

PROSPETTIVE DELLA “*SOUVERAINETÉ PARTAGÉE*”: SPAZI DI PLURALISMO GIURIDICO NELL’ESPERIENZA DI AUTONOMIA DELLA NUOVA CALEDONIA

Angelica Ignisci



PROSPETTIVE DELLA “*SOUVERAINETÉ PARTAGÉE*”: SPAZI DI PLURALISMO GIURIDICO NELL’ESPERIENZA DI AUTONOMIA DELLA NUOVA CALEDONIA

Angelica Ignisci

Ottobre 2020

ISBN ISBN 978-88-8443-915-4
Website: <http://www.jupls.eu/>



© Copyright 2020

Università degli Studi di Trento

Cover: "Un danzatore kanak" a Kuto, Iles des Pins, Nuova Caledonia (foto di Khellon)

*Ai miei genitori, che in silenzio hanno supportato
ogni mio passo e hanno creduto con sincero amore
in me e nei miei sogni*

*È molto facile accettare e amare chi è uguale a noi,
ma con qualcuno che è diverso è molto difficile,
e tu ci hai aiutato a farlo.”*

*LUIS SEPÚLVEDA
Storia di una gabbianella
e del gatto che le insegnò a volare*

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	3
1. L'unità e l'indivisibilità della Repubblica francese a confronto con la decentralizzazione nell'esperienza <i>sui generis</i> della Nuova Caledonia	3
2. Excursus storico: dal Colonialismo al giorno d'oggi.....	6
2.1 Prima fase: scontro tra una società millenaria e il colonialismo francese	6
2.2 Seconda fase: decolonizzazione e tentativi di integrazione a seguito dell'insurrezione indipendentista kanak	9
2.3 Terza fase: gli accordi di Matignon (1988) e Noumea (1998) per ridisegnare i rapporti tra Stato francese e territorio d'oltremare	11
3. Il principio della "souveraineté partagée": la Legge Organica 99-209 19 marzo 1999	14
4. L'accesso alla piena sovranità della Nuova Caledonia nella giurisprudenza del Conseil Constitutionnel	18
5. Democrazia e referendum: il legittimo desiderio di indipendenza in Nuova Caledonia al giorno d'oggi.....	22
CAPITOLO II	27
1. Pluralismo giuridico e organizzazione sociale capillare in Nuova Caledonia.....	27
1.1 La peculiare convivenza fra diritto statale, diritto caledone scritto e la "coutume Kanak"	27
1.2 L'organizzazione della società Kanak: dalla famiglia al distretto.....	30
2. Il ruolo del "Sénat Coutumier": promozione culturale e difesa del diritto autoctono	32
3. La "Carta del Popolo Kanak": un documento complementare all'Accordo di Nouméa	37
4. L'integrazione del diritto consuetudinario nel <i>corpus normativo</i> contemporaneo in Nuova Caledonia.....	41
4.1 L'istituzione della carica di «assesseur coutumier» con l'ordinanza del 15 ottobre 1982.....	41
4.2 Dirimere una controversia: quale diritto applicare e come?	44
CAPITOLO III	50

1. Diritto di Famiglia.....	50
1.1 Il matrimonio	50
1.2 La filiazione	54
1.3 Lo scioglimento del matrimonio.....	58
1.4 Il ruolo della donna nella società Kanak e la lunga strada verso l'emancipazione	60
2. Diritto di proprietà	63
2.1 La terra inalienabile, incommutabile, incedibile, imprescrittibile	65
2.2 Devoluzione del patrimonio successorio e terre di diritto consuetudinario	68
3. Diritto Penale	71
3.1 Il risarcimento del danno causato da reato	72
3.2 La giustizia penale a confronto con il criterio della “ <i>cultural defense</i> ” ..	74
CONCLUSIONI	80
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	84
APPENDICE.....	92
Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998	92
Charte du Peuple Kanak	105
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	119

PRESENTAZIONE

La configurazione dello *status* costituzionale della Nuova Caledonia nell'ordinamento della V Repubblica francese si presta ad essere analizzata in una pluralità di contesti egualmente interessanti in una prospettiva giuridica.

In primo luogo, infatti, l'esperienza della Nuova Caledonia può essere oggetto di analisi sotto il profilo delle dinamiche della decolonizzazione, in particolare di un processo che si svolge in forma pattizia, secondo un percorso graduale ed incrementale, disegnato e disciplinato da fonti del diritto interno e tale da assumere connotati propri ad una secessione della componente territoriale di un ordinamento unitario decentrato piuttosto che ad un puntuale evento di rottura retto interamente dal diritto internazionale.

Del resto, il Preambolo della Costituzione del 1958 già prospettava – come il richiamo alle circostanze storico-politiche del momento costituente ben permette di comprendere – che *“en vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique”*, dove il riferimento alla volontarietà dell'adesione implicava evidentemente anche l'opzione contraria.

In senso conforme a tali dinamiche, inoltre, si pone il significato di un Titolo *ad hoc* della Costituzione (articoli 76 e 77), dedicato a *“Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie”*.

Anche il Preambolo della Costituzione del 1946 – come noto, incorporato nel testo della Costituzione vigente dal *Conseil Constitutionnel* – faceva riferimento ad un assetto di tipo coloniale non fondato sull'arbitrio (*“écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire”*), aperto alla distinzione fra *nations* e *peuples* e a forme di tutela delle diversità culturali (*“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”*), impegnato al riconoscimento del principio costituzionale di *“libre administration”* (*“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”*).

Quest'ultimo rilievo si collega con il secondo ordine tematico che giustifica l'attenzione del giurista e del comparatista sulla Nuova Caledonia quale indicatore di un assetto differenziato ed asimmetrico dell'ordinamento delle *collectivités territoriales* francesi.

Sia pure in relazione ad un apparato normativo la cui attuazione richiede un alto grado di mediazione ed equilibrio non sempre riscontrabile nella volontà del legislatore organico ed ordinario (art. 1 *“La France est une République indivisible. Son organisation est décentralisée”*; e art. 72 *“Les collectivités territoriales de la*

République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74”), e benché si debba ammettere che l’orientamento favorevole alla differenziazione si manifesti soprattutto – e comprensibilmente - nei confronti delle “*populations d'outre-mer*” (artt. 72-3 “*La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité*”; art. 74 “*Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République*”), occorre sottolineare nondimeno come il dato costituzionale traduca una visione tendenzialmente flessibile.

Infatti, a fronte di una norma di portata generale (art. 73, 1° comma “*Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit*”) si introducono deroghe potenzialmente significative, sia da parte dello stesso art. 73, 1° comma (“*les lois et règlements [...] peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités*”), sia da parte dei commi successivi dello stesso articolo (“*Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement. Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement*”) nel rispetto di limiti di materia penetranti ma ricorrenti negli ordinamenti unitari decentrati (“*Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral*”).

La riserva di legge organica per l’adozione degli statuti delle collettività d’oltremare esprime la sintesi formale fra la garanzia dell’unità repubblicana, dell’uniformità normativa e dell’eguaglianza formale, da un lato, e quella della differenziazione dei territori e delle rispettive diversità culturali, dall’altro.

Quest’ultimo rilievo consente di introdurre un terzo ordine di considerazioni che – per quanto suscettibili di estensione sulla base del dettato costituzionale (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*”) – si possono fondare sulla specificità dell’esperienza costituzionale in corso della Nuova Caledonia e che pongono in evidenza, segnatamente, il regime di pluralismo giuridico introdotto nell’ordinamento, a partire dal riconoscimento dello “*statut civil coutumier*” (art. 77 Cost.). In tal senso, l’esperienza rileva anche quale contributo francese alla definizione del regime di protezione e promozione dei popoli indigeni – contributo che ben pochi ordinamenti europei, tranne quelli nordici, sono oggettivamente in grado di dare (in proposito si rinvia a R. Toniatti, J. Woelk (eds), *Indigenous Peoples' Sovereignty and the Limits of Judicial and Legal Pluralism: American Tribes*,

Canadian First Nations and Scandinavian Sami Compared, in <http://www.jupls.eu/images/ebook%20JPs%20-%202014.pdf>).

Dal punto di vista sistematico, è questo, a mio giudizio, il dato della massima efficacia connotativa della peculiarità dell'autonomia della Nuova Caledonia, a maggior ragione se inserito nell'ambito dell'ordinamento francese e del suo impianto di monismo giuridico, del tutto conforme alla tradizione giuridica dell'Europa continentale a partire proprio dalla Rivoluzione francese e dalla perentoria proclamazione dell'eguaglianza esclusivamente formale da parte della Dichiarazione del 1789 (art. I *“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”*; art. 6 *“La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents”*; sull'incompatibilità con il nuovo regime rivoluzionario di tutte le formazioni sociali intermedie – dettagliatamente elencate – prosperanti nell'*ancien régime* e fonte di privilegi e regimi giuridici differenziati si veda anche il Preambolo della Costituzione del 1791).

È evidente che la rottura puntuale e circoscritta del monismo giuridico e il riconoscimento di istanze di eguaglianza sostanziale (disciplina ragionevolmente differenziata per situazioni oggettivamente diverse) in favore di comunità culturali distinte – quale prefigurato in relazione alla Nuova Caledonia e al suo ordinamento giuridico differenziato – non possono essere generalizzati quale dato caratterizzante l'ordinamento francese, come si conferma essere, invece, una marcata avversione al riconoscimento di fenomeni minoritari.

Non si dimentichi che la Francia non ha mai sottoscritto la Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali (Consiglio d'Europa, 1995) e che – oltre all'apertura formalizzata con l'innovazione di cui all'art. 75-1 Cost. (*“Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France”*) - ha sottoscritto e ratificato la Convenzione europea delle lingue regionali e minoritarie (Consiglio d'Europa, 1992) apponendo una significativa dichiarazione, articolata e di tipo restrittivo (ne richiamiamo le prime statuizioni di portata più generale: *“1. Dans la mesure où elle ne vise pas à la reconnaissance et la protection de minorités, mais à promouvoir le patrimoine linguistique européen, et que l'emploi du terme de «groupes» de locuteurs ne confère pas de droits collectifs pour les locuteurs des langues régionales ou minoritaires, le Gouvernement de la République interprète la Charte dans un sens compatible avec le Préambule de la Constitution, qui assure l'égalité de tous les citoyens devant la loi et ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. 2. Le Gouvernement de la République interprète l'article 7-1, paragraphe d, et les articles 9 et 10 comme posant un principe général n'allant pas à l'encontre de l'article 2 de la Constitution selon lequel l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de*

droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics").

Rimane il fatto che in Nuova Caledonia si è introdotta una significativa deroga all'assetto generale in un contesto giuridico costituzionale distinto che, benché territorio d'oltremare, per quanto volto ad un incerto percorso di indipendenza e nonostante la suggestione della formula "*souveraineté partagée*", è ancora pienamente parte del sistema francese. È verosimile ipotizzare, altresì, che rispetto all'ortodossia del monismo giuridico francese abbiano giocato soprattutto considerazioni ispirate più al realismo politico circa la posta in gioco che autentiche aperture di tipo culturale verso il riconoscimento delle diversità.

Si tratta di un pluralismo giuridico ricostruibile come un regime a base volontaria e personale – nel senso che non è destinato a tutta la popolazione residente – ed altresì a base strettamente territoriale con riguardo alla generalità del territorio francese che non ne risulta investito.

Esso si presenta come traduzione normativa di una visione dell'uomo e del mondo alternativa a quella di matrice europea e con forti assonanze di fondo con la cultura delle popolazioni indigene di altri continenti, soprattutto dell'America latina. In tal senso, l'adozione di una *Charte du Peuple Kanak* costituisce, per un verso, una interessante (e per più tratti affascinante) proclamazione di valori e concezioni di vita propri di quella cultura, dell'identità kanak, dell'autorità ed autorevolezza delle istituzioni tradizionali e, per altro verso, una fonte suscettibile di venire valutata per il proprio potenziale di delineare una universalità parallela e alternativa (rispetto alla *Déclaration* del 1789), propria dell'universo del mondo indigeno. In tal senso, il testo articolato della *Charte* viene ad esprimere anche il sintomo di una sorta di contaminazione culturale, quale luogo di convergenza fra l'identità kanak e la razionalizzazione dichiarativa propria della cultura francese.

Il lavoro di Angelica Ignisci offre una ricostruzione attenta e sensibile di una realtà circoscritta – la Nuova Caledonia – che tuttavia presenta un evidente interesse di per sé e anche relazioni ideali e storiche sia con l'ordinamento costituzionale francese, che ci consente di conoscere e comprendere più a fondo, sia con la cultura indigena del mondo intero, che costituisce una dinamica in via di costante emersione e idonea a caratterizzare il nostro tempo, sia, infine, con le sfide del pluralismo giuridico che da lontano sempre più spesso si manifestano in prossimità della «fortezza Europa» e del suo monismo giuridico quale incerto muro di protezione. L'Autrice ha dunque intrapreso una ricerca impegnativa il cui risultato merita ampiamente di essere portato all'attenzione della comunità scientifica.

Roberto Toniatti
Professore di diritto costituzionale comparato
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento

AVANT-PROPOS DE MÉMOIRE

Les lecteurs du travail de recherche particulièrement approfondi, réalisé par Mme Angelica Ignisci sur la Nouvelle-Calédonie, apprécieront sans doute la rigueur de cette étude et l'intérêt de son sujet, à l'heure où les sociétés se questionnent sur la place qui doit être faite à un passé douloureux, discuté et regretté. Ce travail est d'autant plus remarquable qu'il a été réalisé par une étudiante italienne s'étant ainsi intéressée à la gestion constitutionnelle par la France, de la pluralité culturelle de sa société. La question est en effet plus communément développée en Italie, ce pays au régionalisme différencié, dont la Constitution proclame dès son article 2 que les droits inviolables de l'homme sont garantis jusque dans les « formations sociales » où l'individu exprime sa personnalité et, en son article 6, que « la République protège [...] les minorités linguistiques », l'Italie où est également né Santi Romano, penseur du pluralisme.

J'ai rencontré Mme Angelica Ignisci lors de son séjour à l'Université de Montpellier dans le cadre d'un échange Erasmus. Etudiante dotée d'une parfaite maîtrise de la langue française, elle souhaitait disposer de conseils bibliographiques pour réaliser une recherche sur la Nouvelle-Calédonie. Je garde d'elle le souvenir d'une étudiante curieuse, sérieuse et particulièrement impliquée dans ses études. Son analyse ici publiée en est le témoignage. Mme Angelica Ignisci n'a en effet esquivé aucune des problématiques, pourtant complexes, qui irriguent les relations politiques et juridiques entre Paris et la Nouvelle-Calédonie, ce territoire si éloigné de la métropole. La France, République proclamée depuis longtemps indivisible comme le rappelle le chapitre qui ouvre son mémoire, a pourtant fait preuve de grandes novations, normatives comme institutionnelles, pour redéfinir le statut de la Nouvelle-Calédonie et lui consacrer un Titre spécifique dans la Constitution à la hauteur des attentes d'un territoire sous souveraineté française par conquête coloniale : souveraineté partagée, lois de pays, citoyenneté néo-calédonienne, Sénat coutumier, etc... Toutes ces notions sont décrites et expliquées par Angelica Ignisci avec grande pédagogie. Le passé colonial, précisément, explique peut-être tout en Nouvelle-Calédonie mais ne résout absolument rien. Dès lors, avant les novations constitutionnelles, il y eut les accords politiques dont la première des vertus fut de pacifier un conflit violent qui a emporté des vies. Accords de Matignon en 1988, accords de Nouméa en 1998 ; la géographie a du sens, qui voit, en 10 ans d'intervalles, migrer le siège des négociations de la métropole à la capitale néo-calédonienne. Ces accords politiques, essentiels pour comprendre les nombreuses révisions constitutionnelles qui les ont actés, sont aussi bien traités par Angelica Ignisci que les dispositions juridiques ; des négociations fines ayant nécessairement écorné le principe d'une République une et indivisible inscrit à l'incipit de la Constitution française mais ayant également permis de laisser s'exprimer la population néocalédonienne au cours d'un référendum d'autodétermination en 2018. Et même dans ce moment tout à la fois attendu et inévitable, la France poursuit ses innovations en prévoyant un second référendum d'autodétermination. Sans doute faut-il y voir la prudence qui entoure tout référendum dont le paradoxe est d'être à la fois un procédé de démocratie pure et un outil soumis au risque d'une manipulation politique voire populiste ; un autre

référendum en limitera peut-être les écueils tout en ouvrant la voie à la reconnaissance d'un droit à revoter, sujet particulièrement d'actualité depuis le Brexit et pouvant donc venir définir la citoyenneté de demain. D'ici là et au-delà, il sera toujours utile de lire ou de relire le mémoire d'Angelica Ignisci.

Jordane Arlettaz
Professeur de droit public, Université de Montpellier, CERCOP, France

INTRODUZIONE

Alla base di questo studio vi è l'analisi della transizione costituzionale della Nuova Caledonia, che soprattutto negli ultimi trent'anni è stata fortemente influenzata dalla sua società multiculturale, dalla crisi della storica visione della sovranità francese una e indivisibile, ed infine dalla riaffermazione dell'identità culturale del popolo indigeno Kanak che già abitava l'arcipelago millenni prima dell'arrivo dei coloni francesi.

Le motivazioni che mi hanno spinto ad approfondire tale tema hanno una duplice natura. *In primis* un particolare interesse per i popoli indigeni, che si presentano come un caleidoscopio dell'umanità e che nel corso della storia hanno saputo dimostrare straordinarie capacità di resilienza e adattamento. Lo studio dei popoli indigeni suscita interessanti riflessioni in plurimi ambiti, dall'antropologia alla sociologia fino al diritto. Lo specifico caso della Nuova Caledonia è l'esempio della convivenza tra diritto statale francese e diritto consuetudinario, frutto della tradizione millenaria Kanak. In secondo luogo, la vicenda della transizione costituzionale della Nuova Caledonia ha suscitato in me un desiderio di maggiore approfondimento per via della sua attualità: la sua esperienza costituzionale è un progetto *in divenire* che evolve ogni giorno ed è ancora protagonista di importanti scelte governative in seguito al referendum dello scorso novembre 2018 e degli accordi sul prossimo referendum del 2020. La convivenza tra diritto comune e diritto consuetudinario kanak vive un costante processo di evoluzione e lo testimonia la giurisprudenza locale e nazionale.

L'obiettivo di questa tesi di laurea è quello di fornire un'analisi giuridica accurata della realizzazione del progetto di *souveraineté partagée* (dal francese, sovranità condivisa), mettendone in evidenza le peculiarità e i punti critici sia da un punto di vista della ripartizione di competenze statali tra Francia e Nuova Caledonia, sia dal punto di vista dell'inclusione della comunità Kanak all'interno del progetto di sovranità condivisa.

La tesi è articolata in tre capitoli. Nel primo capitolo viene fornita un'introduzione attraverso un excursus storico a partire dall'arrivo dei francesi sull'arcipelago della Nuova Caledonia. L'obiettivo del primo capitolo è allo stesso tempo quello di fornire un quadro normativo di riferimento, prendendo in considerazione principalmente le fonti di diritto statale francese, dalla Costituzione alle leggi organiche. Nel secondo capitolo ci si occupa di analizzare le strutture della società e del diritto Kanak e di scoprire come possa essere risolto un eventuale conflitto tra le norme dei due diversi ordinamenti giuridici presenti nel paese. Infine, il terzo capitolo si occupa tramite la giurisprudenza di analizzare gli istituti dello *statut coutumier Kanak* e di metterli a confronto con i medesimi del diritto comune.

Grazie a questo lavoro di ricerca è stato possibile analizzare il processo di realizzazione della *souveraineté partagée* e di individuare le lacune ancora da colmare per poter concretamente implementare un ponte fra i due diritti e culture, verso un "destino comune".

Infine, prima di avviarsi verso il risultato della vera e propria attività di ricerca, è opportuno soffermarsi su alcune precisazioni terminologiche. Una delle parole chiave della ricerca e che si ripresenta come un *leitmotiv* lungo tutto il

percorso di studio è la parola *coutume*. Occorre innanzitutto fornire una definizione alla *coutume*, per poi successivamente evidenziare i diversi contesti in cui questa parola è utilizzata e le sue possibili traduzioni.

La *coutume* è un *corpus* di regole e nel nostro specifico caso si tratta di regole che reggono la società Kanak in tutti gli aspetti della vita quotidiana. La *coutume* diventa pratica costante ed è frutto della tradizione che si impone per abitudine; diventa vera e propria regola non scritta. La *coutume* presenta per il giurista un carattere giuridico e per questo motivo diventa fonte di diritto, integrando nelle regole e nelle pratiche un sistema di valori proprio a ciascun popolo ed un sistema di norme che s'impone ad un gruppo sociale definito, nel nostro caso il popolo Kanak¹.

La parola *coutume* può tuttavia avere diverse connotazioni ed essere utilizzata in contesti diversi. Una prima connotazione è proprio quella di *corpus* di norme non scritte, come appena descritto. La parola francese viene tradotta all'interno della trattazione come "diritto consuetudinario" oppure come "consuetudine". Una seconda connotazione è perlopiù utilizzata all'interno della comunità Kanak e fa riferimento ad atti, gesti, procedure e decisioni prese dalle autorità di diritto consuetudinario². Si dice ad esempio "*une coutume de pardon*" e all'interno della trattazione viene tradotto come "un gesto di perdono" per fare riferimento ad una procedura tipica del diritto consuetudinario Kanak di cui più approfonditamente si parlerà all'interno del terzo capitolo.

Per comprendere il problema del diritto consuetudinario, l'occhio del giurista occidentale deve liberarsi dell'arcano stereotipo che vede la consuetudine come regola osservata da tempi immemorabili, protratta per lunghi anni e pertanto ormai statica ed immutabile. La consuetudine è invece simbolo di spontaneità, cambiamento e adattamento al contesto in cui vive e alimenta la sua comunità di riferimento. Il diritto consuetudinario Kanak è sopravvissuto a millenni di storia e con essa è mutato, dal periodo del colonialismo del XIX secolo sino ai giorni nostri, in cui si presenta ancora come un interessante diritto vivente e merita la nostra attenzione nelle prossime pagine.

¹ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp.363-364

² *Ibidem*

CAPITOLO I

INQUADRAMENTO STORICO E NORMATIVO DELLA NUOVA CALEDONIA

1. L'unità e l'indivisibilità della Repubblica francese a confronto con la decentralizzazione nell'esperienza *sui generis* della Nuova Caledonia

Lontana migliaia di chilometri dal celebre perimetro dell'esagono, esiste la stessa Francia, circondata però dall'oceano Pacifico ed è situata poco più a Nord del Tropico del Capricorno. È la stessa Francia, ma i suoi abitanti sono circondati da piantagioni di igname e taro e passeggiano all'ombra degli alberi di cocco. Questa stessa Francia è la Francia della Nuova Caledonia, il cui arcipelago fu scoperto da James Cook nel settembre 1774 e proclamata colonia francese soltanto nel 1853³. Definiamo quella della Nuova Caledonia un'esperienza *sui generis*⁴ rispetto alle altre collettività territoriali francesi, poiché dotata di uno statuto transitorio improntato ad una spiccata autonomia, cui è dedicato l'intero titolo XIII della Costituzione francese del 1958.

Tuttavia, sorgono spontanei dei dubbi in merito alla compatibilità della decentralizzazione amministrativa della Nuova Caledonia, rispetto ai principi di unità e indivisibilità di matrice giacobina, centralista e assimilazionista⁵. Sul piano giuridico, questo spirito centralista trova le sue radici già nel primo articolo della Costituzione francese che recita: "La Francia è una repubblica indivisibile". Un segno distintivo ripreso in ogni elaborazione della Costituzione, a partire dalla prima del 1791 sino all'ultima sua elaborazione risalente al 1958. Riprendendo la definizione di Ferdinand Mélin-Soucramanien, professore dell'Università di Bordeaux e direttore del C.E.R.C.C.L.E.⁶, il principio di indivisibilità è una "carta d'identità costituzionale" della Francia, il cui obiettivo è quello di evitare la frammentazione della Repubblica.

Dalle plurime interpretazioni giurisprudenziali del principio, possiamo individuare tre sue principali sfaccettature⁷:

1. Indivisibilità del popolo – ciò implica che il popolo francese costituisce un insieme indifferenziato, che dunque non riconosce l'esistenza di minoranze o gruppi intracomunitari al suo interno. È proprio in applicazione del medesimo principio che con la pronuncia del 9 maggio 1991, sullo Statuto della Corsica, il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto che l'utilizzo della denominazione "popolo Corso" fosse contraria alla Costituzione, che riconosce unicamente l'esistenza di

³ Costanzo P., *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009

⁴ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

⁵ Melin-Soucramanien F., *La Nouvelle-Calédonie après le referendum d'auto-détermination du 4 novembre 2018*, in Rivista AIC, n° 3/2018, pp. 499-506

⁶ Centre d'études et de recherches sur les constitutions, les libertés et l'État

⁷ Melin-Soucramanien F., *La Nouvelle-Calédonie après le referendum d'auto-détermination du 4 novembre 2018*, in Rivista AIC, n° 3/2018, pp. 499-506

un solo popolo, quello francese. Il *Conseil Constitutionnel* si è ampiamente pronunciato in materia e la sua posizione sarà ulteriormente approfondita nel paragrafo dedicato alla sua giurisprudenza.

2. Indivisibilità del territorio – nello specifico, il principio non vieta in assoluto il diritto alla secessione. Questo potrà essere esercitato, secondo la Costituzione, unicamente rispettando due condizioni: alla presenza di un consenso espresso delle autorità della Repubblica e con consultazione mediante referendum delle popolazioni interessate⁸.
3. Indivisibilità della sovranità – il potere normativo resta concentrato nelle mani del Parlamento nazionale e nonostante l'esistenza delle collettività territoriali d'oltremare, queste non hanno che un potere subordinato. Come d'altronde recita la stessa Costituzione all'articolo 1: "La Francia è una repubblica indivisibile...la sua amministrazione è decentrata".

La decentralizzazione fu però a lungo considerata incompatibile con il dogma di una Repubblica proclamata, sin dalla sua nascita, come monolitica⁹. Bisognerà attendere il 1946 affinché la Repubblica "una e indivisibile" riconosca l'esistenza delle collettività territoriali decentralizzate, i comuni e i dipartimenti e territori d'oltremare. Non stupisce un'ulteriore chiarificazione con la più recente riforma costituzionale in merito ai territori e dipartimenti d'oltremare: l'utilizzo dell'espressione "popolazioni d'oltremare" e non di "popolo" o "popoli"¹⁰. Il legislatore realizza così il principio d'indivisibilità, proprio negando il riconoscimento di qualsiasi minoranza. Le popolazioni d'oltremare sono dunque intese come una realtà demografica e geografica sicuramente imprescindibile, ciononostante subordinata al concetto di "popolo francese"¹¹. Per questo motivo, possiamo leggere all'articolo 72-3, primo comma: "La Repubblica riconosce, in seno al popolo francese, le popolazioni d'oltremare, in un ideale comune di libertà, uguaglianza e fraternità". Con il loro patrimonio storico, politico ed etnico, i territori d'oltremare fanno parte del territorio nazionale francese e contribuiscono al multiculturalismo di un tradizionale modello di Stato Nazione. È proprio nel diverso percorso che si riuniscono tutte assieme in quell' "ideale comune di libertà, uguaglianza e fraternità".

Con la legge del 19 marzo 1946 le quattro colonie (Guvane, Guadalupe, Martinique e la Réunion) diventano Dipartimenti d'oltremare¹². Tutte le altre colonie come la Nuova Caledonia diventano "Collettività d'oltremare", dotate di uno statuto speciale nell'ottica di conferire a queste popolazioni lontane dalla Francia metropolitana una certa autonomia¹³.

⁸ Cfr. Articolo 72-1 della Costituzione del 1958

⁹ Constantinesco V., Pierré-Caps S., *Droit Constitutionnel*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2007, III edizione, pp. 540-555

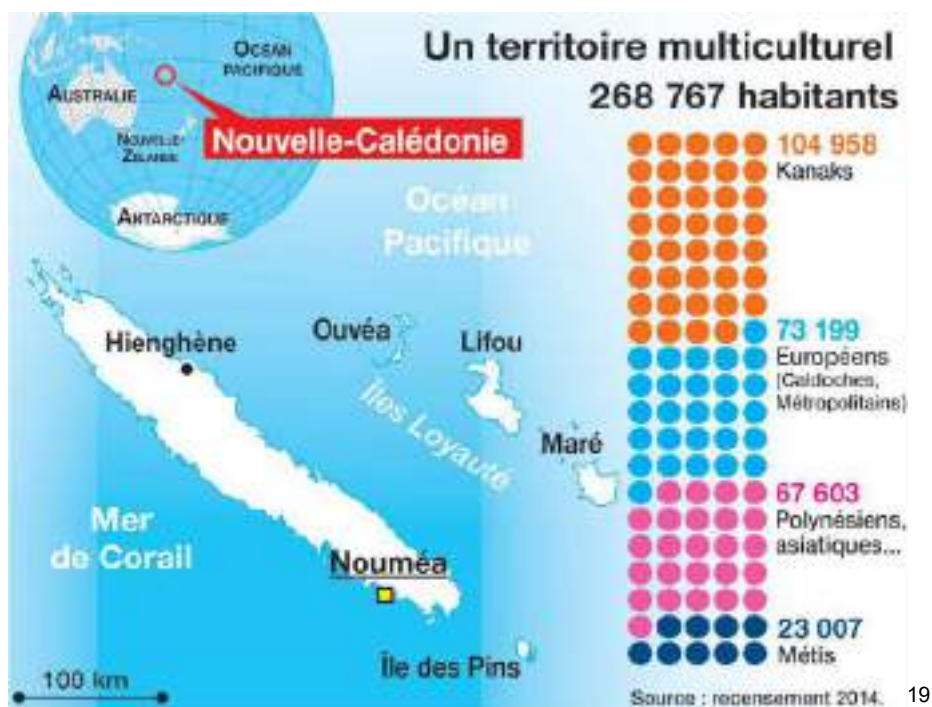
¹⁰ Lemaire F., *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République*, in « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », 2012/2 n° 35, pp. 95-109

¹¹ *Ibidem*

¹² Legge n° 46-451 del 19 marzo 1946 volta all'inquadramento come dipartimenti francesi della Guadeloupe, Martinique, Réunion e Guyane francese.

¹³ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

Ritornando al caso specifico della Nuova Caledonia, è quello in cui il principio di indivisibilità della Repubblica è maggiormente messo alla prova. Questo territorio di 18 575,5 km², che conta 271 407 abitanti¹⁴ è soggetto alla sovranità francese dal 1853, nonostante ad oggi compaia nella lista delle Nazioni Unite dei territori non autonomi da decolonizzare¹⁵. Occupa un posto specifico all'interno della Costituzione francese, al titolo XIII, derogando alla tradizione unitaria repubblicana. Questa deroga già emerge dall'utilizzo di termini quali "popolo kanak" e "sovranità condivisa"¹⁶. La sua esperienza *sui generis* è sicuramente frutto di una travagliata storia, che sarà sviluppata nei successivi paragrafi e che vede il suo culmine nei turbolenti scontri fra indipendentisti e filofrancesi negli anni '80 del secolo scorso. Si sono susseguite, in ordine temporale spinte indipendentiste e accordi istituzionali (prima di Matignon e in seguito di Nouméa), sino a giungere al referendum del 4 novembre 2018 che ha marcato l'inizio di un percorso di emancipazione più libero e democratico¹⁷. Un percorso tuttavia ancora in divenire, poiché il prossimo 6 settembre 2020 gli abitanti della Nuova Caledonia saranno nuovamente chiamati a pronunciarsi sulla sua indipendenza¹⁸.



¹⁴ Dati aggiornati al 2019 dell'ISEE (*Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie*)

¹⁵ Dati da United Nations Secretariat 2018 Working Papers on Non-Self-Governing Territories

¹⁶ Lemaire F., *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République*, in « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », 2012/2 n° 35, pp. 95-109

¹⁷ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

¹⁸ <https://www.elections-nc.fr/referendum-2020/le-deuxieme-referendum>

¹⁹ Dati demografici del censimento del 2014, disponibile sul sito web: <https://www.ouest-france.fr/leditiondusoir/data/37914/reader/reader.html#!preferred/1/package/37914/pub/54998/page/5>

2. Excursus storico: dal Colonialismo al giorno d'oggi

2.1 Prima fase: scontro tra una società millenaria e il colonialismo francese

“A l’aube du monde, la lune dépose sa dent sur un rocher qui émerge de l’océan. Sous l’effet de ses rayons, la dent se décompose. Apparaissent alors les premiers êtres vivants. Ceux qui restent sur le rocher se transforment en lézards, ceux qui glissent dans l’eau deviennent anguilles et serpents. De ces êtres primordiaux naît Téâ Kanaké”²⁰.

L'esistenza del mito di Téa Kanaké, che racconta la nascita del primo uomo sulla terra, tramandata di generazione in generazione dal popolo Kanak, ci suggerisce come la storia della Nuova Caledonia non abbia inizio solamente nel XVIII secolo. L'interesse per questo mito risiede in una lettura a partire dai simboli utilizzati nella cultura kanak. Si tratta di una lettura attuale della cultura melanesiana, ancora oggi fortemente patriarcale e animista²¹. Gli elementi simbolo dell'uomo sono le montagne, la roccia e il dente; gli elementi simbolo della donna sono invece l'acqua, il raggio della luna, per indicare la nascita dei primi uomini a partire dagli animali²².

Al di là del mito, che è ingrediente vitale per ogni civiltà umana nel tentativo di tramandare le sue origini, la storia del popolo kanak è una storia molto antica. Questa, secondo studi scientifici delle migrazioni, risale al periodo tra il 1500 e il 1050 a.C., quando i primi melanesiani sbarcarono a bordo di canoe sulle Isole Loyauté e sulla Grande Terra della Nuova Caledonia²³. La società Kanak si è dunque costruita anteriormente e in parallelo rispetto all'impero coloniale; per secoli si è affermata avendo al centro del suo funzionamento un diritto consuetudinario (in francese, *coutume*)²⁴.

Avvenne soltanto nel 1774 l'incontro fra la società millenaria melanesiana e l'Occidente degli Stati-Nazione, alla conquista di un nuovo mondo con l'obiettivo di riportare spezie, minerali e materie prime per aumentarne l'egemonia territoriale e marittima. In quell'anno, fu James Cook a scoprire l'arcipelago neocaledoniano e dedicò nove giorni a scoprirne le isole e i suoi abitanti²⁵. Il 24 settembre 1853 la bandiera francese fu innalzata dall'ammiraglio Febvrier Despointes, a nome di Napoleone III, sull'estremità a Nord-Est della Grande Terra della Nuova Caledonia. Questo gesto segnò la presa di possesso unilaterale da parte della Francia, sottomettendo il territorio a una nuova madre

²⁰ Kasarhérou E., *Guide des Plantes du Chemin Kanak*, Grain de Sable, 1985

²¹ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp.81-83

²² *Ibidem*

²³ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp.83-84

²⁴ Wamytan L., Leca A., Faberon F., *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de Documentation pédagogique de Nouvelle Calédonie, Nouméa, n°10, 2016, p.68

²⁵ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, citando Bernard Brou, *Histoire de la Nouvelle Calédonie*, pubblicazione della Société d'études historiques de la Nouvelle Calédonie n°4, 1973 p. 15

patria, situata a oltre 22 000 chilometri di distanza²⁶. La Nuova Caledonia acquisì così lo status di colonia francese e lo è stata fino al 1946. L'atto di presa di possesso di una *terra nullius* è un atto giuridico di diritto internazionale; un diritto internazionale che, tuttavia, all'epoca era unicamente frutto delle pratiche degli Stati-Nazione europei e gli autoctoni vi poterono assistere solamente in qualità di testimoni²⁷. L'obiettivo della guerra coloniale non era mettere sotto assedio una città, bensì controllarne il territorio e sottometterne la popolazione²⁸. L'ammiraglio Despointes fece successivamente firmare ai capi delle tribù kanak un atto mediante il quale riconoscevano la sovranità della Francia e delle sue leggi, abbandonando le leggi e i costumi del paese²⁹.

In principio la storia di questo paese fu caratterizzata dalla c.d. "*colonisation penale*"; nel periodo dal 1864 al 1896, infatti, questa colonia penitenziaria fu usata come colonia di deportazione³⁰. In questo periodo, furono mandati in Nuova Caledonia 22 524 condannati ai lavori forzati, 3 928 deportati politici e 3 769 recidivi; fu la Francia più povera ad essere esiliata poiché le statistiche sull'origine dei deportati indicano che il 36% provenisse dalla classe operaia e che il 29% provenisse dal mondo rurale³¹. L'obiettivo della colonia penale era da un lato quello di fornire ulteriore manodopera in loco, nella costruzione delle nuove infrastrutture; dall'altro lato, una vocazione umanista mirava alla "reintegrazione del condannato", cui una volta scontata la pena sarebbe stata conferita la terra e avrebbe contribuito allo sviluppo locale³².

