2011, p. 141-142.
- NADEAU Jean-François, «La thèse immunitaire», *Le Devoir*, 2019, en ligne : <https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/548071/la-these-immunitaire>
- NAPELS Michel, «Le devenir colonial d'une chefferie kanake (Houaïlou, Nouvelle-Calédonie)», *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°4, 2010, p. 913-943.
- NEVEU Lily Pol, «Coexistence et reconnaissance des autochtones au fort-témiscamingue/obadjiwan», *Canadian Studies*, n° 62, 2007, p. 263-272.
- NORTON Philip, «Élisabeth II, monarque constitutionnel», *Pouvoirs*, vol. 182, n° 3, 2022, p. 29-38.

- OLSSON Christian, « De la pacification coloniale aux opérations extérieures. Retour sur la généalogie « des cœurs et des esprits » dans la pensée militaire contemporaine », *Questions de recherche / Research in question*, n°39, Avril 2012, p. 1-33.
- O'NEIL Peter, « One family has controlled every part of their peoples' lives': Tiny Vancouver Island First Nation want court to end "dictatorship" », *Vancouver Sun*, 2017, en ligne : <https://vancouver.sun.com/news/national/tiny-vancouver-island-first-nation-dictatorship-under-fire>
- ORÜCÜ Esin, « Law as Transposition », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, p. 205-223.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 33, 1988, p. 177-206.
- OTIS Ghislain, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », *McGill Law Journal*, vol. 49, 2004, p. 393-417.
- OTIS Ghislain, « L'évolution constitutionnelle de la relation entre le Québec et les peuples autochtones : le défi de l'interdépendance », *Cités*, vol. 3, n° 23, 2005, p. 71-87.
- Ghislain OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte canadienne ? », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 36, n° 2, 2005, p. 207-257
- OTIS Ghislain, « Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 781-814.
- OTIS Ghislain, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *Revue de droit de McGill*, vol. 54, n° 2, 2009, p. 237-256.
- OTIS Ghislain, « Les réparations pour violation des droits fonciers des peuples autochtones : leçons de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 39, n° 1-2, 2009, p. 99-108.
- OTIS Ghislain, « Constitutional recognition of aboriginal and treaty rights: a new framework for managing legal pluralism in Canada ? », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 46, n° 3, 2014, p. 320-333.
- OTIS Ghislain, « La production du droit autochtone : comportement, commandement, enseignement », *Revue générale de droit*, vol. 48, n° 1, 2018, p. 67-89.
- PANTZ Pierre-Christophe, « Le paradoxe d'un référendum historique... sans surprise ? », *RJPENC*, n° 32, 2016, p. 35-45.
- PAPILLON Martin, « Les peuples autochtones et la citoyenneté : quelques effets contradictoires de la gouvernance néolibérale », *Éthique publique*, vol. 14, n° 1, 2012, p. 1-18.
- PARENTEAU Danic, « "Le Canada est fait, maintenant il faut faire les Canadiens !" Essai sur le processus de construction identitaire national canadien », *Argument*, vol. 19, n° 2, 2017, p. 80-92.
- PARJOUET Claire, « La Constitution de transition, un instrument de construction de la démocratie », *RFDC*, vol. 127, n° 3, 2021, p. 123-145.
- PARODI Jean-Luc, « Effets et non-effets de l'élection présidentielle au suffrage universel direct », *Pouvoirs*, n° 14, 1980, p. 5-14.
- PEELING Albert C., « Traditional Governance and Constitution Making among the Gitanyow », *Préparé pour le Centre de Gouvernance des Premières nations*, 2004, en ligne : [https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution\\_Making\\_Among\\_the\\_Gitanyow.pdf](https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Constitution_Making_Among_the_Gitanyow.pdf)
- PERRINJAQUET Jean, « Des annexions déguisées de territoires », *Revue Générale de droit International Public*, vol. 16, 1909, p. 316-367.

- PETERS Siegfried, *La procédure parlementaire du Québec*, Québec, Assemblée nationale du Québec, 2021.
- PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001 n° 2, p. 275-288.
- PHILIP-GAY Mathilde, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, n° 6, 2018, p. 59-76.
- PHILIPPE Xavier, « Common Law et droits coutumiers dans le nouvel ordre constitutionnel sud-africain », *Annuaire des pays de l'océan Indien*, vol. 15, 1997, p. 259-281.
- PICARD Ariane, « À la croisée des chemins : crise autochtone et fédéralisme exécutif au Canada », *Centre d'analyse politique – Constitution Fédéralisme UQAM*, 2020, en ligne : <https://capcf.uqam.ca/publication/a-la-croisee-des-chemins-crise-autochtone-et-federalisme-executif-au-canada/>
- PIERRE-CAPS Stéphane, « Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbriglios politiques contemporains », *Droits et Société*, n° 27, 1994, p. 421-441.
- PIERRE-CAPS Stéphane, « Les minorités et la notion de représentation », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 86-90.
- PINON René, « Un nouvel organe constitutionnel, l'Assemblée de l'Union française », *Revue des deux mondes*, n° 2 d'avril, 1949, p. 724-739.
- POIRIER Johanne, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 1, 2009, p. 1-31.
- POUND Roscoe, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, vol. 44, n° 1, 1910, p. 12-36.
- QUESNEL Louis, « La démocratie municipale au Québec », *Politique*, n° 9, 1986, p. 61-97.
- RALSER Elise, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *Revue critique de droit international privé*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 733-774.
- RANGEON François, « Les assemblées locales et le principe de neutralité », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 102, 2014, p. 1-10.
- REGNAULT Jean-Marc, « France et ONU : deux conceptions de la décolonisation des îles océaniques peu conciliables et que le temps ne rapproche pas », *Outre-Mers*, t. 106, n° 396-397, 2018, p. 217-234.
- RENAUDIE Olivier, « La représentation des territoires », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 92, 2013, p. 56-62.
- RICHARD Gédéon, « Report du référendum de projet : les clarifications et les réactions », *France Info*, le 14 septembre 2022, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/report-du-referendum-de-projet-les-loyalistes-attendent-des-clarifications-rapides-1320832.html>
- RINALDI Karine, « Examen de la France, Prise en compte des droits différenciés des femmes autochtones dans la liste des questions à traiter », *Organisation des Nations autochtones de Guyane*, 2015, en ligne : [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/FRA/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_FRA\\_22250\\_F.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/FRA/INT_CEDAW_NGO_FRA_22250_F.pdf)
- RIVOILAN Pascal, « La croissance démographique fléchit nettement en Nouvelle-Calédonie entre 2014 et 2019 », *Insee Première*, n° 1823, 2020, p. 1-4.
- ROBERT François, « Engagement et participation en assemblée délibérante », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 20, n° 1, 2007, p. 196-211.
- ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 198-210.

- ROSANVALLON Pierre, « L'universalisme démocratique : histoire et problèmes », (2007) *La vie des idées*, en ligne : <https://lavedesidees.fr/L-universalisme-democratique-histoire-et-problemes.html>
- ROULAND Norbert, « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », *Études Inuit*, vol. 3, n° hors-série, 1979, p. 1-171.
- ROULAND Norbert, « Être Amérindien en Guyane : de quel droit ? », *RFDC*, vol. 27, 1996, p. 493-522.
- ROULAND Norbert, « Autonomie et autochtonie dans la zone Pacifique sud : approches juridique et historique », *RFDC*, n° 104, 2015, p. 911-934.
- ROULAND Norbert, « Les Droits de l'homme sont-ils mortels ? », *Droit et cultures*, vol. 74, n° 2, 2017, p. 199-218.
- ROUSSEAU Dominique, « L'implication du droit constitutionnel dans l'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, n° 20, 2011, p. 101-109
- ROUSSEAU Dominique, « Nouvelle-Calédonie : les racines de notre futur », *Libération*, Lundi 8 août 2022, en ligne : [https://www.liberation.fr/idees-et-debats/nouvelle-caledonie-les-racines-de-notre-futur-20220808\\_DRBZFYTTLJBLHHC65D7LPAY/](https://www.liberation.fr/idees-et-debats/nouvelle-caledonie-les-racines-de-notre-futur-20220808_DRBZFYTTLJBLHHC65D7LPAY/)
- SAADA Emmanuelle, « Citoyens et sujets de l'Empire français. Les usages du droit en situation coloniale », *Genèses*, vol. 4, n° 53, 2003, p. 4-24.
- SAADA Emmanuelle, « Penser le fait colonial à travers le droit en 1900 », *Revue d'histoire intellectuelle*, vol. 27, n° 1, 2009, p. 103-116.
- SACCO Rodolfo, « La traduction juridique. Un point de vue italien », *Les Cahiers de droit*, vol. 28, n° 4, 1987, p. 845-859.
- SACCO Rodolfo, « Legal Formants : A Dynamic Approach To Comparative Law, Instalment I of II », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1, 1991, p. 1-34.
- SACCO Rodolfo, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II) », *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, p. 343-401.
- SAHLINS Peter, « Natural Frontiers Revisited: France's Boundaries since the Seventeenth Century », *American Historical Review*, vol. 95, n°5, Décembre 1990, p. 1423-1451.
- SAINT-LOUIS René, « Incursion dans la communauté Mohawk de Kahnawake », *Radio Canada*, 2020, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/ohdio/premiere/emissions/le-15-18/segments/reportage/155130/kahnawake-mohawks-wetsuweten-trains-manifestations>
- SAUSSOL Alain, « En marge de l'insurrection Kanak de 1878 : nos « fidèles alliés Canala », mythe ou réalité ? », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 136-137, 2013, p. 169-180.
- SAUVÉ Jean-Marc, « Peut-on parler d'une crise de la citoyenneté ? », *Conseil d'État*, 2017, en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/peut-on-parler-d-une-crise-de-la-citoyennete>
- SCELLE Georges, « Le problème du fédéralisme », *Politique étrangère*, n° 2, 1940, p. 143-163.
- SCHNAPPER Dominique, « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, vol. 1, n° 160, p. 61-71.
- SCHOOLS Tim, « Aboriginal Peoples and Electoral Reform in Canada : Differentiated Representation versus Voter Equality », *Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n° 4, 1996, p. 729-748.
- SEILER Daniel-Louis, « Un système consociatif exemplaire : la Belgique », *Revue internationale de Politique comparée*, vol. 4, n° 3, 1997, p. 601-624.
- SEGUIN Renaud, « Pour une nouvelle synthèse sur les processus électoraux du XIX<sup>e</sup> siècle québécois », *Revue de la Société historique du Canada*, vol. 16, n° 1, 2005, p. 75-100.

- SIMARD Martin and BRISSON Carl, « Les enjeux et défis de la gouvernance biculturelle : l'exemple du gouvernement régional de l'Eeyou-Istchee-Baie-James », *Études canadiennes / Canadian Studies*, n° 89, 2020, p. 355-379.
- SINARDET Dave, « Le fédéralisme consociatif belge : vecteur d'instabilité ? », *Pouvoirs*, n° 136, 2011, p. 21-35.
- SINHA Surya Prakash, « Why it has not been possible to define law », *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 75, n° 1, 1989, p. 1-27.
- SLATTERY Brian, « The hidden constitution: aboriginal rights in Canada », *American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984, p. 361-391.
- SLATTERY Brian, « Aboriginal Sovereignty and Imperial Claims », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 29, 1991, p. 681-703.
- SOULE Marc, « Relations coutume, État, Église à Wallis et Futuna 1837-1961 », dans Jean-Marc REGNAULT (dir.), *La loi de 1905 et les colonies, Outre-mers Revue d'histoire*, tome 92, n°348-349, 2<sup>e</sup> semestre 2005, p. 117-125.
- SVENSSON Tom. G., « Inter-legality, a Process for Strengthening Indigenous Peoples Autonomy : the Case of the Sami in Norway », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 37, n° 51, 2005, p. 51-77.
- SZPAK Agnieszka, « A Comparison of Nisga'a Self-Government and International Standards of Indigenous Self-Determination », *Polish Political Science Yearbook*, vol. 49, n° 3, 2020, p. 77-95.
- TARDIF Éric, « Le système interaméricain de protection des droits de l'Homme : particularités, percées et défis », *La Revue des droits de l'Homme*, vol. 6, n°5, 2014, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/962>
- TARLTON Charles D., « Symetry and Asymmetry as Elements of Federalism : A Theoretical Speculation », *The Journal of Politics*, vol. 27, n° 4, 1965, p. 861-874.
- TESTART Alain, « Le potlatch entre le lustre et l'usure. Contribution à la sociologie de la Côte nord-ouest », *Journal de la Société des Américanistes*, t. 85, 1999, p. 9-41.
- TEUBNER Gunther, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences », *Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 11-32.
- TIOUKA Alexis, « Pour rafraîchir la mémoire collective », *Chroniques atypiques de la Guyane française*, 2008, en ligne : [https://www.blada.com/chroniques/2008/2805-Pour\\_rafraichir\\_la\\_memoire\\_collective.htm](https://www.blada.com/chroniques/2008/2805-Pour_rafraichir_la_memoire_collective.htm)
- TIOUKA Alexis, « Vers une définition dynamique des droits coutumiers et du droit à la prise de décision des peuples autochtones », Contribution pour le Séminaire régional sur les droits coutumiers, *GIPTA*, 2010, p. 6-7, en ligne : <http://www.gitpa.org/web/ams%20guyane%20coutume%20tiouka%20.pdf>
- TIOUKA Alexis, « Stratégies amérindiennes en Guyane française », *Multitudes*, vol. 3, n° 64, 2016, p. 199-210.
- TREPIED Benoît, « Une nouvelle question indigène outre-mer ? », *La vie des idées*, 2012, en ligne : <https://laviedesidees.fr/Une-nouvelle-question-indigene.html>
- TREMBLAY Jean-François, « L'autonomie gouvernementale autochtone, le droit et le politique, ou la difficulté d'établir des normes en la matière », *Politique et Sociétés*, vol. 19, n° 2-3, 2000, p. 133-151.
- TRUDEL Pierre, « La crise d'Oka de 1990 : retour sur les événements du 11 juillet », *Recherches amérindiennes au Québec*, vol. 39, n° 1-2, 2009, p. 129-135.
- TOMASELLI Alexandra, « Political participation, the International Labour Organization, and Indigenous Peoples: Convention 169 "participatory" rights », *The International Journal of Human Rights*, vol. 24, n° 2-3, 2020, p. 127-143.