In questa visione di conquista del mondo, le popolazioni indigene rivestono un'importanza marginale e inferiore, i Kanak sono considerati "selvaggi" e dei "sotto-esseri"; questa concezione è il motivo per il quale la popolazione Kanak fu spogliata e privata delle sue terre millenarie³³. Con la decisione n°18 del 20 gennaio 1855 fu istituita "la proprietà demaniale dello Stato di tutte le terre non occupate e il diritto esclusivo di acquistare le terre dagli indigeni"³⁴. Questa decisione da un lato riconobbe l'antiorità della presenza dei kanak sulle loro terre menzionando "il diritto esclusivo dello Stato di acquistare terre dagli indigeni"; tuttavia dall'altro lato furono "dichiarati nulli e non validi tutti i contratti mediante i quali i capi e gli indigeni della Nuova Caledonia avessero disposto di

²⁶ *Ibidem*

²⁷ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 140-143

²⁸ Singaravelou P., *Les empires coloniaux. XIXe-XXe siècle*, Points Histoire, Parigi, Le Seuil, 2013, p.58

²⁹ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 140-143

³⁰ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

³¹ Merle I., *Expériences coloniales. La nouvelle Calédonie (1853-1920)*, Belin, 1995

³² Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 157-159

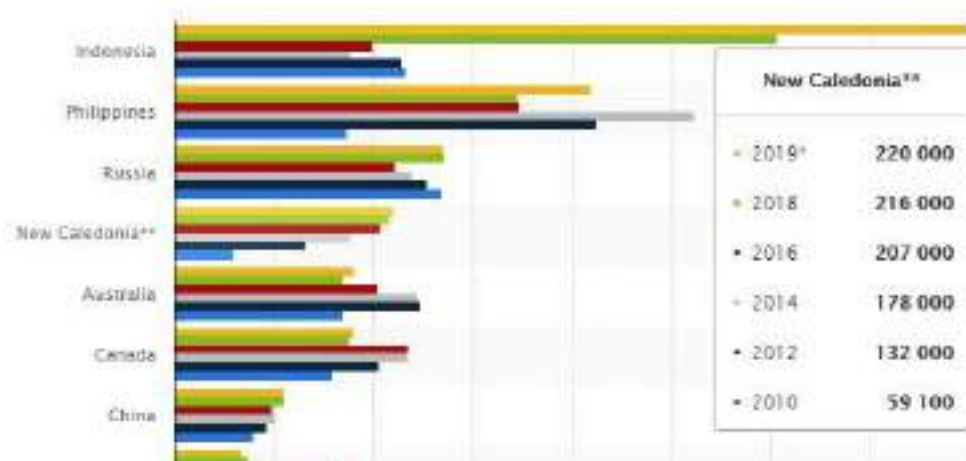
³³ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020

³⁴ Comité du 150^{ème} *Temps et mémoires du pays kanak : Du malentendu originel à la communauté de destin*, Nouméa, 2003, p.11

tutto o parte del suolo occupato a favore di individui che non facessero parte della loro tribù”³⁵.

A questo contesto, si aggiunse l’assoggettamento al “*Régime de l’Indigénat*” in vigore dal 1887 al 1946 e applicato dalla Francia a tutte le sue colonie, che comportò due celebri rivolte: quella dello Chef Ataï del 1878 e quella dello Chef Noël del 1917, che fornirono una giustificazione a tutto quanto seguì in termini di violenza istituzionale e deportazioni³⁶. Il *Code de l’Indigénat* prevedeva gli autoctoni fossero sottoposti ai lavori forzati, al divieto di circolazione durante la notte, ad una tassa sulle riserve; furono sostanzialmente privati della loro libertà e dei loro diritti politici, praticando la schiavitù delle popolazioni autoctone e privandole della loro identità³⁷.

Inoltre, a sostenere il particolare interesse della Francia madrepatria verso la remota colonia, fu la scoperta di una delle più importanti miniere di nichel al mondo. La *société le nickel* portò all’apertura di due fonderie: una a Doniambo nel 1910 e l’altra a Ouroué nel 1913³⁸. Ancora oggi, la produzione mineraria di nichel in Nuova Caledonia è un settore importante dell’economia. Le isole contengono circa 7,1 milioni di tonnellate di nichel, che è circa il 10% delle riserve di nichel del mondo. Con la produzione annua di circa 220.000 tonnellate nel 2019, la Nuova Caledonia è il quarto più grande produttore al mondo dopo Indonesia, Filippine e Russia³⁹.



La fine di questa prima fase storica fu sancita dall’abolizione del *Code de l’Indigénat* tra il 1944 e il 1947 mediante tre principali avvenimenti che permisero al popolo kanak di riprendere gradualmente la libertà di circolazione, di residenza e lavoro⁴⁰:

³⁵ Saussol A., *L’heritage : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle Calédonie*, Parigi, Société des Océanistes, 2013, p.155

³⁶ Lafargue R., *L’histoire kanak et la Nouvelle Calédonie : le droit comme enjeu de la civilisation*, in Les cahiers de la Justice, 2013/2 n°2, pp. 119-139

³⁷ Merle I., *Expériences coloniales. La nouvelle Calédonie (1853-1920)*, Belin, 1995

³⁸ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L’Harmattan, 2020, pp. 144-145

³⁹ Dati disponibili sul sito web statista.com per: “Major countries in worldwide nickel mine production from 2010 to 2019 (in metric tons)”

⁴⁰ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

1. Ordinanza del 7 marzo 1944 disponente la soppressione dello statuto penale dell'indigenato;
2. La legge Lamin Gueye del 7 aprile 1946 che attribuì a tutti gli abitanti dei territori d'oltremare la nazionalità francese, compresi dunque gli indigeni kanak in Nuova Caledonia⁴¹;
3. Lo statuto del 20 settembre 1947 che garantì a tutti l'uguaglianza politica e l'accesso alle istituzioni.

2.2 Seconda fase: decolonizzazione e tentativi di integrazione a seguito dell'insurrezione indipendentista kanak

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, si inaugurò una seconda fase più feconda e ricca di cambiamenti per la Nuova Caledonia. L'entrata in gioco dell'ONU costituì un decisivo punto di svolta nella decolonizzazione di molti territori. In questo contesto si distinse particolarmente la posizione della Francia con la sua "decolonizzazione alla francese", opponendosi a idee e metodi promossi dall'ONU e adottati da altre nazioni aventi delle colonie, come ad esempio l'Inghilterra⁴². Con le due risoluzioni 1514 e 1541 del 1960, adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, si cristallizza una *opinio iuris* generalizzata che riconosce in maniera incondizionata il diritto all'autodeterminazione in capo a tutti i popoli sottoposti a dominio coloniale; i popoli possono liberamente scegliere tra l'indipendenza, un accordo di libera associazione con un territorio indipendente (la madrepatria) o infine l'integrazione nello Stato amministrante⁴³. La Francia, tuttavia, non si dimostrò proattiva nell'adeguarsi alle decisioni dell'ONU in materia di decolonizzazione principalmente per due motivi: da un lato, essere la "patria dei diritti dell'uomo" frutto della rivoluzione del 1789, confortava lo stato francese di un sentimento di superiorità rispetto al suo modello di civiltà; dall'altro lato, a differenza del modello di decolonizzazione inglese avente come obiettivo quello di lasciare l'influenza inglese in ambito commerciale, tecnologico e scientifico, il governo francese era invece interessato alla stretta proprietà dello Stato-Nazione nelle colonie⁴⁴.

Dunque, lo scoppio delle due guerre mondiali e la creazione dell'ONU ebbero un impatto decisivo sulle successive politiche coloniali e i popoli colonizzati, tra cui quello Kanak, trovarono in questi avvenimenti dei *casi belli* per esigere una rottura dal regime coloniale e la decolonizzazione del paese.

Una volta abolito il regime dell'indigenato, si stabilì un nuovo ordine pubblico mediante la creazione di partiti politici e la presa di coscienza dei nuovi diritti da parte dei novelli cittadini francesi⁴⁵. Con la Costituzione del 1946, il diritto di voto

⁴¹ Legge n°46-940 del 7 maggio 1946 volta a proclamare cittadini tutti gli abitanti dei territori d'oltremare

⁴² Régnauld J., *L'ONU, la France et les décolonisations tardives - L'exemple de terres françaises d'Océanie*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013

⁴³ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 212-214

⁴⁴ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 207

⁴⁵ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 223-224

fu formalmente accordato ai cittadini autoctoni mediante l'articolo 80 (oggi articolo 75 nel testo della Costituzione del 1958). Per la prima volta, ebbero il diritto di voto soltanto alcune categorie, come i vecchi combattenti, i catechisti, i pastori, i capi di diritto consuetudinario, insegnanti e funzionari; il suffragio universale vero e proprio anche a favore della popolazione Kanak intera si avrà solamente nel 1957. Infatti, gli indigeni Kanak, una volta ottenuto il diritto di voto, divennero una forza politica maggioritaria, concretizzata dalla creazione del partito politico della Unione Caledonese (UC), portavoce non soltanto di indigeni ma anche di operai e impiegati⁴⁶. Questo cambiamento permise di conseguire il 45% dell'elettorato nel 1951 e successivamente nel 1952 di nominare 25 consiglieri nelle 5 circoscrizioni⁴⁷.

Il periodo successivo che va dal 1957 al 1988 fu caratterizzato da forti instabilità istituzionali e da spinte indipendentiste per la conquista della piena autonomia territoriale delle comunità autoctone. Nello specifico, la legge *Defferre* del 23 giugno 1956⁴⁸ e il decreto del 22 luglio 1957, potenziarono l'autonomia del territorio con la creazione di un'assemblea territoriale e un Consiglio di governo autonomo⁴⁹. Le piccole conquiste riguardanti l'autonomia, tuttavia, non si allinearono di pari passo con una comunità inclusiva. A dire il vero, il razzismo strutturale coloniale ebbe profonde ripercussioni sulla mentalità e la psicologia del "colonizzato" almeno per quattro generazioni⁵⁰. Ad esempio, nelle scuole era vietato l'utilizzo della propria lingua madre, quasi a voler portare i giovani indigeni a dimenticare le proprie origini⁵¹. Ogni volta che si ritrovassero alla presenza di europei o di istituzioni occidentali, sia i bambini che gli adulti indigeni erano sopraffatti dai complessi ereditati dalla condizione di inferiorità della propria etnia, dei propri costumi e apparenza fisica⁵². A partire da questa constatazione, il sociologo Jean-Marie Tjibaou organizzò nel 1975 un gigantesco movimento culturale, *Mélanésia 2000*, con l'obiettivo di risvegliare la coscienza identitaria dei melanesiani e donare nuovamente a questo popolo la sua dignità⁵³. Mobilitate le popolazioni melanesiane con il movimento *Mélanésia 2000*, i partiti politici si radicalizzarono all'insegna dell'indipendenza che, nel 1978 divenne il sogno dell'indipendenza Kanak e socialista. Nonostante i piani di sviluppo economico e sociale proposti dal governo con la tavola rotonda di Nainville-le-Roches, il nazionalismo Kanak si amplificò, rivendicando le terre espropriate e la ricchezza delle miniere, fino a portare alla creazione del F.L.N.K.S. (*Front de Libération Kanak et Socialiste*), il 24 settembre 1984⁵⁴. Il F.L.N.K.S. fu la risposta con forte

⁴⁶ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

⁴⁷ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 223-224

⁴⁸ Legge n°56-619 del 23 giugno 1956, Misure volte ad assicurare l'evoluzione dei territori di competenza del Ministero della Francia d'oltremare

⁴⁹ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

⁵⁰ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 243-245

⁵¹ *Ibidem*

⁵² *Ibidem*

⁵³ Tjibaou J., *Bibliographie illustrée*, ADCK-Centre culturel Tjibaou, Nouméa, 2009

⁵⁴ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 245-246

opposizione e clima di violenza allo Statuto Lemoine, approvato a inizio settembre 1984, per conferire alla Nuova Caledonia uno status di ampia autonomia, prevedendo un referendum sull'autodeterminazione nel 1989: lo stato di emergenza fu decretato il 12 gennaio 1985⁵⁵. Il 13 settembre 1987, chiamata la Nuova Caledonia alle urne, il 98% dei votanti si esprime contro la separazione dal territorio della Repubblica francese, ma il tasso di astensione fu del 41%, dovuto al boicottaggio degli indipendentisti⁵⁶.

Successivamente, nel 1988, durante le elezioni presidenziali francesi, gli esponenti del F.L.N.K.S. decisero di attaccare una stazione di polizia sull'isola di Ouvéa, uccidendo quattro gendarmi, prima di rifugiarsi in una grotta prendendo in ostaggio ventitré persone; l'obiettivo era quello di spostare l'attenzione sul conflitto indipendentista e di richiamare l'opinione pubblica nazionale e internazionale⁵⁷. Il governo di Jacques Chirac ordinò l'assalto della grotta e gli ostaggi furono rilasciati ma col sacrificio di ventuno morti (19 Kanak e 2 militari).

L'assalto della grotta e la morte di nazionalisti e ostaggi scioccò l'opinione pubblica francese e internazionale. Il nuovo primo ministro Rocard optò per una commissione di dialogo composta da rappresentanti delle due confessioni religiose, cattolica e protestante, e ugualmente da diversi esperti; l'obiettivo fu quello di rinnovare il dialogo fra fazione indipendentista del F.L.N.K.S. e quella nazionalista filofrancese del R.P.C.R.⁵⁸ e altrettanto verso la società civile⁵⁹. Il risultato finale approdò agli Accordi di Matignon del 26 giugno 1988, accettati dalle tre parti, che miravano a restaurare la pace sul territorio e intraprendere una convivenza civile, all'insegna del dialogo costruttivo.

2.3 Terza fase: gli accordi di Matignon (1988) e Noumea (1998) per ridisegnare i rapporti tra Stato francese e territorio d'oltremare

La terza fase della storia costituzionale della Nuova Caledonia fu inaugurata dagli accordi di Matignon, tra il governo francese, il Front de Liberation ed il partito conservatore dei coloni. L'aspetto più significativo degli accordi fu la creazione di un periodo decennale di transizione, che prevedeva una consultazione referendaria sul futuro della Nuova Caledonia da tenersi entro la fine del 1998⁶⁰. Questo periodo di transizione e riflessione fu promosso non solo per un nuovo sviluppo economico-sociale e culturale della popolazione locale, ma, altresì, per decidere se rimanere un territorio della Repubblica francese o optare per l'indipendenza. La legge n°88-1028⁶¹ approvata nel giugno 1988 prevedeva

⁵⁵ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 247-249

⁵⁸ Rassemblement per la Caledonia nella Repubblica

⁵⁹ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 247-249

⁶⁰ Avenia C., *La sovranità condivisa della Nuova Caledonia e le conseguenze sull'autodeterminazione dei Kanak*, in Rivista della cooperazione giuridica internazionale, anno XXI, n°58 gennaio-aprile 2018

⁶¹ Legge n° 88-1028 del 9 novembre 1988 contenente disposizioni statutarie e preparatorie all'autodeterminazione della Nuova Caledonia nel 1998

disposizioni preparatorie all'autodeterminazione della Nuova Caledonia entro il 1998; il progetto di legge fu sottoposto a referendum nazionale e locale, il 6 novembre 1988. Il risultato indicò l'80% della popolazione favorevole al periodo di transizione; tuttavia l'affluenza alle urne fu soltanto del 36,8%⁶².

Ulteriore novità apportata dagli Accordi di Matignon fu la nuova organizzazione istituzionale in tre province, che divennero collettività territoriali dello Stato: Isole Loyauté, Nord e Sud. La disposizione fu adottata in un'ottica di ricerca di un nuovo equilibrio, a favore delle province Nord e delle Isole Loyauté, a maggioranza kanak⁶³. Le province si sforzarono di esercitare pienamente le loro competenze, ma non si riuscì a perequare il dislivello economico tra il Sud ricco e il Nord con le isole Loyauté poco sviluppate⁶⁴.

Infine, il testo degli Accordi di Matignon introdusse per la prima volta nella storia delle decolonizzazioni, il riconoscimento dei rappresentanti del popolo autoctono e stabilì una rappresentanza istituzionale delle autorità di diritto consuetudinario, con la creazione dei *Conseils coutumiers d'aires* e del *Conseil coutumier territorial*⁶⁵; la legge organica creò così gli otto *conseils coutumiers* con diversa competenza territoriale e più specificatamente: « il "*conseil consultatif coutumier*" provinciale raggruppa i grandi capi delle aree di diritto consuetudinario della provincia. È consultato dal consiglio della provincia sui progetti e proposte di delibera, altrettanto sulle questioni di diritto civile e di diritto di proprietà. Può essere consultato su qualsiasi altra materia su iniziativa del presidente della provincia»⁶⁶.

Passati i dieci anni necessari al ristabilimento della pace, la questione del contenzioso coloniale riaprì le negoziazioni nel 1997 che furono ultimate il 5 maggio 1998 con la firma dell'Accordo di Nouméa, successivamente ratificato mediante referendum locale il 9 novembre 1998. Il nuovo accordo prese atto dei passi avanti fatti in ambito sociale, economico e politico durante il decennio intercorso dagli accordi di Matignon, stimando tuttavia che la Nuova Caledonia avesse bisogno di due ulteriori decenni per pronunciarsi sull'emancipazione dalla Repubblica, attraverso un graduale e irreversibile trasferimento di competenze⁶⁷. Prima della sua ufficiale ratificazione mediante referendum, l'Accordo di Nouméa necessitò di un ulteriore passaggio. Nel mese di luglio dello stesso anno, parlamento e senato furono convocati per pronunciarsi sul progetto di revisione costituzionale che riguardava l'eccezione caledone, riammettendo la possibilità per un territorio di fuoriuscire dalla Francia. Infatti, nel 1995 una precedente revisione costituzionale aveva soppresso gli articoli dal 75 all'88 e i titoli dal XII al XIV della costituzione. Con il voto favorevole, furono nuovamente introdotte le disposizioni al titolo XIII rubricate "disposizioni transitorie relative alla Nuova

⁶² Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 255-256

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

⁶⁵ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 255-256

⁶⁶ Traduzione dell'articolo 5 della legge n°88-1028

⁶⁷ Angleviel F., *L'Accordo di Nouméa. L'applicazione, la posta in gioco per la Nuova Caledonia (1998-2018)*, La Ricerca Folklorica, n° 55, Isole nella corrente. Il Pacifico "francofono": temi e prospettive di ricerca, aprile 2007, pp. 63-79

Caledonia”⁶⁸. L’accordo è suddiviso in due parti: un preambolo e un documento di orientamento, che è l’accordo politico su cui i firmatari si sono accordati. Per quanto riguarda il Preambolo, questo si presenta come un lungo testo originale e sorprendente, di cui la storia giuridica e politica francese non aveva precedenti, poiché parla del passato⁶⁹. Evoca la storia della Nuova Caledonia, a partire dalla scoperta degli europei per mano di James Cook nel 1774 e si concentra su determinati periodi, per creare una memoria collettiva sugli avvenimenti. Ciononostante, lo Stato dimostra la consapevolezza dell’esistenza di una civiltà precedente a quella europea e che il territorio non fosse “vuoto” all’arrivo. Il Preambolo dell’accordo, voluto dagli indipendentisti, si presenta come atto forte di uno stato imparziale, presentando entrambe le facce della medaglia del colonialismo⁷⁰. Leggiamo infatti all’articolo 3: «Lo shock della colonizzazione ha costituito un trauma per la popolazione originaria. I clan sono stati privati del loro nome e allo stesso tempo della loro terra». In chiusura del medesimo articolo, in seguito ad una presa di coscienza del ruolo della società melanesiana nei millenni precedenti e dei soprusi commessi durante il colonialismo, si invita alla creazione di un “destino comune”, in cui anche il popolo Kanak è partecipe della sovranità e dei cambiamenti istituzionali programmati per i successivi venti anni⁷¹.

L’Accordo di Nouméa fornisce dunque alla Nuova Caledonia uno stato innovativo e precise direttive da mettere in atto; il primo punto da analizzare è la creazione di una “cittadinanza caledone” che si presenta come primo esempio di infra-cittadinanza francese. Un decisivo punto di svolta rispetto alla storica e secolare concezione di indivisibilità di cui si è ampiamente parlato al primo paragrafo del capitolo. Per il referendum previsto a venti anni dalla firma dell’Accordo e che determinerà le sorti dell’autodeterminazione della Nuova Caledonia, su richiesta degli indipendentisti si pronuncerà un corpo elettorale ristretto. Potranno parteciparvi solo i cittadini caledoni che, arrivati prima del 1998 saranno divenuti maggiorenni, ovvero coloro che nel 2014 saranno residenti da più di venti anni⁷². Uno dei punti maggiormente criticati sull’Accordo di Nouméa è proprio quello riguardante le rigide restrizioni del corpo elettorale; ciononostante, ogni ricorso è stato puntualmente respinto dal Conseil Constitutionnel e le condizioni per l’accesso al corpo elettorale ristretto sono state oggetto di lunghe negoziazioni. Il malcontento proveniva principalmente da caledoni di origini melanesiane che rivendicavano il proprio diritto di voto; abitando ormai da decenni nella Francia metropolitana, pur ritornando nella terra d’origine non avrebbero rispettato i requisiti sanciti dall’accordo.

In seguito al referendum, l’Accordo di Nouméa poté essere finalizzato mediante legge organica, il 19 marzo 1999. Questa comprende 234 articoli, i quali

⁶⁸ Angleviel F., *L’Accordo di Nouméa. L’applicazione, la posta in gioco per la Nuova Caledonia (1998-2018)*, La Ricerca Folklorica, n° 55, Isole nella corrente. Il Pacifico “francofono”: temi e prospettive di ricerca, aprile 2007, pp. 63-79

⁶⁹ Garde F., *Le préambule de l’accord de Nouméa, prologue d’une histoire officielle?*, in « Revue française de droit constitutionnel », n° 64 2005/4 pp. 805-811

⁷⁰ Angleviel F., *L’Accordo di Nouméa. L’applicazione, la posta in gioco per la Nuova Caledonia (1998-2018)*, La Ricerca Folklorica, n° 55, Isole nella corrente. Il Pacifico “francofono”: temi e prospettive di ricerca (Apr., 2007), pp. 63-79

⁷¹ *Ibidem*

⁷² Articolo 218, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

precisano e sviluppano le linee guida tracciate dal documento dell'aprile del 1998. L'Accordo di Nouméa e lo statuto che ne deriva, sembrano introdurre una traccia di federalismo nella Repubblica francese; infatti, con la creazione *ad hoc* del titolo XIII della Costituzione e una autonomia senza precedenti, la Nuova Caledonia non è più né un territorio d'oltremare, né una collettività territoriale⁷³. Inoltre, le disposizioni sembrano privilegiare una decolonizzazione senza indipendenza, al posto di una decolonizzazione attraverso l'indipendenza.

3. Il principio della “souveraineté partagée”: la Legge Organica 99-209 19 marzo 1999

Nell'attesa delle sorti ufficiali dell'indipendenza caledone rinviate al referendum del 2018 (e adesso nuovamente al 2020), l'articolo 77 della Costituzione detta le linee guida per il governo della Nuova Caledonia, mediante cui è stata approvata la legge organica 99-209 del 1999, dando all'arcipelago uno statuto transitorio fortemente improntato all'autonomia⁷⁴. Leggiamo all'articolo 77 sull'oggetto della legge organica:

“- le competenze dello Stato che saranno trasferite, in via definitiva, alle istituzioni della Nuova Caledonia, i tempi e le modalità di questi trasferimenti, nonché la ripartizione dei costi relativi ad essi;

- le regole di organizzazione e di funzionamento delle istituzioni della Nuova Caledonia e, in particolare, le condizioni a cui talune categorie di atti dell'assemblea deliberante della Nuova Caledonia potranno essere sottoposte al vaglio del Consiglio costituzionale prima della pubblicazione;

- le norme relative alla cittadinanza, al sistema elettorale, all'occupazione e allo stato civile consuetudinario;

- le condizioni e le scadenze entro cui le popolazioni interessate della Nuova Caledonia saranno tenute a pronunciarsi in merito al conseguimento della piena sovranità.⁷⁵”

Analizzando il primo punto, l'introduzione del principio della “souveraineté partagée” collide con il principio di indivisibilità della Repubblica francese, sancendo la ripartizione delle competenze tra lo Stato e la Nuova Caledonia. Con la graduale cessione delle competenze amministrative, si lasciano alla Francia solo quelle riguardanti la difesa, la politica estera, l'immigrazione, lo stato e capacità giuridica delle persone, la sicurezza, la giustizia e la moneta, e prevedendo inoltre al termine di questo periodo di transizione la possibilità di indire uno o più referendum sull'autodeterminazione del territorio⁷⁶. La competenza delle province della Nuova Caledonia è pertanto una competenza perlopiù residuale, non potendo sconfinare nei settori di competenza esclusiva dello Stato. All'articolo 22 della legge organica sono invece elencati i settori di competenza del governo caledone, tra cui l'insegnamento della scuola pubblica

⁷³ Mohamed-Gaillard S., *De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie*, in *Journal de la Société des Océanistes*, n°117, 2003-2, pp.171-186

⁷⁴ Costanzo P., *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009

⁷⁵ Dalla costituzione del 1958, Testo che risulta, in ultima analisi, dalle leggi costituzionali del 4 febbraio 2008. Traduzione in lingua italiana disponibile sul sito web del Conseil Constitutionnel.

⁷⁶ Articolo 21, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

primaria, la costruzione e equipaggiamento delle scuole medie pubbliche, lo sviluppo rurale e marittimo (disposizioni su pesca, agricoltura, selvicoltura e acquacoltura), l'inserimento professionale dei giovani, i provvedimenti sanitari e sociali, lo sviluppo economico e turistico, la rete stradale provinciale e i trasporti pubblici terrestri, la cultura e la protezione del patrimonio, lo sport e la protezione dell'ambiente⁷⁷. Oltre alle competenze appena elencate, vi sono delle competenze condivise tra Nuova Caledonia e Francia, vale a dire: relazioni internazionali, status degli stranieri, trasporti aerei e insegnamento superiore. La "*souveraineté partagée*" trova dunque la sua ragion d'essere nel carattere transitorio dello statuto, frutto di un compromesso che si presenta come il perfetto bilanciamento tra indipendenza e autonomia⁷⁸.

Per quanto concerne invece il secondo punto dell'articolo 77 della Costituzione, la Nuova Caledonia è anche dotata di istituzioni e di un assetto organizzativo *ad hoc*. Cominciando dall'assetto territoriale, è confermata la suddivisione in tre province già inaugurata dagli accordi di Matignon, vale a dire Nord, Sud e Isole Loyauté, tutte competenti negli ambiti assegnati specificatamente alla Nuova Caledonia e non riservate né al Congresso né ai Comuni. Le province sono governate da Assemblee provinciali, i cui membri sono eletti per cinque anni a scrutinio di lista secondo il metodo proporzionale alla più forte media, senza aggiunta né eliminazione di nomi e senza modifica dell'ordine di presentazione, come disciplinato dagli articoli 190 e seguenti della legge organica. I membri eletti, a loro volta, eleggono i presidenti delle rispettive assemblee. Tra gli organi comuni alle tre province e a capo degli interessi del paese vi sono il Congresso e il Governo. Il Congresso è l'assemblea deliberante della Nuova Caledonia, è disciplinato in apertura del titolo III della legge organica agli articoli 62 e seguenti, ed è composto da 54 membri con a capo un Ufficio di Presidenza rinnovato ogni anno. Nello specifico sulla sua composizione, 7 membri fanno parte dell'assemblea della provincia delle Isole Loyauté, 15 dell'assemblea della provincia Nord e 32 dell'assemblea della provincia Sud⁷⁹. Il Governo è invece composto da 5 a 11 membri, è eletto dal Congresso per cinque anni ed è revocabile su mozione di censura votata a maggioranza assoluta dei membri del Congresso stesso⁸⁰.

Ulteriore organo istituito e che rende l'esperienza della Nuova Caledonia del tutto peculiare, è il Senato consuetudinario o tradizionale (*Sénat coutumier*), di cui si parlerà più approfonditamente nel secondo capitolo. Si tratta di un'assemblea di 16 membri, 2 per ognuna delle 8 aree di diritto consuetudinario, al quale sono presentati disegni di legge o deliberazioni vertenti sull'identità Kanak. Oltre alla funzione approvativa, svolge funzioni consultive e propositive nei confronti di Governo, Congresso e Assemblee delle province⁸¹.

Più nel dettaglio invece sulle competenze spettanti al Congresso, quest'organo è incaricato dell'approvazione del bilancio, nonché delle leggi e delle altre deliberazioni di sua competenza. Inoltre, affidato al Congresso è un

⁷⁷ Articolo 22, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

⁷⁸ Magnon X., *La Nouvelle-Calédonie : un pays a « souveraineté partagée » ?*, in *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé*, Rabat, REMALD, 2009, pp. 135-149

⁷⁹ Articolo 62 e ss., legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

⁸⁰ Articolo 95 e articolo 108, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

⁸¹ Articolo 137 e ss., legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

vero e proprio potere legislativo mediante lo strumento della *loi du pays*. La *loi du pays* caledone costituisce uno strumento singolare nel diritto costituzionale francese, nella misura in cui la natura unitaria dello Stato impone l'unicità della fonte legislativa⁸². Il termine è adoperato per la prima volta nell'accordo di Nouméa, il quale al punto 2.1.3. precisa che «alcune delibere del Congresso avranno carattere di *loi du pays* e pertanto, non potranno che essere contestate davanti al *Conseil Constitutionnel* prima della loro pubblicazione su istanza del Rappresentante dello Stato, dell'esecutivo della Nuova Caledonia, di un Presidente di una Provincia, del Presidente del Congresso o di un terzo dei membri del Congresso⁸³ ». Apparentemente, la denominazione stessa "*loi du pays*" costituirebbe un compromesso. Il termine "paese" è stato fortemente voluto dalla fazione del F.L.N.K.S., a rimarcare il desiderio di indipendenza; il termine "legge", invece, dall'opposta fazione del R.P.C.R., come riferimento alla Nazione⁸⁴. Lo strumento è disciplinato dagli articoli dal 99 al 107 della legge organica statutaria, stabilendo il regime giuridico della norma legislativa locale e altrettanto le modalità di controllo. In principio, era unicamente previsto un controllo di costituzionalità *a priori*; soluzione legittima poiché il legislatore procedeva per assimilazione alla legge nazionale⁸⁵. L'introduzione nella Costituzione del nuovo articolo 61-1, mediante legge costituzionale del 23 luglio 2008⁸⁶, permette alle *lois du pays* di essere oggetto di questione prioritaria di costituzionalità, mediante procedura simile a quella applicabile alle disposizioni legislative nazionali⁸⁷. Per quanto concerne il campo di applicazione, questo è delineato dall'articolo 99 della legge organica, mediante elenco delle materie di sua competenza, vale a dire i segni identitari, i provvedimenti in ambito fiscale, in ambito lavorativo, i provvedimenti riguardanti la tutela del diritto consuetudinario, le risorse terrestri e i beni demaniali, i provvedimenti di diritto di famiglia e di diritto di proprietà privata. L'iniziativa per le *loi du pays* appartiene, leggendo l'articolo 73, sia al governo che ai membri del Congresso. Nel primo caso si parla di "progetto di *loi du pays*" adottato dalla maggioranza dei membri del governo, nel secondo di "proposta di *loi du pays*", mediante proposta motivata di qualsiasi membro del Congresso. Il Consiglio di Stato fornisce, entro un mese, il suo parere su ogni progetto prima che sia sottoposto al voto del governo e su ogni proposta di *loi du pays* prima che sia sottoposta alla prima lettura. Il parere sarà successivamente trasmesso ai Presidenti delle Province locali e del Congresso, all'Alto Commissario e al *Conseil Constitutionnel*, verificando inoltre che il

⁸² Gindre David C., *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe, l'Harmattan, 2006

⁸³ Accordo di Nouméa, testo integrale riportato in appendice.

⁸⁴ Gindre David C., *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe, l'Harmattan, 2006

⁸⁵ Gindre David C., *Lois du Pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'état de droit en Nouvelle Calédonie*, in « Revue française de droit constitutionnel », n°98, 2014/2 pp. 317-344

⁸⁶ Legge costituzionale n° 2008-724 del 23 luglio 2008 sulla modernizzazione delle istituzioni della V Repubblica

⁸⁷ Gindre David C., *Lois du Pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'état de droit en Nouvelle Calédonie*, in « Revue française de droit constitutionnel », n°98, 2014/2 pp. 317-344

progetto o la proposta soddisfino i requisiti del campo di applicazione così come disciplinati all'articolo 99⁸⁸. Nel caso in cui una *loi du pays* fosse approvata, questa può essere oggetto di ricorso motivato, da parte dell'Alto Commissario della Repubblica, del Governo, del Presidente del Congresso o di una assemblea provinciale o di 18 membri del Congresso, entro 10 giorni dalla sua approvazione al *Conseil Constitutionnel*, che dispone di un termine di tre mesi per decidere⁸⁹. In effetti, si può generalmente constatare una sottomissione importante ai pareri del Consiglio di Stato forniti in via preliminare e che l'immunità costituzionale di cui godono in questa fase le *lois du pays* sia una effettiva protezione dei diritti fondamentali. Le questioni di priorità costituzionale di cui è stato investito il *Conseil Constitutionnel* sulle *loi du pays*, lasciano una impostazione positiva nell'avverarsi dello stato di diritto e dell'avvenire costituzionale della Nuova Caledonia⁹⁰.

Per concludere sugli ultimi due punti dell'articolo 77 della Costituzione, ritorniamo alle “*norme relative alla cittadinanza, al sistema elettorale, all'occupazione e allo stato civile consuetudinario*”. Il termine “cittadinanza” ha vissuto di alti e bassi, soprattutto legato all'esperienza della Nuova Caledonia e alla definizione, nel corso degli anni, di chi avesse diritto di voto. Nella definizione di Dominique Schnapper il termine ha un senso storico preciso: l'appartenenza a una comunità politica autonoma⁹¹. Oggi, ha il vantaggio di essere un termine giuridico neutro che lascia aperta la questione nazionale, rendendo possibile la dissociazione tra cittadinanza e nazionalità⁹². La cittadinanza caledone assume innanzitutto un legame evidente con il diritto di voto e la restrizione del corpo elettorale. Il legislatore è intervenuto a più riprese nella definizione del corpo elettorale, modificando l'articolo 188 della legge organica. Per votare sull'accesso del paese alla piena sovranità, è necessario giustificare un forte legame con la Nuova Caledonia. Il primo ad essere preso in considerazione è proprio il “diritto di sangue”: far parte della popolazione kanak o avere uno dei genitori nato in Nuova Caledonia e viverci. Per potersi esprimere sull'indipendenza, bisogna non soltanto essere iscritti alla lista elettorale generale, ma altrettanto essere iscritti alla lista elettorale speciale per la consultazione sull'accesso della Nuova Caledonia alla piena sovranità, detta «LESC», entro il 18 giugno 2018. Sono ammessi i cittadini che soddisfino una delle otto condizioni disciplinate all'articolo 218 della legge organica del 1999⁹³:

- Essere stato ammesso a partecipare alla consultazione dell'8 novembre 1998;

⁸⁸ Gindre David C., *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe, l'Harmattan, 2006

⁸⁹ Costanzo P., *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009

⁹⁰ Gindre David C., *Lois du Pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'état de droit en Nouvelle Calédonie*, in « Revue française de droit constitutionnel », n°98, 2014/2 pp. 317-344

⁹¹ Schnapper D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Collection Folio actuel, n° 75, Gallimard, 2000

⁹² Chauchat M., *La citoyenneté calédonienne*, in « Cahiers du Conseil Constitutionnel », n° 23, febbraio 2008

⁹³ Melin-Soucramanien F., *La Nouvelle-Calédonie après le referendum d'auto-détermination du 4 novembre 2018*, in Rivista AIC, n° 3/2018, pp. 499-506

- Soddisfare la condizione dei dieci anni di domicilio (salvo interruzioni per ragioni familiari, professionali o mediche) richiesta per essere elettore della consultazione dell'8 novembre 1998;
- Avere lo stato civile di diritto consuetudinario, ovvero essere nato in Nuova Caledonia e avervi il centro di interessi materiali e morali;
- Avere uno dei genitori nati in Nuova Caledonia e avervi il centro di interessi materiali e morali;
- Poter giustificare una durata di venti anni di domicilio senza interruzioni in Nuova Caledonia alla data della consultazione ed entro e non oltre il 31 dicembre 2014;
- Essere nati prima del 1° gennaio 1989 e aver avuto il proprio domicilio in Nuova Caledonia tra il 1988 e il 1998;
- Essere nati a partire dal 1° gennaio 1989 e aver raggiunto la maggiore età alla data della consultazione e aver avuto uno dei genitori che soddisfacesse le condizioni per partecipare alla consultazione dell'8 novembre;

Infine, l'accordo di Nouméa prevede che le popolazioni interessate "dopo un periodo di venti anni" possono giungere ad un referendum sull'autodeterminazione, per il riconoscimento dell'autonomia della Nuova Caledonia e recidere lo storico legame con la madrepatria francese. Con la legge organica n° 2018-280 del 19 aprile 2018 relativa all'organizzazione della consultazione sull'accesso alla piena sovranità della Nuova Caledonia, sono state adottate tutte le misure in merito all'organizzazione e allo svolgimento del referendum. In questa cornice il 4 novembre del 2018, marcando un traguardo storico nella vicenda costituzionale della Nuova Caledonia, i cittadini si sono recati alle urne per decidere del loro futuro, della loro autonomia e della loro identità⁹⁴.

4. L'accesso alla piena sovranità della Nuova Caledonia nella giurisprudenza del Conseil Constitutionnel

Nel lungo percorso della Nuova Caledonia verso l'autodeterminazione e l'indipendenza, il *Conseil Constitutionnel* ha altrettanto giocato un ruolo da protagonista. Nell'arco temporale di 35 anni che sarà analizzato in questo paragrafo (nello specifico dal 1985 ad oggi), il *Conseil Constitutionnel* ha avuto la possibilità di evolvere la sua interpretazione dei concetti di sovranità e di indivisibilità della Nazione, confrontandosi con una attualità sempre più dinamica e in divenire.

Prima di poter proseguire con la giurisprudenza e l'analisi di alcune decisioni-chiave, è necessario procedere con cenni introduttivi sul ruolo del *Conseil Constitutionnel*. Disciplinato al titolo VII della Costituzione e quindi dagli articoli 56 e seguenti, il *Conseil Constitutionnel* sotto certi aspetti si presenta come l'*alias* francese della Corte costituzionale italiana. Istituito ufficialmente con l'avvento della V Repubblica e l'ultima Costituzione del 1958, è un organo giurisdizionale incaricato inoltre di regolare il funzionamento dei pubblici poteri e

⁹⁴ Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in DPCE online, n°4/2019

di garantire la conformità della legge alla Costituzione. La competenza del *Conseil Constitutionnel*, delimitata dalla Costituzione, è precisata e completata da leggi organiche. Le attribuzioni conferitegli si suddividono principalmente in due categorie: una competenza relativa al contenzioso giurisdizionale (ulteriormente ripartita tra contenzioso normativo e contenzioso elettorale-referendario) e una competenza consultiva. Più nello specifico sul contenzioso normativo, il *Conseil Constitutionnel* svolge un controllo *a priori* e, in seguito alla revisione costituzionale del 2008, anche un controllo *a posteriori* di una legge già in applicazione che violi diritti e libertà garantiti dalla Costituzione.

Il concetto giuridico di “popolo francese” ha valore costituzionale, per questa ragione è protagonista di numerose pronunce del *Conseil Constitutionnel*, che ne ha particolarmente enfatizzato l'importanza negli ultimi decenni. Prima di analizzare le decisioni riguardanti la vicenda costituzionale dell'arcipelago caledone, è opportuno introdurre l'argomento mediante una sentenza storica del *Conseil Constitutionnel*, che ha sfidato i principi cardine dell'indivisibilità e unità del popolo sanciti dalla Costituzione. Si tratta della decisione n.91-290 del 1991 relativa alla legge sullo statuto della collettività territoriale della Corsica⁹⁵. In quella occasione il giudice ha avuto modo di ribadire la portata costituzionale del principio di unità del popolo francese, dichiarando illegittimo l'art.1 della legge che dichiarava espressamente il popolo corso come componente del popolo francese⁹⁶. La costituzione, infatti «riconosce unicamente il popolo francese, senza distinzione alcuna di origine, razza o religione» e le popolazioni d'oltremare costituiscono parte integrante della Repubblica. La consacrazione mediante gli articoli 74 e 76 della Costituzione della particolare situazione dei territori d'oltremare, invita il legislatore a rispettare da un lato il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali enunciato all'articolo 72, dall'altro ad assicurare il rispetto delle prerogative dello Stato, come il rispetto della sovranità, unità e indivisibilità⁹⁷.

Dopo questa introduzione concettuale, concentriamo l'attenzione sulla giurisprudenza riguardante la Nuova Caledonia. Sin dal primo paragrafo di questo capitolo è emerso come il *leitmotiv* della condizione dell'arcipelago e dei suoi abitanti sia la diversità e peculiarità rispetto alle altre collettività territoriali d'oltremare. L'attitudine del *Conseil Constitutionnel* verso la dimensione statutaria e normativa dell'autonomia della Nuova Caledonia è prudente ed esitante⁹⁸. Questa posizione deriva dalle ambiguità costituzionali; rendendo l'accordo di Nouméa parte integrante della Costituzione, l'intenzione del potere costituente parrebbe chiara: accordare al paese uno statuto che gli sia proprio, una “Costituzione nella Costituzione” mediante il titolo XIII esclusivamente dedicatogli.

Nell'evoluzione della giurisprudenza in materia, le pronunce da cui partire sono le decisioni del *Conseil Constitutionnel* n°85-196 dell'8 agosto 1985 e n°85-

⁹⁵ *Conseil Constitutionnel*, 9 maggio 1991, n° 91-290 DC

⁹⁶ Genevois B., *Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-290 DC du 9 mai 1991)*, in « La Revue française de droit administratif », 1991, p. 407

⁹⁷ Debbasch R., *Constitutionnalité de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, D.1991.624

⁹⁸ Clinchamps N., *Le Conseil Constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle Calédonie*, in « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », n°35, 2012/2, pp. 61-72

197 del 23 agosto 1985 sull'organizzazione del territorio della Nuova Caledonia. Con la prima decisione, il *Conseil Constitutionnel* dichiara non conforme il comma 2 articolo 4 del testo della legge sull'evoluzione della Nuova Caledonia⁹⁹, riguardo al numero dei consiglieri eletti per regione. Non contesta dunque l'organizzazione alla base, bensì unicamente il numero di consiglieri eletti per la regione del Sud. Nella seconda decisione, invece, il *Conseil* riconosce la validità della procedura seguita nell'adozione del testo in esame, cioè il ricorso da parte del Presidente della Repubblica disciplinato all'articolo 10 della Costituzione¹⁰⁰, e conferma la nuova elaborazione del comma 2 dell'articolo 4 così come modificato dal Parlamento nelle due settimane trascorse fra le due pronunce¹⁰¹. È la prima volta in cui il *Conseil* interviene direttamente sul problema della rappresentazione demografica degli eletti. Per gli autori del ricorso, la disparità nella ripartizione dei consiglieri regionali si osserva rapportandola con gli elettori iscritti e con la ripartizione di ogni etnia per regione¹⁰². Inoltre, contestano infatti tutte le nuove disposizioni concernenti l'organizzazione interna del territorio della Nuova Caledonia, poiché secondo alcuni è in contrasto con il principio di libera amministrazione delle collettività territoriali. Il *Conseil Constitutionnel* considera che il testo in esame rispetta gli articoli 72¹⁰³, principio della libera amministrazione, e 74 della Costituzione¹⁰⁴. Costata in effetti che

⁹⁹ Inizialmente il numero di consiglieri previsto era di 18, in seguito alla pronuncia innalzato a 21

¹⁰⁰ «Il Presidente della Repubblica promulga le leggi entro quindici giorni dalla trasmissione al Governo della legge definitivamente approvata. Prima della scadenza del termine, può chiedere al Parlamento una nuova deliberazione della legge o di alcuni suoi articoli. La nuova deliberazione non può essere respinta. »

¹⁰¹ Etien R., *Décisions du Conseil constitutionnel n° 85-196 DC du 8 août 1985 et n° 85-197 DC du 23 août 1985*, in *La Revue administrative*, 38, n° 228 (novembre-dicembre 1985), pp. 572-577

¹⁰² *Ibidem*

¹⁰³ «Le collettività territoriali della Repubblica sono i comuni, i dipartimenti, le regioni, le collettività a statuto particolare e le collettività d'oltremare disciplinate dall'articolo 74. Qualsiasi collettività territoriale è creata per legge, se del caso in luogo di una o più delle collettività di cui al presente comma. Le collettività territoriali sono preposte a adottare le decisioni relative all'insieme delle competenze che possono meglio essere attuate al loro livello. Alle condizioni previste dalla legge, tali collettività si amministrano liberamente tramite consigli eletti e dispongono di un potere regolamentare per l'esercizio delle loro competenze. Alle condizioni previste con legge organica, e tranne qualora siano in causa le condizioni essenziali di esercizio di una libertà pubblica o di un diritto costituzionalmente garantito, le collettività territoriali o loro raggruppamenti possono, laddove, a seconda del caso, la legge o il regolamento lo prevedano, derogare, a titolo sperimentale e per un oggetto ed una durata limitati, alle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano l'esercizio delle loro competenze. Nessuna collettività territoriale può esercitare forme di tutela su un'altra. Tuttavia, laddove l'esercizio di una competenza richieda il concorso di più collettività territoriali, la legge può autorizzare una di esse o uno dei loro raggruppamenti ad organizzare le modalità della loro azione comune. Nelle collettività territoriali della Repubblica, il rappresentante dello Stato, che rappresenta ciascuno dei membri del governo, è responsabile in materia di interessi nazionali, controllo amministrativo e rispetto delle leggi.»

¹⁰⁴ «Le collettività d'oltremare disciplinate dal presente articolo hanno uno statuto che tiene conto degli interessi propri di ciascuna di esse in seno alla Repubblica. Tale statuto è definito con legge organica, adottata previo parere dell'assemblea deliberante, che stabilisce:

- le condizioni alle quali le leggi ed i regolamenti vi trovano applicazione;

l'organizzazione particolare del territorio della Nuova Caledonia sia conforme all'articolo 74 e che le regole d'organizzazione rispondano alla sua peculiare situazione. Per concludere, le due decisioni del 1958 sono di primaria importanza e particolarmente rilevanti sul piano giuridico, chiudendo degli avvenimenti che avevano occupato la scena politica francese di quegli anni¹⁰⁵.

Quattordici anni più tardi, una ulteriore decisione del *Conseil Constitutionnel*, precisamente la decisione 99-410 del 15 marzo 1999, comporta un necessario intervento del potere costituente. Ricevuto il ricorso da parte del Primo Ministro sulla legge organica relativa alla Nuova Caledonia, il *Conseil Constitutionnel* ne esamina la conformità non soltanto rispetto alla Costituzione, ma altrettanto rispetto all'Accordo di Nouméa, comprese le norme che derogano ai principi di valore costituzionale. Il giudice costituzionale stima nella sua decisione che le deroghe non intervengano se non nella misura strettamente necessaria all'esecuzione dell'accordo. Pertanto, nell'ipotesi in cui l'Accordo di Nouméa ammetta due possibili letture, il *Conseil Constitutionnel* deve preferire la meno lontana dai principi costituzionali¹⁰⁶. La definizione del corpo elettorale sancita dagli articoli 188 e 189 della legge organica è conforme alla volontà del potere costituente, chiarita dai lavori parlamentari preparatori all'articolo 77 della Costituzione e rispetta l'Accordo di Nouméa. Il *Conseil* non poteva far prevalere l'interpretazione che escludeva dal corpo elettorale ristretto le persone iscritte dopo il 1998. In effetti, l'esclusione di chi si fosse trasferito dopo il 1998 e avesse

- le competenze della collettività; fatte salve quelle da essa già esercitate, il trasferimento di competenze dello Stato non può riguardare le materie elencate al quarto comma dell'articolo 73, quali precisate ed integrate, se del caso, con legge organica;

- le norme di organizzazione e funzionamento delle istituzioni della collettività ed il regime elettorale della sua assemblea deliberante;

- le condizioni alle quali le sue istituzioni sono consultate sui progetti e sulle proposte di legge e sui progetti di ordinanza o di decreto che comportino disposizioni particolari per la collettività, nonché sulla ratifica o approvazione di impegni internazionali conclusi nelle materie che ricadano nella sua competenza;

La legge organica può altresì determinare, per le collettività dotate di autonomia, le condizioni alle quali:

- il Consiglio di Stato esercita uno specifico controllo giurisdizionale su alcune categorie di atti dell'assemblea deliberante prodotti in virtù delle competenze che essa esercita nel campo della legge;

- l'assemblea deliberante può modificare una legge promulgata posteriormente all'entrata in vigore dello statuto della collettività, qualora il Consiglio costituzionale, adito a tal fine dalle autorità della collettività, abbia constatato che la legge è intervenuta nell'ambito di competenza di quella collettività;

- la collettività può adottare misure giustificate da necessità locali in favore della sua popolazione, in materia di accesso all'impiego, diritto di stabilimento per l'esercizio di un'attività professionale o di protezione del patrimonio fondiario;

- la collettività può partecipare, sotto il controllo dello Stato, all'esercizio delle competenze che quest'ultimo mantiene, nel rispetto delle garanzie accordate all'intero territorio nazionale per l'esercizio delle libertà pubbliche.

Le altre modalità di organizzazione particolare delle collettività che ricadano nell'ambito del presente articolo sono definite e modificate con legge dietro consultazione della loro assemblea deliberante."

¹⁰⁵ Etien R., *Décisions du Conseil constitutionnel n° 85-196 DC du 8 août 1985 et n° 85-197 DC du 23 août 1985*, in *La Revue administrative*, 38, n° 228 (novembre-dicembre 1985), pp. 572-577

¹⁰⁶ Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°7, *Commentaire des décisions n° 99-409 DC et n° 99-410 DC du 15 mars 1999*

comunque giustificato dieci anni di domicilio senza interruzioni non avrebbe potuto trovare fondamento costituzionale. L'articolo 195 della Legge Organica ha dato al *Conseil Constitutionnel* l'occasione di fare per la prima volta applicazione della sua giurisprudenza relativa al controllo di costituzionalità di leggi promulgate, dichiarando non conforme alla Costituzione delle disposizioni in vigore da oltre quattordici anni¹⁰⁷.

Riprende ugualmente la Legge Organica anche la pronuncia n°2015-716 del 30 luglio 2015, in cui possiamo analizzare l'evoluzione della giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, considerando che questa si colloca in un lasso temporale alla scadenza del ventennio precedente la consultazione sull'autodeterminazione della Nuova Caledonia. Il *Conseil Constitutionnel* il 16 luglio 2015 riceve ricorso da parte del Primo Ministro sulla legge organica relativamente alla consultazione sull'accesso della Nuova Caledonia alla piena sovranità. Il *Conseil* giudica il provvedimento che modifica la legge organica del 19 marzo 1999, in applicazione dell'articolo 77 della Costituzione, come conforme alla Costituzione¹⁰⁸. Analizzando per punti, sull'articolo 1, il *Conseil* ritiene che la legge organica possa rinviare a un decreto il compito di determinare le modalità di designazione della figura da affiancare alla commissione amministrativa speciale incaricata in ogni circoscrizione di voto. Inoltre, ritiene conforme alla Costituzione le disposizioni della legge organica che attribuiscono al presidente della commissione il potere, da una parte, di consultare i rappresentanti di diritto consuetudinario e, dall'altra parte, di procedere con investigazioni al posto della commissione. Successivamente, l'articolo 2 risulta a sua volta conforme alla Costituzione e al punto 5 dell'Accordo di Nouméa; si tratta dell'ipotesi di una terza consultazione nell'ipotesi in cui una seconda consultazione sull'accesso alla piena sovranità abbia nuovamente esito negativo¹⁰⁹.

Infine, con l'introduzione delle *loi du pays* e la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), il *Conseil Constitutionnel* è dotato di ulteriori mezzi di controllo a posteriori. Questa "democratizzazione" del controllo può condurre a censurare delle disposizioni incostituzionali di una *loi du pays* promulgata¹¹⁰. Aldilà della avanzata giurisdizionale, l'introduzione della QPC costituisce un nuovo elemento segnante dell'autonomia politica della Nuova Caledonia.

5. Democrazia e referendum: il legittimo desiderio di indipendenza in Nuova Caledonia al giorno d'oggi

Lo scorso 4 novembre 2018, allo scadere dei venti anni del periodo di transizione, la Nuova Caledonia è stata chiamata mediante referendum a rispondere alla domanda "*Voleté che la Nuova Caledonia acceda alla piena sovranità e divenga indipendente?*". In conformità rispetto a quanto sancito dall'articolo 217 della legge organica, infatti, la consultazione ha avuto luogo

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ Comunicato stampa del Conseil Constitutionnel sulla decisione 2015-716 del 30 luglio 2015

¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹⁰ Clinchamps N., *Le Conseil Constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle Calédonie*, in « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », n°35, 2012/2, pp. 61-72

durante il mandato del Congresso insediatosi nel 2014, evitando, tuttavia, che si svolgesse negli ultimi sei mesi del mandato. In seguito a numerose trattative tra le differenti forze politiche sul territorio e il Governo francese, si è giunti alla data definitiva e alla lista elettorale speciale per la consultazione sull'accesso della Nuova Caledonia alla piena sovranità, detta «LESC», le cui condizioni sono già state enucleate al paragrafo 3 del capitolo. Il corpo elettorale speciale, alla vigilia del referendum, contava circa 175.000 iscritti e le consultazioni si sono svolte sotto la sorveglianza del governo francese, assicurando la trasparenza del procedimento¹¹¹. È stata istituita una commissione di controllo dell'organizzazione e dello svolgimento della consultazione, inviando *in loco* 235 delegati dalla Francia. Inoltre, l'ONU a sua volta ha inviato degli osservatori e per questa storica giornata è stato possibile certificare la regolarità e sincerità dello scrutinio¹¹². Sui quasi 175.000 iscritti, l'affluenza è stata dell'80,63%, che ha condotto alla vittoria del "no all'indipendenza" da parte del 56,7% dei votanti¹¹³. Nello specifico:

Votanti: 141 099
Schede bianche: 1 023
Schede nulle: 1 143
Suffragi validi: 138 933 di cui
Sì: 60 199
No: 78 734

Nonostante la vittoria del "no", vincitori del referendum sono proprio gli indipendentisti e la democrazia¹¹⁴. In primo luogo, la partecipazione superiore all'80% è molto importante, poiché non vi è stato boicottaggio della partecipazione da parte della fazione indipendentista, come d'altronde era già successo durante le precedenti consultazioni. Addirittura, il voto è stato accompagnato da una forte mobilitazione degli elettori e una partecipata campagna referendaria.

In secondo luogo, il "no all'indipendenza" ha vinto, ma in percentuale inferiore rispetto a quanto i sondaggi precedenti alle consultazioni avessero annunciato, che prevedevano una vittoria superiore al 60%¹¹⁵. Ma soprattutto, più che nelle precedenti occasioni, il referendum ha dimostrato come nel paese ci sia una netta frattura territoriale, che d'altronde corrisponde alla differenza etnica e politica, come si potrà maggiormente approfondire attraverso i grafici che seguono. In effetti, per la maggior parte, gli appartenenti all'etnia Kanak sono perlopiù indipendentisti e il coefficiente di correlazione tra voto per l'indipendenza e la parte di popolazione che si è definita Kanak con il censimento del 2014 è dello 0.97. Al contrario, coloro che si dichiarano "europei" sono perlopiù contrari all'indipendenza. I risultati del referendum ricalcano dunque la ripartizione della popolazione sul territorio della Nuova Caledonia. L'analisi dei risultati su scala

¹¹¹ Melin-Soucramanien F., *La Nouvelle-Calédonie après le referendum d'autodétermination du 4 novembre 2018*, in Rivista AIC, n° 3/2018, pp. 499-506

¹¹² *Ibidem*

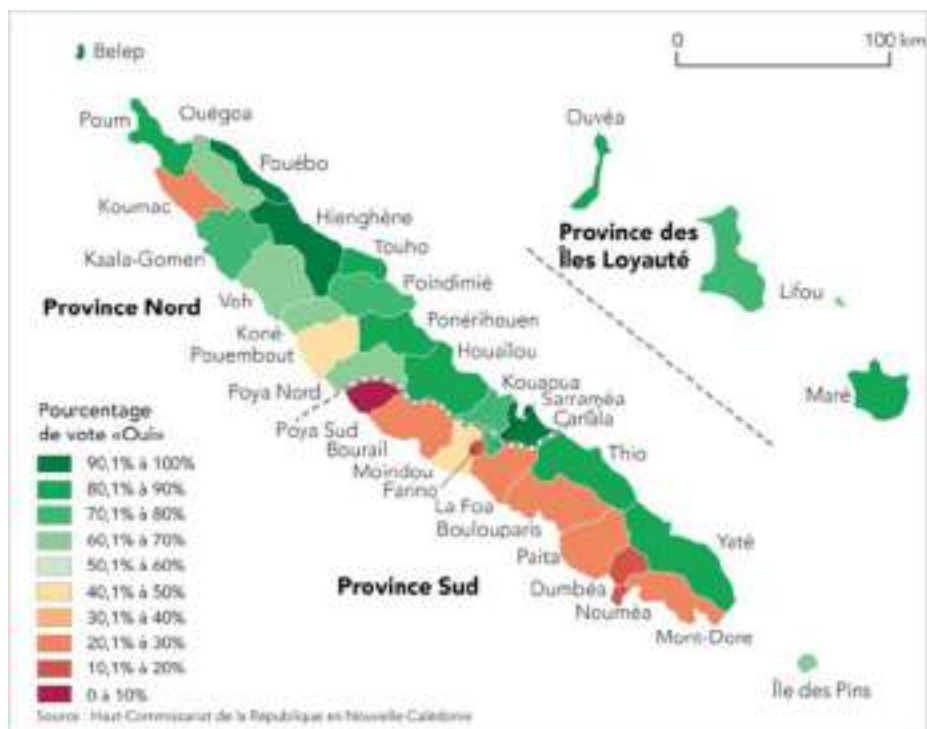
¹¹³ Journal officiel de la République française - N° 257 du 7 novembre 2018

¹¹⁴ Gay J., *L'autodétermination pour solder la colonisation : le cas de la Nouvelle Calédonie*, in L'espace politique, 36, 2018/3

¹¹⁵ *Ibidem*

provinciale evidenzia la differenza tra elettori della Provincia delle Isole Loyauté e della Provincia Nord che hanno votato per l'indipendenza rispettivamente all'82,2% e al 75,8%; diversamente gli elettori della Provincia Sud hanno votato contro al 74,1%¹¹⁶.

Percentuale del voto "SI" per comune:

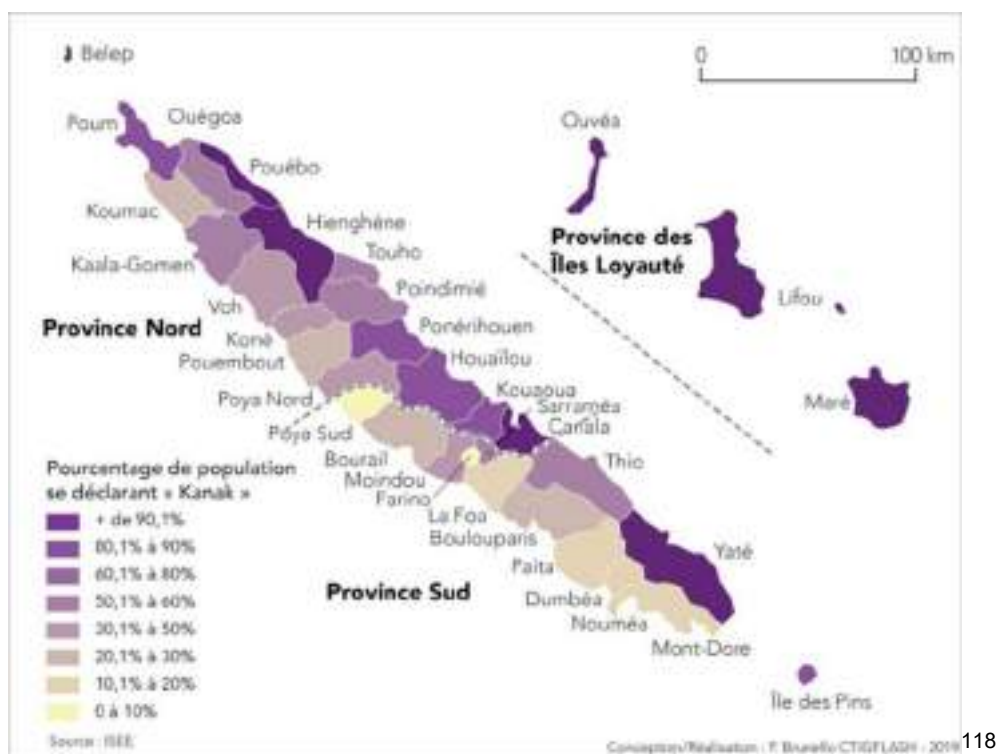


117

¹¹⁶ *Ibidem*

¹¹⁷ Dati forniti da Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, 2018 disponibili all'indirizzo : <https://journals.openedition.org/espacepolitique/docannexe/image/5856/img-3.png>

Percentuale della popolazione che si dichiara “Kanak” nel 2014:



Secondo il punto 5 dell'accordo di Nouméa e confermato dall'articolo 217 della legge organica del 1999, dopo la prima consultazione potranno seguire altre due consultazioni. Nello specifico leggiamo: «*Se la risposta degli elettori alla consultazione è negativa, un terzo dei membri del Congresso potrà provocare l'organizzazione di una nuova consultazione che interverrà nel secondo anno successivo alla prima consultazione. Se la risposta è nuovamente negativa, una nuova consultazione potrà essere organizzata secondo la medesima procedura e secondo le medesime tempistiche. Se la risposta è ancora negativa, le fazioni politiche si riuniranno per esaminare la situazione*»¹¹⁹. Sorge legittimamente il dubbio in merito all'utilità di consultazioni così ravvicinate, con un intervallo relativamente breve di due anni. La storia, tuttavia, non è priva di casi in cui il rinnovo della consultazione mediante referendum sul medesimo oggetto abbia portato a risultati totalmente diversi rispetto alla prima consultazione, come ad esempio nel caso dell'Irlanda nel 2009, in merito alla ratificazione del Trattato di Lisbona dell'Unione Europea.

In seguito alle trattative avvenute a Matignon tra Édouard Philippe, primo ministro francese, e i dirigenti caledoni, il prossimo referendum è stato fissato per il prossimo 6 settembre 2020 e anche in questo caso si svolgerà alla presenza di una commissione di controllo dell'organizzazione e dello svolgimento della

¹¹⁸ Dati ISEE, censimento della popolazione del 2014

¹¹⁹ Accordo sulla Nuova Caledonia firmato a Nouméa il 5 maggio 1998

consultazione ¹²⁰. Ancora una volta, sarà necessario predisporre un dialogo costruttivo affinché possa essere trovata una soluzione. Nel rapporto Nuova Caledonia – Francia, sarà necessario scegliere fra l'indipendenza o la creazione di uno stato federale o ancora nuove suddivisioni di competenze? In questo scenario, il desiderio di indipendenza sostenuto dalla maggioranza della popolazione Kanak, resta un desiderio legittimo.

¹²⁰ Articolo comparso su "*Le Monde*" il 5 novembre 2019 e disponibile all'indirizzo https://www.lemonde.fr/politique/article/2019/11/05/nouvelle-caledonie-le-deuxieme-referendum-sur-l-independance-fixe-au-6-septembre_6018052_823448.html

CAPITOLO II

“DUE COLORI, UN POPOLO”: L’APPLICAZIONE DELLO “STATUT COUTUMIER KANAK” NEL RISPETTO DEL MULTICULTURALISMO

1. Pluralismo giuridico e organizzazione sociale capillare in Nuova Caledonia

Il motto degli anni '50 del partito dell'*Union Calédonienne* “due colori, un solo popolo” nasce dall'idea di riunire caledoni e Kanak in una Nuova Caledonia autonoma, che si fa strada verso l'indipendenza. Nonostante il motto sia ormai caduto in disuso, questo dà vita alla perfetta metafora della società multiculturale caledone: una società dedita a preservare le proprie tradizioni, lingua, usi, costumi e anche la sua organizzazione sociale e che mira all'armonia tra le differenti comunità, proprio come in una *salad bowl*¹²¹. Sul medesimo territorio convivono diritto comune, emanato dal Parlamento francese, il diritto particolare caledone, emanato dal Congresso della Nuova Caledonia e, infine, il diritto consuetudinario Kanak, tramandato oralmente e praticato dalla società millenaria melanesiana.

1.1 La peculiare convivenza fra diritto statale, diritto caledone scritto e la "coutume Kanak"

In Nuova Caledonia coesistono tre casi di stato civile: lo stato civile di diritto comune, lo stato civile di diritto particolare e lo stato civile di diritto consuetudinario, che si applica al popolo Kanak¹²². Lo stato civile di diritto comune deve la sua esistenza all'appartenenza della Nuova Caledonia alla madrepatria Francia, che comporta l'applicazione di disposizioni legislative ugualmente applicate nella Francia metropolitana. Lo stato civile di diritto particolare è frutto della condizione della Nuova Caledonia di collettività territoriale *sui generis*, con una competenza legislativa derivata mediante lo strumento della *loi du pays*, il cui oggetto è delineato e limitato dalla Legge Organica 99-209 del 1999. Infine, la concreta realizzazione della differenziazione dello stato civile avviene mediante il riconoscimento dello stato civile di diritto consuetudinario, derogatorio rispetto alle regole del *Code Civil*, applicabile ai membri delle popolazioni indigene Kanak che non volessero accedere allo stato civile di diritto comune¹²³. Quest'ultimo tuttavia è vincolato a specifici rami del

¹²¹ La *salad bowl* è la metafora per il modo in cui una società multiculturale può integrare diverse culture, mantenendo le loro identità separate, in contrasto con la *melting pot* che enfatizza la combinazione delle parti in un tutt'uno. Nel modello *salad bowl*, diverse culture convivono – come gli ingredienti di un'insalata – ma non formano insieme una singola cultura omogenea; ogni cultura mantiene le sue proprie distinte qualità.

¹²² Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in *Revue Aspects*, n° 3, 2008, pp. 81-96

¹²³ Articolo 7, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

diritto, tra cui il diritto di famiglia, le successioni e il diritto di proprietà, di cui più ampiamente si parlerà in seguito.

Il pluralismo giuridico implica la coesistenza sul medesimo territorio di una o plurime fonti di diritto accanto al diritto statale e l'interazione tra quest'ultimo e la fonte extra-statale, come ad esempio il diritto consuetudinario. Riprendendo la definizione del Professor Ghislain Otis¹²⁴, i rapporti tra fonte statale ed extra-statale possono essere di tre tipologie: egemonico, di subordinazione o di cooperazione. Un primo esempio di pluralismo giuridico è quello della Repubblica del Vanuatu, Stato i cui cittadini sono per la maggior parte melanesiani con stato di diritto consuetudinario. Hanno fondato una Repubblica laica sulla base del sistema di diritto consuetudinario e di gestione del territorio. Il sistema giuridico si basa su un pluralismo giuridico equilibrato con lo Stato, promotore e difensore dei diritti individuali e della collettività.

Il secondo esempio è quello del Canada, che riconosce ugualmente le due fonti giuridiche storiche, che sono il diritto di origine britannica e i diritti autoctoni riconosciuti dalla legge costituzionale del 1982, la giurisprudenza e i trattati. La legge sugli Indiani protegge gli Indiani che vivono sul territorio, riconoscendo uno stato di diritto consuetudinario. Tuttavia, il sistema di pluralismo giuridico canadese è di tipo egemonico, incitando progressivamente gli Indiani a cambiare stato civile¹²⁵.

Il terzo esempio di pluralismo giuridico è quello del popolo Maori in Nuova Zelanda, i cui diritti sono sanciti dal trattato di Waitangi del 1840. Il trattato, nonostante non figuri all'interno della Costituzione, è diventato una delle fonti principali dello stato neozelandese. Il pluralismo giuridico che ne deriva è egemonico sotto certi aspetti, poiché il potere di iniziativa resta statale, ma è altrettanto cooperativo nella gestione dei territori in cui esistono zone franche territoriali Maori con i loro diritti costituzionali reali¹²⁶.

In Nuova Caledonia, al contrario, il diritto coloniale non ha mai riconosciuto il diritto consuetudinario come vero e proprio sistema di diritto¹²⁷. La distinzione di stato civile è coincisa a lungo con la distinzione tra cittadini e non cittadini, almeno fino alla legge Lamin Gueye del 7 aprile 1946 che attribuì a tutti gli abitanti dei territori d'oltremare la nazionalità francese, compresi dunque gli indigeni Kanak in Nuova Caledonia. Per fissare le basi del pluralismo giuridico e istituzionale, è necessario fissare dei fondamenti costituzionali che accompagnino l'Accordo di Nouméa, che ha sancito la creazione di un "destino comune" e di una "*souveraineté partagée*". Le fonti da tenere in considerazione sono innanzitutto la Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del cittadino del 1789 che è ancora oggi base di ogni costituzione democratica, con l'elaborazione di diritti fondamentali. Successivamente, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni¹²⁸ che all'articolo 3 definisce il diritto all'autodeterminazione dei popoli come imprescrittibile. Ulteriore documento

¹²⁴ Otis G., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Parigi, 2012, pp. 9-22

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ *Ibidem*

¹²⁷ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 460-461

¹²⁸ *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni*, Risoluzione 61/295 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/61/295, 107^a seduta plenaria, 13 settembre 2007

complementare all'Accordo di Nouméa è la Carta del Popolo Kanak, promulgata nel 2014 e documento fondamentale nella definizione dei valori e dei principi del diritto consuetudinario Kanak.

La legittimità del diritto consuetudinario si basa sulla collettività Kanak, con l'indivisibilità dell'individuo dal suo gruppo familiare, dal suo clan e dal suo ambiente¹²⁹. La legittimità democratica riposa diversamente sull'esercizio dei diritti politici e dei diritti individuali del cittadino¹³⁰. Il rinvio allo schema istituzionale definito dall'Accordo di Nouméa sul modello del pluralismo giuridico comporta che nel diritto statale, la sfera del diritto consuetudinario debba essere precisata, nell'obiettivo di preservarne l'autonomia e coltivare le sue articolazioni dinamiche. Nel sistema elaborato dall'Accordo di Nouméa coesistono le istituzioni repubblicane, vale a dire Congresso, Governo, Province e Comuni, e le istituzioni di diritto consuetudinario, come il *Sénat Coutumier* e i *conseils coutumiers*. Accanto a queste istituzioni, vi sono le autorità di diritto consuetudinario composte da clan e *chefferies*¹³¹, cui è riconosciuta la capacità giuridica.

Sulla ripartizione delle competenze, le collettività pubbliche detengono le competenze di diritto comune sancite dall'articolo 22 della Legge Organica 99-209 del 1999. In ambito di diritto consuetudinario, invece, il Congresso della Nuova Caledonia ha competenza per votare le *lois du pays* su procedure e regole di funzionamento, dopo aver consultato il *Sénat coutumier*¹³². Tuttavia, la competenza strettamente collegata al contenuto del diritto consuetudinario è esercitata dalle autorità di diritto consuetudinario, relativamente alle terre, allo stato civile, alla gestione dell'ordine pubblico (di diritto consuetudinario), e ugualmente sugli elementi costitutivi dell'identità Kanak, come la lingua, la trasmissione dei saperi tradizionali, l'educazione, la proprietà, l'ambiente e le risorse naturali¹³³.

Nonostante l'Accordo del 1998 rappresenti una "tabella di marcia" per il futuro, non costituisce allo stesso modo una base intangibile, lasciando volontariamente spazio a diverse interpretazioni sul "destino comune" da costruire¹³⁴. Non si accenna all'interno del documento a una eventuale scrittura "positiva" del diritto consuetudinario e d'altronde non si può dedurre una equivalenza tra i termini "*souveraineté kanak*", "riconoscenza dell'identità" e "*coutume judiciaire*". Obiettivo delle rivolte e delle rivendicazioni indipendentiste susseguites negli anni non è stato quello di ufficializzare il diritto consuetudinario

¹²⁹ Oggi il territorio della Nuova Caledonia conta un totale di 341 tribù ripartite in 58 distretti. Contrariamente alla tribù, il distretto non ha alcun fondamento sociologico né di diritto consuetudinario: si tratta di una circoscrizione amministrativa creata per decisione statale dell'8 agosto 1898 (dati sulle tribù ad oggi esistenti in Nuova Caledonia disponibili sul sito web dell'*Institut de la statistique et des études économiques Nouvelle-Calédonie*)

¹³⁰ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 494-495

¹³¹ La *Carta del Popolo Kanak* precisa all'articolo 113: «Il popolo Kanak, le sue autorità di diritto consuetudinario e le sue istituzioni determinano liberamente il livello della loro partecipazione e contributo nella gestione delle istituzioni dello Stato e del territorio, e ugualmente la cooperazione con le suddette istituzioni.»