- TOOKER Elisabeth, « The United States Constitution and the Iroquois League », *Ethnohistory*, vol. 35, n° 4, 1988, p. 305-336.
- TOURET Corine, « L'institution des conseillers territoriaux, un gage de renouveau pour la démocratie représentative locale ? », *Revue Le Lamy Collectivités territoriales*, n° 77, 2012 p. 75-82.
- TROMEUR Françoise, « Référendum 2021 : les chiffres à retenir concernant la liste électorale spéciale pour la consultation », *France Info Nouvelle-Calédonie*, 2021, en ligne : <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/referendum-2021-les-chiffres-a-retenir-concernant-la-liste-electorale-speciale-pour-la-consultation-1121962.html>
- TROPER Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Jurídica*, n° 8, 2006, p. 301-318.
- TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 185-194.
- TURP Daniel, « Le droit de sécession en droit international public », *Annuaire canadien de droit international*, vol. 20, 1983, p. 24-78.
- TURP Daniel, « Le droit à l'indépendance du peuple kanak selon le droit international », *L'Action nationale*, vol. CVIII, n° 8, 2018, p. 82-87.
- TWINING William, « Normative and Legal Pluralism : A Global Perspective », *Duke Journal of comparative and international law*, vol. 20, 2010, p. 473-517.
- UNION DES CHEFS INDIENS DE L'ABERTA, « Foundational Document Citizens Plus », *Aboriginal Policy Studies*, vol. 1, n° 2, 2011, p. 188-281.
- UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « What is a Constitution ? », *Universités de Harvard et d'Arizona*, 2014, en ligne : <https://nnconstitutions.arizona.edu/defining>
- UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox », 2019, en ligne, <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/preamble>
- UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox. Structure oversight », 2019, en ligne : <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/structure-of-government/oversight>
- UNIVERSITES DE HARVARD ET D'ARIZONA, « Constitution toolbox. Structure of government », 2019, en ligne : <https://sites.google.com/g.harvard.edu/constitutionaldesign/table-of-contents/structure-of-government>
- URBAN Yerri, « La citoyenneté dans l'empire colonial français est-elle spécifique ? », *Jus Politicum*, n° 14, 2015, p. 1-34.
- URBAN Yerri, « Les conventions entre la France et les peuples Marrons du Surinam. Contribution à l'étude des middle-grounds post-esclavagistes », *Histoire de la justice*, vol. 1, n° 26, 2016, p. 201-221.
- URBAN Yerri, « Le rattachement d'un peuple marron à la France — les Boni, de la Guyane néerlandaise à la Guyane française 1836-1892 », *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, vol. 43, 2019, p. 1-42.
- URVOAS Jean-Jacques, « Vers “un pays associé”, esquisse pour le futur statut de la Nouvelle-Calédonie », *RFDC.*, vol. 4, n° 128, 2021, p. 115-133.
- VANDEGINSTE Stef, « Théorie consociative et partage du pouvoir au Burundi », *Cahier de l'Institut de politique et de gestion du développement, Université d'Anvers*, n° 6, 2006, p. 1-32.
- VANDERLINDEN Jacques, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, vol. 18, n° 2, 1993, p. 573-583.
- VAN HOECKE Mark, « Methodology of Comparative Legal Research », *Law and Method*, n° 12, 2015, p. 1-35.

- VENNE Sharon, « Indian Laws. The Constitution wouldn't recognise them », *Indian World*, vol. 4, n° 1, 1981, p. 26-29.
- VENNE Sharon, « The new language of Assimilation. A brief analysis of ILO Convention 169 », *Without Prejudice*, vol. II, n° 2, 1989, p. 53-67.
- VERPEAUX Michel, « Le judicieux rappel de quelques vérités relatives à l'outre-mer », *La Semaine juridique Edition Générale*, n° 45, 2009, p. 24-28.
- VERPEAUX Michel, « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 42, 2014, p. 7-16.
- VERPEAUX Michel, « La décentralisation et la démocratie locale », *Titre VII*, n° 9, 2022, p. 55-63
- VERZEROLI Marc, « Les trois équipes de France. Le monde selon la FIFA », *Revue internationale et stratégique*, vol. 94, n° 2, 2014, p. 161-169.
- WATSON Alan, « From Legal Transplants to Legal Formants », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 469-476.
- WATSON Matt, « Reconciling Sovereignties, Reconciling Peoples: Should the Canadian Charter of Rights and Freedoms Apply to Inherent-right Aboriginal Governments ? », *Inter Gentes*, vol. 2, n° 1, 2019, p. 75-112.
- WATTS Ronald L., « Les modèles de partage fédéral des compétences », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. 167, n° 1, 2001, p. 25-34.
- WEIR Jessica, « Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. Victoria, [2002] HCA 58 (12 December 2002) – Comment », *Land, Rights, Laws: Issues of Native Title*, vol. 2, n° 21, 2003, p. 1-8.
- WERY Claudine, « Le gouvernement est contraint de plier devant les partisans du vieux roi de Wallis », *Le Monde*, 28 septembre 2005, en ligne : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/09/28/le-gouvernement-est-contraint-de-plier-devant-les-partisans-du-vieux-roi-de-wallis\\_693740\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2005/09/28/le-gouvernement-est-contraint-de-plier-devant-les-partisans-du-vieux-roi-de-wallis_693740_3224.html)
- WIESSNER Siegfried, « Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis » *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 57-128.
- WILKINS Kerry, « ...But we need the eggs: the Royal Commission, the *Charter of Rights* and the inherent right of Aboriginal self-government », *University of Toronto Law Journal*, vol. 49, n° 1, 1999, p. 53-121.

### III - Sites internet

#### A. Canada

##### AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA :

- « Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones », *Site officiel du gouvernement du Canada*, 12 novembre 2010, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1309374239861/1621701138904>
- « Le Canada appuie maintenant la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones sans réserve », *Site officiel du gouvernement du Canada*, 10 mai 2016, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/le-canada-appuie-maintenant-la-declaration-des-nations-unies-sur-les-droits-des-peuples-autochtones-sans-reserve.html>
- « L'histoire des traités au Canada », *Site officiel du Gouvernement du Canada*, 2011, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1314977704533/1544620451420>

DIALOG, *St. Catherine's Milling Co. v. The Queen*, Institut national de la recherche scientifique (INRS), Centre Urbanisation Culture Société, 2021, en ligne : <https://jurisprudence.reseaudialog.ca/case/st-catherines-milling-co-v-the-queen/>

##### GOVERNEMENT DU CANADA :

- « Ententes en cours de négociation », *Gouvernement du Canada*, 2018, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031846/1529416092300>
- « Critères d'évaluation. Critères fondés sur le mérite établis par le gouvernement », *Site officiel du Gouvernement du Canada*, 2022, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/campagne/comite-consultatif-independant-sur-les-nominations-au-senat/criteres-devaluation.html>

MINISTERE DES AFFAIRES AUTOCHTONES DE L'ONTARIO, « Carte des traités et des réserves en Ontario », *Gouvernement de l'Ontario*, 2022, en ligne : <https://www.ontario.ca/fr/page/carte-des-traites-et-des-reserves-en-ontario#9>

MINISTERE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, « L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie », *Gouvernement du Canada*, 2010, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031843/1539869205136#moreinfo>

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Document d'information : Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Ministère de la Justice, 2021, en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/declaration/apropos-about.html>

STATISTIQUE CANADA, « Représentation des hommes et des femmes dans les conseils de bandes des Premières Nations et les Chefs dans les communautés des Premières Nations selon le sexe », *Statistique Canada*, Tableau 41-10-0048-01, 2021, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=4110004801>

##### SERVICES AUX AUTOCHTONES CANADA :

- « Modèle de code de sélection des dirigeants », *Gouvernement du Canada*, 2010, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100013945/1565359988591>
- « Politique sur la conversion à un système électoral communautaire », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1433166668652/1565371688997>
- « First Nations Electoral System Breakdown, by Province and Territory, in Canada », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/eng/1337794249355/1565361052618>
- « Sélection de dirigeants dans les Premières Nations », *Gouvernement du Canada*, 2022, en ligne : <https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1323195944486/1565366893158>



## B. France

COLLECTIVITE TERRITORIALE DE GUYANE, « Guyane française (2) Composition ethnolinguistique », *Collectivité territoriale de Guyane*, 2021, en ligne : <https://www.axl.cefan.ulaval.ca/amsudant/guyanefr2.htm>

PREFET DE LA REGION GUYANE, « Sous-préfet aux communes de l'intérieur », *les services de l'État en Guyane*, 2022, en ligne : <https://www.guyane.gouv.fr/Services-de-l-Etat/Prefecture-et-Sous-prefecture/Sous-prefet-aux-communes-de-l-interieur>

HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE EN NOUVELLE-CALEDONIE :

- *L'histoire de la Nouvelle-Calédonie*, en ligne : <https://www.elections-nc.fr/histoire/l-histoire-de-la-nouvelle-caledonie>.
- « Convention des partenaires. Relevé de conclusions », *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, le 28 octobre 2022, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/content/download/10431/79314/file/28102022+Relev%C3%A9+de+conclusions+de+la+convention+des+partenaires.pdf>
- « XIX<sup>e</sup> comité des signataires de l'Accord de Nouméa - relevé de conclusions », *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, le 10 octobre 2019, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/Politiques-publiques/Avenir-institutionnel-de-la-Nouvelle-Caledonie/Comite-des-signataires-de-l-accord-de-Noumea>
- « 27 décembre - Première réunion du Comité des sages pour la campagne relative au référendum », *Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie*, 2017, en ligne : <https://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/Actualites/Archives/2017/27-decembre-Premiere-reunion-du-Comite-des-sages-pour-la-campagne-relative-au-referendum>

MINISTERE DES OUTRE-MER, *Guyane – Histoire*, ministère des Outre-mer, 2016, en ligne : <https://outre-mer.gouv.fr/guyane-histoire>

MINISTERE DE L'INTERIEUR ET DES OUTRE-MER, « Nouvelle-Calédonie : réunion du Comité des signataires à Paris en septembre 2022 », *Site officiel du ministère de l'Intérieur et des Outre-mer*, 2022, en ligne ; <https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiqués/nouvelle-caledonie-reunion-du-comite-des-signataires-a-paris-en-septembre>

VIE PUBLIQUE :

- « Nouvelle-Calédonie : les résultats du 3<sup>e</sup> référendum d'autodétermination du 12 décembre 2021 », *Vie Publique*, 2021, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18649-nouvelle-caledonie-3e-referendum-dautodetermination-12-decembre-2021>.
- « Évolution institutionnelle et statutaire outre-mer : chronologie », *Vie publique*, 2022, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19621-evolution-institutionnelle-et-statutaire-outre-mer-chronologie>
- « Comment s'élabore une Constitution? », *Vie publique*, 2022, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/fiches/19553-comment-selabore-une-constitution>

### C. Sites des Organisations autochtones

ASSEMBLEE DES PREMIERES NATIONS DU QUEBEC-LABRADOR, *Site officiel. À propos*, 2017, en ligne : [https://apnql.com/fr/?page\\_id=343](https://apnql.com/fr/?page_id=343).

FIRST NATIONS INFO, « Carrier Sekani Timeline », *First Nations info*, en ligne : <https://www.first-nations.info/carrier-sekani-timeline.html>

GROUPE INTERNATIONAL DE TRAVAIL POUR LES PEUPLES AUTOCHTONES :

- « Organisations amérindiennes de Guyane française », *GIPTA*, en ligne : [https://gitpa.org/Coordination%20GITPA%20400/GITPA%20500-2\\_org.htm](https://gitpa.org/Coordination%20GITPA%20400/GITPA%20500-2_org.htm).

- « Crise au sein des organisations autochtones amérindiennes représentatives », *GIPTA*, en ligne : <https://gitpa.org/Peuple%20GITPA%20500/GITPA%20500-9WEBDOCGUYANESONG.htm>

INDIGENOUS WORLD, *Site officiel*, 2021, en ligne : <https://indigenousworld.org/about-indigenous-world/>

ONE FEATHER, « Wet'suwet'en First Nation. 2019 General Election », *One Feather*, 2019, en ligne : <https://www.onefeather.ca/nations/wetsuweten/elections/may-2019>.

PREMIERE NATION ALGONQUINE ANISHINABEG, à propos de « Simon Pieskaret », *Site officiel de la Première Nation Algonquine Anishinabeg*, 2016, en ligne : <https://www.anishinabenation.ca/histoire/simon-pieskaret-pieskaret/>.

PREMIERES NATIONS DES KA:'YU:'K'T'H'/CHE:K:TLES7ET'H', « Our governance », *Site officiel des Premières Nations des Ka:» yu:» k't'h'/Che:k'tles7et'h'*, 2020, en ligne : <https://kyuquotbc.ca/governance/>

PREMIERE NATION DE YALE, « Fiche d'information sur l'Accord définitif de la Première nation de Yale : Gouvernance », *Site de la Première Nation de Yale*, 2018, en ligne, [https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/fact\\_sheet\\_yale\\_governance.pdf](https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/environment/natural-resource-stewardship/consulting-with-first-nations/agreements/fact_sheet_yale_governance.pdf)

PREMIERE NATION SAGAMOK, « Gouvernance », *Site officiel de la Première Nation Anishnawbek Sagamok*, 2022, en ligne : <https://sagamok.ca/programs-services/administration/governance/>

SENAT COUTUMIER, « Les conseils coutumiers », *Sénat coutumier*, date non renseignée, en ligne : <https://www.senat-coutumier.nc/aires-coutumieres/les-conseils-coutumiers>

#### IV – Discours

- ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Intervention prononcée par le représentant de la France, à l'occasion de l'adoption de la Déclaration sur les Droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, New York, A/61/PV.108
- BENNETT Carolyn (ministre des Affaires autochtones et du Nord), « Discours prononcé devant l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones », New York, Le 10 mai 2016, *Gouvernement du Canada*, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/affaires-autochtones-nord/nouvelles/2016/05/discours-livre-a-l-instance-permanente-des-nations-unies-sur-les-questions-autochtones-new-york-le-10-mai-2016.html>
- CHIRAC Jacques, « Discours de Jacques Chirac prononcé le 11 mars 2000 à Madiana », 11 mars 2000, Martinique, *Drom-Com Le portail du droit outre-mer*, 2019, en ligne : <https://www.drom-com.fr/articles/discours-de-jacques-chirac-prononce-le-11-mars-2000-a-madiana-martinique-227.htm>
- LECORNU Sébastien, « Déclaration sur l'avenir de la Nouvelle-Calédonie », Paris, le 2 juin 2021, *Vie Publique*, en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/280324-sebastien-lecornu-02062021-nouvelle-caledonie>
- MACRON Emmanuel, « Discours du Président de la République sur les assises des Outre-mer », le 28 octobre 2017, *Site officiel de l'Élysée*, 2017, en ligne : <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-sur-les-assises-des-outre-mer/>
- Nicolas SARKOZY, « Déclaration de M. Nicolas Sarkozy, Président de la République, sur les efforts en faveur du département de La Guyane », Canopi, Le 11 février 2008 *Site officiel de l'Élysée*, 2008, en ligne, <https://www.elysee.fr/nicolas-sarkozy/2008/02/11/declaration-de-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique-sur-les-efforts-en-faveur-du-departement-de-la-guyane-a-canopi-le-11-fevrier-2008>
- OFFICE OF THE WET'SUWET'EN, « We, the Wet'suwet'en – A declaration », *Change.org*, 2022, en ligne : <https://www.change.org/p/the-governments-of-canada-and-british-columbia-a-declaration-for-the-wet-suwet-en>
- SENAT COUTUMIER, *La déclaration solennelle des grands chefs et des autorités coutumières*, Nouméa, Sénat coutumier, 5 mai 2018, disponible en ligne : <http://www.maison-de-la-melanesie-pauldedecker.com/images/consitutions/La-declaration-solennelle-des-grands-chefs.pdf>
- STEWART Jane, « Discours de l'honorable Jane Stewart ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien à l'occasion du dévoilement de Rassembler nos forces : le plan d'action du Canada pour les questions autochtones », Ottawa, Le 7 janvier 1998, *Gouvernement du Canada*, en ligne : <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100015725/1571590271585>
- WILSON-RAYBOULD Jody, « Discours : Notes pour une allocution par l'honorable Jody Wilson-Raybould, C.P., c.r., députée Ministre de la Justice et procureur général du Canada », Conférences de Cambridge Walnut Tree Court Université de Cambridge, Le 3 juillet 2017, *Gouvernement du Canada*, en ligne : [https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2017/07/pour\\_une\\_relationdenationaveclespeuplesautochtonesducanaad.html](https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2017/07/pour_une_relationdenationaveclespeuplesautochtonesducanaad.html)



## SECTION II – REFERENCES INSTITUTIONNELLES

### I – Sources nationales

#### A. Sources canadiennes

##### 1. Législations préconfédératives

*Acte de Québec*, (1774) 14 Georges III, c. 83 (R.-U.).