¹³² Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 496-497

¹³³ *Ibidem*

¹³⁴ Demmer C., Salomon C., *Droit coutumier et indépendance Kanak*, in Vacarme, n°64, 2013/3, pp. 63-78

Kanak e i costumi della popolazione, bensì principalmente quello di ottenere l'indipendenza dallo Stato francese. Nell'evoluzione del destino comune della Nuova Caledonia, ancora in fase di elaborazione, quale potrebbe essere il punto di arrivo di una riforma della giustizia? La scrittura del diritto consuetudinario, rimanere ancorati al diritto comune o addirittura la creazione di un *tertium genus*, un diritto esclusivamente caledone, che non sia né strettamente riproduzione del diritto coloniale, né di quello consuetudinario, ma che collabori alla creazione di un pluralismo giuridico cooperativo?

1.2 L'organizzazione della società Kanak: dalla famiglia al distretto

Per il diritto consuetudinario Kanak, l'appartenenza a una comunità è una condizione imprescindibile, che permette all'individuo di esercitare i suoi diritti e prerogative. La vita dell'individuo Kanak si articola in tre momenti principali, ovvero la nascita, il matrimonio e il lutto; ognuno di questi momenti è vissuto come evento della comunità. Articolata a partire dal nucleo primordiale della famiglia sino alla più grande area di diritto consuetudinario, la società Kanak è strutturata su diversi livelli, ognuno dei quali riveste una sua peculiare importanza.

La Famiglia è il primo nucleo sociale da prendere in considerazione e nel diritto consuetudinario Kanak è un concetto sia matrilineare che patrilineare¹³⁵. La vita è simbolicamente donata al bambino da parte dello zio materno ed è messo al mondo dalla madre biologica; per questo una prima sfaccettatura del rapporto familiare è matrilineare. Tuttavia, il neonato prende il nome dalla famiglia e dal clan del padre. È il nome a fornire la futura funzione sociale e la proprietà. La concezione patrilineare deriva dalla condizione per cui il nome di famiglia permette di essere visibili e di ricoprire un ruolo all'interno del clan e all'interno della società.

Il clan è la prima vera e propria entità culturale alla base dell'organizzazione sociale Kanak¹³⁶. Si tratta di una entità composta da famiglie o da sotto-clan, che portano il nome di un antenato fondatore in comune o di un determinato luogo. Il clan elabora la sua tradizione rispetto a un mito oppure a una specifica funzione sociale, come nel caso dei clan di pescatori, di guardiani, di cacciatori o di guerrieri. La sua struttura permette di mantenere i legami sociali fondamentali tra i differenti gruppi familiari al suo interno. Il clan in qualità di entità sociale è soprattutto al centro delle vicende riguardanti il diritto di proprietà nelle riserve e d'altronde con la delibera n°116 del 14 maggio 1980 gli è stata conferita la personalità giuridica, permettendo l'attribuzione di terre in nome del clan¹³⁷. Il

¹³⁵ *Organisation de la société Kanak* disponibile al sito web <http://www.adraf.nc/dossiers-thematiques/organisation-de-la-societe-kanak#la-famille>

¹³⁶ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 498-499, cfr. <http://www.adraf.nc/dossiers-thematiques/organisation-de-la-societe-kanak#le-clan>

¹³⁷ Articolo 5. – La terra del clan è la proprietà comune dei gruppi familiari che lo compongono. Questi gruppi familiari sono rappresentati dai Capi Famiglia di diritto consuetudinario che costituiscono il *Conseil de clan*. Il *Conseil de clan* regola l'utilizzo e la ripartizione delle terre tra i membri del clan e la constatazione, se ha luogo, dei diritti di proprietà del clan, secondo il diritto consuetudinario. Può ugualmente, nel rispetto delle regole di diritto

riconoscimento della personalità giuridica, tuttavia, è stato strettamente collegato alle attività riguardanti il diritto di proprietà nelle riserve e l'assegnazione delle terre; in 160 anni di storia i clan non avevano ancora ottenuto chiarezza sullo *status* giuridico. A fare chiarezza, due sentenze della Corte d'Appello di Nouméa del 22 agosto 2011, mediante cui si afferma che il clan è a tutti gli effetti una persona giuridica. A capo di ogni clan è posto un Capo Clan, che interpreta un ruolo chiave nel rendere ufficiali e applicabili le decisioni di diritto consuetudinario, di cui è garante¹³⁸. La competenza del Capo Clan riguarda l'ambito dei diritti civili relativi allo *status* della persona e ai diritti patrimoniali delle famiglie e del clan.

Il nucleo sociale immediatamente successivo nella gerarchia è la tribù. Sul territorio della Nuova Caledonia esistono al giorno d'oggi 341 tribù e la decisione n° 147 del 24 dicembre 1867 dell'allora governatore, conferiva alla tribù l'esistenza legale e confermava un diritto di proprietà sul suolo delle riserve. Questa decisione riconosceva una organizzazione tradizionale precoloniale e la presenza di una popolazione con i suoi elementi costitutivi del diritto di proprietà. Nella maggior parte dei casi, le tribù create non corrispondevano a delle realtà di diritto consuetudinario, bensì alla volontà del potere locale di raggruppare i Kanak di una stessa zona. Soltanto successivamente, la tribù è stata ri-organizzata e adottata dalla società Kanak, dalle famiglie, clan e capi, secondo i contesti locali e i legami tra i diversi gruppi¹³⁹. L'autorità principale posta alla guida della tribù è il "Piccolo Capo", che ne è al comando e vigila sull'ordine e la tranquillità, interfacciandosi con le autorità politiche e amministrative. In assenza del Piccolo Capo a capo di una tribù, questa fa riferimento al "Grande Capo", capo del distretto.

Nella gerarchia sociale il grado successivo è occupato dal distretto, che più che una unità sociale è una unità amministrativa, nata in principio per controllare il territorio in maniera capillare. Oggi esistono 58 distretti, ognuno dei quali raggruppa più tribù sotto l'autorità di un Grande Capo¹⁴⁰. Alcune tribù sono dette "indipendenti" poiché non soggette all'autorità di un Grande Capo di distretto: ne esistono 14.

Per terminare, l'Assemblea del Popolo Kanak è stata istituita il 26 aprile 2014 in occasione della proclamazione della Carta del Popolo Kanak¹⁴¹. Si compone dell'insieme dei Grandi Capi, Capi e Capi Clan, si riunisce ogni quattro anni per esaminare le questioni riguardanti la società e valutare l'andamento dell'attuazione della Carta del Popolo Kanak. L'Assemblea del Popolo Kanak è presieduta dal Consiglio dei Grandi Capi, garante della legittimità del diritto consuetudinario e rappresenta l'autorità superiore sul piano etico e morale. La sua missione principale è quella di convalidare i progetti sociali proposti dal *Sénat Coutumier* e convoca ogni quattro anni l'Assemblea del Popolo Kanak.

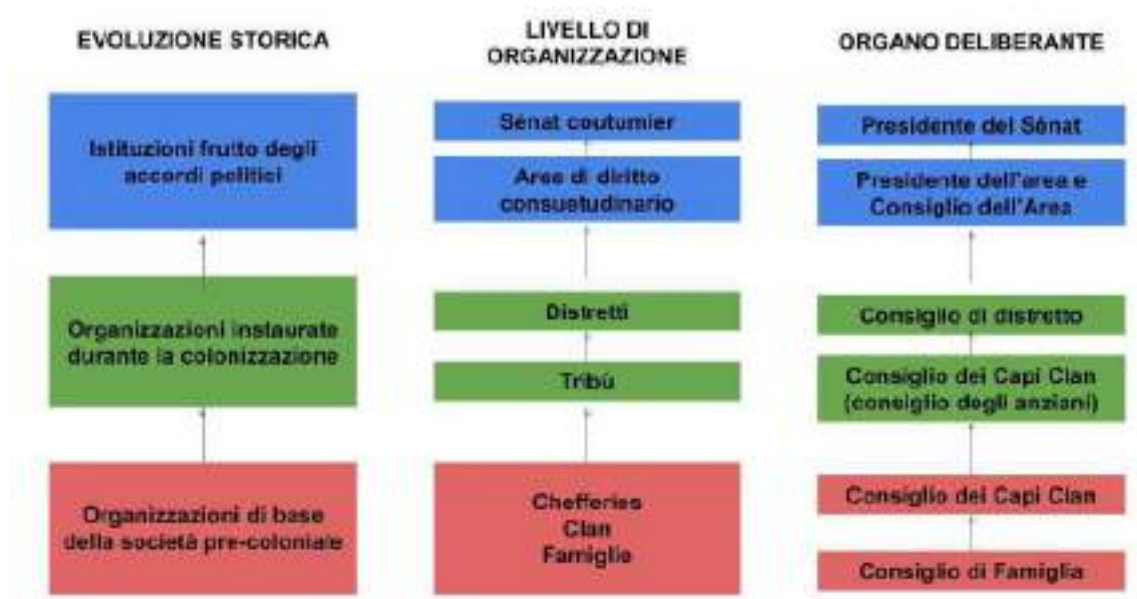
consuetudinario, secondo le modalità che determina, autorizzarne il godimento a titolo gratuito o oneroso a soggetti estranei al clan.

¹³⁸ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, pp. 498-499

¹³⁹ *Organisation de la société Kanak* disponibile al sito web <http://www.adraf.nc/dossiers-thematiques/organisation-de-la-societe-kanak#la-famille>

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020, p. 500



142

2. Il ruolo del “Sénat Coutumier”: promozione culturale e difesa del diritto autoctono

Il *Sénat coutumier* nasce per sostituire il *Conseil consultatif Coutumier* (CCC), un organo puramente consultativo istituito con gli Accordi di Matignon¹⁴³. Congresso del Territorio, assemblee di provincia e lo Stato potevano chiedere un parere al CCC e quest'ultimo poteva elaborare proposte legate allo stato civile di diritto consuetudinario e al regime di proprietà nelle riserve. Nel giro di dieci anni, la competenza meramente consultativa dell'organo è stata rimessa in discussione dalle autorità di diritto consuetudinario che si auspicavano di poter partecipare più attivamente al procedimento decisionale. La creazione del *Sénat coutumier* risponde a questa ambizione, trovando finalmente fondamento costituzionale nell'Accordo di Nouméa e le sue modalità di organizzazione e funzionamento sono disciplinate dalla Legge Organica 99-209 del 1999, al titolo III, dagli articoli dal n°137 al n°148.

L'originalità del *Sénat coutumier* risiede nella volontà di istituzionalizzazione repubblicana delle autorità di diritto consuetudinario, mediante la creazione di un bicameralismo parziale e due assemblee formanti un Parlamento, seppur con delle restrizioni riguardanti materia e competenze¹⁴⁴. La partecipazione di una seconda camera al processo legislativo implica in effetti una discussione sulla legittimità dell'istituzione e il *Sénat Coutumier* in questa trattazione non farà eccezione a questa regola.

In una società pluralista come quella della Nuova Caledonia, con al suo interno delle sotto-società e gruppi di interesse che si caratterizzano per diversità

¹⁴² Organizzazione della società Kanak, grafico disponibile sul sito web <http://www.adraf.nc/dossiers-thematiques/organisation-de-la-societe-kanak>

¹⁴³ David C., *Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ?*, Centre des Nouvelles Etudes du Pacifique (CNEP), EA n° 4242

¹⁴⁴ *Ibidem*

etnica, linguistica e culturale, appare necessario mettere in atto dei meccanismi volti a temperare la logica maggioritaria della democrazia rappresentativa classica¹⁴⁵. La democrazia maggioritaria e i suoi meccanismi istituzionali non possono essere considerati adattabili ad una società pluralista, poiché farà sistematicamente prevalere il gruppo numericamente più importante rispetto agli altri. Riprendendo il pensiero di Arend Lijphart¹⁴⁶, politologo americano di origine olandese, «nelle società pluraliste [...] la flessibilità necessaria alla democrazia maggioritaria è assente. In queste condizioni, la legge della maggioranza è non soltanto antidemocratica, ma altrettanto pericolosa, perché le minoranze alle quali l'accesso al potere è costantemente negato, si sentiranno escluse, vittime di discriminazione e cesseranno di manifestare la loro fedeltà allo Stato». Nell'ambito della democrazia consociativa, il bicameralismo appare uno strumento che permette di moderare il potere maggioritario, introducendo una logica decisionale più consensuale¹⁴⁷. Esiste dunque chiaramente in Nuova Caledonia una necessità di rafforzare la logica consensuale all'interno dell'attuale sistema essenzialmente maggioritario. Può il *Sénat coutumier* permettere una rappresentanza più equa di tutte le componenti della società caledone?

L'organo oggi si compone di 16 membri designati da ogni *Conseil Coutumier*, secondo usi e costumi locali, nominando dunque due membri per ognuna delle 8 aree di diritto consuetudinario in cui è suddiviso il paese. Le aree di diritto consuetudinario sono suddivisioni speciali e parallele alle suddivisioni amministrative, il cui funzionamento è disciplinato dalla Legge Organica. Ciascuna delle aree è rappresentata da un *Conseil coutumier* la cui competenza è quella di poter essere interpellato su qualsiasi questione in merito all'interpretazione delle norme di diritto consuetudinario, da parte delle autorità istituzionali, amministrative o giurisdizionali del paese.

La durata del mandato è di 5 anni. Le modalità di designazione dei componenti del *Sénat* sono oggetto di forti critiche e di conseguenza lasciano sorgere dubbi sulla legittimità dello stesso. Il suo ruolo è quello di rappresentare il diritto consuetudinario Kanak oppure la popolazione Kanak? Sappiamo che non si tratta di una autorità di diritto consuetudinario, poiché è stata istituita dall'Accordo di Nouméa nell'ottica del «pieno riconoscimento dell'identità kanak». La legittimità dei *sénateurs coutumiers* è ugualmente criticata da orientamenti vertenti sui valori occidentali legati alla nozione di democrazia e di suffragio universale. Dall'altro lato, tuttavia, una modalità di designazione di tipo elettivo potrebbe entrare in contraddizione con la logica gerarchica tipica del diritto consuetudinario. A tale proposito, la legge organica prevede che una *loi du pays* può a partire dal 2005 modificare le modalità di designazione dei *sénateurs*. In effetti, la legge organica prevede che «per il rinnovo dei rappresentanti del *Sénat* che interviene a partire dal 2005, i suoi membri possono essere eletti in ognuna delle aree di diritto consuetudinario secondo delle modalità e da parte di un collegio elettorale determinati da una *loi du pays*¹⁴⁸». In altre parole, una *loi du*

¹⁴⁵ *Ibidem*

¹⁴⁶ Lijphart A., *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, 1984

¹⁴⁷ David C., *Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation ?*, Centre des Nouvelles Etudes du Pacifique (CNEP), EA n° 4242

¹⁴⁸ Articolo 137, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

pays adottata dal Congresso della Nuova Caledonia può prevedere una riforma delle modalità di nomina dei *sénateurs coutumiers*.

Il procedimento di nomina è un procedimento confusionario, poiché varia in ogni area di diritto consuetudinario. Per questa ragione, durante il XV Congresso del Paese Kanak dell'agosto 2014, riunione dell'insieme dei responsabili delle autorità di diritto consuetudinario e organizzato ogni anno dal *Sénat Coutumier*, si è cercato di produrre una disciplina comune a tutte le aree di diritto consuetudinario, essendo necessario chiarire la procedura amministrativa di designazione dei sedici *sénateurs*. Diverse questioni sono state oggetto di discussione e riprese nella delibera n°1-2015 pubblicata sul *Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie*¹⁴⁹:

«La designazione dei due *sénateurs* avviene da parte di ogni *Conseil Coutumier d'aire*, secondo gli usi locali. I *conseils coutumiers* fissano sotto forma di delibera adottata in assemblea generale o in ufficio di presidenza allargato, la lista delle *Chefferies* ammesse alla candidatura e questo avviene nel rispetto dello storico delle nomine e delle regole particolari di alternanza nella ripartizione a livello delle *Chefferies*, distretti, *Sénat* e *Conseil Coutumier* [...] Ogni candidato (uomo o donna) deve essere proposto dal proprio Capo Clan. Ogni *Chefferie* o *conseil de district coutumier* nominato, prende atto della ammissione della candidatura e procede, se necessario, alla designazione del candidato della *Chefferie*/distretto. Un verbale attesta la candidatura e la designazione. Deve essere approvato dal presidente del Consiglio dei Capi Clan o dal presidente del distretto e/o Capo/Grande Capo della *Chefferie*.»

Indubbiamente, in risposta alle critiche riguardanti la presenza esclusivamente maschile e dell'anzianità dei rappresentanti del *Sénat coutumier*, ormai sia donne che giovani sono ugualmente incoraggiati a essere proposti come candidati. Gli uomini che si avvicinano ai quarant'anni (ancora considerati socialmente "giovani" nel mondo Kanak) sono presenti come membri del *Sénat Coutumier* già dalla riforma del 2010. Non è tuttavia lo stesso per le donne, le quali ancora timidamente accedono alla funzione di *assesseur coutumier* e sono solamente in via del tutto eccezionale nominate Capo clan, ovverosia nel caso in cui non abbiano fratelli che possano ricoprire l'incarico¹⁵⁰.

L'area di diritto consuetudinario deve successivamente nominare in assemblea generale i *sénateurs* per consenso con un quorum dell'80% dei membri dell'insieme delle *Chefferies du conseil coutumier*. Con la seconda votazione il quorum si abbassa al 50% e qualora dovesse persistere il disaccordo, i *sénateurs* possono essere eletti da un collegio detto dei "*grands coutumiers*"¹⁵¹. Il candidato ideale dovrebbe avere esperienza nell'ambito del diritto consuetudinario e in aggiunta in uno dei seguenti ambiti: sociale, educativo,

¹⁴⁹ Il testo della delibera n° 1-2015 è ugualmente presente all'interno del *Journal du Sénat Coutumier – La parole*, n° 22, maggio 2015

¹⁵⁰ Demmer C., Salomon C., *A propos du Sénat coutumier*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017

¹⁵¹ *Ibidem*

istituzionale o economico¹⁵². Continuando a leggere il testo della delibera, sembrerebbe il candidato ideale debba essere un disoccupato oppure un pensionato, poiché viene richiesta la sua totale disponibilità e assenza di ulteriori impegni che possano impedire gli spostamenti all'interno del paese e di rispondere degli incarichi.

Leggendo l'Accordo di Nouméa e la legge organica statutaria, appare come il *Sénat Coutumier* sia piuttosto stato concepito come organo volto a valorizzare il diritto consuetudinario locale e non come una istanza rappresentativa della società Kanak¹⁵³. La funzione principale dell'organo è partecipare al procedimento legislativo in quegli ambiti legati al diritto consuetudinario, come una navetta parlamentare. Infatti, relativamente a determinati ambiti, ogni progetto o proposta di *loi du pays* depositata al Congresso viene trasmessa al *Sénat Coutumier* da parte del presidente del Congresso. I progetti e le proposte di legge sottoposti a questo procedimento riguardano i segni identitari, lo stato civile di diritto consuetudinario, il confine delle aree di diritto consuetudinario, le modalità di elezione dei membri del *Sénat coutumier* e dei *Conseils coutumiers*, il regime delle terre di diritto consuetudinario e la definizione dei contratti di locazione destinati al rapporto tra proprietari terrieri di diritto consuetudinario e conduttori dei terreni¹⁵⁴. Il *Sénat Coutumier* delibera sul progetto o la proposta di *loi du pays* nei due mesi dalla sua consultazione. Se non si è ancora pronunciato durante questo lasso di tempo, si ritiene abbia acconsentito al testo. Il testo adottato dal *Sénat coutumier* è successivamente sottoposto alla deliberazione del Congresso. Se il Congresso non adotta un testo identico a quello adottato dal *Sénat Coutumier*, questo è nuovamente consultato sul testo votato dal Congresso. Se il *Sénat Coutumier* non adotta il testo in termini identici rispetto al testo presentato entro un mese, il Congresso delibera definitivamente¹⁵⁵.

È inoltre consultato dal presidente del governo, dal presidente del Congresso o dal presidente di un'assemblea di provincia sui progetti o le proposte di delibera interessanti l'identità Kanak, oppure ancora dall'Alto Commissario sulle questioni riguardanti la competenza dello Stato. Aldilà delle attribuzioni elencate fino a questo momento, il *Sénat* gioca un ruolo importante per cui spesso incontra difficoltà nel realizzarlo. Uno dei suoi obiettivi è quello di elaborare un catasto delle terre di diritto consuetudinario, presumibilmente entro la fine del 2020¹⁵⁶. Creare un catasto delle terre di diritto consuetudinario significa scrivere la storia dei gruppi sul territorio, tenendo in considerazione la storia antica, il periodo della decolonizzazione e la storia contemporanea. Questo

¹⁵² Il testo della delibera n° 1-2015 è ugualmente presente all'interno del *Journal du Sénat Coutumier – La parole*, n° 22, maggio 2015

¹⁵³ Demmer C., Salomon C., *A propos du Sénat coutumier*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017

¹⁵⁴ Articolo 142, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

¹⁵⁵ Articolo 143, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

¹⁵⁶ Piano strategico 2015-2020 del *Sénat Coutumier* disponibile al sito web <http://www.senat-coutumier.nc/actions-du-senat/objectifs-annuels>

ristabilimento del legame alla terra potrebbe avere un'influenza sulla questione identitaria, minacciata dall'incertezza e dai conflitti sull'attribuzione delle terre¹⁵⁷.

Per quanto concerne l'organizzazione interna, il presidente del *Sénat Coutumier* organizza e dirige i suoi lavori solamente in seguito alla riforma del 2009. Precedentemente, il *Sénat* era gestito come servizio del Governo della Nuova Caledonia. La presidenza è a rotazione per permettere ad ogni area di diritto consuetudinario di ricoprire l'incarico.

Analizzate le caratteristiche del funzionamento del *Sénat Coutumier*, è possibile definire il bicameralismo in Nuova Caledonia come bicameralismo mediano, essendovi una netta asimmetria tra i poteri del Congresso e quelli del *Sénat Coutumier*¹⁵⁸. In effetti, quest'ultimo per la maggior parte dei settori dispone unicamente di un potere di tipo consultativo. La sua consultazione obbligatoria è ancorata ai progetti e proposte riguardanti l'identità Kanak, essendo invece facoltativa in tutti gli altri casi. Inoltre, il *Sénat* dispone di un diritto di iniziativa indiretta, su proposte legislative riguardanti l'identità Kanak, potendo interpellare il Congresso, il Governo o un'assemblea di provincia.

È opportuno adesso interrogarsi sul ruolo che potrebbe ricoprire il *Sénat Coutumier* nei prossimi anni e come potrebbe evolvere il suo ruolo istituzionale rispetto alle vicende sulla sovranità e indipendenza della Nuova Caledonia. Per analizzarlo, conviene partire da un approccio di tipo comparatistico, tenendo in considerazione il processo di emancipazione e la decolonizzazione nell'Oceano Pacifico. Diversi aspetti accomunano gli Stati del Pacifico, tra cui le piccole dimensioni del territorio, la popolazione, il carattere insulare, l'esperienza coloniale europea e le conseguenze sullo sfruttamento delle risorse. I preamboli delle diverse Costituzioni dei paesi del Pacifico testimoniano come il desiderio di indipendenza abbia alimentato un sentimento di fierezza e attaccamento legato ai valori culturali del passato, precedenti alla dominazione europea¹⁵⁹. Una ulteriore difficoltà comune ai vari Stati risiedeva nella conciliazione fra diritto consuetudinario locale, valori della modernità e creazione di istituzioni politiche di tipo occidentale, già favorite dalle autorità coloniali che promuovevano l'indipendenza.

Un caso complesso cui rivolgere particolare attenzione è quello di Figi, in cui gli autoctoni figiani erano divenuti una minoranza nel loro stesso paese¹⁶⁰. La coesione culturale, economica e sociale della comunità sostenuta dall'amministrazione era considerata necessaria per proteggere gli interessi e l'identità della comunità autoctona. La comunità di figiani decise di accettare la creazione di uno stato della popolazione autoctona all'interno dello stesso stato, mediante l'istituzione di un Gran Consiglio dei Capi con controllo sul Parlamento.

Il problema del diritto consuetudinario fu altrettanto ricco di controversie nel Vanuatu¹⁶¹. La questione fu resa particolarmente complicata da questioni politiche, finché il Consiglio dei Capi non ottenne delle funzioni consultative sulle materie legate al diritto consuetudinario e alla proprietà della terra. Nel Vanuatu

¹⁵⁷ Demmer C., Salomon C., *A propos du Sénat coutumier*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017

¹⁵⁸ *Ibidem*

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ *Ibidem*

¹⁶¹ *Ibidem*

il Parlamento è obbligato ad assicurare un ruolo ai Capi nell'amministrazione locale e nell'amministrazione della giustizia. Un rappresentante del Consiglio è inoltre membro di una commissione della magistratura. Infine, l'articolo 83 della Costituzione del Vanuatu prevede che i Capi di diritto consuetudinario siano rappresentati in ogni consiglio regionale.

L'evoluzione del *Sénat Coutumier* si inserisce in questo contesto e seguendo il processo di emancipazione della Nuova Caledonia potrebbe nei prossimi anni rivendicare più importanti poteri e una partecipazione più decisiva nel procedimento legislativo, per poter rappresentare la società Kanak nel suo insieme. Oltre agli obiettivi prefissati dagli attuali membri in carica nel piano strategico 2015-2020, la creazione di una commissione mista paritaria potrebbe rafforzare la posizione del *Sénat*, essendo ad oggi possibile da parte del Congresso ignorare le prese di posizione dell'istituzione di diritto consuetudinario, persino in materia di usi e costumi. Questo permetterebbe un dialogo tra le due camere che sia più conforme alla tradizione melanesiana e alla tradizione parlamentare francese, poiché riprenderebbe un meccanismo esistente a livello nazionale. D'altronde, una maggiore considerazione e tutela dell'identità Kanak si otterrebbe mediante l'estensione della competenza del *Sénat Coutumier* a tutte le materie riguardanti le *lois du pays*, ma soprattutto rendendo l'istituzione accessibile anche alle donne e realizzando la parità di genere anche concretamente nella realtà¹⁶².

3. La “Carta del Popolo Kanak”: un documento complementare all’Accordo di Nouméa

L'Accordo di Nouméa ha inaugurato un periodo ventennale di necessaria transizione per poter dar luogo alla decolonizzazione. Durante questo periodo la Nuova Caledonia ha potuto sviluppare la capacità di saper governare un paese con due grandi comunità e diversità culturali, avendo come obiettivo la creazione di un “*destino comune*”. Il riconoscimento dell'identità Kanak non è stato tuttavia sufficiente a permettere al diritto consuetudinario e autoctono Kanak di inserirsi a lungo termine all'interno dell'ordinamento giuridico della Nuova Caledonia¹⁶³. Un momento chiave nella storia del diritto consuetudinario Kanak è l'autoproclamazione della Carta del Popolo Kanak, mediante cui le *Chefferies* hanno per la prima volta messo per iscritto i principi fondamentali del diritto Kanak e promosso l'idea di “pluralismo giuridico cooperativo”.

Il pluralismo giuridico non è ancora propriamente identificato nell'universo giuridico e istituzionale francese; questo è dovuto all'ideologia dominante dello Stato giacobino e ai meccanismi del monismo giuridico¹⁶⁴. Per questa ragione, quando il legislatore francese ha integrato nella Costituzione il titolo I degli orientamenti sull'identità Kanak¹⁶⁵, non è stato redatto alcun testo esemplificativo

¹⁶² *Ibidem*

¹⁶³ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 357

¹⁶⁴ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 359

¹⁶⁵ Il titolo I degli orientamenti all'interno dell'Accordo di Nouméa riguarda l'identità Kanak e comprende: 1.1 Lo stato civile di diritto consuetudinario; 1.2 Diritto e strutture consuetudinarie; 1.3 Il patrimonio culturale; 1.4 La terra; 1.5 I simboli

che indicasse come il diritto consuetudinario Kanak fosse divenuto alla pari della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, una fonte giuridica applicabile in Nuova Caledonia. Questa dimensione essenziale, che ha permesso il riconoscimento politico del popolo Kanak, emergerà unicamente mediante un procedimento di auto-costruzione, il cui culmine sarà appunto la già precedentemente citata "Carta del Popolo Kanak".

Il modello giuridico dominante nella società contemporanea richiede ormai esclusivamente prove scritte e le testimonianze orali sono tollerate unicamente in via del tutto eccezionale. Questo scenario rende complicate le condizioni nelle quali al giorno d'oggi il diritto consuetudinario evolve. Affinché possa conservare la sua forza vitale, il diritto consuetudinario necessita di chiarire la discussione sulla sua forma e la sua scrittura, tenendo in considerazione come, una volta messo per iscritto, rischierebbe di perdere le sue caratteristiche fondamentali legate all'oralità e al caso concreto¹⁶⁶. Il diritto consuetudinario comprende tutte le norme e decisioni di diritto consuetudinario scritto e applicato, le leggi e regolamenti dell'identità Kanak, gli atti di diritto consuetudinario e la giurisprudenza. Sul piano della scrittura, il diritto consuetudinario non può essere paragonato al diritto comune francese che è retto quasi in tutti gli ambiti da codici, giurisprudenza e massime dottrinali¹⁶⁷. Per assicurare uguaglianza, appare impossibile redigere codici che seguono le regole formali e dottrinali del monismo francese. Il *Sénat coutumier*, con la proclamazione della Carta del Popolo Kanak, è andato al di là di questi limiti per promuovere i valori del diritto consuetudinario Kanak e costruire un "pluralismo giuridico cooperativo", con lo stesso spirito inaugurato dall'Accordo di Nouméa.

L'articolo 6 della delibera del *Sénat Coutumier* del 23 aprile 2013 preparatoria alla proclamazione della Carta, ne precisa gli obiettivi: «di iscrivere il diritto consuetudinario all'interno di un processo di creazione del pluralismo giuridico equilibrato, in cui il diritto consuetudinario avrà il posto che gli spetta in tutte le aree del diritto; di lavorare all'elaborazione di una base comune di valori riconosciuti da tutte le autorità e istituzioni di diritto consuetudinario delle otto aree, tenendo in considerazione i diritti fondamentali e la natura evolutiva del diritto consuetudinario».

La proclamazione della Carta del Popolo Kanak è avvenuta il 26 aprile 2014 a Kowe Kara nella città di Nouméa durante la prima festa culturale dell'igname organizzata nel paese dal *Sénat Coutumier*¹⁶⁸. La Carta del Popolo Kanak è stata adottata da 262 *Chefferies* (78% del totale) e da 56 distretti (95% del totale)¹⁶⁹. Il *Sénat Coutumier* ha dunque pubblicato sul giornale ufficiale della Nuova Caledonia la Carta del Popolo Kanak, concernente la base comune dei valori e principi fondamentali della civiltà Kanak. La sua redazione risponde a diverse

¹⁶⁶ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 366-368

¹⁶⁷ *Ibidem*

¹⁶⁸ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 377

¹⁶⁹ Un distretto comprende due o più *chefferies* organizzate in tribù. Ad esempio, il distretto di Wet (dell'area Drehu) comprende 37 tribù. Il distretto di Touaourou comprende invece 2 tribù (area Djubéa-Kaponé). Le suddivisioni in distretti e *chefferies* sono un lascito della dominazione coloniale.

sfide, principalmente quattro, di cui la più importante resta la chiarezza del suo contenuto¹⁷⁰.

In primo luogo, era necessario definire la natura giuridica del documento e la scelta è ricaduta sulla Carta del Popolo Kanak. Secondo il vocabolario giuridico, il senso accordatogli è quello di un “documento che definisce diritti e doveri¹⁷¹”, come avviene allo stesso modo per la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea firmata a Nizza nel dicembre del 2000.

In secondo luogo, bisognava presentare un documento sintetico ma il più possibile completo del pensiero giuridico Kanak, per cui ogni individuo con stato di diritto consuetudinario potesse immedesimarvisi ma al contempo essere consapevole delle differenze regionali del diritto consuetudinario.

Successivamente, la terza sfida era quella di fornire un documento attendibile scientificamente e rappresentativo. La sua funzione di sintesi e di rielaborazione doveva permettere ad ogni membro della comunità Kanak di fare una scelta tra i concetti elaborati da etnologi, antropologi, missionari o dall’amministrazione coloniale.

Infine, era necessario rilasciare un documento di natura pragmatica e immediata, per permettere a coloro che non conoscono la cultura Kanak di comprenderne valori e principi.

La Carta del Popolo Kanak comprende un “Memoriale” e un “Preambolo”, che espone la storia del popolo autoctono Kanak collegando la storia precoloniale con i 160 anni di colonizzazione francese, l’evangelizzazione, la privazione delle terre originarie, la destrutturazione della società Kanak e la necessità di realizzare un nuovo progetto di società. Il memoriale della Carta del Popolo Kanak fornisce una propria e diversa chiave di lettura dell’antefatto storico, illustrando una diversa prospettiva rispetto a quella narrata dal Preambolo dell’Accordo di Nouméa. Il Preambolo che segue il Memoriale ha come obiettivo quello di introdurre l’impegno collettivo di salvaguardare e promuovere valori e principi fondamentali della civiltà Kanak. Questo impegno si fonda sulla storia del popolo Kanak, si inserisce come complemento necessario all’Accordo di Nouméa e nel rispetto dei diritti dell’uomo e dei diritti dei popoli autoctoni¹⁷².

Il capitolo I della Carta presenta i diciotto valori della società Kanak, tra cui compaiono il legame con il territorio e con la storia, il soffio della vita degli zii materni, il rapporto con il proprio clan, la solidarietà e il consenso verso valori come il rispetto, la libertà, la dignità e l’uguaglianza¹⁷³. Il capitolo II della Carta illustra invece i principi generali della civiltà Kanak. Le sei sezioni di cui il capitolo si compone trattano degli elementi costitutivi della vita in società Kanak, come l’organizzazione sociale, il ciclo della vita e della persona, il legame con la terra, le risorse, i saperi tradizionali, la cultura e l’educazione e infine i conflitti e le

¹⁷⁰ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 378

¹⁷¹ Definizione del vocabolario giuridico di Gérard C., Edizione PUF, II edizione del 2012, p.166

¹⁷² Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 378-380

¹⁷³ *Carta del Popolo Kanak*, disponibile sul sito web www.senatcoutumier.nc, Nouméa, 2014, pp. 11-13. Testo riportato in appendice.

giurisdizioni¹⁷⁴. Infine, il capitolo III concerne l'esercizio del diritto all'autodeterminazione del popolo Kanak, rapportato alla zona di influenza del diritto consuetudinario¹⁷⁵. Il diritto all'autodeterminazione comprende la sovranità interna al livello delle *chefferies* e dei distretti, e la sovranità esterna attraverso il principio del consenso preventivo e informato.

Alla pari della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che proclama l'esistenza della Nazione sulla base della somma di cittadini liberi e uguali, la Carta del Popolo Kanak dona un contenuto sociale e contemporaneo alla civiltà Kanak e all'insieme delle autorità di diritto consuetudinario¹⁷⁶. La Carta del Popolo Kanak frutto dell'auto-definizione e auto-costruzione avviata dalle *Chefferies*, ha rafforzato la legittimità del diritto consuetudinario Kanak e la sua espressione nello spazio giuridico e sociale della Nuova Caledonia. Prima dell'Accordo di Nouméa, questa legittimità corrispondeva perlopiù a una realtà di fatto e soltanto successivamente all'Accordo diventa una realtà di diritto riconosciuta dalla Costituzione francese. Il diritto consuetudinario è riconosciuto ufficialmente come fonte di diritto particolare per gli individui, beni e terre con stato civile di diritto consuetudinario Kanak¹⁷⁷. Di conseguenza, in seguito alla sua adozione da parte della maggioranza delle autorità di diritto consuetudinario, la Carta del Popolo Kanak diviene parte dell'ordinamento giuridico di diritto consuetudinario¹⁷⁸. La Carta è dunque espressione scritta del diritto consuetudinario Kanak e ingloba tutti gli aspetti della vita in società. Al livello del diritto scritto, diventa fonte attuale e a partire dalla sua proclamazione, ogni atto, legge e regolamentazione della civiltà Kanak dovrà osservare i valori e principi sanciti dalla Carta del Popolo Kanak¹⁷⁹.

È opportuno notare come il "popolo Kanak" cui si fa riferimento all'interno della Carta, indica tutti gli individui aventi stato civile di diritto consuetudinario: si tratta di una divergenza fondamentale rispetto alla definizione proposta dal F.L.N.K.S. nel progetto di Costituzione inviato all'ONU nel 1987 e che descrive il "popolo Kanak" come «una comunità nazionale e pluriethnica, libera, unita e sovrana, fondata sulla solidarietà dei suoi diversi elementi»¹⁸⁰. Al contrario, nella Carta del Popolo Kanak del 2014, l'esercizio della sovranità è competenza delle autorità di diritto consuetudinario, comprensive di tutti i Capi delle otto aree, riuniti nella Assemblea del Popolo Kanak.

In conclusione, la Carta del Popolo Kanak si inserisce nel processo di decolonizzazione della Nuova Caledonia, senza tener conto della possibile futura situazione politica dell'arcipelago e la sua formale relazione con la Francia con la conclusione dell'Accordo di Nouméa e del periodo ventennale di transizione. A

¹⁷⁴ *Carta del Popolo Kanak*, disponibile sul sito web www.senatcoutumier.nc, Nouméa, 2014, pp. 14-28. Testo riportato in appendice.

¹⁷⁵ *Carta del Popolo Kanak*, disponibile sul sito web www.senatcoutumier.nc, Nouméa, 2014, pp. 29-31. Testo riportato in appendice.

¹⁷⁶ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 pp. 378-380

¹⁷⁷ Articoli 7 e 18, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

¹⁷⁸ Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020 p. 381

¹⁷⁹ *Ibidem*

¹⁸⁰ Demmer C., Salomon C., *A propos du Sénat coutumier*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., L'Harmattan, 2017

questo punto, pur ricoprendo un ruolo decisivo relativamente al diritto consuetudinario, la Carta del Popolo Kanak non ha immediata o diretta forza legale rispetto all'ordinamento giuridico attualmente vigente in Nuova Caledonia e il suo impatto sul diritto consuetudinario Kanak è in fase di elaborazione e continua ancora oggi ad essere oggetto di studio.

4. L'integrazione del diritto consuetudinario nel *corpus normativo* contemporaneo in Nuova Caledonia

L'integrazione del diritto consuetudinario all'interno del *corpus* normativo della Nuova Caledonia presuppone una approfondita analisi degli organi la cui funzione è quella di applicare nel caso concreto il diritto consuetudinario. Un potente vettore di integrazione del diritto consuetudinario risiede nelle regole dei conflitti interni fra norme, e soprattutto oggi in seguito al trasferimento di competenze in materia di diritto civile è necessario che queste siano oggetto di studio.

4.1 L'istituzione della carica di «*assesseur coutumier*» con l'ordinanza del 15 ottobre 1982¹⁸¹

Lo scenario che si prospetta alla vigilia dell'ordinanza del 1982 è controverso, poiché sorgono legittimamente dubbi sulle modalità e sull'applicazione del diritto consuetudinario. Si prospettano tre diverse ipotesi: la separazione fra istituzioni giurisdizionali di diritto comune e istituzioni giurisdizionali di diritto consuetudinario, l'associazione o cooperazione fra ordinamento giuridico di diritto comune e ordinamento giuridico di diritto consuetudinario, oppure infine un netto rigetto delle norme di diritto consuetudinario¹⁸². L'esposizione dei motivi dell'ordinanza aiuta a comprendere l'orientamento finale; a partire dalla constatazione dell'esistenza dei due stati di diritto civile, i redattori pongono il principio per cui le cause le cui parti abbiano lo stato civile di diritto consuetudinario possono essere sia regolate dalle autorità di diritto consuetudinario, sia da parte di un tribunale civile.

Gli *assesseurs coutumiers* sono giudici non di professione che giudicano accanto al magistrato nelle cause di diritto civile riguardanti il diritto consuetudinario Kanak¹⁸³. L'ordinanza n°82-877 del 15 ottobre 1982 che istituisce la carica dell'*assesseur coutumier* ha dato alla luce una istituzione giudiziaria unica nel suo genere nell'area del Pacifico. L'obiettivo dell'ordinanza è quello di permettere la partecipazione dei cittadini con stato civile di diritto consuetudinario al funzionamento della giustizia e di rendere maggiormente accessibile il diritto consuetudinario Kanak ai magistrati. Inoltre, l'ordinanza testimonia la capacità del sistema francese di accogliere all'interno del suo quotidiano funzionamento la diversità giuridica di un sistema non occidentale. La durata della carica è di due anni e in vista della nuova designazione il procuratore generale sollecita i *Conseils Coutumiers* delle otto aree in cui è diviso il paese a

¹⁸¹ Il testo dell'ordinanza è riportato in appendice

¹⁸² Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in Revue ASPECTS, n° 3, 2008, pp. 81-96

¹⁸³ <https://www.cours-appel.justice.fr/noumea/les-assesseurs-coutumier>

stilare una lista di persone idonee, per la loro conoscenza del diritto consuetudinario, a ricoprire il ruolo. Le candidature sono esaminate dall'Assemblea Generale dei magistrati della Corte d'Appello, che si assicura della validità e dell'esperienza dei candidati.

Il giudice in Nuova Caledonia è portato, quando competente in una causa di diritto civile, a determinare se ricorrere alle norme di diritto comune, alle norme di diritto particolare locale o addirittura alle norme di diritto consuetudinario. Lo stato di diritto consuetudinario, derogatorio rispetto a quello di diritto comune, ha delle conseguenze giuridiche non soltanto in merito alla composizione dell'organo giudicante chiamato a pronunciarsi, ma ugualmente in merito alla norma applicabile al caso specifico¹⁸⁴. Nel caso in cui sia da applicare il diritto consuetudinario alla causa pendente dinanzi al tribunale civile, l'organo giudicante dovrà essere composto, oltre che dal magistrato, anche da *assesseurs coutumiers* in numero pari¹⁸⁵.

Nonostante l'ordinanza sia datata 1982, il vero e proprio inizio dell'incarico degli *assesseurs coutumiers* avviene soltanto nel 1990, in seguito all'emanazione della Legge del 13 giugno 1989 che istituisce le sezioni distaccate del Tribunale di prima istanza di Nouméa, Koné e Wé, nel cuore delle terre della popolazione Kanak¹⁸⁶. Il diritto consuetudinario Kanak è stato per lungo tempo messo da parte e gli stessi giudici si rifiutavano di pronunciarsi, dichiarandosi incompetenti quando le parti fossero di stato civile di diritto consuetudinario e rinviandole alle autorità tradizionali. Anche la Corte di Cassazione francese è intervenuta sulla questione, con la sentenza del 6 febbraio 1991 per ricordare l'obbligo per il giudice di convocare gli *assesseurs coutumiers* e affermando: «nel territorio della Nuova Caledonia, quando il tribunale di prima istanza e la Corte d'Appello sono aditi in una causa pendente tra cittadini di stato civile particolare e su materie regolate dallo statuto, queste giurisdizioni sono completate da *assesseurs* di diritto consuetudinario locale, in numero pari, salvo il caso in cui, di comune accordo, i cittadini hanno reclamato davanti al tribunale l'applicazione per la causa pendente delle regole di diritto comune relative alla composizione della giurisdizione¹⁸⁷».

Il diritto consuetudinario Kanak è attualmente in piena evoluzione. Le tradizioni Kanak non sono semplicemente prese in considerazione in maniera accessoria dal diritto della Nuova Caledonia, ma cominciano a farne direttamente parte, elaborando un sistema di pluralismo giuridico¹⁸⁸. Il problema, a questo punto, è cercare di comprendere i confini dell'ambito entro il quale il diritto consuetudinario Kanak possa essere applicato. La legge organica n° 99-209 del 1999 all'articolo 7 menziona l'applicazione limitata all'ambito del diritto civile¹⁸⁹. Cosa tuttavia si intende per diritto civile?

Mediante due diverse pronunce, una del 2005 e l'altra del 2007, la Corte di Cassazione francese ha inquadrato lo stato civile di diritto consuetudinario:

¹⁸⁴ Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in *Droit et cultures*, n°60, 2010-2

¹⁸⁵ Articolo L. 562-20 del *Code de l'organisation judiciaire*

¹⁸⁶ Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in *Droit et cultures*, n°60, 2010-2

¹⁸⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 2, del 6 febbraio 1991, 88-19.862

¹⁸⁸ Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in *Droit et cultures*, n°60, 2010-2

¹⁸⁹ «Gli individui il cui stato personale, ai sensi dell'articolo 75 della Costituzione, è lo stato civile di diritto consuetudinario Kanak descritto dalla presente legge, rispondono della disciplina in materia di diritto civile del diritto consuetudinario locale»

l'individuo è sottoposto alle norme di diritto consuetudinario per *tutto* il diritto civile e *nient'altro* se non il diritto civile. Il principale quesito ricorrente, prima della pronuncia del 16 dicembre 2005, verteva sul significato da dare all'espressione "in materia di diritto civile" contenuta all'articolo 7 della Legge Organica, marcato da una opposizione tra le sezioni distaccate e la Corte d'Appello di Nouméa. I principali orientamenti erano tre¹⁹⁰.

Un primo orientamento, estensivo, comprendeva l'insieme del diritto civile, dunque non solamente le norme relative alla persona (capacità, famiglia), ma ugualmente le norme relative alle attività economiche e sociali, tra cui le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, le successioni, i regimi matrimoniali, i beni.

Un secondo orientamento, restrittivo, delimitava il campo del diritto consuetudinario ai soli diritti civili extrapatrimoniali e ai beni nel matrimonio e nelle successioni.

Un terzo orientamento, fondato su una volontà di pragmatismo giuridico, prevedeva l'applicazione del diritto consuetudinario Kanak limitatamente agli istituti effettivamente disciplinati dallo stesso.

La Cassazione francese consacra chiaramente un orientamento estensivo sulla materia di diritto civile disciplinata all'articolo 7 della Legge Organica del 1999. Se osservata, la disposizione si inserisce nella cornice dell'Accordo di Nouméa che mira a riscattare l'identità Kanak nella sua quotidianità. Precisando che lo stato civile di diritto consuetudinario riguarda le materie del diritto civile, si escludono tutte le altre materie non di diritto civile o di diritto privato. Questa esclusione concerne innanzitutto le materie non civili del diritto privato, tra cui il diritto commerciale e del lavoro. Il diritto penale è invece escluso dall'ambito dello stato civile di diritto consuetudinario. L'esclusione si fonda sul fatto che la legge penale, poiché protegge l'ordine pubblico e gli interessi della società nel suo intero, rileva della competenza dello Stato. Il principio di unità del diritto penale non è stato infranto dall'Accordo di Nouméa, né dalla Legge Organica. La legge penale si applica su tutto il territorio francese, metropolitano e d'oltremare, all'insieme degli individui che si trovino sul territorio e commettano un reato previsto dalla legge penale francese.

Nella società tradizionale Kanak, esistono delle autorità – Grandi Capi, Piccoli Capi, Consiglio degli Anziani – e delle sanzioni penali di diritto consuetudinario che da queste possono essere inflitte. La trasgressione, che può essere ad esempio un atto di violenza su una persona oppure la distruzione di un bene, può dare luogo ad una sanzione di diritto consuetudinario. Alcune delle sanzioni, tuttavia, costituiscono delle infrazioni ai sensi della legge penale francese, come ad esempio le bastonate, punizioni corporali, o ancora l'incendio di edifici¹⁹¹. Il pieno riconoscimento dell'identità Kanak potrebbe porre il problema della legittimità delle sanzioni, nel momento in cui il sanzionato dal diritto consuetudinario si rivolgesse al giudice statale poiché vittima di reato. In questo contesto, si è pronunciata la Corte di Cassazione francese affermando «che nessun testo riconosce alle autorità di diritto consuetudinario una qualsiasi

¹⁹⁰ Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in *Droit et cultures*, n°60, 2010-2

¹⁹¹ *Ibidem*

competenza per pronunciarsi e applicare delle sanzioni di carattere punitivo, nemmeno alle persone con stato civile di diritto consuetudinario¹⁹²».

Il diritto consuetudinario è in costante mutamento ed evolve insieme alla società; per questo motivo negli ultimi anni i tentativi di scrittura delle tradizioni giuridiche Kanak non hanno portato a risultati ottimali e la presa in considerazione soltanto di alcuni aspetti del diritto consuetudinario Kanak, conduce necessariamente a delle lacune da colmare. Da queste lacune, traspare come l'opposizione tra diritto comune e diritto consuetudinario riposi essenzialmente su una contraddizione nata dal pluralismo giuridico¹⁹³. Infatti, la definizione e l'ambito del diritto consuetudinario e dello stato civile Kanak sono analizzati e studiati, sia dalla Legge Organica che dalla Corte di Cassazione francese, con gli occhi e gli istituti di diritto comune. Il confine tra diritto civile, diritto penale, diritto pubblico, è un confine dettato dal giurista di diritto comune, mentre tuttavia analizza un diritto non appartenente al medesimo sistema e che necessiterebbe di una diversa chiave di lettura. Queste modalità, nonostante appaiano inevitabili per il giurista, sono in realtà poco conformi ad un approccio pluralista, interculturale, del pluralismo giuridico neocaledoniano.

4.2 Dirimere una controversia: quale diritto applicare e come?

L'integrazione del diritto consuetudinario all'interno del *corpus* normativo della Nuova Caledonia presuppone la comprensione del ruolo delle istituzioni nella conoscenza e messa in atto del diritto consuetudinario. Un potente vettore di integrazione del diritto consuetudinario risiede nelle regole dei conflitti interni fra norme, e soprattutto oggi in seguito al trasferimento di competenze in materia di diritto civile è necessario che queste siano messe in discussione¹⁹⁴. L'attenzione andrebbe riportata sui rapporti giuridici che riguardano unicamente persone aventi lo stato civile di diritto consuetudinario oppure persone aventi lo stato civile di diritto consuetudinario e di diritto comune. Tutti questi diversi rapporti comportano una approfondita analisi sulla competenza del diritto consuetudinario, oppure al contrario sulla competenza da lasciare al diritto civile comune. Si tratta di conflitti di natura personale, opposti ai conflitti di natura territoriale.

Un caso di conflitto di natura territoriale risulta dal trasferimento di competenze al Congresso della Nuova Caledonia, relativamente alla materia di diritto civile e lo stato civile¹⁹⁵. Il trasferimento di competenze è realizzato dalla *loi du pays* n° 2012-2 del 20 gennaio 2012¹⁹⁶, entrata in vigore il 1° luglio 2013.

¹⁹² Cour de Cassation, Chambre crim., 10 ottobre 2000, ricorso n° 00-81.959

¹⁹³ Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in *Droit et cultures*, n°60, 2010-2

¹⁹⁴ Cornut E., Deumier P., *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p. 303

¹⁹⁵ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 409-412

¹⁹⁶ *Loi du pays* n° 2012-2 del 20 gennaio 2012 relativa al trasferimento alla Nuova Caledonia di competenze dello Stato in materia di diritto civile, di regole concernenti lo stato civile e di diritto commerciale

La materia è precisata da un documento allegato alla *loi du pays* indicante come il trasferimento di competenze riguardi le materie dei primi quattro libri del *Code Civil* e le materie il cui oggetto ad esso si ricollegano, come ad esempio la comproprietà, la locazione, la proprietà intellettuale e artistica. Sono invece escluse le disposizioni sulla nazionalità, l'articolo 9 del *Code Civil* sulla protezione della vita privata, i principi relativi al rispetto del corpo umano, le disposizioni degli articoli 544 e 545 del *Code Civil* sul carattere fondamentale del diritto di proprietà, il titolo V e il capitolo III del titolo II del libro I che assicurano il rispetto della libertà matrimoniale e, infine, le regole sulla libertà di associazione¹⁹⁷. A partire dal 1° luglio 2013 il Congresso della Nuova Caledonia ha il potere di emanare leggi proprie in materia civile e commerciale e le leggi emanate dal Parlamento francese relativamente ai suddetti ambiti non saranno più applicabili in Nuova Caledonia. Passo dopo passo, il diritto civile caledone si distanzia dal diritto civile della Francia metropolitana e pone nuove questioni da risolvere.

La prima questione riguarda la definizione delle regole di conflitto che permettano di scegliere tra diritto civile metropolitano e diritto civile caledone. La *loi du pays* non ha in alcun modo tentato di risolvere la questione, che al momento è unicamente affrontata da studi dottrinali e i giudici prima o poi dovranno risponderci in aula, interfacciandosi con un caso concreto.

La seconda, maggiormente legata al problema dell'integrazione del diritto consuetudinario Kanak, riguarda la nozione stessa di "diritto comune". Oggi il diritto civile non è più unitario a causa del trasferimento di competenze normative e dell'esistenza sia di un diritto civile "metropolitano" che di un diritto civile "caledone"¹⁹⁸. Trattandosi di conflitti di norme tra diritto consuetudinario e diritto civile comune, è necessario dare una definizione al "diritto comune", poiché la Legge Organica del 19 marzo 1999 fornisce la competenza al "diritto civile comune" nel caso di litigi misti¹⁹⁹. L'articolo 9 della Legge Organica resta emblematico e risulta necessario comprendere se per "diritto comune" s'intenda il diritto civile metropolitano o diversamente quello caledone. Più che una reinterpretazione della Legge Organica, è necessaria una modifica e una nuova elaborazione dell'articolo, poiché ormai il diritto civile applicabile non è lo stesso in ogni controversia²⁰⁰. Infatti, se possiamo affermare con certezza che il diritto civile applicabile in una controversia fra cittadino caledone Kanak e un cittadino caledone non Kanak sia il diritto civile caledone perché la controversia è interna alla Nuova Caledonia, non possiamo ugualmente avere la certezza in una controversia tra un cittadino francese non Kanak e non caledone da una parte e

¹⁹⁷ *Ibidem*

¹⁹⁸ Gli aggettivi "metropolitano" e "caledone" sono utilizzati per ragioni di semplificazione, facendo in realtà riferimento al diritto civile adottato dalle autorità legislative nazionali e al diritto civile adottato dalle autorità legislative locali.

¹⁹⁹ Articolo 9, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999: "Nei rapporti giuridici tra parti in cui una abbia stato civile di diritto comune e l'altra lo stato civile di diritto consuetudinario, si applica il diritto comune. Nei rapporti giuridici tra parti non aventi lo stato civile di diritto comune ma rilevanti stati personali differenti, si applica il diritto comune a meno che le parti non dispongano diversamente tramite una clausola espressa contraria"

²⁰⁰ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 409-412

un cittadino con stato civile di diritto consuetudinario dall'altra. I conflitti tra norme che sorgono in Nuova Caledonia affondano le loro radici nella complessità del tessuto giuridico caledone; le norme suscettibili di entrare in concorrenza fra loro per disciplinare una medesima questione giuridica sono le norme prodotte a livello nazionale, le norme elaborate dal Congresso della Nuova Caledonia e infine le norme di diritto consuetudinario²⁰¹.

La legittimità del diritto consuetudinario è costantemente messa in discussione, poiché *corpus* normativo che si applica ad una comunità particolare della popolazione francese. Questa legittimità è consacrata solennemente dall'articolo 75 della Costituzione, che garantisce la possibilità per alcune comunità di vivere osservando i propri usi e costumi²⁰². Accettare il pluralismo giuridico non comporta che ogni volta in cui entri in gioco il diritto consuetudinario questo venga scartato, poiché ci si ridurrebbe a negare *in toto* al diritto consuetudinario il posto che gli spetta. Inoltre, occorre domandarsi se il giudice debba comportarsi con il diritto consuetudinario Kanak nella stessa maniera in cui si comporterebbe con una legge straniera, applicando il diritto internazionale privato. Può dunque il giudice optare per l'applicazione sussidiaria del diritto civile nei casi in cui le soluzioni proposte dal diritto consuetudinario entrino in contraddizione con i valori e principi fondamentali del diritto francese? La questione è di cruciale importanza, poiché sotto diversi aspetti le norme di diritto consuetudinario confliggono effettivamente con l'ordine pubblico internazionale francese²⁰³. Si pensi ad esempio al principio dell'uguaglianza tra sessi, declinato nell'uguaglianza tra sposi o uguaglianza tra genitori²⁰⁴. Si pensi anche alla possibilità riconosciuta nel diritto francese di liberarsi del legame coniugale, al principio di uguaglianza in ambito successorio o ancora al diritto di stabilire la filiazione. Questi principi possono in effetti non essere compresi in alcune soluzioni del diritto consuetudinario²⁰⁵.

A primo impatto, la maggior parte dei testi condizionano le norme di diritto consuetudinario al rispetto dell'ordine pubblico inteso nella sua accezione stretta di valori e principi fondamentali. Allo stesso modo, l'articolo 34 della

²⁰¹ *Ibidem*

²⁰² Articolo 75 della Costituzione francese; cfr. articolo 7 della legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

²⁰³ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 413-418

²⁰⁴ Ricordiamo come la Carta del Popolo Kanak abbia una impostazione fortemente patriarcale; leggiamo ad esempio all'articolo 68: "L'uomo ha autorità sulla terra e la donna sui figli, la loro educazione e la vita in famiglia. La donna è l'essere sacro che dona la vita e deve essere rispettata come tale. Ella ha un ruolo di coesione sociale all'interno della famiglia e del clan."

²⁰⁵ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 413-418

Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni²⁰⁶ riconosce a questi popoli «il diritto di promuovere, di sviluppare e di conservare le loro strutture istituzionali e il loro diritto consuetudinario, spiritualità, tradizioni, procedure o pratiche particolari e, nel caso in cui esistano, i loro sistemi o usi giuridici, in conformità con le norme internazionali relative ai diritti dell'uomo». L'articolo 46 del medesimo testo afferma inoltre: «nell'esercizio dei diritti enunciati nella presente Dichiarazione, i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali di ogni individuo sono rispettati». Il riconoscimento dello stato particolare di diritto consuetudinario e l'accettare le sue soluzioni resterebbe quindi dipendente dalla conformità a quello che è nominato in diritto internazionale privato francese l'"ordine pubblico internazionale".

Una notevole evoluzione si è tuttavia prodotta intorno agli anni 2000 e a partire da allora, sono state registrate un certo numero di decisioni che integrano il diritto consuetudinario all'interno dell'ordinamento giuridico caledone²⁰⁷. Adesso è necessario passare alla trattazione dei rapporti giuridici misti, ovverossia i rapporti che coinvolgono parti di almeno due comunità differenti. Nella maggior parte dei casi, si tratta di rapporti fra cittadini con stato di diritto comune e cittadini con stato di diritto consuetudinario. L'attuale regola comporta l'applicazione del diritto comune; la norma è posta in termini generali all'articolo 9 della Legge Organica²⁰⁸ ed è spesso inadatta alle controversie che nel concreto un giudice si possa trovare a dirimere.

In Nuova Caledonia prima dell'adozione della Legge Organica, la regola risultava dall'articolo 42 della delibera del 3 aprile 1967, che impone la competenza esclusiva dell'ufficiale di stato civile per i matrimoni misti²⁰⁹. Da una interpretazione *a contrario* del medesimo testo, si ricava invece la regola per cui l'applicazione del diritto consuetudinario si ha unicamente in materia di matrimonio, scioglimento del matrimonio e adozione, quando siano coinvolte parti con stato civile di diritto particolare. Il contributo della Legge Organica è stato di generalizzare il principio di superiorità del diritto comune. L'articolo 9 ingloba esplicitamente l'insieme della materia civile e non si limita unicamente al diritto di famiglia. In Nuova Caledonia, il riconoscimento dello stato civile di diritto particolare non ha mai significato che questo potesse ambire ad un ruolo giuridico uguale a quello riconosciuto allo stato civile di diritto comune²¹⁰.

Questa concezione gerarchica fra diritti ha avuto due principali risvolti. Innanzitutto, la regola del conflitto tra norme, oggi ancora enucleata all'articolo 9

²⁰⁶ *Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni*, Risoluzione 61/295 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/61/295, 107^a seduta plenaria, 13 settembre 2007

²⁰⁷ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p.451

²⁰⁸ Articolo 9, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

²⁰⁹ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p.452-453

²¹⁰ *Ibidem*

della Legge Organica, fa sistematicamente primeggiare il diritto comune sul diritto consuetudinario nei rapporti giuridici misti. In secondo luogo, le norme che reggevano il cambiamento di stato civile erano deliberatamente orientate verso l'idea che un cambio di stato civile dovesse unicamente essere a favore del diritto comune. In altre parole, i cittadini francesi con stato civile di diritto consuetudinario Kanak potevano rinunciare al loro stato civile particolare per passare allo stato civile di diritto comune e in maniera irreversibile, poiché ciò costituiva un progresso, ma in nessun caso era possibile rinunciare allo stato civile di diritto comune per ottenere lo stato civile di diritto consuetudinario Kanak. Queste norme esprimevano giuridicamente la logica assimilazionista del legislatore fino all'Accordo di Nouméa²¹¹. La soluzione tradizionale che impone l'applicazione del diritto civile comune nei rapporti giuridici misti è in vigore ancora oggi, ma la norma dovrebbe essere ripensata per una serie di ragioni.

La prevalenza del diritto civile non rispetterebbe né il principio dell'uguaglianza tra stati di diritto civile, stabilita dalla Legge Organica, né l'affermazione implicita della giuridicità del diritto consuetudinario Kanak stabilita dall'Accordo di Nouméa²¹². Attribuendo una competenza sistematica al diritto comune per reggere i rapporti giuridici misti, l'articolo 9 della Legge Organica ripone il diritto consuetudinario in una posizione di inferiorità. La regola indica come il legislatore non prenda in considerazione l'ipotesi di una persona con stato civile di diritto comune che si sottoponga allo stato civile di diritto consuetudinario; non può dirsi lo stesso dell'ipotesi contraria. Inoltre, questa regola gerarchica di conflitti tra norme conduce a volte a un collegamento artificiale di alcune situazioni al diritto civile, nonostante queste siano vissute nel mondo del diritto consuetudinario. Ad esempio, un matrimonio può essere celebrato tra una persona con stato civile di diritto consuetudinario e una persona con stato civile di diritto comune che vivono la loro vita coniugale in una tribù, partecipando in società secondo il diritto consuetudinario, ma la loro relazione coniugale è disciplinata dal diritto civile comune. La regola sul conflitto tra norme produce in questo caso un collegamento artificiale, poiché la relazione coniugale in questo caso potrebbe essere interamente retta dalle norme di diritto consuetudinario.

È necessario trovare soluzioni al conflitto tra norme più aperte al diritto consuetudinario. Questo costituirebbe un progresso in termini di uguaglianza fra stati di diritto civile e di adeguatezza al caso concreto, basandosi sulla prossimità di una situazione al diritto comune piuttosto che al diritto consuetudinario. Le nuove disposizioni sul conflitto tra norme promuoverebbero un importante vettore di integrazione del diritto consuetudinario all'interno del *corpus* normativo caledone²¹³. Tenendo in considerazione il fatto che i legami creati dal diritto consuetudinario tra persone, clan e terra, formano delle interdipendenze sconosciute al diritto civile, dobbiamo ammettere che il diritto consuetudinario

²¹¹ Cornut E., *Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil*, in *Journal du Droit International* 2014, doctr. 3, p.57

²¹² *Ibidem*

²¹³ Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p.454-455

non può applicarsi a tutti i rapporti giuridici misti frutto del pluralismo giuridico. Il diritto consuetudinario potrebbe legittimamente vedersi riconosciuto un campo di competenza più largo rispetto a quello odierno. Ad esempio, la forma – civile o di diritto consuetudinario – del matrimonio, scelta liberamente dagli sposi, potrebbe essere interpretata come una “opzione di legislazione”, determinante la norma applicabile agli effetti del matrimonio e allo scioglimento del vincolo. Bisogna dunque ricercare con lucidità delle soluzioni maggiormente equilibrate e il diritto internazionale privato potrebbe offrire degli strumenti utili per poter stabilire delle nuove regole di risoluzione dei conflitti tra norme²¹⁴.

²¹⁴ *Ibidem*

CAPITOLO III

GLI ISTITUTI DI DERIVAZIONE CONSUETUDINARIA KANAK A CONFRONTO CON IL DIRITTO COMUNE

1. Diritto di Famiglia

Il contenzioso di diritto consuetudinario nell'ambito del diritto di famiglia è uno dei più emblematici: sia da un punto di vista quantitativo che da un punto di vista qualitativo è ricco di decisioni che permettono di analizzare i lati più diversi di usi e costumi vissuti nella quotidianità. L'obiettivo di questo paragrafo e anche dell'intero capitolo è quello di mettere a confronto istituti del diritto consuetudinario con i medesimi nel diritto comune, analizzando l'evoluzione della giustizia in Nuova Caledonia nel rispetto del pluralismo giuridico. Nello specifico, si tratta di mettere a confronto gli istituti disciplinati nel *Code Civil* e gli istituti tramandati dalla tradizione orale, che pure nell'unico tentativo di scrittura con la Carta del Popolo Kanak dimostrano la differente impronta di una società ancora prevalentemente patriarcale²¹⁵. Lo studio che segue riprende le tematiche maggiormente ricorrenti in ambito di diritto di famiglia e di cui sono investiti gli organi giudicanti.

1.1 Il matrimonio

In materia di diritto civile, opera unicamente il criterio *ratione personae*²¹⁶, per cui quando le parti abbiano stato civile di diritto consuetudinario e possano giustificarlo, tutti gli atti di diritto civile, incluso il matrimonio, saranno disciplinati dal diritto consuetudinario. In materia di matrimonio, una delibera fondamentale da cui partire per l'analisi dell'istituto è la delibera n°424 dell'Assemblea Territoriale del 3 aprile 1967. Il testo è stato adottato dall'assemblea territoriale della Nuova Caledonia, che era l'organo deliberante dal 1957 al 1985, poi sostituito dal Congresso della Nuova Caledonia con la Legge Organica del 1999²¹⁷. Il testo della delibera del 1967 si ritrova parzialmente all'interno della Legge Organica.

Il matrimonio incontra una particolare difficoltà sulle due persone²¹⁸ coinvolte, poiché lo stato civile può essere differente. Esistono dunque tre diversi

²¹⁵ Ricordiamo ad esempio l'articolo 56 della Carta del Popolo Kanak: "La società Kanak è una società patriarcale. Il suo sistema sociale funziona a partire da una trasmissione di diritti, poteri e responsabilità, basata sull'uomo."

²¹⁶ Fino al 1999 prima dell'emanazione della Legge Organica operava anche il criterio *ratione materiae*. Oggi è unicamente valido il criterio *ratione personae*, il cui punto di riferimento è l'articolo 7 della Legge Organica.

²¹⁷ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 39-42

²¹⁸ In diritto comune (francese), questa esigenza numerica è precisata all'articolo 143 del *Code Civil*: "Il matrimonio è contratto da due persone di sesso diverso o dello stesso sesso". Nel diritto consuetudinario, l'articolo 67 della Carta del Popolo Kanak precisa che: "i clan si perpetuano e assicurano la loro discendenza grazie alle alleanze o matrimoni che consistono in

possibili casi di matrimonio: gli sposi hanno entrambi stato civile di diritto comune; gli sposi hanno entrambi lo stato civile di diritto consuetudinario; infine gli sposi non hanno lo stesso stato di diritto civile. I tre diversi casi sono disciplinati dalla legge. Nel primo caso, se i due sposi hanno entrambi lo stato civile di diritto comune, il criterio *ratione personae* non si applica e la loro unione è soggetta alle norme del *Code Civil*²¹⁹. Nel secondo caso, se gli sposi hanno entrambi lo stato civile di diritto consuetudinario, rispondono del criterio *ratione personae* e quindi l'unione sarà celebrata osservando le norme del diritto consuetudinario Kanak. Infine, se gli sposi non hanno lo stesso stato di diritto civile, il matrimonio osserverà le disposizioni di diritto comune.

In materia di matrimonio, il diritto consuetudinario Kanak si applica unicamente alle unioni i cui soggetti coinvolti abbiano lo stato civile di diritto consuetudinario. In questo caso, il matrimonio sarà celebrato secondo i riti propri a ciascuna area di diritto consuetudinario oppure ai clan degli sposi²²⁰. Questi ultimi dovranno in seguito, nei trenta giorni successivi alla cerimonia, dichiarare l'unione avvenuta secondo il diritto consuetudinario al comune del luogo della celebrazione²²¹, nelle forme previste dalla legge²²².

La legge è chiara nello stabilire il diritto applicabile alle unioni, ma la difficoltà vera e propria consiste nell'identificare e provare lo stato civile dei cittadini Kanak. Ricordiamo infatti che i cittadini francesi hanno lo stato civile di diritto consuetudinario finché non vi rinunciano²²³. Una volta accertato lo stato civile di diritto consuetudinario di entrambi gli sposi, l'unione sarà disciplinata dal diritto consuetudinario. La celebrazione del matrimonio ne segue dunque le norme e ugualmente il suo scioglimento. Inoltre, come specificato in una pronuncia della Corte d'Appello di Nouméa del 1990²²⁴, il diritto applicabile all'unione dei genitori ha ugualmente un impatto sullo stato civile dei figli frutto dell'unione.

Nel caso specifico, una coppia con stato civile diverso ha avuto una figlia che ogni genitore ha riconosciuto prima del matrimonio. Il riconoscimento è stato fatto per primo dalla madre, avente stato civile di diritto consuetudinario, e la figlia è stata iscritta nel registro di diritto consuetudinario. Anni dopo, in seguito al matrimonio della coppia secondo il diritto comune, si è posta la questione della reinscrizione della figlia nel registro di diritto comune. La Corte d'Appello ha

scambi consuetudinari da una famiglia/clan all'altra, qualsiasi sia la *Chefferie* o il paese Kanak. È il clan dell'uomo ad organizzare il matrimonio e ricevere la donna." Il matrimonio è dunque per il diritto consuetudinario l'unione di due persone – uomo e donna – e l'unione riguarda anche i clan degli sposi.

²¹⁹ Articoli 143 e ss. del *Code Civil* disciplinano le condizioni da soddisfare per contrarre matrimonio; articoli 203 e ss. del *Code Civil* disciplinano il regime primario applicabile al matrimonio, che gli sposi abbiano o meno stabilito un contratto di matrimonio; infine gli articoli 1387 e ss. del *Code Civil* disciplinano il regime matrimoniale eventualmente scelto.

²²⁰ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 39-42

²²¹ Articolo 40 della delibera n° 424 del 3 aprile 1967

²²² Articolo 41 della delibera n° 424 del 3 aprile 1967: "l'atto di matrimonio dovrà contenere: - La data e l'ora della registrazione. - Il nome, cognome e nome melanesiano degli sposi e dei testimoni. - La loro professione, data e luogo di nascita. - Il loro domicilio. L'atto sarà registrato in presenza di due testimoni soddisfacenti le condizioni definite all'articolo 11."

²²³ Articolo 75 della Costituzione francese del 1958

²²⁴ Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile, 3 settembre 1990, RG 348-89

dunque stabilito che «le conseguenze del matrimonio di diritto comune tra cittadini obbediscono alle regole di diritto comune, non viceversa²²⁵». L'atto di nascita sui registri di diritto consuetudinario doveva essere annullato a favore dell'iscrizione nei registri di diritto comune, con susseguente applicazione degli articoli dal 331 e seguenti del *Code Civil*.

Successivamente, in merito alla definizione del matrimonio per il diritto consuetudinario, è rintracciabile una preminenza dei diritti collettivi sui diritti individuali. Riprendendo una massima della Corte d'Appello di Nouméa da una pronuncia del 6 settembre 1993²²⁶: «...il matrimonio dei cittadini con stato civile particolare in Nuova Caledonia è un contratto non concernente i soli sposi, ma è stato definito come un contratto civile attraverso cui un clan cede una donna a un uomo di un altro clan, in vista della procreazione». Se il *Code Civil* non ammette vie esecutive per obbligare gli sposi a rispettare il loro dovere di coabitazione, non accade lo stesso per il diritto consuetudinario: la giurisprudenza riconosce la possibilità per il clan del marito di andare a cercare la sposa e per il clan della sposa di riportarla da suo marito²²⁷.

Inoltre, elemento in comune tra disciplina di diritto comune e disciplina del diritto consuetudinario concerne la contribuzione agli oneri del matrimonio²²⁸. In diritto comune, sulla questione, l'articolo 214 del *Code Civil* precisa che «se le convenzioni matrimoniali non regolano la contribuzione degli sposi agli oneri del matrimonio, vi contribuiscono in proporzione alle rispettive facoltà»; gli oneri comprendono non solamente le spese necessarie al mantenimento della famiglia e all'educazione dei figli, ma ugualmente le spese di piacere, di viaggio o l'acquisizione di una residenza secondaria²²⁹. Nel diritto consuetudinario Kanak, la contribuzione agli oneri del matrimonio o della famiglia include «gli oneri e spese derivanti dal mantenimento della dimora (come il canone d'affitto), e i sussidi per i figli a carico²³⁰». Le definizioni appaiono dunque compatibili, nonostante il campo di applicazione del diritto consuetudinario appaia leggermente più limitato.

Le controversie si realizzano generalmente nella situazione in cui uno degli sposi non abita più presso il tetto coniugale, che si tratti di una sua scelta o che sia stato cacciato, ma il matrimonio continua: è la situazione che in diritto comune viene qualificata come separazione di fatto. Per il diritto comune, la separazione di fatto non ha incidenza alcuna sull'obbligo di contribuire agli oneri matrimoniali. La maggior parte delle decisioni dimostrano il principio equivalente per il diritto

²²⁵ *Ibidem*

²²⁶ Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile, sentenza n°400 del 6 settembre 1993, *Wainebengo c/ Uregei*

²²⁷ Lafargue R., *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d'un droit commun coutumier*, PU Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 2003

²²⁸ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 42-50

²²⁹ *Ibidem*

²³⁰ Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile di diritto consuetudinario, 12 giugno 2013, RG 13-33

consuetudinario Kanak; tuttavia, saranno analizzate due decisioni che da questo principio si distanziano²³¹.