*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> Vict., S.C. 1850, ch. 36.

*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des Sauvages dans le Bas-Canada*, 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> Vict., S.C. 1850, ch. 42.

*Acte pour abroger en partie et amender un acte intitulé : Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> Vict., S.C. 30 août 1851, ch. 59.

*Acte pour mettre à part certaines étendues de terre pour l'usage de certaines tribus de sauvages dans le Bas-Canada*, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> Vict., S.C. 1851, ch. 106.

*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des tribus sauvages en cette province et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S.C. 1857, ch. 26.

##### 2. Législations fédérales

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), aussi nommée *Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867 (R.-U.), c. 3.

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria*, S. C., 22 juin 1869, ch. 42.

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.

*Naturalization Act, An act to amend the Law relating to the Legal Condition of Aliens and British Subjects*, 33<sup>e</sup> and 34<sup>e</sup> Vict., 1870, ch. 14.

*Acte pour amender certaines lois relatives aux Sauvages et pour étendre certaines lois concernant les affaires se rattachant aux Sauvages, aux provinces de Manitoba et de la Colombie-Britannique*, S.C. 1874, ch. 21.

*Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, S.C. 1876, ch. 18.

*Acte relatif aux Sauvages*, S.C. 1880, ch. 28.

*An Act respecting Naturalization and Aliens*, 44 Vict., 1881, ch. 13.

*Acte conférant certains privilèges aux bandes les plus avancées des Indiens du Canada en vue de les former à l'exercice de pouvoirs municipaux*, S.C. 1884, ch. 28.

*Acte à l'effet de modifier de nouveau l'Acte relatif aux Sauvages*, S.C. 1884, ch. 27.

*Acte du cens électoral*, S.C. 1885, ch. 40.

*Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81.

*An Act respecting Indians*, R.S.C., 1906, ch. 81.

*Loi des électeurs militaires*, S.C. 1917, ch. 34.

*Loi des élections fédérales*, S.C. 1920, ch. 46

*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98.

*Statut de Westminster*, 1931 (R.-U.), c. 4.

*Loi concernant la citoyenneté, la nationalité et la naturalisation, ainsi que le statut des étrangers*, S.C. 1946, ch. 15.

*Loi modifiant la Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1950, ch. 35.  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29.  
*Loi modifiant la Loi des élections fédérales, 1938, et changeant son titre en Loi électorale du Canada*, S.C. 1951 (2<sup>e</sup> session), ch. 3.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, ch. 149.  
*Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C., 1960, ch. 7.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1970, ch. 1-6  
*Loi constitutionnelle de 1982 (R-U)*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11., Partie 1, *Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1985, ch. 98, ch. I-6.  
*Loi sur l'autonomie gouvernementale de la Nation shishalhe*, L.C. 1986, ch. 27.  
*Loi concernant l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, L.C. 1993, ch. 29.  
*Loi sur l'Accord définitif niska'a*, L.C. 2000, ch. 7 ou, *Niska'a Final Agreement Act*, S.C. 2000, ch. 7.  
*Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. 2001, ch. 8  
*Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867, la Loi sur la révision des limites des circonscriptions électorales et la Loi électorale du Canada*, L.C. 2011, ch. 26.  
*Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5.  
*Loi sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, L.C. 2021, ch. 14.  
*Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, ch. 24.  
*Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952, version en vigueur en 2023.

### 3. Législations provinciales

#### Législations de Colombie-Britannique :

*An Act to Make Better Provisions for the Qualifications and Registration of Voters*, S.B.C. 1875, ch. 2.  
*Provincial Elections Act Amendment Act*, 1949, S.B.C. 1949, ch. 19.  
*Niska'a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, ch. 2.  
*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2018, ch. 51, s. 2.  
*Poverty Reduction Strategy Act*, S.B.C. 2018, ch. 40, s. 4.

#### Législations de l'Ontario :

*An Act to Further Amend the Laws Affecting the Elections of Members of the Legislative Assembly and the Trial of Such Elections*, S.O. 1874, ch. 3.  
*Ontario*, S.O. 1954, ch. 25.

#### Législations du Québec :

*Loi modifiant la Loi électorale du Québec*, S.Q. 1915, ch. 17.  
*Loi modifiant la Loi électorale*, L.Q., 1969, ch. 13.  
*Loi instituant le Gouvernement régional d'Eeyou Istchee Baie-James*, R.L.R.Q. 2013, c. G -1.04, art. 6.  
*Loi visant principalement à reconnaître que les municipalités sont des gouvernements de proximité et à augmenter à ce titre leur autonomie et leurs pouvoirs*, L.Q., 2017, ch. 13.  
*Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, L. Q. 2017, ch. 12.  
*Code municipal du Québec*, 2021, c- 27.1.

#### 4. Accords internes au Canada

*Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, 1975  
*Convention du Nord-Est québécois*, 1978.  
*Convention définitive des Inuvialuit*, 1984.  
*Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in*, 1992.  
*First Nation of Nacho Nyak Dun Self-Government Agreement*, 1993.  
*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, 1993  
*Teslin Tlingit Council Self-Government Agreement*, 1993.  
*Entente sur la revendication territoriale globale des Dénés et Métis du Sabtu*, 1995.  
*Entente définitive de la Première Nation des Gwitchin Vuntut*, 1995.  
*Accord définitif niska'a*, 1999.  
*Accord d'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*, 2005.  
*Accord sur les revendications territoriales des Inuits du Nunavik*, 2008.  
*Accord définitif concernant la Première Nation de Tsanwassen*, 2009.  
*Accord définitif concernant les Premières Nations Maanulthes*, 2011.  
*Entente sur la gouvernance dans le territoire de la Baie James d'Eeyou Istchee entre les Cris d'Eeyou Istchee et le Gouvernement du Québec*, 2012.  
*Accord définitif des Tla'amin*, 2014.  
*Coastal Gaslink Pipeline Project, Natural gas Pipeline benefits Agreement entre Sa Majesté la Reine et la Première Nation Wet'suwet'en*, 2014.  
*Pathway Forward 2.0. Agreement entre Sa Majesté la Reine et notamment le Conseil tribal Carrier Sekani*, 2019  
*Gitanyow Governance Accord*, 2021

#### 5. Projets d'accords internes et protocoles d'ententes

*Projet d'entente auxiliaire concernant le volet services de police de l'administration de la justice entre les Mohawks de Kahnawake et le Gouvernement du Canada*, 17 janvier 2001.  
*Protocole d'entente entre le Canada, la Colombie-Britannique et les Wet'suwet'en comme convenu le 29 février 2020*, Gouvernement du Canada, 14 mai 2020.

#### 6. Législations et délibérations des assemblées autochtones

##### Constitutions autochtones :

Constitution de la Confédération Iroquoise ou *Kaianerekowa (Gayanashagowa)* ou la Grande Loi de la Paix, datée du XV<sup>e</sup> siècle, disponible sur le site <http://www.mohawknationnews.com/>  
*Constitution de la Première Nation de White River*, 1996.  
*Convention sur l'usage et les coutumes de la Nation ojibwée de Saugeen*, 1997.  
*Constitution de la Nation Niska'a*, 2000.  
*Constitution de la Première Nation de Tsanwassen*, 2009.  
*Constitution de la nation gitanyow*, 2009.  
*Constitution de la Première Nation de Carcross/Tagish*, 2021[1997].  
*Constitution de la Première Nation des Huu-ay-ahts*, 2011.  
*Constitution du Conseil des Ta'an Kwach'an*, 2012.  
*Constitution gitanyow*, 2013 [2009].  
*Constitution de la Première Nation de Selkirk*, 2013.  
*Constitution de la Première Nation de Déline*, 2013.  
*Constitution de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2015, [1999].  
*Constitution de la Première Nation de Kluane*, 2018 [1995].

*Constitution de la Première Nation des Tr'ondëk Hwëch'in*, 2018 [1998].  
*Constitution de la Première Nation des Gwitchin Vuntut*, 2019 [1992].  
*Constitution de la Première Nation des Kwanlin Dün*, 2020.  
*Constitution du Conseil des Tlingits de Teslin*, 2020.  
*Constitution des Premières Nations de Champagne et d'Aishibik*, 2022.

#### Législations autochtones :

##### Conseil des Mohawks d'Akwesasne :

*Akwesasne Election Law*, adopté en 1994, en ligne : <http://www.akwesasne.ca/history-resources/akwesasne-election-law/>.  
*Loi sur la conduite éthique du Conseil des Mohawks d'Akwesasne*, 1997, en ligne : [http://webdev.akwesasne.ca/wp-content/uploads/2017/07/ethical\\_conduct\\_law\\_for\\_the\\_mohawk\\_council\\_of\\_akwesasne.pdf](http://webdev.akwesasne.ca/wp-content/uploads/2017/07/ethical_conduct_law_for_the_mohawk_council_of_akwesasne.pdf).

##### Conseil mohawk de Kahnawake :

*Election Law*, K.R.L., c. E-1, 2018.  
*Kahnawá:ke Membership Law*, K.R.L. c. M-1, 2003.  
*Kanien'kehá:ka of Kahnawá:ke Law*, K.R.L. c. M-1, 2018.

##### Nation Nisga'a :

*New Aiyansh Village Charter*, 18 octobre 2000, disponible en ligne : <http://www.gitlaxtaamiks.com/wp-content/uploads/2020/08/New-Aiyansh-Village-Charter.pdf>  
*Nisga'a Government Act*, 2006.  
*Nisga'a Elections Act*, 2006.

##### Autres Premières Nations :

*Résolution concernant le Code électoral coutumier du Conseil mohawk de Kanésatake*, ratifié le 20 juin 2015, disponible en ligne : <http://kanesatake.ca/wp/wp-content/uploads/2018/02/2015-Custom-Electoral-Code-French.pdf>.  
*Election Act of Tsamwassen First Nation*, 2009.  
*Wet'suwet'en First Nation Custom Election Code*, 2017.  
*Code de la représentation de la Nation huronne-wendat*, 2018 [2000].  
*Résolution n° 919-082 du Conseil des Innu de Ekuanitshit du 18 Janvier 2021*.

##### Assemblée des Premières Nations :

*Charte de l'Assemblée des Premières Nations*, 2021 [1985].  
Assemblée générale annuelle du 6 au 8 juillet 2021, Toronto (Ont.), *Résolution 03/2021*, Clarification relative aux représentants désignés et aux mandataires.  
Assemblée générale annuelle, 8 et 9 décembre 2020, Ottawa (Ont.), *Résolution 02/2020*.



## B. Sources françaises

### 1. Lois constitutionnelles, organiques, ordinaires et loi du pays

- Loi du 24 avril 1833 *concernant le régime législatif des colonies*, Bulletin des lois du royaume de France, IX<sup>e</sup> série, tome V, 1<sup>ère</sup> partie, Paris, Impression royale, août 1833, bulletin n° 94 du 28 avril 1833, texte n° 216, p. 117-127.
- Loi du 30 mai 1854 *sur l'exécution de la peine des travaux forcés du*, Bulletin officiel 1854, 1er semestre n° 178, p. 1439.
- Loi du 30 mai 1854 *sur l'exécution de la peine des travaux forcés*, J.O.R.F. du 20 août 1944, p. 269.
- Loi du 13 avril 1900 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1900*, J.O.R.F. du 14 avril 1900, p. 2312.
- Loi n° 46-940 du 7 mai 1946 *tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer*, J.O.R.F. du 8 mai 1946, p. 3888.
- Loi n° 49-179 du 9 février 1949 *fixant le statut financier de l'Assemblée de l'Union française*, J.O.R.F. du 10 février 1949, p. 1499.
- Loi n° 50-10 du 6 janvier 1950 *portant modification et codification des textes relatifs aux pouvoirs publics*, J.O.R.F. du 7 janvier 1950, p. 215.
- Loi n° 56-619 du 23 juin 1956 *autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0146 du 24 juin 1956, p. 5782.
- Loi n° 57-702 du 19 juin 1957 *modifiant l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 56-619 du 23 juin 1956 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0141 du 20 juin 1957, p. 6179.
- Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961, *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019.
- Loi n° 63-1246 du 21 décembre 1963 *portant réorganisation du Conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 22 décembre 1963, p. 11451.
- Loi n° 69-4 du 3 janvier 1969 *modifiant la réglementation minière en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 4 du 5 janvier 1969, p. 169.
- Loi n° 69-5 du 3 janvier 1969 *relative à la création et à l'organisation des communes dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 4 du 5 janvier 1969, p. 196-197.
- Loi n° 74-965 du 23 novembre 1974 *organisant une consultation des populations des Comores*, J.O.R.F. du 24 novembre 1974, p. 11771.
- Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 *relative à l'organisation de Mayotte*, J.O.R.F. du 28 décembre 1976, p. 7493.
- Loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F. du 7 septembre 1984, p. 2840.
- Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 *relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F. du 26 janvier 1985, p. 1087.
- Loi n° 85-892 du 23 août 1985 *sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 22 du 24 août 1985, p. 977.
- Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 19 juillet 1986, p. 8927.
- Loi n° 88-82 du 22 janvier 1988 *portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 26 janvier 1988, p. 1231.
- Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 *portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998*, J.O.R.F. du 10 novembre 1988, p. 14087.

Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 *portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires*, J.O.R.F. n° 181 du 5 août 1995, p. 11744.

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. n° 0068 du 21 mars 1999, p. 4197.

Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 *relative à l'égalité entre les femmes et les hommes (1)*, J.O.R.F. n° 157 du 9 juillet 1999, p. 10175.

Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 *tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives*, J.O.R.F. n° 131 du 7 juin 2000, texte n° 1.

Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 *d'orientation pour l'outre-mer*, J.O.R.F. n° 0289 du 14 décembre 2000, p. 19760.

Loi n° 2003-697 du 30 Juillet 2003 *portant réforme de l'élection des sénateurs*, J.O.R.F. n° 175 du 31 juillet 2003, texte n° 2.

Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française (1)*, J.O.R.F. n° 52 du 2 mars 2004, texte n° 1.

Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers*, J.O.N.C. du 30 janvier 2007, p. 647.

Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007 *portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (1)*, J.O.R.F. n° 45 du 22 février 2007, texte n° 1.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République (1)*, J.O.R.F. n° 0171 du 24 juillet 2008, texte n° 2.

Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (1)*, J.O.R.F. n° 0287 du 11 décembre 2009, texte n° 1.

Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 *relative au Département de Mayotte (1)*, J.O.R.F. n° 0284 du 8 décembre 2010, texte n° 2.

Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, J.O.R.F. n° 0114 du 18 mai 2013, texte 2

Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (1)*, J.O.R.F. n° 0184 du 9 août 2016, texte n° 2.

Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 *de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (1)*, J.O.R.F. n° 0051 du 1 mars 2017, p. 28.

Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 *portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, J.O.R.F. n° 0196 du 24 août 2021, texte n° 1.

## 2. Ordonnances

Ordonnance du 7 mars 1944 *relative au statut des Français musulmans d'Algérie*, J.O.R.F. (édition d'Alger) n° 24 du 18 mars 1944, p. 217.

Ordonnance n° 45-1874 du 22 août 1945 *fixant le mode de représentation à l'Assemblée nationale constituante des territoires d'outre-mer relevant du ministère des colonies*, J.O.R.F. du 23 août 1945, p. 5266.

Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 *instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel*, J.O.R.F. du 17 octobre 1982, p. 3106.

### 3. Décrets

- Décret *qui ratifie deux traités qui ont placé les îles Wallis sous le protectorat de la France*, XII, B.MLXXXVIII, n° 17, p. 939.
- Décret de l'Assemblée nationale, du 9 février 1791, *relatif à un armement de bâtiment destinés à la recherche de la Pérouse*.
- Décret *relatif aux décisions rendues par les commissions départementales sur les individus qui ont pris part aux troubles du mois de décembre dernier*, 5 mars 1852, *Bulletin des lois*, Xe série, tome 9, premier semestre 1852, n° 508, n° 3849, p. 801-802.
- Décret du 18 juillet 1887 *portant organisation de l'indigénat et répression des infractions spéciales commises par les indigènes*, B.O.N.C., 1887, p. 512-516.
- Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale en Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F n°0169 du 23 juillet 1957, p. 7252.
- Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 *modifiant le Code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F. du 16 avril 1987, p. 4316.
- Décret *portant ratification des déclarations faites par le roi et les chefs de l'île Futuna, en vue de placer leur pays sous le protectorat de la France*, 16 février 1888, V.B.O. Col, 1888, p. 127.
- Décret du 3 septembre 1932, *sur l'accession des indigènes à la qualité de français promulgué par arrêté du 18 octobre 1932*, J.O.N.C. du 5 novembre 1932.
- Décret du 29 mars 1934 *portant réorganisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores*, J.O.R.F. du 5 avril 1934, p. 3526.
- Décret du 1 juin 1939 *portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores en matière civile, commerciale, pénale*, J.O.R.F. du 15 juin 1939, p. 7581.
- Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un Conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. du 23 juillet 1957, p. 7252.
- Décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 *relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna*, J.O.R.F. du 23 juillet 1957, p. 7253.
- Décret n°59-1364 du 4 décembre 1959 *tendant à organiser une consultation des populations des îles Wallis et Futuna devant se prononcer sur la transformation de ces îles en un territoire d'outre-mer de la République française*, J.O.R.F. du 6 décembre 1959, p. 11666-11667.
- Loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 *conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (1)*, J.O.R.F. du 30 juillet 1961, p. 7019.
- Décret n° 62-287 du 14 mars 1962 *fixant les attributions du conseil territorial des îles Wallis et Futuna*, J.O.R.F. du 17 mars 1962, p. 2835.
- Décret n° 69-261 du 17 mars 1969, *portant réorganisation administrative du département de la Guyane*, J.O.R.F. du 26 mars 1969, p. 2995.
- Décret n° 87-267 du 14 avril 1987 *modifiant le Code du domaine de l'État et relatif aux concessions domaniales et autres actes passés par l'État en Guyane en vue de l'exploitation ou de la cession de ses immeubles domaniaux*, J.O.R.F. du 16 avril 1987, p. 4316.
- Décret n° 98-733 du 20 août 1998 *portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution*, J.O.R.F. n° 193 du 22 août 1998, p. 12844.
- Décret n° 2018-273 du 13 avril 2018 *relatif au grand conseil coutumier des populations amérindiennes et bushinenges*, J.O.R.F. n° 0088 du 15 avril 2018, Texte n° 22.

#### 4. Arrêtés et autres actes de même valeur juridique

- Procès-verbal de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie par le contre-amiral Febvrier-Despointes. (Arch. F.O.M.), Balade, 24 septembre 1853.
- Procès-verbal de la prise de possession de l'Île des Pins par le contre-amiral Febvrier-Despointes, Baie de l'Assomption (île des Pins), 29 septembre 1853.
- Déclaration n° 18 du commandant du Bouzet du 20 janvier 1855, *annulant par la même les contrats passés antérieurement avec les indigènes du territoire*, parfois nommée *Déclaration relative à la propriété Canaque et à l'aliénation des terres*, 20 janvier 1855, B.O.N.C., 1853-1855, p. 26.
- Arrêté n° 48 du gouverneur du 10 avril 1855 *portant règlement sur les concessions de terres*, B.O.N.C., 1853-1858, p. 61.
- Arrêté du gouverneur n° 145 du 1<sup>er</sup> octobre 1859, *portant réglementation des concessions de terres*, B.O.N.C., 1859, p. 180.
- Décision *qui fixe la prime de capture des transportés évadés à l'égard des Nègres awcas*, 21 août 1861, B.O.G.F., 1861, n° 529, p. 328.
- Arrêté n° 147, du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*, B.O.N.C., 1867, p. 350.
- Arrêté n° 13 du 22 janvier 1868 *relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène*, B.O.N.C., 1868, p. 17-21.
- Arrêté du 6 mai 1871 *relatif au recrutement des travailleurs indigènes pour les services publics (corvées)*, B.O.N.C., 1871, p. 213.
- Arrêté du 19 août 1872 *sur la police sanitaire*, B.O.N.C., 1872, p. 373.
- Arrêté du 14 avril 1875, B.O.N.C., 1875, p. 281-282.
- Arrêté n° 153 du 6 mars 1876 *qui institue le cantonnement des Kanak et règle la procédure de délimitation des réserves*, B.O.N.C., 1876, p. 208-210.
- Instruction n° 257 *aux chefs d'arrondissements*, B.O.N.C., 1880, p. 555.
- Acte *intervenue entre le gouverneur de la Guyane française et le Gran Man des Bonis pour interdire le passage sur la rive gauche de l'Awa à tous les exploitants et chercheurs d'or qui viendraient s'établir sur le territoire contesté entre la France et la Hollande*, B.O.G.F., 1887, n° 279, p. 185.
- Arrêté n° 806 du 27 octobre 1897 *au sujet de l'organisation des tribus indigènes*, B.O.N.C., 1897, p. 515-517.
- Arrêté n° 840 du 9 août 1898 *relatif à l'Organisation du Service des Affaires Indigènes*, B.O.N.C., 1898, p. 366-367.
- Arrêté du 3 mai 1899, B.O.N.C., 1899, p. 286.
- Arrêté n° 85-035 du 12 janvier 1985 *proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.N.C. du 15 janvier 1985, p. 47.
- Circulaire du 21 avril 1988 *relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer, à la consultation des assemblées locales de l'outre-mer et au contreseing des ministres chargés des DOM-TOM*, J.O.R.F. du 24 avril 1988, p. 5454.
- Décision n° 2005-1060 du 21 juillet 2005 *par laquelle le préfet, administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, constate la désignation de M. Fololiano TOLOFUA Sui en qualité de « Mukoifenua », ministre coutumier du district de Mua, circonscription d'Uvea.*
- Arrêté n° 2019-528 du 02 juillet 2019 *approuvant et rendant exécutoire la délibération n° 50/AT/2019 du 21 juin 2019 portant modification de la délibération n° 03/AT/2015 du 16 juillet 2015 portant création d'un groupe de travail chargé d'élaborer un rapport faisant état des différentes pistes de réflexion sur l'évolution institutionnelle et organisationnelle de l'Assemblée territoriale de Wallis et Futuna*, J.O.W.F n° 499 du 15 juillet 2019, p. 19170.

## 5. Délibérations des assemblées locales et coutumières

- Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores *relative à la réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane*, J.O. des Comores du 16 décembre 1964, p. 476.
- Délibération n° 351 du 10 décembre 1981 *relative au conseil du clan et au conseil des chefs de clan*, J.O.N.C. du 28 décembre 1981, p. 1728.
- Délibération n° 352 du 10 décembre 1981 *portant création d'un conseil des grands chefs*, J.O.N.C. du 28 décembre 1981, p. 1729.
- Délibération n° 30-88/CG du Conseil général de Guyane du 11 avril 1988 *relative aux indemnités à verser aux chefs coutumiers des populations tribales dans le département*.
- Délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000 *portant règlement intérieur du sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 10 octobre 2000, p. 5578.
- Délibération n° AP/03-76 du Conseil général de Guyane du 27 novembre 2003.
- Délibération n° 266 du 17 janvier 2007 *relative à la procédure de constatation de la prise et de la cessation de fonction des grands chefs et chefs et du versement d'une indemnité*, J.O.N.C. du 30 janvier 2007, p. 675.
- Délibération n° 339 du 13 décembre 2007 *portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 25 décembre 2007, p. 8584.
- Délibération du Sénat coutumier n° 09/2014/SC du 04 septembre 2014 *relative à l'approfondissement du pluralisme juridique coopératif applicable en Nouvelle-Calédonie, le Sénat coutumier enjoint les pouvoirs publics à l'approfondissement du pluralisme*, J.O.N.C. du 9 octobre 2014, p. 9572.
- Délibération du Sénat coutumier n° 11-2014/SC du 16 septembre 2014 *portant objectif de réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'identité kanak dans les contrats de plan pour la période 2015-2019*, J.O.N.C. du 16 octobre 2014, p. 9870.
- Délibération du Sénat coutumier n° 11-2014/SC du 16 septembre 2014 *portant objectif de réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'identité kanak dans les contrats de plan pour la période 2015-2019*, J.O.N.C. du 16 octobre 2014, p. 9871.
- Délibération du conseil coutumier de l'aire Ajie Arhö, n° 1/2015/CCAA, 28 mars 2015, J.O.N.C., 5 mai 2015, p. 3690.
- Délibération n° 01/2015 du Sénat coutumier, *portant modification de l'autosaisine n° 01-2010/SC du 20 avril 2010 relative à la définition d'un cadre général relatif à la désignation des membres du sénat coutumier pour la 4<sup>e</sup> mandature (2015-2019)*, publiée dans *La Parole, Journal d'information du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, n° 22, p. 25-27.
- Délibération n° 15-2015/SC du 13 octobre 2015 *modifiant la délibération n° 29/DL du 28 juillet 2000*, J.O.N.C. du 31 décembre 2015, p. 12403.
- Délibération n° 07 2015/SC du 30 juin 2015 *portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n°2006-15 du 15 janvier 2007 sur L'Acte coutumier*, J.O.N.C. n° 9181 du 4 août 2015, p. 6831.
- Délibération n° 2016-09 du lundi 18 avril 2016 *constatant l'installation de Monsieur Patalione Kanimoa en qualité de HAU (Chef traditionnel) du royaume d'Uvéa*, J.O. du Territoire des îles Wallis et Futuna, du 3 juin 2016, p. 1-2.
- Délibération n° 2016-13/API du 6 avril 2016 *portant adoption du Code de l'environnement de la province des îles Loyauté*, J.O.N.C. du 23 juin 2016, p. 5941-5942.
- Délibération n° 16-2017/SC du 25 août 2017 *portant désignation du président du Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, J.O.N.C. du 28 septembre 2017, p. 12503.
- Délibération n° 2020-02/CCAA du 25 juillet 2020 *portant règlement intérieur du conseil coutumier Ajïé Arho*, J.O.N.C. du 25 août 2020, p. 12750.
- Délibération n° 2021-01/2021/CCX-Pr du 27 février 2021 *portant modification de la délibération du conseil coutumier de Xârâcùù n° 01/D du 20 janvier 2001*, J.O.N.C. du 15 juillet 2021, p. 11553.

## 6. Traité de protectorat

Traité de protectorat de Wallis du 19 novembre 1886, dans Jules DE CLERCQ (dir.), *Recueil des traités de la France*, t. XVII, publié sous les auspices du ministère des Affaires étrangères, 1917.

## 7. Accords internes

Accords de Matignon, *Texte n° 1, La condition d'une paix durable, l'État impartial et au service de tous*, 26 juin 1988.

Accords de Matignon, *Texte n° 2, Dispositions institutionnelles et structurelles préparatoires au scrutin d'autodétermination*, 26 juin 1988.

Accord d'Oudinot, *Exposé des motifs du projet de loi portant dispositions statutaires et préparatoires au scrutin d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie*, 20 août 1988.

Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, J.O.R.F. du 27 mai 1998, p. 8039.

Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, J.O.R.F. n° 32 du 8 février 2000, Texte n° 8.

## 8. Avis et autres documents non contraignants

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (CNCDH), « Avis sur la place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des kanak de Nouvelle-Calédonie et des amérindiens de Guyane », J.O.R.F. n° 0061 du 12 mars 2017, texte n° 33.