In un primo caso²³², la sposa domandava il versamento di una certa somma mensile «poiché il suo sposo non si occupava né di lei né del figlio in comune». In risposta, i giudici riconoscono l'esistenza dell'articolo 214 del *Code Civil* ma che «il Tribunale nella sua composizione constata che da un punto di vista del diritto consuetudinario, per obbligare lo sposo a sostenere la sposa da un punto di vista economico, è necessario che risiedano assieme, ricordando che non esiste un mezzo di opposizione al principio dell'aiuto del marito alla sua famiglia». Il resto dell'argomentazione dei giudici rinvia alle responsabilità individuali degli sposi e del clan, invitandoli a riunirsi per riconciliare gli sposi o trovare delle soluzioni. Nel caso di specie, si evince una totale supremazia del diritto consuetudinario: non soltanto il diritto comune è scartato per via dello stato civile degli sposi, ma il tribunale sospende il processo finché le istituzioni di diritto consuetudinario non si pronunciano²³³.

In un secondo caso²³⁴, la sposa non soltanto richiedeva una somma di denaro mensile, ma richiedeva anche che la residenza dei figli fosse il suo domicilio, essendo i genitori separati di fatto e negando il padre alla madre di vedere i suoi figli. La somma era richiesta come contributo all'educazione dei figli e a titolo di pensione alimentare. Diversamente, il padre formulava la medesima richiesta: ottenere la custodia dei bambini e che la sua sposa contribuisse al loro mantenimento e alla loro educazione. Le somme richieste nella causa erano unicamente destinate ai figli, a differenza del primo caso analizzato. Il tribunale rispondeva che «il matrimonio di diritto consuetudinario impone la vita in comunione degli sposi e la presa a carico dei figli. Di conseguenza finché gli sposi sono legati dal vincolo del matrimonio, il tribunale non può pronunciarsi su una qualsiasi domanda volta ad affidare la custodia a uno degli sposi condannando l'altro, essendo questi ancora sposati». È necessario dunque che la madre possa avere la possibilità di incontrare i propri figli, ma si tratta di un consiglio privo di natura giuridica, poiché la domanda è stata dichiarata irricevibile²³⁵.

Sono state dunque analizzate due decisioni che si allontanano dal principio del diritto comune secondo cui la separazione di fatto non ha incidenza alcuna sugli oneri matrimoniali che gravano sugli sposi. La particolarità delle due pronunce sicuramente risiede nella specifica area di diritto consuetudinario, poiché ricordiamo come gli usi e costumi Kanak siano ulteriormente frammentati sul territorio e conservino alcune particolarità locali. Tuttavia, come d'altronde già menzionato, la maggior parte delle decisioni dimostrano invece l'esistenza del principio equivalente anche nel diritto consuetudinario Kanak.

²³¹ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 42-50

²³² Tribunale di prima istanza di Nouméa, JAF, 30 agosto 1999, RG 99-984

²³³ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 42-50

²³⁴ Tribunale di prima istanza di Nouméa, 6 dicembre 2010, RG 10-191

²³⁵ Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 42-50

Esiste tuttavia una notevole differenza con il diritto comune e riguarda il ruolo del padre²³⁶. In diverse decisioni, notiamo come «quando i genitori sono sposati, i figli appartengono al clan del padre, e ciò implica che questo e soprattutto il padre debbano prendersene cura, in particolare riguardo al mantenimento, all'educazione e al loro posto all'interno del clan nel futuro²³⁷». Il diritto consuetudinario prevede dunque ulteriori obbligazioni per il marito e per il suo clan, che ha ricevuto la promessa del dono della vita da parte del clan della sposa. Quest'ultima dovrà essere rispettata, protetta e assistita e in cambio su di lei grava il divieto di ritornare a vivere nel suo clan di origine (potrà farlo unicamente nell'ipotesi di gravi mancati adempimenti da parte del marito e del suo clan). Queste specificità del diritto consuetudinario sono legate a quello che la società Kanak è, alla sua fisionomia, e soltanto dal suo punto di vista possono essere comprese. In conclusione, se il diritto consuetudinario mette un particolare accento sulla figura del marito, questo non potrebbe essere contestato dai principi del *Code Civil*, poiché è necessario rispettare le specificità della società Kanak. Infatti, le obbligazioni gravanti sul padre corrispondono ad una realtà sociologica, in cui statisticamente lo sposo ha normalmente un reddito più importante²³⁸.

1.2 La filiazione

Quella della filiazione è una materia difficile da trattare, poiché è forse l'istituto in cui più possiamo rilevare differenze tra la disciplina del diritto comune e quella del diritto consuetudinario Kanak²³⁹. Quello della filiazione è infatti un concetto dalla difficile definizione, poiché entrano in gioco aspetti sociologici, antropologici, biologico-scientifici e, ovviamente, anche il diritto contribuisce con una sua definizione. Uno dei grandi meriti della giurisprudenza con formazione di diritto consuetudinario è stato quello di comprendere e valorizzare questa diversità.

La filiazione, oltre che un fatto naturale, è allo stesso tempo un fatto culturale²⁴⁰. Ogni cultura ha una sua propria concezione della filiazione, che sia fondata sull'elemento biologico e/o sulla volontà, che sia imperniata sulla discendenza materna o sulla discendenza paterna, che sia incentrata sull'uomo o sulla donna, che sia costruita sul matrimonio o aperta ad altre forme di vita di coppia, e così via. Per le società occidentali contemporanee, la biologia occupa una posizione dominante, poiché offre una verità scientificamente dimostrata. Tuttavia, la posizione dominante dell'elemento biologico è essa stessa un fenomeno culturale, così come d'altronde nella definizione del rapporto di filiazione entrano in gioco molteplici varianti, come la volontà personale, l'interesse del nascituro e le esigenze sociali. L'esistenza stessa della adozione

²³⁶ *Ibidem*

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ *Ibidem*

²³⁹ Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 51-52

²⁴⁰ *Ibidem*

ci ricorda come la filiazione non dipenda unicamente dal codice genetico ma anche da un codice culturale²⁴¹.

L'obiettivo di questo paragrafo sarà quello di tracciare i profili che determinano le caratteristiche principali della filiazione per il diritto consuetudinario Kanak, partendo dalla giurisprudenza. Quando trattate dinanzi ad un Tribunale, le domande di diritto consuetudinario dei privati aventi ad oggetto il rapporto di filiazione, sono sempre formulate come nel diritto comune secondo le categorie del diritto di famiglia francese: potestà genitoriale, custodia del figlio, diritto di visita del genitore che non ha la custodia, diritto agli alimenti (nella maggior parte dei casi), riconoscimento o contestazione della paternità²⁴². La maggior parte delle controversie affrontate dagli organi giudicanti con formazione di diritto consuetudinario riguardano la paternità fuori dal matrimonio. Il giudice prova a dirimere la controversia collegandosi alla concezione Kanak di paternità, cercando allo stesso tempo di conciliare tradizione e modernità.

Nella tradizione Kanak, il legame con i genitori ha un carattere duale. Nella pronuncia del 21 febbraio 2011 del Tribunale di Nouméa, viene sottolineato come per il diritto consuetudinario esistono per ogni individuo due forme di parentela: la parentela con la madre che è un legame di sangue e il legame di paternità che è sociale²⁴³. È dunque legittimamente considerato padre colui che compie il gesto tradizionale davanti alla madre, ai suoi fratelli e al suo clan, per potersi prendere cura del figlio. L'appartenenza al clan del padre è allora resa manifesta dal nome dato al figlio. È proprio grazie a questo scambio o gesto della tradizione che avviene la congiunzione tra il clan materno e il clan paterno. Inoltre, specifica il tribunale come la nozione di paternità nel diritto consuetudinario non ha lo stesso rilievo che nel diritto comune: il padre è colui che crea lo stato sociale del figlio, donandogli un cognome che lo lega alla terra e al clan²⁴⁴. Si evince come nella società Kanak la nozione di paternità non sia strettamente legata a quella biologica; è costruita socialmente dagli scambi e riti tradizionali e non è determinata dai rapporti sessuali, come lo dimostra il fatto che il clan materno può sempre rifiutare di riconoscere la paternità all'uomo se non risponde alle esigenze del diritto consuetudinario.

In seguito, con la sentenza del 20 marzo 2014, la Corte d'Appello di Nouméa permette di definire con ulteriore precisione il rapporto di filiazione. Secondo la tradizione Kanak, la nascita di un figlio è un avvenimento sociale poiché il neonato, indipendentemente dal fatto che i suoi genitori siano sposati o meno, appartiene al clan materno, salvo il caso in cui il clan paterno abbia richiesto il riconoscimento della paternità mediante il gesto tradizionale del "dono della vita"²⁴⁵. In questa concezione, ricordiamo come il matrimonio Kanak non sia unicamente l'unione tra uomo e donna, ma l'unione tra due clan. Qualora l'alleanza o la "richiesta del dono della vita" non dovessero avvenire prima del matrimonio e gli sposi decidessero di unirsi senza riferirlo ai rispettivi clan, il padre

²⁴¹ *Ibidem*

²⁴² Trépiéd B., *Vous avez oublié que vous êtes Kanak*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépiéd B., l'Harmattan, 2017

²⁴³ Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 21 febbraio 2011, RG 9-451

²⁴⁴ *Ibidem*

²⁴⁵ Corte d'Appello di Nouméa, sezione di diritto consuetudinario, sentenza del 20 marzo 2014, RG12-519

dei bambini deve procedere a fare “richiesta di perdono” per scusarsi di non aver rispettato il volere del clan, ma soprattutto per aver “preso il bambino”, cioè averlo riconosciuto²⁴⁶. La giurisprudenza analizzata si fonda sulle norme di diritto consuetudinario e sull’articolo 35 della delibera del 3 aprile 1967 precitata. Da quest’ultima emerge inoltre come la distinzione tra figlio naturale e figlio legittimo sia sprovvista di portata giuridica, poiché il figlio è in principio membro del clan materno, salvo il caso in cui sia stato oggetto di “dono della vita” e promesso al clan paterno: allora, si ritrova a partire dalla nascita irrevocabilmente promesso e integrato all’interno del clan paterno, che i suoi genitori siano sposati o meno.

Una ulteriore peculiarità della filiazione per la tradizione Kanak consiste nella irreversibilità del legame. Che il figlio sia nato nel matrimonio o meno, la filiazione stabilita secondo le norme di diritto consuetudinario non può più essere rimessa in discussione²⁴⁷. Quando i clan prendono una decisione, la realtà della filiazione non è più reversibile e il figlio “appartiene” al clan di cui porta il nome. Nel caso di specie, la sentenza del Tribunale di Nouméa del 21 febbraio 2011²⁴⁸, il figlio nato fuori dal matrimonio era stato riconosciuto dal padre, che aveva compiuto i gesti richiesti dalla tradizione Kanak. Successivamente, la madre non voleva più che il padre vedesse il figlio né che contribuisse al suo mantenimento: la richiesta è stata respinta.

In un secondo caso, i genitori dubitavano della paternità del marito e domandavano una perizia genetica: il tribunale, tuttavia, si appoggia sulla concezione Kanak della filiazione e sul carattere irreversibile del legame per opporsi alla loro richiesta²⁴⁹. Il gesto compiuto osservando la tradizione ha determinato la paternità e il figlio ormai appartiene al clan paterno. Il tribunale invita le parti a ricordare come per il diritto consuetudinario Kanak l’identità biologica non abbia la stessa importanza rispetto alla filiazione stabilita dai gesti e pratiche della tradizione. Il tribunale comprende i dubbi sollevati dalle parti e ricorda come il benessere del bambino e il suo interesse non possono essere messi da parte unicamente per sciogliere il dubbio sulla paternità. Concretamente, il tribunale considera che la richiesta non possa essere accolta in quanto contraria all’interesse del bambino, dato che non rispetta i principi che reggono la società Kanak in cui il bambino vive²⁵⁰.

Come osservato nelle sentenze analizzate fino a questo momento, dalla concezione Kanak di filiazione derivano due conseguenze. Da una parte, stabilire la paternità fuori dal matrimonio dipende dal consenso della madre e dal compimento dei gesti della tradizione. Dall’altra parte, se la paternità non è stabilita, nessuna obbligazione grava sul padre che, inversamente, non può reclamare alcun diritto²⁵¹. Il rapporto di filiazione è inoltre stato disciplinato dalla Carta del Popolo Kanak, nello specifico negli articoli dal 62 al 65, che ricordano

²⁴⁶ *Ibidem*

²⁴⁷ Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L’intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 56-57

²⁴⁸ Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 21 febbraio 2011, RG 11-144

²⁴⁹ Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 21 febbraio 2011, RG 9-451

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L’intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 56-57

come con la nascita, ogni bambino abbia un legame con lo zio materno, perché è il clan che dona la vita, e un legame con il clan paterno (se normalmente riconosciuto), che ha l'obbligo di mantenerlo in buona salute fisica e mentale, di vestirlo, nutrirlo, educarlo e donargli un posto nella società²⁵².

Attraverso la giurisprudenza relativa alla filiazione, sembra che conciliare i principi di diritto consuetudinario presenti anche nella Carta del Popolo Kanak con i diritti fondamentali, avvenga per via d'affermazione attraverso delle formule rituali, fondate su un partito preso ideologicamente molto forte²⁵³. Il rispetto della vita privata delle persone con stato civile di diritto consuetudinario, come garantito dall'articolo 8 della CEDU²⁵⁴, passa per il rispetto delle norme di diritto consuetudinario; il rispetto dei diritti del bambino, come garantiti dalla CRC²⁵⁵, passa per il rispetto dei principi che dominano la società Kanak in cui vive il bambino. Ad esempio, in una decisione relativa alla richiesta di sussidio formulata dalla madre verso il padre biologico che rifiutava di riconoscere i figli, il Tribunale di Nouméa fa riferimento ai principi di diritto consuetudinario, poiché afferma che questa richiesta non può essere accolta in quanto «contraria all'interesse del bambino, dato che non rispetta i principi che sorreggono la società Kanak in cui il bambino vive²⁵⁶».

In un altro caso, il padre contestava il potere della madre di opporsi al riconoscimento del figlio, essendo lui il padre biologico; i giudici di Nouméa giustificano la loro decisione di annullare il riconoscimento compiuto dal padre senza il consenso della madre motivando: «questa soluzione è la sola conforme all'interesse superiore del bambino, che non deve essere escluso dal clan materno cui appartiene a causa del riconoscimento paterno. Di fatto, l'assimilazione di persone di nazionalità straniera o di origine straniera allo stato civile di diritto comune, sottoporrebbe il bambino a dei principi giuridici totalmente estranei al suo vissuto personale e difficilmente conciliabili con le sue relazioni sociali²⁵⁷». Congiungere la tradizione Kanak con il rispetto dei diritti fondamentali resta dunque un procedimento difficile, che avanza ancora verso il raggiungimento di una armonia. "Cristallizzando" il diritto consuetudinario Kanak, il giudice rischia di fossilizzarlo, facendogli perdere la versatilità tipica di un diritto orale e la facoltà di adattarsi ai bisogni e alla realtà della regola consuetudinaria²⁵⁸.

Infine, si conclude l'analisi sulla filiazione trattando di un'ultima sua sfaccettatura: l'adozione. Per la tradizione Kanak, si realizza nella capacità del clan materno di fornire a un bambino un "papà" e una "ascendenza paterna" diversa dal padre biologico. Si tratta dell'adozione formale – legale e conforme al

²⁵² Articolo 63, *Carta del Popolo Kanak*, 2014

²⁵³ Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 74-76

²⁵⁴ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 1950

²⁵⁵ Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, 1989

²⁵⁶ Tribunale di prima istanza di Nouméa, 28 novembre 2011, RG 11-811

²⁵⁷ Tribunale di prima istanza di Nouméa, 16 settembre 2013, RG 12-339

²⁵⁸ Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 74-76

diritto consuetudinario – di un bambino con padre ignoto da parte di un uomo appartenente al clan materno, spesso suo padre (nonno del bambino), suo fratello (zio del bambino) o cugino²⁵⁹. Questo tipo di adozione permetterebbe di fornire comunque al bambino non riconosciuto dal padre un posto nella società, rendendo il clan materno il suo clan paterno, di cui porterà il nome.

Un bambino può a volte portare il nome del clan materno, nel caso in cui la madre sia la sola a riconoscere lo stato civile di diritto consuetudinario, senza che un uomo del suo clan lo adotti formalmente²⁶⁰. Il clan di cui porta il nome può infatti non “donargli un padre” e continuare a considerarlo come un “figlio della strada”, discriminandolo. Un grave problema della società Kanak consiste nella fragilità sociale dei figli naturali adottati dal clan materno, rispetto ai non adottati del clan. In caso di conflitto all'interno del clan, in particolare su questioni riguardanti la proprietà delle terre, non è raro che i figli adottati siano etichettati come “figli della donna”, con stato sociale inferiore, e che gli sia negata la possibilità di accedere alle terre²⁶¹.

Inoltre, secondo l'indagine statistica sulle violenze sulle donne realizzata da Christine Salomon e Christine Hamelin²⁶², gli adottati sono sistematicamente maggiormente esposti ad ogni forma di violenza psicologica, fisica e sessuale. Attualmente assistiamo all'allontanamento dei figli adottati dal clan e più in particolare delle ragazze-madri. Una giovane ragazza non sposata che ha un bambino, ha la possibilità di farlo adottare dal suo clan. Spesso, tuttavia, questo bambino viene maltrattato una volta diventato più grande e definito “figlio della strada”. L'insieme di queste notizie illustra come l'adozione da parte del clan materno di figli nati fuori dal matrimonio sollevi in realtà delle questioni ben più complesse della semplice necessità di affidare una ascendenza paterna e un futuro ruolo all'interno della società.

1.3 Lo scioglimento del matrimonio

Questo paragrafo ha come obiettivo quello di esaminare i molteplici e variegati aspetti dello scioglimento del matrimonio nel diritto consuetudinario²⁶³, così come praticato dagli organi giudicanti tradizionali in Nuova Caledonia. Inoltre, saranno illustrate le connessioni esistenti fra disciplina consuetudinaria e disciplina del diritto comune.

Come si è già avuto modo di constatare, il matrimonio nel diritto consuetudinario Kanak è un istituto molto particolare: consiste nell'unione fra due persone di sesso opposto, ma soprattutto consiste nell'unione tra due clan.

²⁵⁹ Trépied B., *Vous avez oublié que vous êtes Kanak*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017

²⁶⁰ *Ibidem*

²⁶¹ Le figlie femmine non hanno tradizionalmente alcun diritto sulle terre del loro clan d'origine, salvo il caso in cui non ci sia più nessun uomo tra i parenti.

²⁶² Hamelin C., Salomon C., *Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille*, in *Espace, populations, sociétés*, 2004/2

²⁶³ Lo scioglimento del matrimonio non si limita unicamente alla separazione. Può ugualmente riguardare il caso del decesso di uno dei coniugi o del nuovo matrimonio del coniuge dell'assente. Tuttavia, nel paragrafo saranno esclusivamente analizzati gli aspetti chiave dello scioglimento del matrimonio in caso di separazione.

L'obiettivo dell'istituto è dunque quello di creare una doppia alleanza, sia tra gli individui che tra i due clan. L'unione tra clan si concretizza principalmente nella "promessa del dono della vita", per cui un clan promette di prendersi cura di una donna che darà alla luce dei figli che apparterranno al clan paterno.

In maniera quasi speculare, le medesime norme sull'unione sono altrettanto applicate allo scioglimento del matrimonio: è competenza dei clan degli sposi la decisione sulla fine di un matrimonio²⁶⁴. Nel caso in cui i clan non riuscissero a trovare un accordo sullo scioglimento del matrimonio, saranno gli organi giudicanti tradizionali a doversi pronunciare.

Le domande di scioglimento del matrimonio sono principalmente causate da episodi di violenza domestica e/o da adulterio del marito²⁶⁵. Analizzando le decisioni, si evince come lo scioglimento possa essere richiesto per colpa o con il consenso di entrambe le parti. Nel caso di scioglimento per colpa, questo può essere causato dalla commissione di un fatto colposo sia verso il clan, sia verso un coniuge; può ugualmente essere richiesto nel caso in cui uno dei coniugi non dovesse adempiere alle sue obbligazioni di diritto consuetudinario²⁶⁶. Gli sposi sono infatti tenuti a rispettare l'obbligo di fedeltà, assistenza, soccorso e sono tenuti ad evitare qualsiasi comportamento che possa mettere in pericolo l'integrità morale e materiale della famiglia²⁶⁷. Quando invece lo scioglimento del matrimonio è richiesto con il consenso di entrambe le parti, l'accordo di entrambi i clan è ugualmente necessario.

Anche nel caso dello scioglimento del matrimonio, le norme di riferimento sono l'articolo 7 della Legge Organica 99-209 del 1999 e gli articoli 40 e seguenti della delibera del 3 aprile 1967. Il principio del parallelismo con le norme sulla forma e la competenza comporta che solamente chi crea l'unione può disfarla. I clan pronunciano il matrimonio, i clan possono disfare l'unione. Lo scioglimento avviene mediante una semplice dichiarazione davanti all'ufficiale di stato civile, che provvederà in seguito a registrarla. Tuttavia, la registrazione non crea diritto, avendo essa unicamente forza dichiarativa. Solamente la decisione dei clan è fonte di diritto e rende effettiva la separazione²⁶⁸.

La procedura dinanzi all'ufficiale di stato civile è una procedura priva di forza giuridica e porta gli organi giudicanti tradizionali a ricoprire un ruolo perlopiù sussidiario in materia. Lo scioglimento del matrimonio potrà essere dichiarato unicamente previo raggiungimento del consenso dei clan. La Corte d'Appello di

²⁶⁴ Nallet A., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La dissolution du mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p. 83

²⁶⁵ *Ibidem*, basandosi sull'analisi di 50 sentenze, sia del Tribunale di prima istanza, sia della Corte d'Appello di Nouméa, nell'arco temporale dal 1986 al 2015.

²⁶⁶ Nallet A., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La dissolution du mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p. 84, citando Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione n°120 del 3 febbraio 1992

²⁶⁷ Lafargue R., *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d'un droit commun coutumier*, PU Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 2003, p.130, citando Tribunale di prima istanza di Nouméa, sezione di Lifou, decisione n°1 del 14 gennaio 1994, W. c/U.

²⁶⁸ Nallet A., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La dissolution du mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p. 85

Nouméa precisa che «il consenso dei clan riveste un carattere di ordine pubblico e la sua assenza costituisce un ostacolo alla ricevibilità dell'azione davanti all'organo giudicante di diritto consuetudinario²⁶⁹». Il previo consenso presuppone una riunione dei due clan affinché esprimano il loro accordo per lo scioglimento del matrimonio. Si tratta di una discussione organizzata secondo usi e costumi Kanak. In alcune sentenze, la decisione di sciogliere il matrimonio non dipende unicamente dai Capi Clan, ma da una decisione collettiva dei componenti del clan, che dovrà poi essere trascritta in un atto di diritto consuetudinario²⁷⁰.

Nel caso di rifiuto o di impossibilità di trovare un accordo tra clan, a questa carenza bisogna rimediare mediante un atto di diritto consuetudinario. Il rispetto della procedura è ancora ricordato nelle più recenti pronunce²⁷¹, poiché la consultazione dei clan non consiste in un semplice parere, bensì in una decisione a carattere esecutivo sottoposta a una formalità di pubblicità presso le autorità civili di diritto consuetudinario.

Questa constatazione non comporta la definizione dell'unione matrimoniale come bicefala, bensì come comunitaria. L'unione fra clan ha carattere indissolubile e la sua durata è protratta fino al decesso dell'ultimo figlio nato dall'unione degli sposi²⁷². Nonostante l'unione venga definita come indissolubile, non è vietato ai coniugi porvi fine, essendo a questi concesso di interrompere la convivenza e di non adempiere più alle obbligazioni derivanti dal matrimonio, dando luogo ad una separazione di fatto.

Il termine "separazione di fatto" viene utilizzato *strictu sensu* nella motivazione di una sentenza; tuttavia la Corte precisa che si tratta di una comodità di linguaggio e non di un riferimento giuridico all'istituto di diritto comune²⁷³. Gli sposi si separano, ma senza che il "legame coniugale" si sciogla definitivamente.

1.4 Il ruolo della donna nella società Kanak e la lunga strada verso l'emancipazione

L'alterità e la complementarità uomo-donna sono elementi imprescindibili nella cultura simbolica Kanak, organizzata su un modello dualistico²⁷⁴. La relazione uomo-donna viene spesso rappresentata mediante la metafora del pino (uomo) e dell'albero di cocco (la donna); la simbologia diversa è d'altronde presente già nel mito di Téa Kanaké introdotto nel primo capitolo. I riferimenti letterari ed etnografici dimostrano la posizione di superiorità dell'uomo rispetto alla donna all'interno dell'organizzazione sociale e nel mondo del lavoro. L'uomo occupa posizioni in primo piano, diversamente dalla donna cui storicamente è

²⁶⁹ Corte d'Appello di Nouméa, 9 settembre 2013, RG 12-226

²⁷⁰ Corte d'Appello di Nouméa, 30 ottobre 2014, RG 13-225

²⁷¹ *Ibidem*

²⁷² Nallet A., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La dissolution du mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, p. 86

²⁷³ Corte d'Appello di Nouméa, 30 ottobre 2014, RG 13-225

²⁷⁴ Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in *Revue ASPECTS*, n° 3, 2008, pp. 81-96

affidato il compito della riproduzione e della cura della casa²⁷⁵. Un'indagine di Christine Salomon sulle lingue vernacolari illustra ad esempio come nella lingua *paicî*²⁷⁶, un dialetto parlato nella Grande-Terre, il servitore del Capo viene chiamato con un termine che tradotto significa: “*colui che fa la vera donna*”.

Questa concezione, seppur indebolita nel corso degli anni, è ancora viva nella quotidianità del paese. Fino a qualche decennio fa, la prassi voleva che quando una coppia passeggiava, il marito dovesse precedere la donna, la quale lo avrebbe seguito a distanza; allo stesso modo, nelle cerimonie, gli uomini si sedevano tra le prime file e mangiavano per primi, invece le donne si sedevano silenziosamente dietro, mangiando dopo che gli uomini avessero finito. Il diritto consuetudinario Kanak si fonda dunque su un privilegio maschile e un principio di superiorità quasi-assoluta del clan sull'individuo²⁷⁷. Gli ambiti più sensibili in cui la parità dei sessi è maggiormente a rischio sono due: il matrimonio e la violenza sessuale.

Per quanto riguarda il matrimonio, esiste ancora nella tradizione Kanak la pratica dell'“acquisto della donna”. Infatti, negli scambi di diritto consuetudinario, il matrimonio occupa un ruolo dominante e genera una importante circolazione di beni e valore monetario, successivamente ridistribuiti tra i clan che il matrimonio unisce²⁷⁸. Negli scambi, un valore aggiunto viene fornito dal clan dello sposo al clan della sposa. Questo valore aggiunto, cui non segue in cambio un dono in natura o in denaro, è denominato nel linguaggio comune come “prezzo della donna”. La sposa diventa oggetto di una transazione e questa caratteristica è evidenziata in due occasioni: in primo luogo, quando una donna maltrattata trova rifugio nel suo clan originario, se il marito non torna rapidamente a cercarla, sarà il clan originario stesso a rimandarla dal suo sposo; in secondo luogo, quando si tratta invece di un'unione libera e la donna viene maltrattata, viene chiesto all'uomo se ne abbia pagato il prezzo, quasi a voler dedurre che qualora il prezzo invece fosse stato pagato, il marito avrebbe potuto farne qualsiasi cosa, persino maltrattare²⁷⁹.

Per questo motivo, la disciplina del matrimonio per la tradizione Kanak è stata negli ultimi anni la causa principale di rinunce allo stato civile di diritto consuetudinario. Il cambio di stato civile ha permesso alle donne che hanno preferito lo stato civile di diritto comune di porre fine al matrimonio.

Christine Salomon osserva nel suo studio²⁸⁰ una presa di coscienza da parte delle donne, che le porta più degli uomini ad abbandonare lo stato civile di diritto consuetudinario e a ricorrere alla giustizia di diritto comune per denunciare le violenze sessuali. Fino a qualche decennio fa, la società Kanak non giudicava

²⁷⁵ *Ibidem*

²⁷⁶ Il *paicî* fa parte delle 28 lingue kanak della Nuova Caledonia, che appartengono alla famiglia austronesiana del gruppo oceanico ed è la lingua più parlata della Grande-Terre. <https://www.alk.nc/langues/paicî>

²⁷⁷ Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in *Revue ASPECTS*, n° 3, 2008, pp. 81-96, citando Lafargue R., *Statut personnel, coutume et justice en Nouvelle-Calédonie*

²⁷⁸ Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in *Revue ASPECTS*, n° 3, 2008, pp. 81-96

²⁷⁹ *Ibidem*

²⁸⁰ Hamelin C., Salomon C., *Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille*, in *Espace, populations, sociétés*, 2004/2

intollerabili le violenze fisiche o sessuali, ma la normalità della sottomissione della donna all'uomo e anche dei suoi figli. La gerarchia tra sessi giustificava i comportamenti violenti. Le donne più vulnerabili in questo sistema sono le donne non sposate che vivono con un uomo con cui hanno avuto dei figli: non sono autorizzate a denunciare la violenza e in caso di rottura, dovranno rinunciare ai figli che ormai appartengono al clan paterno²⁸¹. Il tasso dichiarato di violenze fisiche e sessuali di cui sono vittime le donne in Nuova Caledonia è sette volte più elevato rispetto alla Francia metropolitana e nettamente più importante che negli altri dipartimenti e territori d'oltremare²⁸².

Un altro problema causato dalla gerarchia sociale e ripetutamente denunciato dalle associazioni per i diritti umani e dalle associazioni femministe è il problema delle violenze di gruppo. Si tratta spesso di violenze perpetrate ad una giovane donna della tribù, a volte organizzata dal compagno della stessa vittima. Non vi è segreto sulla violenza, che spesso addirittura si ripete regolarmente. Ne sono vittima generalmente ragazze emarginate dal clan, sia per il loro comportamento provocatorio, sia per un handicap fisico o mentale. Gli aggressori nella maggior parte dei casi si ritrovano sotto l'effetto di stupefacenti o bevande alcoliche e anche qualora non fosse il caso, lo utilizzano come falsa scusante, poiché nella cultura Kanak l'incapacità di intendere e di volere non è considerata una circostanza aggravante²⁸³. La pena del diritto consuetudinario consiste nella maggior parte dei casi in una punizione fisica inflitta in pubblico ai colpevoli. Si aggiunge inoltre un processo di riconciliazione tra clan e famiglie dei violentatori e della vittima. Infine, si conclude eventualmente con una promessa di matrimonio dell'interessata con il suo "compagno" violentatore. Al giorno d'oggi, soltanto una minoranza delle vittime denuncia l'accaduto alla giustizia francese. I casi di violenza e attentato al pudore occupano da qualche anno dal 75 all'80% delle cause della Corte d'Assise; tra queste, oltre alle violenze di gruppo, aumentano anche i casi di violenza da parte di un parente su un minore²⁸⁴.

L'aumento dei ricorsi in materia penale indicherebbe una più presente ideologia che supporta la parità di genere. Le donne Kanak non sono più confinate ai ruoli assegnati loro dal diritto consuetudinario e cominciano piano piano a ricoprire cariche politiche, percorrendo la loro strada verso l'emancipazione. Ad esempio, nel 2008 per la prima volta le elezioni comunali hanno visto tre donne accedere alla carica di sindaco, che hanno scritto una nuova storia per l'antica simbologia del pino e dell'albero di cocco. L'eredità della società Kanak è l'aver vissuto le politiche coloniali che tendevano alla reclusione e a volte anche ad annientare la cultura Kanak. Queste politiche, cui si è aggiunta la diffusione del cristianesimo, hanno messo in subbuglio l'ordine domestico e le

²⁸¹ Salomon C., *Les femmes kanakes face aux violences sexuelles : le tournant judiciaire des années 1990*, in *Journal des anthropologues*, 82-83, 2000, pp. 287-307

²⁸² *Les femmes en Nouvelle-Calédonie*, mission de la condition féminine, report de la Province Sud, 2016

²⁸³ Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in *Revue ASPECTS*, n° 3, 2008, pp. 81-96

²⁸⁴ *Ibidem*

dinamiche familiari anteriori, riorganizzando nuove forme di violenza collettiva verso le donne autoctone²⁸⁵.

La volontà politica di amplificare la partecipazione delle donne caledoni nello sviluppo del paese ha sempre un maggior seguito: nel 2016 le donne rappresentano il 36% degli eletti al Congresso e il 43% degli eletti nelle Assemblée provinciali. Sui 33 sindaci della Nuova Caledonia, 6 sono donne²⁸⁶. Il *Sénat Coutumier* invece, continua ad avere unicamente membri di sesso maschile. Quello dell'emancipazione femminile e del raggiungimento della parità di genere è dunque un cammino ancora in salita e la società caledone vi si confronta ancora ogni giorno. Tra i più recenti sviluppi, lo scorso 7 marzo 2020 in occasione della XV giornata dei diritti delle donne in Nuova Caledonia su iniziativa del governo è stata proposta la redazione di una "Carta per l'Uguaglianza Uomo-Donna"²⁸⁷. Non si tratta di creare una rivalità tra uomo e donna, ma al contrario di riaffermare le loro differenze e di nutrirsi per una crescita insieme nella complementarità e dignità degli esseri umani.

2. Diritto di proprietà

L'essenza del diritto di proprietà in Nuova Caledonia è strettamente collegata alle vicende storiche del paese. L'identità Kanak è definita dal legame con la terra, poiché il rapporto con la terra non rappresenta semplicemente un perimetro della proprietà. La terra definisce l'identità sociale di un individuo rispetto all'antenato fondatore e l'itinerario che ha condotto gli antenati al luogo attualmente abitato. Luoghi e filiazione sono dunque indissociabili.

La struttura fondiaria della Nuova Caledonia presenta alcuni elementi originali. Il primo è la coesistenza di tre tipologie di proprietà: privata, pubblica e di diritto consuetudinario. Quest'ultima si caratterizza per le regole delle "4 I": inalienabile, incommutabile, incedibile e imprescrittibile. Le terre di diritto consuetudinario rappresentano il 27% della superficie della Nuova Caledonia²⁸⁸. La difficoltà in merito alla gestione e all'investimento in attività economiche risiede nel fatto che gli investimenti a carattere immobiliare non possono, a causa della peculiarità delle terre di diritto consuetudinario, servire da supporto a una garanzia bancaria. Questo è il motivo per cui lo sviluppo delle suddette zone è fortemente limitato.

L'ente pubblico dello Stato a carattere industriale e commerciale che si occupa della riforma fondiaria è l'ADRAF - *Agence de Développement Rural et d'Aménagement Foncier* – che ha cominciato le sue attività l'indomani degli Accordi di Matignon del 1988. La sua principale missione è quella di mettere in atto la politica di restituzione delle terre a favore dei clan kanak e delle tribù che

²⁸⁵ Hamelin C., Salomon C., *Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des violences subies au sein de la famille*, in Espace, populations, sociétés, 2004/2

²⁸⁶ *Les femmes en Nouvelle-Calédonie*, mission de la condition féminine, report de la Province Sud, 2016

²⁸⁷ <https://gouv.nc/actualites/10-03-2020/une-charte-egalite-hommes-femmes-en-preparation>

²⁸⁸ *Le foncier en Nouvelle-Calédonie*, rapporto della Camera di Commercio della Nuova Caledonia, 1° marzo 2016

rivendicano la terra privata nei primi anni della colonizzazione francese²⁸⁹. Per questo motivo, l'ADRAF acquisisce dei terreni dal mercato dei privati o delle collettività col fine di attribuirli ai clan che si costituiscono in gruppo oppure direttamente alle tribù, dopo aver raccolto il consenso di tutti i clan coinvolti. I terreni restituiti passano sotto la disciplina della proprietà di diritto consuetudinario.

Infine, al punto 1.4 dell'Accordo di Nouméa è riportato che «le terre di diritto consuetudinario devono essere parte di un catasto, affinché i diritti sui terreni siano chiaramente identificati. Nuovi mezzi giuridici e finanziari saranno messi a disposizione per favorire lo sviluppo delle terre di diritto consuetudinario, il cui statuto non deve essere un ostacolo alla valorizzazione²⁹⁰». Una delle più grandi sfide attuali è proprio la creazione di un catasto, presente nel piano d'azione del *Sénat Coutumier* per il 2016-2020 e che dovrebbe raggruppare le diverse aree di diritto consuetudinario. La difficoltà per un investitore privato è quella di identificare senza alcun dubbio l'effettivo proprietario terriero, col fine di rendere più sicuri gli investimenti e di non creare conflitti di diritto consuetudinario²⁹¹. L'impresa risulta difficile poiché il diritto acquisito sulla terra è un diritto proveniente dalla tradizione orale, influenzato dalle diverse generazioni e alleanze tra famiglie e clan. La realizzazione di un catasto di diritto consuetudinario approvato all'unanimità dalle diverse aree costituirebbe un mezzo fondamentale di stabilità, poiché permetterebbe alle diverse componenti etniche della società caledone di migliorare la creazione di attività e lo sviluppo economico del paese.

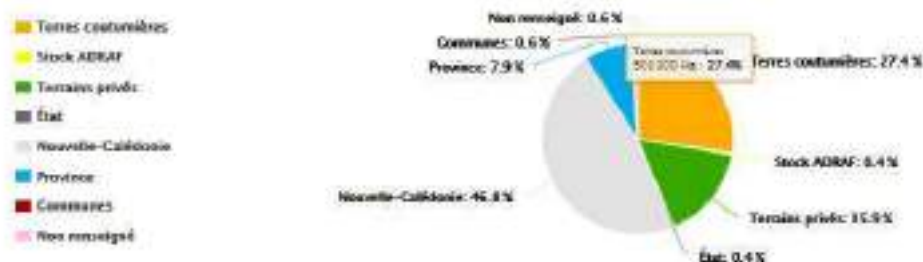
²⁸⁹ <http://www.adraf.nc/a-propos-de-l-adraf/informations-generales#l-adraf-en-bref>

²⁹⁰ Articolo 1.4, Accordo sulla Nuova Caledonia firmato a Nouméa il 5 maggio 1998

²⁹¹ *Le foncier en Nouvelle-Calédonie*, rapporto della Camera di Commercio della Nuova Caledonia, 1° marzo 2016



Statuts fonciers - Nouvelle Calédonie



292

2.1 La terra inalienabile, incommutabile, incedibile, imprescrittibile

La proprietà di diritto consuetudinario non è come le altre. È proprio la specificità dello stato civile di diritto consuetudinario Kanak ad affondare le sue radici identitarie nella “Terra”. I clan hanno la custodia della proprietà e della sua memoria in qualità di rappresentanti di una dinastia “appartenente” a questa “Terra”. La Terra è dunque il principio dell’organizzazione sociale in Oceania, in cui le società umane si costruiscono senza una struttura statale²⁹³. La Terra, con sfondo il culto degli antenati, riveste una dimensione mitica. La Terra è l’antenato, ma spesso anche il Totem. La Terra è l’Uomo e la genealogia intera insieme: generazioni di uomini che hanno coltivato questa Terra, in cambio ne hanno

²⁹² Carta delle proprietà in Nuova Caledonia, da ADRAF e DITTT, dati aggiornati al 1° ottobre 2019 disponibili al sito web <http://www.adraf.nc/component/cartographie/?zone=generale&type=TP>

²⁹³ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d’identité et d’obligations fiduciaires*, in *L’intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 101-106

coltivato la memoria e il suolo appartiene a coloro che sono diventati un tutt'uno con esso.

Il tratto che definisce il rapporto con la Terra è quello per cui attorno ad essa si organizzano tutti i rapporti sociali; spiega l'importanza per alcuni giovani Kanak, spesso inseriti nel tessuto economico "occidentale", di riscoprire il diritto tradizionale degli antenati e conservare le prerogative del legame con la Terra. Riprendendo il pensiero di Norberto Bobbio²⁹⁴, il diritto consuetudinario è un "fatto normativo", cioè una realtà che è norma anche se non è riconosciuta dal Diritto; il "pluralismo normativo" è necessariamente più ampio del "pluralismo giuridico".

La Terra in Oceania è il santuario dei clan, sia in senso letterale che figurato. È il segno della memoria, una identità e un simbolo sacro, così come lo ricorda la Carta del Popolo Kanak: «Il Nome dato in lingua Kanak, lega la persona al suo clan e alla terra. Traduce la storia del suo clan nel ciclo intergenerazionale, nello spazio e nel tempo. Il legame con la Terra traduce la relazione carnale e spirituale di un clan con lo spazio naturale in cui si situa la sua collina d'origine su cui è apparso l'antenato con le sue terre che costellano la sua storia. Nello specifico, il legame alla Terra traduce la relazione affettiva collegante la famiglia/il clan e la terra che l'ha visto nascere e crescere. [...]»²⁹⁵.

Analizzando quello che è il diritto attualmente vigente in Nuova Caledonia, partendo dall'articolo 6 della Legge Organica del 1999, esistono tre tipologie di proprietà: privata, pubblica e di diritto consuetudinario. La proprietà privata è disciplinata dal *Code Civil*. La proprietà pubblica comprende il demanio dello Stato, della Nuova Caledonia, delle province e dei comuni, come specificato all'articolo 43 della suddetta Legge. Per questa proprietà pubblica, sia le lagune che le coste fanno parte del demanio pubblico marittimo delle province, le quali «in seguito al parere del *conseil coutumier* competente, prendono le disposizioni particolari necessarie per tenere conto degli usi di diritto consuetudinario»²⁹⁶.

Nel diritto attualmente vigente la disciplina delle terre di diritto consuetudinario fa riferimento all'articolo 18 della Legge Organica del 1999²⁹⁷. Questo illustra come siano disciplinate dal diritto consuetudinario le terre delle antiche riserve autoctone e ancora le terre dei clan e le terre attribuite ai *Groupements de Droit Particulier Local*²⁹⁸ (GDPL), per la rivendicazione del

²⁹⁴ Bobbio N., *La consuetudine come fatto normativo* [1942], Giappichelli Editore, Torino, 2010

²⁹⁵ Articolo 2, *Carta del Popolo Kanak*, 2014

²⁹⁶ Articolo 46, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999

²⁹⁷ Articolo 18, legge organica 99-209 del 19 marzo 1999: "Sono disciplinate dal diritto consuetudinario le terre di diritto consuetudinario e i beni che vi sono situati, appartenenti alle persone con stato civile di diritto consuetudinario. Le terre di diritto consuetudinario sono costituite da riserve, terre attribuite alle comunità di diritto particolare locale e terre che sono state attribuite dalle collettività territoriali o stabilimenti pubblici, per rispondere alle domande a titolo di legame con la terra. Includono gli immobili demaniali ceduti ai proprietari di diritto consuetudinario. Le terre di diritto consuetudinario sono inalienabili, incedibili, incommutabili e imprescrittibili."

²⁹⁸ Il GDPL è una struttura locale dotata della personalità giuridica. Si tratta di un *unicum* poiché esiste unicamente in Nuova Caledonia. È stato elaborato nel 1982 per conciliare le esigenze del diritto civile e dell'organizzazione del diritto consuetudinario. Quest'ultimo raggruppa persone legate tra loro da legami di diritto consuetudinario, come ad esempio famiglie, clan o tribù. La maggior parte dei GDPL sono stati istituiti negli anni '90 con l'obiettivo di beneficiare delle attribuzioni fondiari effettuate dall'ADRAF. Il GDPL è dunque proprietario del terreno, lo gestisce liberamente e i suoi membri possono decidere di stabilirvisi, di sfruttarlo economicamente o realizzarvi un progetto.

“legame con la Terra”. Queste terre non possono essere né vendute né cedute, poiché sottoposte alla regola detta “delle 4 I”: le terre sono Inalienabili, Incedibili, Incommutabili, Imprescrittibili. Ciò comporta che non possono cambiare il proprietario, sia che avvenga volontariamente (tramite vendita, scambio o donazione), sia che avvenga forzatamente (maturando ad esempio la prescrizione). Le terre di diritto consuetudinario non possono inoltre essere ipotecate né far parte della pianificazione urbana. Tuttavia, è possibile renderle oggetto di contratto di locazione; ciò non porta alla conclusione che queste siano uno spazio pubblico di diritto consuetudinario, poiché si tratta invece di beni familiari indissociabili dal patrimonio degli antenati²⁹⁹.

L’Accordo di Nouméa corregge il riferimento incongruo delle terre di diritto consuetudinario al nostro “diritto di proprietà”, collegandolo piuttosto al “legame alla Terra”, che non ha nulla a che vedere con il concetto civilista di proprietà. In effetti, il concetto di “legame alla Terra” è inconciliabile con il nostro concetto di “diritti reali”³⁰⁰. Non include il rapporto dell’uomo con la terra in termini di diritti sul bene, bensì nasce dall’idea di diritti personali nascenti dalla Terra stessa e diritti della persona.

Il “legame alla Terra” influenza l’appartenenza dell’individuo ad un clan e dunque la sua filiazione e il comportamento sociale che fonda l’azione di rivendica dello stato civile di diritto consuetudinario. Il legame alla Terra struttura l’organizzazione sociale e definisce i rapporti tra loro degli uomini. La Terra non è dunque qualcosa di cui ci si appropria, ma in principio è una obbligazione, una funzione sociale e un legame di fiducia.

Tra la vasta giurisprudenza in materia, il caso “Peng”³⁰¹ esprime chiaramente il diritto Kanak. La decisione dimostra che la terra è una memoria più che un bene: è l’identità delle generazioni che si sono succedute nel corso del tempo e che il “proprietario della Terra” è più un guardiano della memoria che non un proprietario in senso civilistico. La Terra appare dunque un luogo di *fiducia*³⁰² che struttura lo spazio sociale. Nel contesto delle Terre di diritto consuetudinario, i fiducianti sono l’Antenato e il lignaggio dei proprietari della Terra che si sono succeduti nel corso del tempo. Questi investono il Proprietario della Terra attuale, il fiduciario, dell’incarico di gestire a favore dei beneficiari membri del clan e di trasferire il bene, una volta giunto il momento, alla

²⁹⁹ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d’identité et d’obligations fiduciaires*, in *L’intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 101-106

³⁰⁰ *Ibidem*

³⁰¹ Tribunale di prima istanza di Nouméa, sezione distaccata di Lifou, 25 luglio 2012, RG n°10-80

³⁰² La “fiducia” è un atto giuridico tramite cui una persona denominata fiduciante, trasferisce la proprietà di un bene materiale o immateriale a un’altra persona, denominata fiduciario, per raggiungere diversi scopi. Una prima modalità è la fiducia a titolo di garanzia di un credito sotto l’obbligo di restituire il bene; oppure una seconda modalità è quella a titolo gratuito, per realizzare una liberalità, sotto l’obbligo di trasferire il bene a un terzo beneficiario dopo averlo gestito nell’interesse di questo o di un’altra persona in un determinato lasso di tempo; oppure infine con lo scopo di gestire il bene nell’interesse del fiduciante sotto l’obbligo di restituire a quest’ultimo il bene entro una certa data.

generazione successiva³⁰³. Nel caso Peng, emerge appunto come il fiduciario abbia l'apparenza di un proprietario, ma non può né vendere né cedere a titolo gratuito la Terra.

Riguardo i fatti³⁰⁴, un progetto alberghiero doveva essere realizzato sulla spiaggia di Peng, nell'isola di Lifou, includendo il terreno occupato da M.me Enga L., appartenente al clan L., e suo marito proveniente dalla Francia metropolitana, quindi con stato civile di diritto comune, Monsieur S. Il progetto alberghiero aveva diviso i clan e condotto i sostenitori del progetto a volere l'espulsione degli occupanti, la coppia L. e S. dalla zona destinata al futuro hotel. Veniva richiesta al Grande Capo la pronuncia dell'espulsione della coppia, poi pronunciata nel novembre 2010. In seguito alla decisione, la coppia L. e S. doveva lasciare non solamente la tribù L. di Hapetra, ma l'intero distretto poiché Monsieur S., per via del suo stato civile, non poteva soggiornare in una terra di diritto consuetudinario.

La coppia adisce il tribunale per contestare la decisione che priverebbe la sposa, avente stato civile di diritto consuetudinario, dei suoi diritti sulla terra di L. Le autorità della tribù sostenevano invece la decisione fosse valida, poiché il Proprietario della terra, il Grande Capo, sarebbe investito della difesa dell'interesse generale e che sarebbe una sua prerogativa l'espulsione per poter realizzare il progetto e lo sviluppo economico della zona. Il caso poneva dunque la questione della legittimità del Grande Capo di disporre della proprietà di un clan e di inserirsi nelle sue faccende private. Il tribunale dovrà ricordare al Grande Capo il suo ruolo e i suoi obblighi: escludendo che possa essere proprietario o guardiano delle terre di un clan diverse da quelle che appartengono al Grande Capo. Il tribunale dimostra infine, risalendo alla genealogia, che il clan di L. sia il guardiano di quella terra e che il Capo Clan non sia autorizzato ad espellere S. e L., poiché L. ha ricevuto dagli antenati il diritto di abitare la terra. L'espulsione avrebbe costituito una trasgressione del diritto consuetudinario, che invece concepisce la terra come un fattore di unione e comunione e non come un fattore di esclusione³⁰⁵. Così si sottolinea come la concezione tradizionale Kanak della terra sia diversa da quella occidentale, che riduce la terra a un bene e a un fattore di sviluppo economico.

2.2 Devoluzione del patrimonio successorio e terre di diritto consuetudinario

Per il diritto consuetudinario Kanak, un individuo può ereditare dei beni personali del defunto, ma non può ugualmente ereditare le terre di diritto

³⁰³ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 119-120

³⁰⁴ Tribunale di prima istanza di Nouméa, sezione distaccata di Lifou, 25 luglio 2012, RG n°10-80

³⁰⁵ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 120-121

consuetudinario che non sono mai un bene personale del *de cuius*³⁰⁶. Nella società Kanak si diventa “guardiani” delle terre di diritto consuetudinario nell’interesse di un clan o di una famiglia, precisando che la terra conferita al Capo famiglia è conferita ad uso personale del beneficiario e dei suoi figli, secondo le esigenze dettate dalla tradizione orale di diritto consuetudinario. La distinzione tra beni personali e Terre di diritto consuetudinario sottolinea ancora una volta come queste ultime non rientrino nella disciplina dei diritti reali del *Code Civil*, bensì nella disciplina dei rapporti personali e fiduciari. Nello specifico, diversamente dai beni del *de cuius*, di cui questi può disporre a suo piacimento e lasciarli in eredità ai suoi prossimi e congiunti, le terre di diritto consuetudinario appartengono invece alla collettività e sono dunque soggette ad una diversa disciplina.

Nello specifico caso delle terre di diritto consuetudinario, si tratta di una “obbligazione fiduciaria” e dell’esercizio di un diritto morale sia su un bene materiale (la terra), sia su un bene immateriale, come la memoria del clan, la sua identità legata alla terra e i saperi tradizionali associati al clan e alla terra³⁰⁷. È sempre più difficile parlare in questo caso di “proprietà” ed è piuttosto preferibile il concetto di “diritto delle appartenenze³⁰⁸”, per via dell’appartenenza reciproca tra uomo e terra, tra la generazione attuale e le generazioni passate e future, tra elementi umani e non umani. Il sistema normativo colloca il proprietario in un ruolo sociale e lo rende guardiano di un bene per una comunità.

La procedura in materia di devoluzione del patrimonio successorio è definita dalla delibera n°11 del 20 giugno 1962. Nel caso di decesso di una persona con stato civile di diritto consuetudinario, la sua famiglia fa richiesta al Servizio Territoriale di Amministrazione Generale di una autorizzazione per organizzare una discussione con i membri del clan interessati alla successione del *de cuius*³⁰⁹. Il processo verbale potrà essere contestato entro un arco temporale di trenta giorni da parte di chiunque abbia interesse. Terminati i trenta giorni, il Servizio Territoriale d’Amministrazione Generale emana un certificato di eredità o di proprietà sulla liquidazione e separazione del patrimonio. A rendere maggiormente dettagliata la disciplina della devoluzione del patrimonio successorio si aggiunge infine anche la delibera n°148 dell’8 settembre 1990 sull’organizzazione della successione dei beni immobili appartenenti ai cittadini con stato civile di diritto particolare³¹⁰.

Il contenzioso in materia illustra la difficoltà originata dall’assenza di modalità di prova incontestabili della proprietà di un bene e l’esigenza sempre più attuale della creazione di un notariato di diritto consuetudinario. Le norme relative alla trasmissione delle terre di diritto consuetudinario sono variabili secondo le diverse aree tradizionali del paese, ed è una condizione che renderebbe maggiormente gravoso l’onere della prova della proprietà di un bene.

³⁰⁶ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d’identité et d’obligations fiduciaires*, in *L’intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 131-132

³⁰⁷ *Ibidem*

³⁰⁸ *Ibidem*

³⁰⁹ Lafargue R., *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d’un droit commun coutumier*, PU Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 2003, p.157

³¹⁰ *Ibidem*

I problemi riguardanti l'attribuzione delle terre di diritto consuetudinario sono principalmente causati dalle differenze tra clan: esistono alcuni clan di proprietari qualificati *clan terrestri* opposti ai clan che hanno deciso di sottoporsi alla protezione dei primi e che sono definiti *clan ospitati*³¹¹. Questi ultimi sono clan che sono stati precedentemente cacciati e si sono rifugiati sulle terre appartenenti ai *clan terrestri*, con l'accordo di questi. Il progetto di un catasto di diritto consuetudinario che segnerebbe un punto di svolta rispetto alla situazione attuale, si presenta tuttavia in contrasto con la resistenza dei *clan terrestri* che non vogliono rimettere in causa gli accordi passati e i diritti maturati in qualità di proprietari delle terre.

In alcuni casi, succede che la procedura disciplinata nella delibera n°11 del 20 giugno 1962 non venga rispettata e che l'erede non sia convocato, mettendo in discussione la validità della successione. In linea generale, la ripartizione dipende da un criterio soggettivo: la qualità delle relazioni personali che legavano l'erede con il *de cuius*. Il criterio è dunque un criterio di merito e di equità, quando si tratta di beni "personali" del defunto³¹². Al contrario, quando si tratta di terre di diritto consuetudinario, opera un criterio di tipo oggettivo: la capacità oggettiva a svolgere un incarico e ad essere investito della carica di guardiano della terra, non in qualità di erede, bensì in qualità di "continuatore" di un incarico. Si tratta dunque della capacità di ricoprire un ruolo sociale e non ha nulla a che vedere con la dimensione affettiva del defunto³¹³.

Questa fondamentale distinzione tra criterio soggettivo e criterio oggettivo spiegherebbe la soluzione adottata per il caso di una vedova che contestava la liquidazione della successione del marito: le terre del clan restano nel clan del marito e la vedova non ha che unicamente diritti extra-fondari, come ad esempio somme di denaro, beni mobili e tra questi comunque concorre con gli altri eredi legittimari del *de cuius*³¹⁴. In un'altra pronuncia del Tribunale di Nouméa invece, il giudice afferma che nel caso in cui gli unici eredi siano le figlie, queste sono istituite guardiane delle terre³¹⁵. Si tratta di una situazione transitoria, poiché il ruolo di guardiano (sia che si tratti di un uomo che di una donna) è quello di assicurare una funzione sociale da trasmettere in seguito. Le terre restano all'interno del clan e se la figlia ereditiera della funzione di guardiana contrae matrimonio con un altro clan, la sua funzione di guardiana passerà a qualcun'altro. Viene messo in atto il meccanismo della *fiducia*; non potrà trasmettere né le terre né la funzione di guardiano a suo marito, ma potrà trasmetterle a un figlio che resta all'interno del suo clan originario. Il principio espresso nella sentenza è dunque il medesimo, indipendentemente dal sesso di chi sia investito della carica di guardiano, poiché non si tratta di ereditare un bene,

³¹¹ *Ibidem*

³¹² Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 132-133

³¹³ Tribunale di prima istanza di Nouméa, 9 novembre 2012, RG n°12-915

³¹⁴ Tribunale di prima istanza, sezione distaccata di Koné, 18 febbraio 2003, RG n°152-2000

³¹⁵ Tribunale di prima istanza di Nouméa, 9 novembre 2012, RG n° 12-915

bensi della funzione di guardiano; pertanto, anche una figlia unica può diventare guardiano delle terre, finché resta nel suo clan di origine³¹⁶.

Per concludere, il capitale immateriale legato alle terre di diritto consuetudinario e ai saperi tradizionali tramandati di generazione in generazione non può essere alienato, poiché è l'elemento fondatore dell'identità della società Kanak che abita queste terre³¹⁷. Il "legame con la terra" non ha molto in comune dunque con il concetto di "diritto di proprietà": la terra non si aliena, il proprietario non può esserne spossessato, nemmeno per mancato utilizzo, perché i diritti personali non possono cadere in prescrizione finché la comunità o il clan esistono ancora, vivendo di generazione in generazione.

Per una piena realizzazione della *souveraineté partagée* e di un destino comune, sarà necessario abbandonare il concetto univoco di "proprietà" per preferire una approfondita analisi del "diritto vivente": parlare di appartenenza reciproca e obbligazioni fiduciarie, per poter preservare la tradizione Kanak.

3. Diritto Penale

L'integrazione del diritto consuetudinario Kanak all'interno del *corpus* normativo penale si prospetta difficile, entrando questo in contrasto con alcuni principi fondamentali della materia. *In primis*, la caratteristica essenziale che ostacola un qualsiasi riconoscimento di potere normativo alieno a quello del legislatore nazionale è il principio di unità del diritto penale. Questa unità è legata alla sovranità dello Stato e al carattere di territorialità della legge penale. Infatti, la legge penale francese si applica a tutte le infrazioni commesse sul territorio della Repubblica³¹⁸, di cui fa parte anche la Nuova Caledonia.

Da ciò si deduce l'incapacità del diritto consuetudinario di poter incriminare ed ugualmente l'incapacità di poter infliggere sanzioni. Infatti, adempiere ad un obbligo di diritto consuetudinario non è contemplato come fatto giustificativo di un reato, né come errore di diritto, né come causa di esonero della responsabilità³¹⁹.

Il conflitto sostanziale tra norme di diritto comune e norme di diritto consuetudinario può concretizzarsi nell'applicazione di una sanzione. Nello specifico, il classico esempio si realizza quando l'applicazione di una sanzione di diritto consuetudinario consiste nella commissione di una infrazione per la legge penale francese. Diritto penale statale e diritto consuetudinario appartengono a due mondi diversi, di cui il primo occupa una posizione assolutamente dominante. Ciononostante, i due mondi convivono all'interno dello stesso paese, la Nuova Caledonia, per cui il compito del diritto penale statale non dovrebbe essere quello di scartare a priori le sanzioni di diritto consuetudinario, bensì quello di approfondirne la sua conoscenza. L'obiettivo dei prossimi paragrafi è quello di

³¹⁶ *Ibidem*

³¹⁷ Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 137-140

³¹⁸ Articolo 113-2 del *Code Pénal*

³¹⁹ Malabat V., *La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 211-212

analizzare alcuni profili critici sollevati dalla peculiarità del diritto penale consuetudinario, rispetto alla sua convivenza con le fonti statali e con le fonti di diritto sovranazionale.

Infine, risulta interessante analizzare l'applicazione del diritto penale, sia da un punto di vista giuridico che sociologico, poiché è l'ambito che lascia emergere le prevedibili disparità socioeconomiche in Nuova Caledonia. La popolazione carceraria della prigione centrale secondo il *Sénat Coutumier* e le autorità penitenziarie si compone almeno per il 90% di cittadini con stato civile Kanak³²⁰. Il tasso di criminalità non è più elevato in Nuova Caledonia rispetto alla Francia metropolitana: è il tasso di condanna che secondo le autorità penitenziarie attesta una tendenza a infliggere condanne più severe³²¹. Dall'indagine dell'inviato speciale delle Nazioni Unite rispetto alla criminalità emerge il problema alla base dell'alienazione dei più giovani Kanak, sia rispetto alle tradizioni, sia rispetto alla cultura occidentale di Nouméa. Una generazione in crisi marcata da un elevato tasso di rinunce agli studi, abuso di alcool e cannabis, imprudenza al volante e debole inserimento nel mercato del lavoro e che con fatica si integra in una società multietnica.

3.1 Il risarcimento del danno causato da reato

La maggior parte delle decisioni registrate vertono sulla questione della riparazione civile delle conseguenze pregiudizievoli di un reato. In linea generale è previsto che nei rapporti tra persone con stato civile di diritto consuetudinario Kanak, la riparazione del pregiudizio obbedisca ai soli principi del diritto consuetudinario; questo avrebbe delle conseguenze non solamente in merito all'individuazione della giurisdizione competente a pronunciarsi sulla richiesta di risarcimento, ma anche sul fondamento della richiesta³²².

In un primo momento si riteneva che la giurisdizione di diritto consuetudinario fosse la sola competente a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento, perché il diritto consuetudinario è il diritto applicabile alle cause le cui parti abbiano entrambe stato civile di diritto consuetudinario. Contrariamente alle regole classiche di procedura penale, il tribunale o la Corte d'Assise non potevano dunque pronunciarsi sull'azione civile della vittima, ma dovevano rinviare il giudizio dinnanzi al tribunale civile, il cui organo giudicante sarebbe stato completato dagli *assesseurs coutumiers*. In questo caso, è la specificità della situazione civile personale della vittima e dell'autore del reato ad aver condotto il giudice penale a dichiararsi incompetente per potersi pronunciare sulla domanda di risarcimento. La soluzione rispetta la competenza del diritto consuetudinario, ma presenta una situazione antieconomica, poiché obbliga le parti ad avviare due giudizi: uno dinnanzi al giudice penale, l'altro dinnanzi al tribunale civile con formazione di diritto consuetudinario³²³.

³²⁰ James Anaya M., *Rapporto dell'inviato speciale sui diritti dei popoli autoctoni: la situazione del popolo Kanak della Nuova Caledonia (Francia)*, Conseil des droits de l'homme, settembre 2011

³²¹ *Ibidem*

³²² Malabat V., *La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 217-218

³²³ *Ibidem*

Successivamente è intervenuta una modifica alla disciplina della richiesta di risarcimento mediante l'articolo 25 della legge organica n°2013-1027 del 15 novembre 2013³²⁴ che ha inserito due nuovi commi all'articolo 19 della legge organica n°99-209 del 19 marzo 1999. In seguito alla modifica, la giurisdizione penale di diritto comune può pronunciarsi sulle richieste di risarcimento anche quando le parti coinvolte abbiano stato civile di diritto consuetudinario, derogando al principio generale enunciato al primo comma dell'articolo 19. La domanda è invece inoltrata al tribunale civile con formazione di diritto consuetudinario quando una delle parti o entrambe ne facciano richiesta.

La decisione del *Conseil Constitutionnel* che esamina la legge organica del 15 novembre 2013 precisa ulteriormente il funzionamento della domanda di risarcimento: «l'instaurazione della facoltà per la giurisdizione penale di diritto comune di pronunciarsi sugli interessi civili nelle cause concernenti esclusivamente persone con stato civile di diritto consuetudinario Kanak, quando nessuna delle parti si opponga, non ha ad oggetto e non saprebbe avere come effetto quello di permettere alla giurisdizione penale di diritto comune di non applicare il diritto consuetudinario [...] per ipotesi, la giurisdizione penale può decidere di ricorrere ad una perizia per la valutazione del pregiudizio secondo il diritto consuetudinario e che il comma II del paragrafo I dell'articolo 150 della legge organica del 19 marzo 1999 permette a qualsiasi giurisdizione di consultare il *conseil coutumier* per l'interpretazione delle norme di diritto consuetudinario³²⁵». Le riserve apportate mediante la pronuncia del *Conseil Constitutionnel* permettono quindi di preservare l'applicazione delle norme di diritto consuetudinario da parte della giurisdizione penale, quando essa si pronuncia sulla domanda di risarcimento. La legge organica del 2013 non ha però colto l'occasione di aggiungere alle modifiche apportate anche la possibilità di integrare l'organo giudicante penale mediante degli *assesseurs coutumiers*, come già avviene per il tribunale civile.

In seguito all'entrata in vigore della riforma, si osserva tuttavia una riluttanza da parte della giurisdizione penale ad esercitare questa nuova competenza³²⁶. La modifica prevede la competenza della giurisdizione penale di diritto comune a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento, salvo una o entrambe le parti facciano richiesta contraria. La giurisprudenza applica la disposizione fornendole un'interpretazione diversa. Innanzitutto, la Corte d'Appello di Nouméa esige che tutte le parti siano presenti al processo, affinché possano esprimere il loro consenso³²⁷. Questa esigenza non è però imposta dalla legge, poiché il comma secondo identifica una competenza derogatoria ma per principio la giurisdizione penale può pronunciarsi sugli interessi civili.

La Corte d'Appello di Nouméa ha in seguito ulteriormente specificato la sua posizione affermando che in assenza di una delle parti all'udienza, il giudice di prima istanza non poteva ritenere la competenza della giurisdizione di diritto comune, poiché la competenza principale è del tribunale civile con gli *assesseurs*

³²⁴ Legge organica n° 2013-1027 del 15 novembre 2013 volta all'aggiornamento della legge organica n° 99-209 del 19 marzo 1999 relativa alla Nuova Caledonia

³²⁵ *Conseil Constitutionnel*, 14 novembre 2013, n°2013-678 DC, consid.37

³²⁶ Malabat V., *La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 219-220

³²⁷ Corte d'Appello di Nouméa, sezione di diritto consuetudinario, 20 marzo 2014, n°13-68

*coutumiers*³²⁸. Nella pratica quindi il principio introdotto con la legge organica del 2013 è stato invertito, dato che si esige che le parti si pronuncino a favore della competenza della giurisdizione repressiva, quando invece la legge prevede al contrario questa competenza come regola principale.

In seguito, la giurisprudenza ha dimostrato la compatibilità dell'azione civile di risarcimento fondata sul diritto consuetudinario con la messa in atto della "richiesta di perdono", tipica della tradizione Kanak³²⁹. Il gesto tradizionale non costituisce un ostacolo per l'esercizio dell'azione pubblica e per la richiesta di risarcimento civile formulata dalla vittima, che dovrà essere quantificato facendo riferimento a criteri e valori della società Kanak e ugualmente al giudicato penale.

Infine, la soluzione è accettabile unicamente nel caso in cui la giurisdizione penale che esercita la sua competenza, in assenza di domanda contraria delle parti, si pronuncia sugli interessi civili applicando il diritto consuetudinario alle richieste delle parti. In effetti, la giurisdizione seguirebbe il principio dettato dall'articolo 7 della Legge Organica, che prevede che le controversie tra persone con stato civile di diritto particolare siano disciplinate dal loro diritto consuetudinario.

3.2 La giustizia penale a confronto con il criterio della “*cultural defense*”

La legge è uguale per tutti: sia che si tratti di proteggere gli individui, sia che si tratti di punirli. Il “tutti” che compare nell'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 fa riferimento all'insieme della società francese presente sul suolo della Repubblica, basandosi sul principio secondo cui “la legge è l'espressione della volontà generale”. Tuttavia, essendo la legge una espressione dei valori della maggioranza, può urtare i valori delle minoranze³³⁰. Sul piano della giustizia penale, accade che alcuni comportamenti incoraggiati e tollerati dalle minoranze costituiscano infrazioni secondo la legge dettata dalla maggioranza. Il quesito che sorge è dunque il seguente: può un diritto penale unico non tenere conto delle differenze culturali?

I conflitti tra culture e che concernono valori sociali, interessi e norme, sono frutto di due fenomeni migratori: il primo è quello della colonizzazione di nuovi territori già popolati da popoli autoctoni che diventano una minoranza sul loro stesso territorio, come nel caso del popolo Kanak in Nuova Caledonia; il secondo è quello dell'immigrazione, con l'arrivo di minoranze straniere sul territorio nazionale³³¹. In dottrina, la questione che si concretizza in atti influenzati da una tradizione o cultura che tuttavia costituiscono reato ai sensi della legge penale di uno stato, viene definita “infrazione culturalmente orientata” o “*cultural defense*” (in inglese).

³²⁸ Corte d'Appello di Nouméa, 22 luglio 2014, n° 14-130

³²⁹ Corte d'Appello di Nouméa, sezione di diritto consuetudinario, 26 marzo 2015, n°14-00024

³³⁰ Parizot R., *Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?*, in Archives de la politique criminelle, Editions A. Pédone, 2014/1 n°36, pp. 9-22

³³¹ Parizot R., *Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?*, in Archives de la politique criminelle, Editions A. Pédone, 2014/1 n°36, pp. 9-22, citando Sellin T., *Conflits de culture et criminalité*, Parigi, Pédone, Pubblicazioni del centro di ricerche di politica criminale, 1984

L'espressione "*cultural defense*" è stata utilizzata per la prima volta in una nota della *Harvard Law Review* del 1968³³², nella quale pur non fornendo una definizione formale dettagliata, si descrive la situazione di conflitto tra culture suscettibile di essere oggetto del suddetto tipo di difesa. Il dilemma con cui deve confrontarsi la minoranza è quello della scelta tra violare le norme della propria cultura oppure le norme della legge penale nazionale.

La materia ha dato luogo a numerose riflessioni, principalmente nei paesi di Common Law, ad esempio con gli scritti di Alison Dundes Renteln, «*The Use and Abuse of the Cultural Defense*», e recentemente anche nella dottrina continentale. Nello specifico in Belgio con Marie-Claire Foblets, «*Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain*», e in Italia con Luca Monticelli, «*Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*».

Tuttavia, il dibattito sulla *cultural defense* è quasi del tutto assente in Francia. Si tratta di una prevedibile reazione al sistema francese presentato come assimilazionista, con al centro l'universalità dell'uomo e del popolo francese e il rifiuto della creazione al suo interno di differenze razziali o etniche. Si ricorda infatti il principio già dettato dall'articolo 1° della Costituzione Francese: «La Francia è una Repubblica indivisibile [...] assicura l'uguaglianza davanti alla legge di tutti i cittadini, senza alcuna distinzione di origine, razza o religione». Il modello assimilazionista francese è sempre più destinato ad una imminente scomparsa; benché la questione delle differenze culturali non venga teorizzata da un punto di vista giuridico e penale, questa non è però assente nella realtà giuridica francese³³³.

Il diritto penale francese integra molte più differenze culturali di quanto si possa immaginare con una prima frettolosa analisi. È dovuto alle molteplici sfaccettature territoriali che prendono forma nei territori d'oltremare e nelle molteplici sfaccettature della società francese dovute alla successione delle ondate di immigrazione. Ciononostante, il diritto penale francese nel profondo della sua essenza, non lascia *a priori* alcuno spazio alla differenza culturale, nel senso che non esiste alcuna norma che prenda generalmente in considerazione le particolarità culturali per poter aggravare o attenuare la responsabilità penale³³⁴.

In quanto al caso specifico delle collettività e paesi d'oltremare, tra cui la Nuova Caledonia, emerge dall'articolo 74-1 della Costituzione francese³³⁵ come

³³² Wyvekens A., *La justice pénale face à la « diversité culturelle » : la défense culturelle en questions*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2017-11, citando « The Cultural Defense in the Criminal Law », *Harvard Law Review*, 1986, Vol. 99, n° 6, April, pp. 1293-1311

³³³ Parizot R., *Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?*, in *Archives de la politique criminelle*, Editions A. Pédone, 2014/1 n°36, pp. 9-22

³³⁴ *Ibidem*

³³⁵ Articolo 74-1 della Costituzione francese del 1958: "Nelle collettività d'oltremare di cui all'articolo 74, nonché in Nuova Caledonia, il governo può, nelle materie che rimangono di competenza dello Stato, estendere tramite ordinanze, con i necessari adattamenti, le disposizioni aventi natura legislativa in vigore nel territorio metropolitano, ovvero adattare le disposizioni in vigore aventi natura legislativa all'organizzazione particolare della collettività interessata, salvo che la legge non abbia espressamente escluso, per le disposizioni in causa, il ricorso a tale procedura."

il diritto penale della Francia metropolitana si applichi unicamente se oggetto di una misura di estensione in virtù del principio della specialità legislativa. Questo articolo giustifica l'esistenza di disposizioni di adattamento specifiche al termine di ogni legge penale e alla fine di ogni parte del *Code Pénal* e del *Code de Procédure Pénale*. In assenza di tali disposizioni, il testo penale valido per la Francia metropolitana non potrà applicarsi. Ad esempio, nei territori menzionati all'articolo 74-1 fino al 2012 il reato di molestie sessuali si applicava nella versione codicistica del 1998, poiché la legge del 2002 che modificava l'articolo 222-33 del *Code Pénal* non aveva ad oggetto una estensione dell'applicazione³³⁶. Esistono dunque norme penali specifiche nei territori d'oltremare legate alla cultura o più in generale al contesto specifico territoriale. Non esiste però alcuna norma generale che conceda uno statuto penale d'oltremare e lo stesso articolo 75 della Costituzione per la Nuova Caledonia conferisce unicamente uno statuto civile particolare.