HAUT-COMMISSARIAT DE LA REPUBLIQUE, *Charte des valeurs océaniques*, Nouméa, 2018.

« Tohi Fono O Uvea, Code de Wallis, 1870 », reproduit dans Antoine LECA et Vahi Sylvia TUHEIAVA-RICHAUD (dir.), *Recueil général de documents juridiques intéressant l'histoire du Royaume de Tahiti et des Établissements français en Polynésie, Tome 2 – Les codes locaux et textes assimilés (1819-1881)*, Aix-Marseille, PUAM, 2016, p. 313.

Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, J.O.R.F. n° 32 du 8 février 2000, Texte n° 8.

## II – Sources internationales

### A – Traités internationaux

Traité signé entre le Lieutenant général français De la Barre et l'Amiral hollandais Crijnsens, le 18 novembre 1668, notarié le 3 décembre 1700 à Amsterdam.

*Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary* (Oregon Boundary Treaty, 1846), TS 120.

*Charte des Nations unies*, 26 juin 1945.

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14, Rome, 4.XI., 1950.

## B – OIT

### 1. Conventions

OIT, « Convention n° 50 concernant le recrutement des travailleurs indigènes », 1936.

OIT, « Convention n° 64 concernant les contrats de travail des travailleurs indigènes », 1939.

OIT, « Recommandation n° 104 relative aux populations autochtones et tribales », 1957, C107

OIT, « Convention n° 169 relative aux peuples indigènes et tribaux », 1989, C169.

### 2. Rapports sur la mise en œuvre des conventions

OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Ecuador of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)*, 2001, GB.282/14/4.

OIT, *Representation alleging non-observance by Mexico of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by nine workers' organizations*, 2004, GB.289/17/3.

OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Argentina of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Education Workers Union of Río Negro (UNTER), local section affiliated to the Confederation of Education Workers of Argentina (CTERA)*, 2008, GB.303/19/7.

OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Brazil of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Union of Engineers of the Federal District (SENGE/DF)*, 2009, GB.304/14/7.

OIT, *Report of the Committee set up to examine the representation alleging non-observance by Colombia of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), made under article 24 of the ILO Constitution by the Central Unitary Workers' Union (CUT)*, 2009, GB.282/14/3.

## C – ONU

### 1. Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies :

- *Résolution 66 (I). Transmission des renseignements visés à l'Article 73<sup>e</sup> de la Charte*, 14 décembre 1946, A/RES/66 (1).
- *Résolution 217 (III) A, Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 8 décembre 1948, A/RES/217 A (III).
- *Résolution 275*, 18 mai 1949, UN Doc. A/900.
- *The right of peoples and nations to self-determination, Résolution 637 (VII)*, 16 Décembre 1952, A/RES/637.
- *Résolution 1514 (XV)*, 14 décembre 1960, UN Doc. GAOR Supp (n° 16).
- *Résolution 1541 (XV), Principes qui doivent guider les États membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'article 73 de la Charte, leur est applicable ou non*, 15 décembre 1960, A/8082.
- *Résolution 2625 (XXV), Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations unies*, 24 octobre 1970, A/8082.
- *Application de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, Résolution 41/41*, 2 décembre 1986, A/RES/41/41/A/B.

- *Résolution 48/163, Décennie internationale des populations autochtones*, 18 février 1994, A/RES/48/163.
- *Résolution 49/214, Décennie internationale des populations autochtones*, 17 février 1995, A/RES/49/214.
- *Résolution 56/140, Décennie internationale des populations autochtones*, 19 décembre 2001, A/RES/56/140.
- *Résolution 59/174. Deuxième Décennie internationale des populations autochtones*, 24 février 2005, A/RES/59/174.
- *Résolution 61/295, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, A/RES/61/295.
- *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, 2015, A/RES/70/1
- *Question de la Nouvelle-Calédonie*, 16 juin 2022, A/AC.109/2022/L.22.

## 2. Résolutions et rapports des organes subsidiaires de l'ONU

### CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL DES NATIONS UNIES :

- *Résolution 1589 (L), Étude spéciale sur la question de la discrimination raciale dans les domaines politique, économique, social et culturel*, 21 mai 1971, Doc. E. 5044.
- *Résolution 1995/32, Création d'un groupe de travail de la Commission des droits de l'homme chargé d'élaborer un projet de déclaration conformément au paragraphe 5 de la résolution 49/214 de l'Assemblée générale, en date du 23 décembre 1994*, 3 mars 1995, E/1995/23.
- *Résolution 2000/22, Création d'une instance permanente sur les questions autochtones*, 28 juillet 2000, E/2000/INF/2/Add.2.

### CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES :

- *Preliminary Report of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. Nations Unies, 1982, E/CN.4/ Sub.2/L.566
- *Résolution 6/36, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 14 décembre 2007, A/HRC/RES/6/36.
- *Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. S. James Anaya*, 11 août 2008, A/HRC/9/9.
- *Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 17 août 2011, A/HRC/18/42.
- *Rapport du Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones. Rapport final sur l'étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, 17 août 2011, A/HRC/18/42.
- *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, M. James Anaya, Additif, La situation du peuple kanak de Nouvelle-Calédonie (France)*, 14 septembre 2011, A/HRC/18/35/Add.6.
- *Rapport de suivi sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions, l'accent étant mis sur les industries extractives*, 16 août 2012, A/HRC/21/55.
- *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel, Canada, Additif, Observations sur les conclusions et/ou recommandations, engagements et réponses de l'État examiné*, 17 septembre 2013, A/HRC/24/11/Add.1.
- *Résolution 33/25, Mécanisme d'experts sur les droits des peuples autochtones*, 5 octobre 2016, A/HRC/RES/33/25.
- *Résolution 42/20, Droits de l'homme et peuples autochtones : mandat de la Rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones*, 26 septembre 2019, A/HRC/RES/42/20.



SOUS-COMMISSION DE LA LUTTE CONTRE LES MESURES DISCRIMINATOIRES ET DE LA PROTECTION DES MINORITÉS DES NATIONS UNIES :

- *La discrimination raciale*, 1971, E/CN.4/Sub.2/307/Add.2.
- *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1.
- *Discrimination against indigenous populations, Report of the Working Group on Indigenous Populations on its six<sup>th</sup> session*, 24 août 1988, E/CN.4/Sub.2/1988/25.
- *Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Document de travail révisé présenté par le Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene Daes, en application de la résolution 1992/33 de la Sous-Commission et de la résolution 1993/31 de la Commission des droits de l'homme*, 8 juin 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26.
- *Note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, Établie par Erica-Irene A. Daes, Présidente du Groupe de travail sur les populations autochtones*, 19 juillet 1993, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1.
- *Rapport de la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités sur les travaux de sa quarante-sixième session*, 28 octobre 1994, E/CN.4/Sub.2/1994/56.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE

- *Observations finales du CERD suite à l'examen des 20ème et 21ème rapports périodiques de la France*, 10 juin 2015, CERD/C/FRA/CO/20-21.
- *Lettre adressée à la mission française de l'ONU à Genève*, 14 décembre 2018, CERD/EWUAP/France/2018/JP/ks.

MISSION PERMANENTE DE LA FRANCE AUPRES DE L'OFFICE DES NATIONS UNIES A GENEVE

- *Questionnaire sur les meilleures pratiques pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Contribution de la France en réponse au questionnaire du Mécanisme d'experts*, février 2015, en ligne :  
<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Health/France.pdf>.
- *Réponse de la France au Questionnaire du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies pour le suivi de la résolution 18/8 du Conseil des droits de l'homme « droits des peuples autochtones » sur les bonnes pratiques en matière de mesures et de stratégies pour atteindre les objectifs de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 2012, en ligne :  
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Declaration/France.pdf>

Rapports de José Martinez COBO :

- COBO José Martinez, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples*, Introduction, 30 juillet 1981, E/CN.4/Sub.2/476.
- COBO José Martinez, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter IX: Fundamental policy*, 10 juin 1983, E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.1.
- COBO José Martinez, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter XXI-XXII: Conclusions, proposals and recommendations*, 30 septembre 1983, E/CN.4 Sub.2/1983/21/Add.8.
- COBO José Martinez, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Chapter XVIII: Political rights* 24 mai 1984, E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.6.
- COBO José Martinez, *Study of the problem of discrimination against Indigenous peoples, Vol. 5, Conclusions, propositions et recommandations*, 1987, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

### 3. Autres organismes internationaux

OFFICE OF THE OSCE HIGH COMMISSIONER ON NATIONAL MINORITIES, *Recommandations de Land sur la Participation effective des Minorités nationales à la Vie publique*, La Haye, OSCE, 1999, recommandation.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Rapport sur les règles électorales et les actions positives en faveur de la participation des minorités nationales aux processus de décision dans les pays européens*, Venise, 11-12 mars 2005, CDL-AD (2005) 009.

INSTANCE PERMANENTE DES NATIONS UNIES SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES, « Étude préliminaire des conséquences pour les peuples autochtones de la construction juridique internationale connue sous le nom de doctrine de la découverte », *Nations Unies*, 19-30 avril 2010, E/C.19/2010/13, en ligne :

<https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/E.C.19.2010.13%20FR.pdf>.

MECANISME D'EXPERTS SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport d'étape sur l'Étude sur les peuples autochtones et le droit de participer à la prise de décisions*, Conseil des droits de l'homme, 17 mai 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2

UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Mise en œuvre de la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones. Guide pour les parlementaires n° 23*, Genève, Union interparlementaire, 2014.

UNION INTERPARLEMENTAIRE, *Au-delà des chiffres : la représentation des peuples autochtones au Parlement. Rapport d'enquête*, Genève, Union interparlementaire, 2014.

ASSEMBLEE GENERALE DE L'ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS, *Déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones*, Résolution adoptée à la troisième séance plénière, le 15 juin 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

### 4. Règlements de l'Union Européenne

Règlement (UE) n° 737/2010 de la Commission du 10 août 2010 *portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil sur le commerce des produits dérivés du phoque*.

Règlement du Parlement Européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1007/2009 du Parlement européen et du Conseil *sur le commerce des produits dérivés du phoque et abrogeant le règlement (UE) n° 737/2010 de la Commission*

## INDEX DES JURISPRUDENCES CITEES

Les numéros indiqués en face de chaque jurisprudence renvoient aux paragraphes.

### I – Canada

#### A. Juridictions fédérales

##### 1. Cour suprême du Canada

<i>St. Catharines Milling and Lumber Co. v. R.</i> , (1887) 13 SCR 577.	111, 146-147, 529
<i>St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. Le Roi</i> , [1950] R.C.S. 211.	275
<i>Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique</i> , [1973] R.C.S. 313.	51, 117, 144, 219, 431, 593
<i>Morgan c. PG Ile-du-Prince-Édouard</i> , [1976] 2 R.C.S. 349.	286
<i>Davey et al. v. Isaac et al.</i> , [1977] 2 S.C.R. 897.	491
<i>Renvoi : Résolution pour modifier la constitution</i> , [1981] 1 R.C.S., 753-929.	20-21
<i>Cardinal et autres c. La Reine</i> , [1982] 1 R.C.S. 508.	497
<i>Nowegjick c. La Reine</i> , [1983] 1 R.C.S. 29.	461
<i>Simon c. La Reine</i> , [1985] 2 R.C.S. 387.	610
<i>R. c. Francis</i> , <i>R. c. Francis</i> , [1988] 1 R.C.S. 1025.	277
<i>R. c. Sioni</i> , [1990] 1 R.C.S. 1025.	133, 610
<i>R. c. Sparrow</i> , [1990] 1 R.C.S. 1075.	687, 733
<i>Circ. électorales provinciales (Sask.)</i> , [1991] 2 R.C.S. 158.	29
<i>Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation</i> [1991] 2 R.C.S. 570.	147
<i>R. c. Van der Peet</i> , [1996] 2 R.C.S. 507.	541, 564, 756
<i>R. c. Pamajewon</i> , [1996] 2 R.C.S. 821.	564
<i>R. c. Gladstone</i> , [1996] 2 R.C.S. 723.	687
<i>Delgamuukw c. Colombie-Britannique</i> , [1997] 3 R.C.S. 1010.	148, 435-436, 477, 499, 565, 687, 805
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> [1998] 2 R.C.S. 217.	813, 854
<i>Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 R.C.S. 817.	385
<i>Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , [1999] 2 R.C.S. 203.	760
<i>R. c. Gladue</i> , [1999] 1 R.C.S. 688.	760
<i>Lovelace c. Ontario</i> , [2000] 1 R.C.S. 950.	760
<i>Mitchell c. ministre du Revenu national</i> , 2001 CSC 33.	385
<i>Figueroa c. Canada (Procureur général)</i> , [2003] C.S.C. 37.	30, 775
<i>Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)</i> , [2004] 3 R.C.S. 511.	973
<i>Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique</i> , 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550.	973
<i>Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique</i> , [2007] 2 S.C.R. 391.	522
<i>Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham</i> , [2011] 2 R.C.S. 670.	760
<i>Renvoi relatif à la réforme du Sénat</i> , 2014 CSC 32.	925
<i>Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique</i> , 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256.	148-149, 432
<i>Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)</i> , [2018] 2 R.C.S. 765.	556
<i>Frank c. Canada (Procureur général)</i> , [2019] 1 R.C.S. 3.	925

## 2. Cour fédérale

<i>Gabriel c. Nicholas</i> , [1983] A.C.F. n°2 (T.D.)	652
<i>Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)</i> , [1992] 3 C.N.L.R. 156 ; (1991), 43 F.T.R. 132 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.).	652
<i>Jock c. Canada</i> , [1991] 2 C.F., 355 (1 <sup>ère</sup> instance).	651
<i>Badger c. Canada</i> , [1991] 1 C. F. 191 (1 <sup>ère</sup> instance).	651
<i>Bigstone c Big Eagle</i> , [1993] 1 C.N.L.R. 25 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst).	717, 788
<i>Sparvier v. Cowesses Indian Band n° 73</i> , [1993] 3 F.C. 142.	41
<i>Bone v. Sioux Valley Indian Band</i> (1996), 107 F.T.R. 133.	646
<i>Mcleod Lake Indian Band c. Chingee</i> , [1998] A.C.F. n° 1185.	651, 658
<i>Gamblin c. Norway House Cree Nation</i> , [2001] 2 C.N.L.R. 57 (C.F. 1 <sup>ère</sup> instance).	714
<i>Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake</i> , [2003] ACF n° 156.	652, 659, 717
<i>Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake</i> , [2003] 4 CF 1133, 3 C.N.L.R. 86.	765
<i>Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada</i> , 2012 C.F. 445.	385
<i>Simon c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 C.F. 1117.	385
<i>Nunatukavut Community Council Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 F.C. 981.	385
<i>Pastion c Première Nation Dene Tha</i> , [2018] 4 R.C.F. 467.	730, 788
<i>Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray</i> , [2019] 4 R.C.F., 217.	790
<i>Première Nation des Da'naxda'xw c. Peters</i> , 2021 CF 360.	659
<i>Ojibway Nation of Saugeen v. Deroose</i> , 2022 F.C. 531.	730, 788-789
<i>McCallum v. Canoe Lake Cree First Nation</i> , 2022 FC 969.	765
<i>McCarthy v. Whitefish Lake First Nation</i> , 2023 FC 220.	765

## 3. Tribunal canadien des droits de la personne

<i>Jacobs c. Mohawk Council of Kahnawake</i> , [1998] 3 C.N.L.R. 68.	655
--	-----

## 4. Cour canadienne de l'impôt

<i>Sackaney c. La Reine</i> , 2013 CCI 303.	385
---	-----

## B. Juridictions provinciales

### 1. Cour d'appel de Colombie-Britannique

<i>Calder et al. v. British Columbia (Attorney General)</i> (1970) 74 W.W.R. 481, 13 D.L.R. (3d) 64.	431
<i>McIvor c. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)</i> , 2009 BCCA 153.	760
<i>House of Sga'nisim v. Canada (Attorney General)</i> ], 2013 BCCA 49.	567, 733

### 2. Cour suprême de Colombie-Britannique

<i>Calder v. Attorney-General of British Columbia</i> (1969), 8 D.L.R. (3d) 59.	431
<i>Thomas c. Norris</i> , [1992] 2 C.N.L.R. 139 (C.S.C.-B.).	756
<i>Napoleon v. Garbiit</i> , [1997] B.C.J. n° 1250.	658
<i>Campbell v. British Columbia (Attorney General)</i> , [2000] BCSC 1123.	566, 733
<i>Tsilhqot'in Nation v British Columbia</i> , 2007 BCSC 1700.	132

<i>McIvor v. The Registrar, Indian and Northern Affairs Canada</i> , 2007 BCSC 827.	760
<i>Inglis v. British Columbia</i> , 2013 BCSC 2309.	385

### 3. Cour d'Appel de l'Ontario

<i>R. c. Hill, R. v. Hill</i> , [1907] O. J. n° 78 (Ont. C.A.) (QL/LN).	277
<i>Attorney-General of Ontario v. Bear Island Foundation</i> , [1989] O.J. No. 267, 68 O.R. 394.	147

### 4. Cour suprême de l'Ontario

<i>Isaac c. Davey</i> , [1973] 3 O.R. 677 (H.C.J.)	491
--	-----

### 5. Cour d'appel du Québec

<i>Adoption – 09201</i> , 2009 QCCA 1583	385
<i>Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis</i> , 2022 QCCA 185	543, 564

### 6. Cour supérieure du Québec

<i>Miller c. Mohawk Council of Kahnawà:ke</i> , 2018 QCCS 1784	479, 653
--	----------

### 7. Cour d'appel du Yukon

<i>Dickson c. Première Nation des Vuntut Gwitchin</i> , 2021 YKCA 5	762
---	-----

### 8. Cour suprême du Yukon

<i>Harpe v. Massie and Ta'an Kwäch'an Council</i> , 2006 YKSC 01	765
--	-----

### 9. Cour du Banc de la Reine du Haut-Canada

<i>Sheldon c. Ramsay</i> (1852), 9 U.C.Q.B. 105, 1 C.N.L.C. 439	275
---	-----

### 10. Cour du Banc de la Reine du Québec

<i>Switzman c. Elbling</i> , [1954] B.R. 421	528
--	-----

## II – États-Unis

### A. Cour suprême des États-Unis

<i>Johnson and Graham's Lessee v. McIntosh</i> , 21 U.S. 8 Wheat. 543 543 (1823).	108
<i>Cherokee Nation v. Georgia</i> , 30 U.S. 1 (1831).	108
<i>Worcester v. Georgia</i> , 31 U.S. 515 (1832).	108
<i>Tee-Hit-Ton Indians c. The United States</i> , 348 U.S. 272 (1955).	108
<i>U.S. v. Wheeler</i> , 435 U.S. 313, 98 Supr. Ct. 1079 (1978).	117

### B. Cour suprême de la Nation Navajo

<i>Bennett v. Navajo Board of Election Supervisors</i> , 6 Navajo Rptr. 319 (1990), p. 324.	724
---	-----

III – France

A. Conseil constitutionnel

CC, Décision n° 62-20 DC du 06 novembre 1962, <i>Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962</i> , J.O.R.F. du 7 novembre 1962, p. 10778.	444
CC, Décision n° 75-59 DC du 30 décembre 1975, <i>Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores</i> , J.O.R.F. du 3 janvier 1976, p. 182.	348
CC, Décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, <i>Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct</i> , J.O.R.F. du 31 décembre 1976, p. 7651.	534, 925
CC, Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 <i>Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales</i> , J.O.R.F. du 19 novembre 1982, p. 3475.	531
CC, Décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, <i>Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion</i> , J.O.R.F. du 4 décembre 1982, p. 3666.	837
CC, Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, <i>Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie</i> , J.O.R.F. du 8 août 1985, p. 9125.	273
CC, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, <i>Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie</i> , J.O.R.F. du 24 août 1985, p. 9814.	273, 534
CC, Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, <i>Loi portant statut de la collectivité territoriale Corse</i> , J.O.R.F., n° 0111, 14 mai 1991, p. 6350.	34, 392
CC, Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, <i>Traité sur l'Union européenne</i> , J.O.R.F. du 11 avril 1992, p. 5354.	925
CC, Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, <i>Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie</i> , J.O.R.F. du 21 mars 1999, p. 4234.	1, 636, 685, 738, 925
CC, Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, <i>Charte européenne des langues régionales ou minoritaires</i> , J.O.R.F. du 18 juin 1999, p. 8964.	547
CC, Décision n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000, <i>Loi du pays de Nouvelle-Calédonie relative à l'institution d'une taxe générale sur les services</i> , J.O.R.F. du 29 janvier 2000, p. 1536.	738
CC, Décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000 <i>Loi organisant une consultation de la population de Mayotte</i> , J.O.R.F. du 10 mai 2000, p. 6976.	975, 983
CC, Décision n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, <i>Loi relative à l'élection des sénateurs</i> , J.O.R.F. du 11 juillet 2000, p. 10486.	28
CC, Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000 <i>Loi d'orientation pour l'outre-mer</i> , J.O.R.F. n° 289 du 14 décembre 2000, p. 19830.	392, 558, 837, 975
CC, Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, <i>Loi de programme pour l'outre-mer</i> , J.O.R.F. du 22 juillet 2003, p. 12336.	769, 842
CC, Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, <i>Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales</i> , J.O.R.F. du 30 juillet 2004, p. 13562.	533
CC, Décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009 <i>Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte</i> , J.O.R.F. du 6 août 2009, p. 13125.	773
CC, Décision n° 2011-130 QPC du 20 mai 2011, <i>Mme Cécile L. et autres [Langues régionales]</i> , J.O.R.F. du 20 mai 2011, p. 8889.	739

CC, Décision n° 2011-205 QPC du 09 décembre 2011, <i>Patelise F.</i> , J.O.R.F. du 10 décembre 2011, p. 20991.	738
CC, Décision n° 2012-259 QPC du 29 juin 2012, <i>M. Mouloud A. [Statut civil de droit local des musulmans d'Algérie et citoyenneté française]</i> , J.O.R.F. du 30 juin 2012, p. 10803.	770
CC, Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, <i>Province Sud de Nouvelle-Calédonie (Loi adoptée par référendum - Droit du travail en Nouvelle-Calédonie)</i> , J.O.R.F. du 27 avril 2014, p. 7360.	533
CC, Décision n° 2020-869 QPC du 4 décembre 2020, <i>M. Pierre-Chanel T. et autres</i> , J.O.R.F. n°0294 du 5 décembre 2020, texte n° 89.	544, 739
CC, Décision n° 2021-971 QPC du 18 février 2022, <i>France nature environnement</i> , J.O.R.F. n°0042 du 19 février 2022, texte n° 67.	394

## B. Juridictions administratives

### 1. Conseil d'État

CE, Sect., 26 mai 1950, <i>Sieur Vouters</i> , concl. Agid, Rec. p. 316.	307
CE, Ass., 30 octobre 1998, <i>M. Claude Sarran</i> , n° 200286.	638
CE, 10 <sup>e</sup> et 9 <sup>e</sup> sous-sections réunies, avis n° 266754 du 15 juillet 2004.	627
CE, 13 décembre 2006, <i>M. Genelle</i> , n° 279323.	534

### 2. Cour administrative d'appel

CAA de Paris, 6 <sup>e</sup> Chambre, 15 juin 2015, <i>Ministre des outre-mer c. M. B.</i> , n° 13PA04562.	677
CAA de Paris, 4 <sup>e</sup> chambre, 5 juillet 2017, <i>Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie c. Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie</i> , n° 16PA00806,	740

### 3. Tribunaux administratifs

Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 18 novembre 2002, <i>M. Joseph Kaoua Bouarat c/Sénat coutumier</i> , n° 02-0218.	744
Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 4 mars 2004, <i>M. Clovis X.</i> , n° 03-0325.	744
Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 10 novembre 2005, <i>Chefferie N'Umia Kambwa Wecho Pweyta et le clan Kambwa Wecho Pweyta (affaire Gabriel Païta)</i> , n° 05290.	744
Tribunal administratif de Mata-Utu, 13 mars 2007, <i>Circonscription territoriale d'Uvea</i> , n° 05-11.	514, 747
Tribunal administratif de Mata-Utu, 30 octobre 2013, n° 1260027.	677
Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 26 novembre 2015, n° 1500049.	740
Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 28 mai 2019, <i>M. Jean Eurisouke, M. Jacques Thy, M. Gathelia Wabealo, M. Pascal Brouillant, M. Clément Eurisouke et M. Joseph Tionihene</i> , n° 1800315.	745
Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, 22 octobre 2020, n° 1900395.	746

## C. Juridictions judiciaires

### 1. Cour de cassation

Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> , 25 février 1997, n° 94-19.321.	770
Cass. ass. plén., 2 juin 2000, <i>Melle Fraisse</i> , n° 99-60274.	638
Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 00-81.959.	743
Cass, Avis du 16 décembre 2005, <i>Bulletin d'Information de la Cour de cassation</i> , n° 637 du 1 <sup>er</sup> avril 2006	742
Cass. crim., 30 juin 2009, n° 08-85.954.	770
Cass. civ. 1 <sup>ère</sup> , 1 <sup>er</sup> décembre 2010, n° 08-20.843	770

### 2. Cour d'appel

Cour d'appel de Nouméa, 6 septembre 1993, <i>Wainebengo c/ Uregei</i> , n° 400.	770
Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 23 novembre 2000, <i>Ministère public c/ Trutrune Emmanuel</i> , n°352/99.	769
Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 29 juillet 2004, n° 03/292.	769
Cour d'appel de Nouméa, Chambre coutumière, 25 mars 2013, <i>Ludovic X</i> n° 12/74.	743
Cour d'appel de Nouméa, chambre d'appel correctionnelle, 18 juin 2013, n° 13/38.	770

### 3. Tribunaux judiciaires

Tribunal civil de Nouméa, 26 avril 1922, <i>New Caledonian Meat Company Ltd contre B.</i>	226
Tribunal civil de Nouméa, 11 juin 1990, <i>Sinli Maleta</i> , n° 930/90.	770
Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, <i>MP c/ Evanes Boula et autres.</i>	756
TPI Sect. Lifou, 16 décembre 1998, <i>Kokone c/ Sivel Waebnya</i> , n° 122/98	756
Tribunal civil de Nouméa, 12 avril 1999, <i>Tialetagi c/. Lie</i> , n° 28/99.	535
TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, n° 2012/80.	747

## IV – Royaume-Uni

### A. Comité judiciaire du Conseil privé

<i>St Catharines Milling and Lumber Company c. The Queen</i> [1888] UKPC 70, 14 App Cas 46.	146
<i>Cunningham v. Tomez Homma</i> , [1903] A.C. 151	287
<i>Attorney-General for Quebec versus Attorney-General for Canada</i> , [1921] 1 A.C. 401.	148

### B. Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles.

<i>The Queen v. The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta</i> , [1981] 4 C.N.L.R. 86.	143
---	-----

## V - Union Européenne / Conseil de l'Europe

CJCE, Affaire 138/79, <i>SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes - Isoglucose - Quotas de production</i> , 29 octobre 1980.	523, 938
CEDH, 11 janvier 2005, <i>M. Py c/France</i> , n° 66289/01.	525, 545, 635, 638
CEDH, 12 avril 2012, <i>Mr. De Lesquen du Plessis-Casso c/France</i> , n° 54216/09	531
Commission EDH, 3 octobre 1983, <i>G. et E. c/Norvège</i> , n° 9278/81.	525



## INDEX RERUM

Les numéros renvoient aux principaux paragraphes où le sujet est abordé.

<b>A</b>	<b>C</b>
Accords gouvernementaux : <ul style="list-style-type: none"><li>- Accord niska'a, 593-609, 732, 762, 778, 854, 977.</li><li>- Accords de Matignon et d'Oudinot, 442, 446, 621-624, 634, 958.</li><li>- Accord de Nouméa, 443, 534, 544, 625-631, 634-643, 772, 820.</li><li>- Ententes gouvernementales au Canada, 418, 543, 565, 610-620, 867.</li></ul>	Citoyenneté : <ul style="list-style-type: none"><li>- Définition, 258-261.</li><li>- Exclusion de la citoyenneté, 254, 258-261, 285-295.</li><li>- Octroi de la citoyenneté, 298-305, 310,</li><li>- Refus de la citoyenneté, 318-324.</li><li>- Citoyenneté niska'a, 602, 762.</li><li>- Citoyenneté calédonienne, 634-641, 830</li></ul>
Acculturation, 35, 70, 134, 309, 834.	Consensus, 68, 251, 369, 466, 482, 495-497, 611, 629, 643, 658, 665, 745, 789, 963.
Amérindiens de Guyane, 83, 158-167, 235-238, 280, 292, 310, 323, 357, 378, 406-411, 468, 484-487, 502-509, 560, 694, 699, 902.	Consociativisme, 859-865, 881-883, 888-891.
Assimilation, 35, 70, 149, 212, 244, 252, 286, 296, 319, 834-836, 842-843.	Coutumes : <ul style="list-style-type: none"><li>- Coutumes précoloniales, 118-122, 138-139, 159-161, 172-173, 178-180.</li><li>- Définition, 49, 52, 69, 465, 469-471.</li><li>- Droit coutumier, 46, 51, 80, 465, 704.</li><li>- Écriture des coutumes, 708-726.</li><li>- Représentation coutumière (voir représentation)</li><li>- Sources coutumières, 67, 74, 459-487.</li></ul>
Assemblée des Premières Nations, 329, 356, 683-687.	
Autodétermination : <ul style="list-style-type: none"><li>- Externe (voir indépendance)</li><li>- Interne, 355, 381, 398, 411, 913.</li></ul>	
Autochtones <ul style="list-style-type: none"><li>- Définition de l'ONU, 34, 381.</li><li>- Définition de l'OIT, 378.</li></ul>	
<b>B</b>	<b>D</b>
Bande indienne, 59, 81, 220-223, 243, 426, 474.	« Destin commun » en France, 4, 908, 976.
Bushinenges, 83, 165-167, 198-202, 281, 378, 506, 560, 689, 903.	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 41, 380-395, 421, 509, 552, 607, 847.

Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, 345-348, 822.

Droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, 541, 564-566, 758-761

---

**E**

---

Emprunt juridique, 70-71, 248, 600, 722, 952-953.

État de droit, 745-746, 791, 798.

---

**F**

---

Fédéralisme :

- Asymétrique, 534, 870-876.
- Multinational, 877-878
- Territorial, 528, 534, 553, 852-854
- Personnel, 878-880
- Par traité, 609-610, 867-870

---

**G**

---

Grand conseil coutumier de Guyane, 83, 504, 693-695, 709.

Guide constitutionnel, 720-721, 784, 952.

---

**H**

---

Hierarchie des normes, 45-46, 375, 727-749.

---

**I**

---

Indépendance, 346-349, 400-405, 443, 810-833.

Indiens, 73, 212, 220-222, 252, 261, 275, 286, 298-301, 319, 414, 887.

Indigènes, 73, 212, 229-232, 290, 260-269, 305.

Insulaires de Wallis et Futuna, 84, 176-181, 193, 239-242, 282, 312-314, 350, 439, 512-516, 668-679, 710, 747-749.

Iroquois, 82, 129-131, 137, 251, 426, 478, 492, 496, 766, 784, voir aussi Mohawks.

---

**K**

---

Kanak, 83-84, 175, 203-206, 290, 349, 358, 391, 401-402, 405, 467, 631.

---

**L**

---

Loi du pays, 483, 534, 626, 690-691, 738-740, 896.

---

**M**

---

Maori, 366, 885, 892.

Mohawks, 73, 82, 125, 135-136, 245-246, 322, 492-498, 614, 651-653, 663-665, 729, 814.

---

**N**

---

Nationalité, 257-261, 263-269, 279, 282-284, 537, 638, 826.

Nisga'a, 81, 431, 566-567, 592-609, 731-732, 734, 762, 778, 854, 977.

Nouvelle-Calédonie :

- Citoyenneté calédonienne, voir citoyenneté.
- Congrès de Nouvelle-Calédonie, 534, 544, 626-627, 738-740, 858, 897
- Évènements de Nouvelle-Calédonie, 405, 450

<b>O</b>	<b>S</b>
Oka (crise d'), 424-426, 493.	Scrutin : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Majoritaire, 29, 327, 839, 886, 922, 964, 978.</li> <li>- Proportionnel, 600, 622, 627, 656, 669, 861, 864, 881, 897, 926.</li> </ul>
<b>P</b>	Sécession, voir indépendance.
Principe démocratique, 13, 19, 30, 333, 370, 447, 775, 784, 936	Souveraineté, 13, 16, 20-21, 108, 141, 144-146, 185-192, 566-567, 722, 823, 853-857,
Principe majoritaire, 13, 251-253, 494, 922.	Sénat coutumier, 481-483, 510-511, 629, 690-693, 844, 896, 918, 927, 931-933
Plurijuridisme / pluralisme juridique, 53-56, 452-456.	Statut personnel, 94, 260, 289, 292, 305, 409, 679, 747, 752, 768-769, 840, 842-844, 878, 895, 903.
Protectorat : <ul style="list-style-type: none"> <li>- De droit, 176, 193-196, 239-242, 282, 312-313, 831.</li> <li>- De fait, 238, 280.</li> </ul>	
<b>R</b>	<b>T</b>
« Réconciliation » au Canada, 4, 908-909, 973.	Thèse de l'eau salée, 347-351, 398, 811-812.
Représentation politique : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Coutumière, 122, 365-366, 382, 423, 435, 470, 774, 928, 946, 992.</li> <li>- Électorale, 24-33, 213, 285-290, 523, 602-603, 633-638, 646-652, 775-797.</li> <li>- Miroir (voir représentativité).</li> <li>- Volitive, 16-23, 31-33, 92, 254-256, 622-626, 878, 919, 925</li> </ul>	<i>Terra nullius</i> , 107, 148, 191.
Référendums, 18, 308, 329, 405, 437-448, 593, 635-639, 642-643, 977-984.	
Représentativité, 274, 278, 361, 644, 680-697, 879-881, 914, 921-922.	
	<b>W</b>
	Wet'suwet'en, 2, 82, 432-436, 475-477, 498-501, 648-650
	<b>Y</b>
	Yukon, 611-613, 780-783, 889-890.



## TABLES DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	IX
SOMMAIRE .....	XI
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES.....	XIII
INTRODUCTION GENERALE .....	1
SECTION 1 – Les conceptions étatiques de la représentation politique.....	4
PARAGRAPHE 1 - Les fondements historiques et théoriques de la représentation politique.....	5
PARAGRAPHE 2 – La consécration constitutionnelle de la représentation au Canada et en France .....	10
PARAGRAPHE 3 – L'électoralisation de la représentation politique au Canada et en France.....	13
SECTION 2 – La contestation autochtone des conceptions étatiques de la représentation politique .....	19
SECTION 3 – L'élaboration du cadre théorique de l'analyse .....	24
PARAGRAPHE 1 – L'ontologie du droit retenue .....	25
PARAGRAPHE 2 – Le cadre théorique du plurijuridisme .....	30
PARAGRAPHE 3 – Les conséquences terminologiques du cadre théorique .....	34
SECTION 4 – Le cadre méthodologique du comparatisme .....	35
PARAGRAPHE 1 – Une première méthode pour l'analyse de la coexistence des systèmes de représentation.....	37
A. Les préconisations des méthodes contextualistes.....	37
B. L'adoption d'une approche fonctionnelle équilibrée.....	43
PARAGRAPHE 2 – Une seconde méthode pour l'historico-comparaison de deux ordres juridiques.....	47
A. La prise en compte des caractéristiques des ordres juridiques nationaux.....	48
B. La comparaison par l'identification d'un <i>tertium comparationis</i> .....	51
SECTION 5 — La problématique et la construction du plan .....	54
<b>PREMIERE PARTIE - LES TENSIONS AU SEIN DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ENTRE L'UNIFORMISATION ET LA SURVIVANCE DES COUTUMES.....</b>	<b>57</b>
<b>TITRE 1 - L'UNIFORMISATION PROGRESSIVE DES CONCEPTIONS DE LA REPRESENTATION PAR L'ÉTAT .....</b>	<b>58</b>
<i>Chapitre 1 – La reconnaissance ambivalente des systèmes représentatifs coutumiers .....</i>	<i>59</i>
SECTION 1 – D'une coexistence plurijuridique à l'assujettissement des autochtones en Nouvelle-France (XVI <sup>e</sup> — XVIII <sup>e</sup> siècles).....	61
PARAGRAPHE 1 - La perception composite des systèmes représentatifs coutumiers.....	63
A. La compréhension des systèmes représentatifs coutumiers par les acteurs coloniaux .....	63
B. L'influence discutée des conceptions autochtones sur les constituants américains .....	70
PARAGRAPHE 2 - La reconnaissance conventionnelle des systèmes représentatifs coutumiers..	75
A. La passation de traités entre les Français et les représentants autochtones en Nouvelle-France .....	76
B. L'assujettissement progressif des systèmes autochtones à la Couronne britannique.....	82
SECTION 2 – D'une coexistence négociée à l'imposition des statuts coloniaux dans les territoires français (XVIII <sup>e</sup> — XIV <sup>e</sup> siècles).....	88
PARAGRAPHE 1 – La compréhension intéressée des systèmes représentatifs coutumiers .....	91
A. L'intérêt pour les systèmes représentatifs coutumiers de Guyane au prisme des concurrences politique et frontalière.....	91

B.	L'intérêt pour les systèmes représentatifs coutumiers du Pacifique au prisme de concurrences politiques et confessionnelles .....	97
1.	La compréhension du système représentatif coutumier en Nouvelle-Calédonie.....	97
2.	La compréhension du système représentatif coutumier à Wallis et Futuna .....	101
<b>PARAGRAPHE 2</b>	- La reconnaissance conventionnelle circonstanciée des systèmes représentatifs coutumiers .....	104
A.	La reconnaissance du système représentatif coutumier par l'adoption des statuts coloniaux .....	104
1.	La prise de possession de la Nouvelle-Calédonie.....	105
2.	Le protectorat de Wallis et Futuna.....	109
B.	La reconnaissance du système représentatif coutumier par la conclusion d'alliances.....	112
1.	Les conventions avec les tribus bushinenges.....	113
2.	Les alliances avec certaines tribus kanak.....	115
	<i>Conclusion du Chapitre 1</i> .....	118
<b>Chapitre 2</b>	- <i>L'assimilation des systèmes représentatifs coutumiers par le droit étatique</i> .....	121
<b>SECTION 1</b>	- Le contrôle étatique des systèmes coutumiers de représentation, corollaire d'une représentation coutumière effacée.....	123
<b>PARAGRAPHE 1</b>	- Le contrôle des institutions coutumières de représentation au Canada et en France.....	124
A.	La législation canadienne au service du contrôle des institutions représentatives coutumières.....	124
B.	La législation française au service du contrôle des institutions représentatives coutumières.....	130
C.	La législation au service d'un contrôle plus limité des institutions représentatives coutumières.....	135
1.	Le contrôle limité des institutions représentatives coutumières en Guyane.....	135
2.	Le contrôle limité des institutions représentatives coutumières à Wallis et Futuna ...	138
<b>PARAGRAPHE 2</b>	- Le contrôle des procédures coutumières de représentation au Canada .....	141
<b>SECTION 2</b>	- Le contrôle étatique de l'accès à la citoyenneté comme corollaire d'une représentation nationale discutée.....	147
<b>PARAGRAPHE 1</b>	- L'exclusion équivoque des autochtones du système étatique de représentation .....	148
A.	L'intégration limitée des autochtones à la représentation étatique volitive .....	148
1.	La dissociation entre nationalité et citoyenneté.....	149
2.	Les apports doctrinaux sur l'appartenance des autochtones à la nation.....	152
3.	L'intégration différenciée des autochtones à la représentation volitive en fonction des territoires.....	156
B.	L'exclusion de la représentation étatique électorale .....	164
<b>PARAGRAPHE 2</b>	- La mise en place progressive d'un système uniforme de représentation.....	170
A.	L'intégration progressive des autochtones aux modèles électoral et volitif de la représentation .....	170
1.	L'intégration au système de représentation canadien .....	171
2.	L'intégration au système de représentation français .....	173
B.	Les limites de l'intégration aux systèmes de représentation étatique .....	182
1.	Le refus d'une intégration aux institutions étatiques de représentation.....	182
2.	Le refus d'une adoption de la procédure du vote .....	187
	<i>Conclusion du chapitre 2</i> .....	190
CONCLUSION DU TITRE 1	.....	192
<b>TITRE 2</b>	- LES LIMITES A L'UNIFORMISATION DES CONCEPTIONS DE LA REPRESENTATION ...	193
<b>Chapitre 3</b>	- <i>La survivance d'une représentation coutumière</i> .....	195

<b>SECTION 1 – La survivance d’une représentation coutumière au niveau international .....</b>	<b>197</b>
<b>PARAGRAPHE 1 – Des revendications autochtones au cœur de l’élaboration des normes internationales .....</b>	<b>197</b>
<b>A. La prise en compte initiale des revendications indépendantistes et d’une représentation politique souveraine.....</b>	<b>198</b>
<b>B. La prise en compte renouvelée des revendications autochtonistes et d’une représentation politique autodéterminée .....</b>	<b>203</b>
<b>PARAGRAPHE 2 – L’analyse des textes internationaux relatifs aux spécificités autochtones de la représentation.....</b>	<b>213</b>
<b>A. La pluralité des conceptions de la représentation consacrée par les textes internationaux</b>	<b>214</b>
1. Le caractère contraignant mais limité de la Convention n° 169 de l’OIT.....	214
2. L’élaboration complexe de la DNUDPA .....	218
<b>B. La portée relative de la DNUDPA.....</b>	<b>222</b>
1. L’intégration progressive de la DNUDPA dans l’ordre juridique canadien .....	223
2. L’intégration complexe de la DNUDPA dans l’ordre juridique français .....	226
<b>SECTION 2 – La survivance d’une représentation coutumière aux niveaux nationaux.....</b>	<b>230</b>
<b>PARAGRAPHE 1 - Des revendications autochtones au cœur de l’élaboration des normes nationales .....</b>	<b>231</b>
<b>A. Les différentes stratégies revendicatives pour une reconnaissance de la représentation</b>	<b>231</b>
1. Des revendications fondées sur l’autodétermination externe et une représentation souveraine.....	232
2. Des revendications fondées sur l’autochtonie en Guyane.....	236
3. Des revendications fondées sur l’autochtonie au Canada.....	241
<b>B. La représentation coutumière réhabilitée par son utilisation .....</b>	<b>248</b>
<b>PARAGRAPHE 2 – La reconnaissance juridique d’une survivance de la représentation coutumière .....</b>	<b>253</b>
<b>A. La particularité canadienne : une représentation coutumière reconnue par les juridictions..</b>	<b>253</b>
<b>B. La particularité française : une représentation coutumière reconnue par le référendum</b>	<b>258</b>
<i>Conclusion du chapitre 3 .....</i>	<i>265</i>
<b>Chapitre 4 - Le pluralisme conflictuel de la représentation politique .....</b>	<b>267</b>
<b>SECTION 1 - Le pluralisme extra-étatique au sein des systèmes de représentation politique .....</b>	<b>270</b>
<b>PARAGRAPHE 1 – Les sources concurrentielles au sein des systèmes représentatifs autochtones .....</b>	<b>270</b>
<b>A. Le pluralisme extra-étatique des sources du droit de la représentation.....</b>	<b>270</b>
<b>B. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques de la représentation.....</b>	<b>277</b>
1. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques des systèmes de représentation au Canada.....	278
2. Les conflits relatifs aux sources extra-étatiques des systèmes de représentation en France.....	282
<b>PARAGRAPHE 2 - Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives autochtones.....</b>	<b>287</b>
<b>A. Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives au Canada .</b>	<b>287</b>
<b>B. Les incidences du pluralisme extra-étatique sur les institutions représentatives autochtones en France .....</b>	<b>296</b>
<b>SECTION 2 - Le pluralisme intra-étatique des systèmes de représentation politique.....</b>	<b>305</b>
<b>PARAGRAPHE 1 – Les sources concurrentielles entre ordres et systèmes représentatifs autochtones.....</b>	<b>305</b>
<b>A. Le pluralisme intra-étatique des sources du droit de la représentation .....</b>	<b>305</b>
1. L’organisation d’une représentation au sein des ordres internationaux et régionaux.	305

2. L'organisation d'une représentation au sein des ordres nationaux et des systèmes locaux .....	310
B. Les réticences étatiques à l'intégration d'une représentation autochtone autonome .....	319
<b>PARAGRAPHE 2</b> – Les incidences du pluralisme intra-étatique sur les institutions représentatives autochtones .....	326
A. L'admission limitée de la participation des autochtones aux institutions représentatives étatiques .....	327
B. L'inscription d'une représentation coutumière au sein d'une souveraineté étatique.....	334
<i>Conclusion du chapitre 4</i> .....	341
CONCLUSION DU TITRE 2 .....	343
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE</b> .....	345
<b>SECONDE PARTIE - L'HARMONISATION DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ENTRE L'INTERDEPENDANCE ET L'AUTONOMIE INSTITUTIONNELLES</b> .....	347
<b>TITRE 3</b> - LA MISE EN COHERENCE DES SYSTEMES REPRESENTATIFS ETATIQUES ET COUTUMIERS.....	349
<i>Chapitre 5 - La conciliation horizontale des systèmes étatiques et coutumiers de la représentation</i> .....	351
<b>SECTION 1</b> – La conciliation des systèmes de représentation par le biais d'accords gouvernementaux.....	352
<b>PARAGRAPHE 1</b> – La représentation autochtone issue des accords gouvernementaux au Canada .....	352
A. La représentation politique instaurée par l' <i>Accord définitif niska'a</i> .....	353
B. Une pluralité d'accords d'autodétermination possibles .....	361
<b>PARAGRAPHE 2</b> – La représentation issue des accords de Matignon-Oudinot et de Nouméa .....	367
A. L'aménagement de la représentation « volitive » locale.....	368
B. L'aménagement de la représentation locale électorale .....	377
<b>SECTION 2</b> – La conciliation des systèmes de représentation par la loi.....	384
<b>PARAGRAPHE 1</b> – Un aménagement des systèmes représentatifs autochtones par la loi.....	385
A. L'aménagement des systèmes représentatifs autochtones au Canada .....	385
B. L'aménagement des systèmes représentatifs autochtones en France .....	398
<b>PARAGRAPHE 2</b> - L'aménagement d'une représentativité des autochtones par la loi .....	406
A. La création d'organes dédiés à la représentativité des autochtones .....	406
1. La représentativité au Canada .....	407
2. La représentativité en France .....	411
B. L'existence d'assemblées publiques dédiées <i>de facto</i> aux autochtones.....	417
<i>Conclusion du Chapitre 5</i> .....	420
<i>Chapitre 6 - La compatibilité verticale des systèmes représentatifs coutumiers avec l'ordre juridique</i> .....	421
<b>SECTION 1</b> – Les exigences formelles imposées aux systèmes représentatifs coutumiers .....	422
<b>PARAGRAPHE 1</b> – L'écriture des normes relatives à la représentation coutumière.....	422
A. Une exigence d'écriture pour les systèmes représentatifs de droit coutumier.....	422
B. Une exigence d'écriture aux effets indéterminés.....	427
<b>PARAGRAPHE 2</b> - Le respect de la hiérarchie des normes par les systèmes représentatifs de droit coutumier.....	435
A. Le respect de la hiérarchie des normes au Canada .....	436
B. Le respect de la hiérarchie des normes en France .....	440
<b>SECTION 2</b> – Les conditions matérielles imposées aux systèmes représentatifs coutumiers.....	450
<b>PARAGRAPHE 1</b> - Le respect de la constitution matérielle par les systèmes représentatifs de droit coutumier.....	450
A. Les réticences communes à l'application de chartes et de déclarations universelles.....	450



B.	L'application équilibrée de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> .....	454
C.	L'application équilibrée des droits fondamentaux en France .....	461
<b>PARAGRAPHE 2</b>	<b>- Un aménagement de la représentation conditionné au principe démocratique</b> .....	<b>467</b>
A.	L'exigence d'une représentation électorale au Canada .....	468
1.	L'exigence d'une représentation électorale pour les accords d'autonomie gouvernementale.....	468
2.	L'exigence du mécanisme électoral pour les systèmes électoraux communautaires...476	
B.	L'incitation à l'adoption du régime électoral pour la représentation coutumière en France.479	
	<i>Conclusion du Chapitre 6</i> .....	483
CONCLUSION DU TITRE 3 .....		484
<b>TITRE 4</b>	<b>- LES EVOLUTIONS DES SYSTEMES DE REPRESENTATION ETATIQUES ET COUTUMIERS</b>	<b>487</b>
<b>Chapitre 7</b>	<i>- Les évolutions juridiques des systèmes représentatifs coutumiers</i> .....	<b>489</b>
<b>SECTION 1</b>	<b>- Les hypothèses liées à la disparation de la représentation coutumière</b> .....	<b>489</b>
<b>PARAGRAPHE 1</b>	<b>- L'éventualité d'une sécession de la représentation coutumière</b> .....	<b>490</b>
A.	Une indépendance plausible en France et improbable au Canada.....	490
B.	L'éventualité d'une « sécession minimale » de la représentation coutumière par l'association .....	496
<b>PARAGRAPHE 2</b>	<b>- Le risque d'une assimilation de la représentation coutumière</b> .....	<b>505</b>
<b>SECTION 2</b>	<b>- Les propositions visant la reconnaissance des spécificités de la représentation coutumière</b> .....	<b>515</b>
<b>PARAGRAPHE 1</b>	<b>- Les modèles théoriques de coexistence des systèmes étatiques et autochtones</b> .....	<b>516</b>
A.	Le fédéralisme comme organisation de l'autonomie et de la participation des systèmes représentatifs autochtones .....	517
B.	Le consociativisme comme garantie de la spécificité des systèmes représentatifs autochtones.....	522
<b>PARAGRAPHE 2</b>	<b>- L'applicabilité des modèles fédéralistes et consociatifs au Canada et à la France</b> .....	<b>526</b>
A.	L'application d'un fédéralisme par traité et asymétrique .....	526
B.	L'application d'un fédéralisme multinational et personnel similaire au consociativisme	532
	<i>Conclusion du Chapitre 7</i> .....	550
<b>Chapitre 8</b>	<i>- La réconciliation durable entre les systèmes de représentation étatiques et coutumiers</i> .....	<b>551</b>
<b>SECTION 1</b>	<b>- Une réconciliation par la complémentarité des conceptions de la représentation</b> .....	<b>552</b>
<b>PARAGRAPHE 1</b>	<b>- Le rejet commun d'une représentation politique uniconceptuelle</b> .....	<b>552</b>
A.	Le rejet d'une représentation politique uniconceptuelle par les systèmes autochtones..	552
B.	Le rejet d'une représentation politique uniconceptuelle par les systèmes étatiques .....	556
<b>PARAGRAPHE 2</b>	<b>- La complémentarité des conceptions de la représentation politique</b> .....	<b>559</b>
A.	Une complémentarité au sein des institutions de représentation existantes.....	559
B.	Une complémentarité par la diversité des institutions de représentation politique.....	567
<b>SECTION 2</b>	<b>- La réconciliation des systèmes représentatifs par le bien-fondé de la transition</b> .....	<b>574</b>
<b>PARAGRAPHE 1</b>	<b>- La diversité des processus transitionnels</b> .....	<b>575</b>
<b>PARAGRAPHE 2</b>	<b>- L'inclusivité du processus de ratification</b> .....	<b>587</b>
	<i>Conclusion du Chapitre 8</i> .....	595
CONCLUSION DU TITRE 4 .....		596
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....		<b>597</b>
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....		<b>599</b>

<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>605</b>
<i>Section 1 – Références doctrinales.....</i>	<i>605</i>
I - Ouvrages.....	605
A – Dictionnaires, encyclopédies.....	605
B – Recueils de décisions, de traités ou de sources historiques.....	606
C – Manuels, précis, traités, cours.....	607
D – Thèses et mémoires universitaires.....	608
E – Monographies, ouvrages généraux et collectifs.....	611
F – Rapports, documents gouvernementaux et parlementaires français et canadiens.....	634
1. Canada.....	634
2. France.....	636
II – Articles.....	638
III - Sites internet.....	660
A. Canada.....	660
B. France.....	661
C. Sites des Organisations autochtones.....	662
IV – Discours.....	663
<i>Section II – Références institutionnelles.....</i>	<i>665</i>
I – Sources nationales.....	665
A. Sources canadiennes.....	665
1. Législations préconfédératives.....	665
2. Législations fédérales.....	665
3. Législations provinciales.....	666
4. Accords internes au Canada.....	667
5. Projets d'accords internes et protocoles d'ententes.....	667
6. Législations et délibérations des assemblées autochtones.....	667
B. Sources françaises.....	669
1. Lois constitutionnelles, organiques, ordinaires et loi du pays.....	669
2. Ordonnances.....	670
3. Décrets.....	671
4. Arrêtés et autres actes de même valeur juridique.....	672
5. Délibérations des assemblées locales et coutumières.....	673
6. Traité de protectorat.....	674
7. Accords internes.....	674
8. Avis et autres documents non contraignants.....	674
II – Sources internationales.....	674
A – Traités internationaux.....	674
B – OIT.....	675
1. Conventions.....	675
2. Rapports sur la mise en œuvre des conventions.....	675
C – ONU.....	675
1. Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies :.....	675
2. Résolutions et rapports des organes subsidiaires de l'ONU.....	676
3. Autres organismes internationaux.....	678
4. Règlements de l'Union Européenne.....	678

<b>INDEX DES JURISPRUDENCES CITEES.....</b>	<b>679</b>
I – Canada .....	679
A. Juridictions fédérales .....	679
1. Cour suprême du Canada .....	679
2. Cour fédérale .....	680
3. Tribunal canadien des droits de la personne .....	680
4. Cour canadienne de l'impôt .....	680
B. Juridictions provinciales .....	680
1. Cour d'appel de Colombie-Britannique .....	680
2. Cour suprême de Colombie-Britannique .....	680
3. Cour d'Appel de l'Ontario.....	681
4. Cour suprême de l'Ontario.....	681
5. Cour d'appel du Québec.....	681
6. Cour supérieure du Québec .....	681
7. Cour suprême du Yukon .....	681
8. Cour du Banc de la Reine du Haut-Canada.....	681
9. Cour du Banc de la Reine du Québec .....	681
II – États-Unis .....	681
A. Cour suprême des États-Unis.....	681
B. Cour suprême de la Nation Navajo.....	681
III – France .....	682
A. Conseil constitutionnel.....	682
B. Juridictions administratives.....	683
1. Conseil d'État .....	683
2. Cour administrative d'appel .....	683
3. Tribunaux administratifs.....	683
C. Juridictions judiciaires .....	684
1. Cour de cassation.....	684
2. Cour d'appel .....	684
3. Tribunaux judiciaires .....	684
IV – Royaume-Uni.....	684
A. Comité judiciaire du Conseil privé.....	684
B. Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles.....	684
V - Union Européenne / Conseil de l'Europe.....	684
<b>INDEX RERUM.....</b>	<b>685</b>
<b>TABLES DES MATIERES.....</b>	<b>689</b>





## La coexistence des conceptions étatiques et coutumières de la représentation politique en droit constitutionnel canadien et français

**Résumé :** Au-delà des conceptions étatiques de la représentation politique, liées à l'expression parlementaire de la volonté générale ou à l'élection, la présente étude envisage d'autres mécanismes de représentation, à travers l'analyse du statut coutumier particulier des populations autochtones. La conception coutumière de la représentation peut se traduire par la désignation non électorale des représentants et par une délibération consensuelle dont les décisions sont imputables à la communauté qui y prend part. Dès lors, comment la représentation coutumière peut-elle coexister avec les conceptions étatiques de la représentation politique, telles qu'elles sont définies en droit, avec une certaine ambivalence, par l'expression de la volonté générale ou par l'expression des urnes ? L'analyse historique et comparative permet d'apporter une réponse éclairée par les expériences juridiques canadiennes et françaises. L'étude porte d'abord sur les tensions persistantes au sein des systèmes de représentation, oscillant entre l'uniformisation des conceptions et la survivance des coutumes. Elle s'intéresse, ensuite, aux récentes solutions d'harmonisation, permises par l'adaptation des droits positifs canadien et français : les éléments communs de la représentation tendent à s'organiser au sein d'institutions partagées et les dissemblances, par des institutions représentatives autonomes. Il en ressort que, loin d'être toujours conflictuelle, la coexistence des systèmes de représentation et des conceptions qui en résultent pourrait être vectrice d'un équilibre et d'un enrichissement certain pour la représentation politique dans son ensemble.

**Mots clefs :** représentation politique, élection, délibération, peuples autochtones, coutumes, droit coutumier, droit de l'outre-mer, autodétermination, pluralisme juridique, Canada, France, droit constitutionnel, droit comparé.

**Abstract :** Beyond state conceptions of political representation related to the parliamentary expression of the general will or to elections, the present study considers other mechanisms of representation, through the analysis of the particular customary status of indigenous communities. The customary conception of representation can take the form of the non-electoral designation of representatives and consensual deliberation whose decisions are accountable to the community that takes part in it. Hence, how can customary representation coexist with state conceptions of political representation, as defined in law, with some ambivalence, as the expression of the general will or the expression of the ballot ? A historical and comparative analysis of the Canadian and French legal provide insights pertinent to that question. The study begins with the persistent tensions within the systems of representation, oscillating between the unification of concepts and the survival of customs. Then, the study highlights recent harmonization efforts, made possible by the adaptation of Canadian and French positive law : the common elements of representation tend to be organized within shared institutions and the dissimilarities, by autonomous representative institutions. It concludes that, far from being always conflicting, the coexistence of representation systems and the resulting conceptions could be a carrier of balance and enrichment for political representation as a whole.

**Keywords:** political representation, election, deliberation, indigenous peoples, customs, customary law, overseas law, self-determination, legal pluralism, Canada, France, constitutional law, comparative law.