Con la sentenza del 10 ottobre 2000³³⁷ la Corte di Cassazione francese si pronuncia in merito al caso delle autorità Kanak che ricorrono a punizioni corporali per sanzionare il rifiuto di obbedire ad una decisione di espulsione dal clan. La Corte rifiuta che la cultura minoritaria possa prendere il posto del diritto penale statale e che alcuni comportamenti, non costitutivi di una infrazione, costituiscano una violazione dei valori di diritto consuetudinario autorizzando sanzioni di tipo penale. La particolarità culturale potrebbe però diventare un fattore di attenuazione della situazione penale dell'autore del reato, se letta invece dal punto di vista del divieto di discriminazione e del diritto delle minoranze. Leggiamo ad esempio all'articolo 27 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, di cui la Francia stessa è firmataria, che «negli stati in cui esistono delle minoranze etniche, religiose o linguistiche, le persone appartenenti a queste minoranze non possono essere private del diritto di avere, in comune con i membri dello stesso gruppo, la loro propria vita culturale e di professare e praticare la loro propria religione o utilizzare la propria lingua».

Questo assolutismo del diritto penale può tuttavia cominciare ad essere sfumato. L'eccezione culturale, che si traduce sul piano procedurale mediante la "*cultural defense*" può essere definita come attenuante o causa di esclusione della responsabilità penale per via di un indicatore culturale differente rispetto a quello della maggioranza³³⁸. In somma, l'applicazione di una norma penale statale viene bloccata o mitigata nel caso in cui la realizzazione dell'atto avvenga sotto l'influenza delle tradizioni di una cultura minoritaria all'interno del paese.

Una norma di diritto consuetudinario non potrebbe neutralizzare l'applicazione della norma penale statale. Tuttavia, il criterio della *cultural defense* potrebbe essere messo in atto secondo tre modalità. Una prima modalità potrebbe prevedere che la legge statale stessa con disposizioni speciali *ad hoc*

³³⁶ Tutte le precedenti modifiche della disciplina sulle molestie sessuali avevano avuto ad oggetto anche un'estensione dell'applicazione ai territori d'oltremare, tranne la novella del 2002 e secondo l'articolo 225 della legge solamente le disposizioni relative alle molestie morali erano estese ai territori d'oltremare. Pertanto, tra il 2002 e il 2012 i reati di molestie sessuali commessi in Nuova Caledonia, Polinesia francese e Wallis-Futuna rientravano sotto la disciplina della legge del 1998.

³³⁷ Sentenza della Corte di Cassazione, 10 ottobre 2000, RG n°00-81959

³³⁸ Parizot R., *Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?*, in Archives de la politique criminelle, Editions A. Pédone, 2014/1 n°36, pp. 9-22

autorizzi l'applicazione del diritto consuetudinario: è ad esempio quello che avviene con il temperamento dell'articolo 521-1 del *Code Pénal* che limita l'infrazione con atti di crudeltà verso animali per le corse di tori e combattimenti di galli nelle località in cui questi riti fanno parte della tradizione. Questa opzione permetterebbe di limitare l'applicazione del diritto consuetudinario a casi specifici, condannando ad ogni modo tutti quei comportamenti come le punizioni corporali che si presentano non soltanto contrari al diritto penale statale, ma anche alle convenzioni internazionali di cui la Francia stessa è firmataria, tra cui la CEDU e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani.

Con una seconda modalità invece, l'eccezione culturale potrebbe realizzarsi mediante una norma generale che possa prevedere una circostanza attenuante: è quello che avviene in Italia con l'articolo 62 n.1 del Codice penale che tra le circostanze attenuanti prevede il fatto di aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale. In questo modo, l'eccezione culturale verrebbe lasciata nelle mani del giudice che con discrezionalità potrebbe adattarla al caso concreto.

Infine, una terza modalità consiste nell'inserimento di un *cultural expert* nella cornice del procedimento penale. Quella del *cultural expert* è una figura presente in ambito legislativo, amministrativo e in particolar modo in quello giuridico. Nell'ultimo caso, affianca giudice, pubblico ministero e avvocati cercando di qualificare nella maniera più appropriata fatti e atti compiuti e rilevare gli estremi del reato culturalmente motivato. La conoscenza del *cultural expert* permette di comprendere se e in che modo il fattore culturale sia stato determinante nella commissione del reato da parte di un individuo i cui valori e condotta quotidiana differiscono dal sistema generale in vigore.

La *cultural expertise* è frutto del contributo che l'antropologia e le scienze umane possono fornire nella ricostruzione della verità all'interno del processo. Essa non ambisce direttamente ad avere un impatto sul risultato del processo e per questo motivo non va confusa con il concetto di *cultural defense*. Così come qualsiasi altra forma di consulenza tecnica all'interno di un processo, lo scopo della *cultural expertise* è quello di applicare una conoscenza specifica a determinate circostanze e il parere è neutrale, al di là del risultato della sentenza definitiva³³⁹.

In Nuova Caledonia, come visto più volte all'interno di questo capitolo e soprattutto al paragrafo 4.1 del secondo capitolo, gli *assesseurs coutumiers* che sono giudici non di professione, giudicano accanto al magistrato nelle cause di diritto civile riguardanti il diritto consuetudinario Kanak. Nel caso in cui sia da applicare il diritto consuetudinario alla causa pendente dinanzi al tribunale civile, l'organo giudicante dovrà essere composto, oltre che dal magistrato, anche da *assesseurs coutumiers* in numero pari. Una figura analoga, tuttavia, è ad oggi assente per il tribunale penale e la sua introduzione sancirebbe piuttosto un punto di svolta nel dialogo tra Francia metropolitana e tipicità culturali in Nuova Caledonia.

L'estrema variabilità di atteggiamento riscontrabile da parte dei legislatori in ordine alla valutazione penalistica del fattore culturale costituisce il riflesso delle scelte politiche in merito a quale adottare tra i modelli alternativi di riconoscimento della diversità culturale, se assimilazionista o multiculturalista. L'alternativa è tra

³³⁹ Holden L., *Cultural expertise, and socio-legal studies*, Emerald Publishing Limited, 2019

l'assoluta uguaglianza formale da un lato, la valorizzazione dell'identità delle minoranze dall'altro³⁴⁰.

La società globale e sempre più quella francese si presentano come società dai confini porosi, che col passare del tempo sperimentano la contaminazione tra esperienze giuridiche, multiculturali e multietniche al proprio interno. La realtà cambia e comporta una mutazione della concezione e formazione dei diritti.

Se proviamo ora a scendere ad un livello ancora maggiore di indagine analitica sui reati culturalmente motivati, prendendo in considerazione lo studio di Fabio Basile in "I reati «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali", sarà possibile rilevare che tali casi possono significativamente differenziarsi in forza di almeno tre variabili³⁴¹:

- Il livello di offensività del fatto commesso: concerne il bene giuridico offeso, la sua eventuale titolarità in capo ad una vittima determinata, nonché il grado di offesa, danno o pericolo da esso subito;
- La natura della norma culturale: è necessario accertare se la norma in questione sia una norma religiosa, per cui risulti necessario fare riferimento alla giurisprudenza e dottrina in diritto di libertà religiosa. La norma può oppure essere norma di diritto positivo vigente nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza dell'imputato: questa eventuale "coincidenza" potrebbe, infatti, assumere particolare rilievo, in sede di accertamento dell'antigiuridicità e della colpevolezza del fatto commesso. Oppure ancora, bisogna interrogarsi sul grado di vincolatività di tale norma all'interno dello stesso gruppo culturale cui appartiene l'imputato: essa potrebbe, infatti, limitarsi a suggerire il compimento di una determinata pratica (es. poligamia tra i musulmani), o imporla con un elevato grado di coerenza e sanzioni.
- Biografia del soggetto agente: occorre individuare il grado di integrazione nella cultura del paese d'arrivo e, reciprocamente, il suo grado di perdurante adesione alla cultura d'origine.

Le tre variabili sopra illustrate potrebbero costituire anche l'ossatura di una sorta di test culturale, una procedura standardizzata di accertamento di determinati requisiti, utilizzabile dai giudici penali dinanzi a casi concreti in cui l'imputato si "difende" invocando il motivo culturale³⁴². Con l'obiettivo di perfezionare il lavoro dei giudici, siamo in attesa di futuri studi e ricerche che consentano una eventuale, maggiore formalizzazione del test culturale³⁴³. Nel caso in cui la realizzazione del reato costituisca davvero l'esito di un conflitto normo-culturale ancora irrisolto, il reato commesso dall'imputato di cultura diversa potrebbe effettivamente risultare meno rimproverabile rispetto ad uno

³⁴⁰ Grandi C., *A proposito di reati culturalmente motivati*, Osservazioni sulle monografie di Fabio BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*. Il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010; Alessandro BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; Cristina DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010 in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010

³⁴¹ Basile F., *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia* 1/2017

³⁴² *Ibidem*

³⁴³ Ruggiu I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione Giustizia* 1/2017

stesso identico fatto commesso da un imputato appartenente alla cultura maggioritaria.

Oggi, alla presenza di una società multiculturale e universale in cui il diritto e la giustizia forniscono una sempre maggiore importanza all'individuo mediante la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Francia dell'unità e dell'indivisibilità non può più ignorare la questione della diversità e il problema della legge nazionale espressione della maggioranza³⁴⁴. Oggi più che mai bisogna allontanarsi dall'analisi teorica della società per dare invece uno sguardo alla società reale. In conclusione, è sì difficile integrare il multiculturalismo nella giustizia penale attuale, ma proprio il multiculturalismo si presenta come la giusta occasione per poter ripensare la giustizia penale.

Il capitolo si conclude riprendendo il pensiero della giurista Marie Claire Foblets³⁴⁵ che supporta il riconoscimento della diversità: «se la responsabilità penale è individuale, non bisogna ignorare la dimensione collettiva della responsabilità in materia di reati culturalmente orientati, poiché alcuni sono commessi essenzialmente per evitare di essere esclusi dalla comunità. Conviene, di conseguenza, avviare un dialogo con le comunità in minoranza, conoscere e educare».

³⁴⁴ Wyvekens A., *La justice pénale face à la « diversité culturelle » : la défense culturelle en questions*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2017-11

³⁴⁵ Foblets M. C., « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », in *Droit et Cultures*, 35(1), pp. 195-222

CONCLUSIONI

Questo studio ha cercato di individuare i tratti fondamentali dell'esperienza costituzionale della Nuova Caledonia e di identificare come nella realtà di ogni giorno venga realizzato il principio della *souveraineté partagée* inserito nell'Accordo di Nouméa. A tal fine, è stata condotta un'analisi partendo da un inquadramento storico e normativo, passando dai punti di collegamento tra diritto comune e diritto consuetudinario kanak, fino a giungere all'analisi dettagliata di alcuni istituti frutto del diritto vivente praticato dalla società Kanak.

La trattazione ha mostrato come la *souveraineté partagée* costituisca un progetto perennemente oscillante fra la realizzazione di un'utopia e la creazione di una collettività *sui generis*, fortemente dipendente dalle molteplici competenze amministrative e legislative ancora nelle mani della Francia metropolitana. D'altronde, nello stesso Accordo di Nouméa il concetto di sovranità condivisa viene ripreso in due diversi punti, il 4 e il 5, accostandolo a contesti diversi e non fornendo un chiaro metodo per la sua reale attuazione. Al punto 4, dopo l'exkursus storico sulle vicende del popolo Kanak che per primo ha abitato l'isola prima di subire gli orrori della colonizzazione francese, si annuncia l'obiettivo di «riconoscere la sua sovranità, condizione preliminare delle basi di una sovranità, condivisa in un destino comune³⁴⁶».

Al punto 5 invece, il concetto di sovranità è affiancato alla ripartizione delle competenze tra Nuova Caledonia e Francia e illustra come «La ripartizione delle competenze fra Stato e Nuova Caledonia significherà sovranità condivisa. E sarà progressivo»³⁴⁷. Il concetto della *souveraineté partagée* si presenta dunque perlopiù come un espediente per mettere fine agli avvenimenti degli anni '80 che avevano sconvolto l'ordine del paese, in una falsa idea di sovranità affidata alla comunità di origine europea e alla comunità Kanak. Bisogna aggiungere inoltre che il concetto di *souveraineté partagée* è unicamente presente nell'Accordo di Nouméa e non viene ripreso dalla Legge Organica 99-209 del 1999 che rappresenta il vero e proprio riferimento normativo per la condizione della Nuova Caledonia.

D'altronde, il concetto stesso di «sovranità condivisa» si presenta ambiguo, poiché accosta due termini in apparente contraddizione³⁴⁸. Infatti, nella definizione classica di diritto internazionale, la sovranità è esercitata in via *esclusiva* da uno Stato all'interno di un determinato territorio. Tuttavia, la presenza di una definizione classica non costituisce un ostacolo, quanto piuttosto una sfida per poter ripensare il concetto di sovranità, interfacciandosi con una società multiculturale del XXI secolo.

La *souveraineté partagée* secondo i termini dell'Accordo di Nouméa si concretizza nel carattere transitorio dell'attuale statuto. Costituisce infatti una tappa anticipatoria dell'accesso alla piena sovranità ed è frutto di un compromesso tra indipendentisti e sostenitori della Francia metropolitana. La sovranità condivisa si realizza dunque da un lato mediante il riconoscimento della

³⁴⁶ Articolo 4, Accordo sulla Nuova Caledonia firmato a Nouméa il 5 maggio 1998

³⁴⁷ Articolo 5, Accordo sulla Nuova Caledonia firmato a Nouméa il 5 maggio 1998

³⁴⁸ Avenia C., *La sovranità condivisa della Nuova Caledonia e le conseguenze sull'autodeterminazione dei Kanak*, in Rivista della cooperazione giuridica internazionale, anno XXI, n°58 gennaio-aprile 2018

cittadinanza caledone sotto determinate condizioni e in vista del referendum per l'accesso alla piena sovranità del paese, dall'altro lato mediante il riconoscimento dello stato civile di diritto consuetudinario riservato alla comunità Kanak.

Il titolo I della Legge Organica del 1999 è intitolato "stato civile di diritto consuetudinario e proprietà di diritto consuetudinario". L'obiettivo del titolo è quello di integrare nel diritto positivo applicabile in Nuova Caledonia anche le norme del diritto consuetudinario Kanak. Lo studio ha però mostrato come l'applicazione del diritto consuetudinario venga confinata alle materie di diritto civile e che quindi diversi istituti della tradizione Kanak vengano lasciati in disparte; l'ambito di applicazione del diritto consuetudinario e dello stato civile Kanak sono analizzati e studiati, con gli occhi e gli istituti di diritto comune. Il confine tra diritto civile, diritto penale, diritto pubblico, è un confine dettato dal giurista di diritto comune, mentre tuttavia analizza un diritto non appartenente al medesimo sistema e che necessiterebbe di una diversa chiave di lettura.

Ciononostante, grazie al riconoscimento di alcuni istituti di diritto consuetudinario che ad oggi fanno parte del diritto vigente e praticato in Nuova Caledonia, è possibile che una richiesta di divorzio venga rifiutata per via dell'opposizione dei clan alla rottura del legame coniugale³⁴⁹, oppure che ad un clan venga conferita la personalità giuridica³⁵⁰, oppure ancora che un figlio nato fuori dal matrimonio sia unicamente erede della sua ascendenza materna³⁵¹.

Infine, l'esperienza costituzionale della Nuova Caledonia continua a scriversi ancora oggi ed è protagonista di un processo dinamico di cambiamento tra modernità e tradizione. L'ultimo referendum dello scorso novembre 2018 ha assistito ad una affluenza alle urne superiore all'80%. Dato molto importante, poiché non vi è stato boicottaggio della partecipazione da parte della fazione indipendentista, come d'altronde era già successo durante le precedenti consultazioni. Inoltre, il voto è stato accompagnato da una forte mobilitazione degli elettori e una partecipata campagna referendaria. La vittoria del "NO" all'accesso alla piena sovranità per la Nuova Caledonia, seppur con un sorprendente risultato che ha dimostrato ancora una volta la divisione etnica e sociale del paese, ha condotto alla richiesta di una seconda consultazione, al momento fissata per il prossimo 6 settembre 2020.

I possibili scenari post consultazione referendaria sono i più diversi e per questo motivo la storia costituzionale della Nuova Caledonia si scrive ancora oggi. In seguito al referendum e anche in seguito ad una eventuale terza consultazione, tra le diverse ipotesi c'è quella di una Nuova Caledonia stato indipendente, che tuttavia prima di poter approfittare della conquistata sovranità dovrà far fronte ai problemi che ne derivano: l'organizzazione di una difesa statale, valutare se continuare ad avere solide relazioni diplomatiche con la Francia o approfittare della vicina Australia, oppure ancora rivedere il suo modello economico statale, fortemente dipendente dalla produzione di Nichel.

Un'altra ipotesi invece, in seguito anche ad una eventuale terza consultazione referendaria è quella dello *status quo* rispetto alla Francia metropolitana, che in ogni caso porterebbe ad una rivisitazione dell'Accordo di

³⁴⁹ Corte d'Appello di Nouméa, 9 settembre 2013, RG 12-226

³⁵⁰ Articolo 5, delibera n°116 del 14 maggio 1980

³⁵¹ Delibera n°11 del 20 giugno 1962

Nouméa e di eventuali nuove competenze rivendicabili da parte della Nuova Caledonia.

Proseguire un dialogo costruttivo tra le diverse comunità dell'arcipelago si prospetta come l'unica condizione indispensabile nella creazione di un destino comune per il diritto comune e il diritto Kanak, qualunque sia la forma istituzionale da scegliere per il futuro della nazione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

TESTI DI RIFERIMENTO

- Bobbio N., *La consuetudine come fatto normativo* [1942], Giappichelli Editore, Torino, 2010
- Cagnon B., *Le contentieux coutumier classique de la famille – Le mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 37-50
- Constantinesco V., Pierré-Caps S., *Droit Constitutionnel*, Parigi, Presse Universitaires de France, 2007, III edizione
- Cornut E., Deumier P., *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016
- Costanzo P., *La "nuova" costituzione della Francia*, Torino, Giappichelli, 2009
- Demmer C., Salomon C., *A propos du Sénat coutumier*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017, pp.97-134
- Fulchiron H., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La filiation*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 51-81
- Gindre David C., *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'état unitaire français*, Groupement de Recherches sur l'Administration Locale en Europe, l'Harmattan, 2006
- Holden L., *Cultural expertise, and socio-legal studies*, Emerald Publishing Limited, 2019
- Kasarhérou E., *Guide des Plantes du Chemin Kanak*, Grain de Sable, 1985
- Lafargue R., *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d'un droit commun coutumier*, PU Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 2003
- Lafargue R., *Le contentieux classique de la terre- Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 101-140
- Lijphart A., *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, 1984
- Magnon X., *La Nouvelle-Calédonie : un pays a « souveraineté partagée » ?*, in *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé*, Rabat, REMALD, 2009, pp. 135-149
- Malabat V., *La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en*

- Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 211-231
- Mapou R., *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie*, Parigi, Editions L'Harmattan, 2020
 - Merle I., *Expériences coloniales. La nouvelle Calédonie (1853-1920)*, Belin, 1995
 - Nallet A., *Le contentieux coutumier classique de la famille – La dissolution du mariage*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp.83-87
 - Otis G., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Parigi, 2012
 - Parisot V., Sana-Chaillé de Néré S., *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, a cura di Cornut E., Deumier P., Mission de recherche Droit et Justice, dicembre 2016, pp. 409-489
 - Régnauld J., *L'ONU, la France et les décolonisations tardives - L'exemple de terres françaises d'Océanie*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013
 - Saussol A., *L'héritage : essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle Calédonie*, Parigi, Société des Océanistes, 2013, p.155
 - Schnapper D., *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Collection Folio actuel, n° 75, Gallimard, 2000
 - Singaravelou P., *Les empires coloniaux. XIXe-XXe siècle*, Points Histoire, Parigi, Le Seuil, 2013
 - Tjibaou J., *Bibliographie illustrée*, ADCK-Centre culturel Tjibaou, Nouméa, 2009
 - Trépied B., *Vous avez oublié que vous êtes Kanak*, in *La coutume Kanak dans l'état : perspectives coloniales et postcoloniales sur la Nouvelle-Calédonie*, a cura di Demmer C. e Trépied B., l'Harmattan, 2017, pp. 189-234
 - Wamytan L., Leca A., Faberon F., *101 mots pour comprendre la coutume kanak et ses institutions*, Centre de Documentation pédagogique de Nouvelle Calédonie, Nouméa, n°10, 2016

ARTICOLI IN RIVISTE

- Agniel G., *Statut Coutumier Kanak et Juridiction de droit commun en Nouvelle Calédonie*, in « Revue Aspects », n° 3, 2008, pp. 81-96
- Angleviel F., *L'Accordo di Nouméa. L'applicazione, la posta in gioco per la Nuova Caledonia (1998-2018)*, « La Ricerca Folklorica », n° 55, Isole nella corrente. Il Pacifico "francofono": temi e prospettive di ricerca, aprile 2007, pp. 63-79
- Avenia C., *La sovranità condivisa della Nuova Caledonia e le conseguenze sull'autodeterminazione dei Kanak*, in « Rivista della

cooperazione giuridica internazionale », anno XXI, n°58 gennaio-aprile 2018

- Basile F., *I reati cd. «culturalmente motivati» commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia* 1/2017
- Chauchat M., *La citoyenneté calédonienne*, in « *Cahiers du Conseil Constitutionnel* », n° 23, febbraio 2008
- Clinchamps N., *Le Conseil Constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle Calédonie*, in « *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* », n°35, 2012/2, pp. 61-72
- Cornut E., *La juridicité de la coutume Kanak*, in « *Droit et cultures* », n°60, 2010-2
- Cornut E., *Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil*, in « *Journal du Droit International* » 2014, doct. 3, p.57
- David C., *Le Sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie, une institution en mutation?*, Centre des Nouvelles Etudes du Pacifique (CNEP), EA n° 4242
- Demmer C., Salomon C., *Droit coutumier et indépendance Kanak*, in « *Vacarme* », n°64, 2013/3, pp. 63-78
- Etien R., *Décisions du Conseil constitutionnel n° 85-196 DC du 8 août 1985 et n° 85-197 DC du 23 août 1985*, in « *La Revue administrative* », 38, n° 228 (novembre-dicembre 1985), pp. 572-577
- Foblets M. C., « *Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain* », in « *Droit et Cultures* », 35(1), pp. 195-222
- Garde F., *Le préambule de l'accord de Nouméa, prologue d'une histoire officielle?*, in « *Revue française de droit constitutionnel* », n° 64 2005/4 pp. 805-811
- Gay J., *L'autodétermination pour solder la colonisation : le cas de la Nouvelle Calédonie*, in « *L'espace politique* », 36, 2018/3
- Genevois B., *Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-290 DC du 9 mai 1991)*, in « *La Revue française de droit administrative* », 1991, p. 407
- Gindre David C., *Lois du Pays et question prioritaire de constitutionnalité. Vers un renforcement de l'état de droit en Nouvelle Calédonie*, in « *Revue française de droit constitutionnel* », n°98, 2014/2 pp. 317-344
- Grandi C., *A proposito di reati culturalmente motivati*, Osservazioni sulle monografie di Fabio BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; Alessandro BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; Cristina DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010 in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010
- Hamelin C., Salomon C., *Parenté et violences faites aux femmes en Nouvelle-Calédonie. Un éclairage sur l'ethnicité différenciée des*

- violences subies au sein de la famille*, in « Espace, populations, sociétés », 2004/2
- Lafargue R., *L'histoire kanak et la Nouvelle Calédonie : le droit comme enjeu de la civilisation*, in « Les cahiers de la Justice », 2013/2 n°2, pp. 119-139
 - Lemaire F., *L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République*, in « Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel », 2012/2 n° 35, pp. 95-109
 - Melin-Soucramanien F., *La Nouvelle-Calédonie après le referendum d'auto-détermination du 4 novembre 2018*, in « Rivista AIC », N° 3/2018, pp. 499-506
 - Mohamed-Gaillard S., *De la prise de possession à l'accord de Nouméa : 150 ans de liens institutionnels et politiques entre la France et la Nouvelle-Calédonie*, in « Journal de la Société des Océanistes », n°117, 2003-2, pp.171-186
 - Parizot R., *Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ?*, in « Archives de la politique criminelle », Editions A. Pédone, 2014/1 n°36, pp. 9-22
 - Pepe V., *La transizione costituzionale della Nuova Caledonia tra autonomia, multiculturalismo e tutela delle identità*, in « DPCE online », n°4/2019
 - Ruggiu I., *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione Giustizia* 1/2017
 - Salomon C., *Les femmes kanakes face aux violences sexuelles : le tournant judiciaire des années 1990*, in « Journal des anthropologues », 82-83, 2000, pp. 287-307
 - Wyvekens A., *La justice pénale face à la « diversité culturelle » : la défense culturelle en questions*, in « Revue de droit pénal et de criminologie », 2017-11

DOCUMENTI

- Comunicato stampa del Conseil Constitutionnel sulla decisione 2015-716 del 30 luglio 2015
- James Anaya M., *Rapporto dell'inviato speciale sui diritti dei popoli autoctoni: la situazione del popolo Kanak della Nuova Caledonia (Francia)*, Conseil des droits de l'homme, settembre 2011
- Journal officiel de la République française - N° 257 del 7 novembre 2018
- *Le foncier en Nouvelle-Calédonie*, rapporto della Camera di Commercio della Nuova Caledonia, 1° marzo 2016
- Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°7, *Commentaire des décisions n° 99-409 DC et n° 99-410 DC du 15 mars 1999*
- *Les femmes en Nouvelle-Calédonie, mission de la condition féminine*, report della Province Sud, 2016
- *Major countries in worldwide nickel mine production from 2010 to 2019 in metric tons*, disponibile sul sito web statista.com
- *Working Papers on Non-Self-Governing Territories*, United Nations Secretariat, 2018

NORMATIVA

- Accordo sulla Nuova Caledonia firmato a Nouméa il 5 maggio 1998
- Carta del Popolo Kanak, base comune di valori e principi fondamentali della civiltà Kanak, firmata a Nouméa il 26 aprile 2014
- Costituzione della Repubblica francese del 4 ottobre 1958
- Delibera n° 424 del 3 aprile 1967 – matrimonio di diritto consuetudinario
- Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli autoctoni, Risoluzione 61/295 adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/RES/61/295, 107ª seduta plenaria, 13 settembre 2007
- Legge costituzionale n° 2008-724 del 23 luglio 2008 sulla modernizzazione delle istituzioni della V Repubblica
- Legge n° 46-451 del 19 marzo 1946 volta all'inquadramento come dipartimenti francesi della Guadaloupe, Martinique, Réunion e Guyane francese.
- Legge n° 88-1028 del 9 novembre 1988 contenente disposizioni statutarie e preparatorie all'autodeterminazione della Nuova Caledonia nel 1998
- Legge n° 99-209 organica del 19 marzo 1999 relativa alla Nuova Caledonia
- Legge n°46-940 del 7 maggio 1946 volta a proclamare cittadini tutti gli abitanti dei territori d'oltremare
- Legge n°56-619 del 23 giugno 1956, Misure volte ad assicurare l'evoluzione dei territori di competenza del Ministero della Francia d'oltremare
- Legge organica n° 2013-1027 del 15 novembre 2013 volta all'aggiornamento della legge organica n° 99-209 del 19 marzo 1999 relativa alla Nuova Caledonia
- *Loi du pays* n° 2012-2 del 20 gennaio 2012 relativa al trasferimento alla Nuova Caledonia di competenze dello Stato in materia di diritto civile, di regole concernenti lo stato civile e di diritto commerciale
- Ordinanza n° 82-877 del 15 ottobre 1982 che istituisce gli *assesseurs coutumiers* nel territorio della Nuova Caledonia presso il Tribunale civile di prima istanza e la Corte d'Appello

GIURISPRUDENZA

- Conseil Constitutionnel, sentenza del 14 novembre 2013, n°2013-678 DC, consid.37
- Conseil Constitutionnel, sentenza del 15 marzo 1999, n°99-410
- Conseil Constitutionnel, sentenza del 23 agosto 1985, n°85-197
- Conseil Constitutionnel, sentenza del 30 luglio 2015, n°2015-716
- Conseil Constitutionnel, sentenza del 9 maggio 1991, n°91-290
- Conseil Constitutionnel, sentenza dell'8 agosto 1985, n°85-196
- Corte d'Appello di Nouméa, sentenza del 22 luglio 2014, RG 14-130
- Corte d'Appello di Nouméa, sentenza del 30 ottobre 2014, RG 13-225

- Corte d'Appello di Nouméa, sentenza del 30 ottobre 2014, RG 13-225
- Corte d'Appello di Nouméa, sentenza del 9 settembre 2013, RG 12-226
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile di diritto consuetudinario, sentenza del 12 giugno 2013, RG 13-33
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile di diritto consuetudinario, sentenza del 20 marzo 2014, RG12-519
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile di diritto consuetudinario, sentenza del 20 marzo 2014, n°13-68
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile di diritto consuetudinario, sentenza del 26 marzo 2015, n°14-00024
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile, sentenza del 3 settembre 1990, RG 348-89
- Corte d'Appello di Nouméa, sezione civile, sentenza n°400 del 6 settembre 1993, Wainebengo c/ Uregei
- Cour de Cassation, Chambre civile 2, sentenza del 6 febbraio 1991, 88-19.862
- Cour de Cassation, Chambre crim., 10 ottobre 2000, ricorso n° 00-81.959
- Cour de Cassation, sentenza del 10 ottobre 2000, RG n°00-81959
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 16 settembre 2013, RG 12-339
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 21 febbraio 2011, RG 9-451
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 21 febbraio 2011, RG 11-144
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 28 novembre 2011, RG 11-811
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 6 dicembre 2010, RG 10-191
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione del 9 novembre 2012, RG n°12-915
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, decisione n°120 del 3 febbraio 1992
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, JAF, sentenza del 30 agosto 1999, RG 99-984
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, sezione di Lifou, decisione n°1 del 14 gennaio 1994, W. c/U.
- Tribunale di prima istanza di Nouméa, sezione distaccata di Lifou, decisione del 25 luglio 2012, RG n°10-80
- Tribunale di prima istanza, sezione distaccata di Koné, decisione del 18 febbraio 2003, RG n°152-2000

SITOGRAFIA

- *Carte des statuts foncier*, da ADRAF e DITTT, dati aggiornati al 1° ottobre 2019, disponibili all'indirizzo:

http://www.adraf.nc/component/cartographie/?zone=grande_terre&type=TC&Itemid=120&type=TP

- *Dati demografici del censimento in Nuova Caledonia del 2014*, disponibili all'indirizzo: <https://www.ouest-france.fr/leditiondusoir/data/37914/reader/reader.html#!preferred/1/package/37914/pub/54998/page/5>
- *Il secondo referendum in Nuova Caledonia*. Informazioni disponibili all'indirizzo: <https://www.elections-nc.fr/referendum-2020/le-deuxieme-referendum>
- *Introduzione al ruolo dell'ADRAF*, disponibile all'indirizzo: <http://www.adraf.nc/a-propos-de-l-adraf/informations-generales#!-adraf-en-bref>
- *Introduzione al ruolo di assesseur coutumier*, disponibile all'indirizzo: <https://www.cours-appel.justice.fr/noumea/les-asseesseurs-coutumier>
- *Nouvelle-Calédonie : le deuxième référendum sur l'indépendance fixé au 6 septembre*, articolo comparso su "Le Monde" il 5 novembre 2019 e disponibile all'indirizzo: https://www.lemonde.fr/politique/article/2019/11/05/nouvelle-caledonie-le-deuxieme-referendum-sur-l-independance-fixe-au-6-septembre_6018052_823448.html
- *Organisation de la société Kanak*, disponibile all'indirizzo: <http://www.adraf.nc/dossiers-thematiques/organisation-de-la-societe-kanak#la-famille>
- *Percentuale di votanti "SI" al Referendum sull'Indipendenza in Nuova Caledonia*, dati forniti da Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, 2018, disponibili all'indirizzo: <https://journals.openedition.org/espacepolitique/docannexe/image/5856/img-3.png>
- *Piano strategico 2015-2020 del Sénat Coutumier*, disponibile all'indirizzo: <http://www.senat-coutumier.nc/actions-du-senat/objectifs-annuels>
- *Presentazione della lingua Paici*, disponibile all'indirizzo: <https://www.alk.nc/langues/paici>
- *Une charte égalité hommes-femmes en préparation*, articolo comparso sul sito web « Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie » il 10 marzo 2020, disponibile all'indirizzo : <https://gouv.nc/actualites/10-03-2020/une-charte-egalite-hommes-femmes-en-preparation>

APPENDICE

Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998

Préambule

1. Lorsque la France prend possession de la Grande Terre, que James Cook avait dénommée « Nouvelle-Calédonie », le 24 septembre 1853, elle s'approprie un territoire selon les conditions du droit international alors reconnu par les nations d'Europe et d'Amérique, elle n'établit pas des relations de droit avec la population autochtone. 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.

Or, ce territoire n'était pas vide.

La Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création.

L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges.

2. La colonisation de la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un vaste mouvement historique où les pays d'Europe ont imposé leur domination au reste du monde.

Des hommes et des femmes sont venus en grand nombre, aux xix^e et xx^e siècles, convaincus d'apporter le progrès, animés par leur foi religieuse, venus contre leur gré ou cherchant une seconde chance en Nouvelle-Calédonie. Ils se sont installés et y ont fait souche. Ils ont apporté avec eux leurs idéaux, leurs connaissances, leurs espoirs, leurs ambitions, leurs illusions et leurs contradictions.

Parmi eux certains, notamment des hommes de culture, des prêtres ou des pasteurs, des médecins et des ingénieurs, des administrateurs, des militaires, des responsables politiques ont porté sur le peuple d'origine un regard différent, marqué par une plus grande compréhension ou une réelle compassion.

Les nouvelles populations sur le territoire ont participé, dans des conditions souvent difficiles, en apportant des connaissances scientifiques et techniques, à la mise en valeur minière ou agricole et, avec l'aide de l'Etat, à l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie. Leur détermination et leur inventivité ont permis une mise en valeur et jeté les bases du développement.

La relation de la Nouvelle-Calédonie avec la métropole lointaine est demeurée longtemps marquée par la dépendance coloniale, un lien univoque, un refus de reconnaître les spécificités, dont les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations.

3. Le moment est venu de reconnaître les ombres de la période coloniale, même si elle ne fut pas dépourvue de lumière.

Le choc de la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine.

Des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre. Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanak ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères identitaires.

L'organisation sociale kanak, même si elle a été reconnue dans ses principes, s'en est trouvée bouleversée. Les mouvements de population l'ont déstructurée, la méconnaissance ou des

stratégies de pouvoir ont conduit trop souvent à nier les autorités légitimes et à mettre en place des autorités dépourvues de légitimité selon la coutume, ce qui a accentué le traumatisme identitaire.

Simultanément, le patrimoine artistique kanak était nié ou pillé.

A cette négation des éléments fondamentaux de l'identité kanak se sont ajoutées des limitations aux libertés publiques et une absence de droits politiques, alors même que les kanak avaient payé un lourd tribut à la défense de la France, notamment lors de la Première Guerre mondiale.

Les kanak ont été repoussés aux marges géographiques, économiques et politiques de leur propre pays, ce qui ne pouvait, chez un peuple fier et non dépourvu de traditions guerrières, que provoquer des révoltes, lesquelles ont suscité des répressions violentes, aggravant les ressentiments et les incompréhensions.

La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun.

4. La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps.

Les communautés qui vivent sur le territoire ont acquis par leur participation à l'édification de la Nouvelle-Calédonie une légitimité à y vivre et à continuer de contribuer à son développement. Elles sont indispensables à son équilibre social et au fonctionnement de son économie et de ses institutions sociales. Si l'accession des kanak aux responsabilités demeure insuffisante et doit être accrue par des mesures volontaristes, il n'en reste pas moins que la participation des autres communautés à la vie du territoire lui est essentielle.

Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun.

La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local.

Les accords de Matignon signés en juin 1988 ont manifesté la volonté des habitants de Nouvelle-Calédonie de tourner la page de la violence et du mépris pour écrire ensemble des pages de paix, de solidarité et de prospérité.

Dix ans plus tard, il convient d'ouvrir 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.

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.

La France est prête à accompagner la Nouvelle-Calédonie dans cette voie.

5. Les signataires des accords de Matignon ont donc décidé d'arrêter ensemble une solution négociée, de nature consensuelle, pour laquelle ils appelleront ensemble les habitants de Nouvelle-Calédonie à se prononcer.

Cette solution définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation.

Sa mise en oeuvre suppose une loi constitutionnelle que le Gouvernement s'engage à préparer en vue de son adoption au Parlement.

La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier, à protéger et valoriser le patrimoine culturel kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée.

Les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté : certaines des délibérations du Congrès du territoire auront valeur législative et un Exécutif élu les préparera et les mettra en oeuvre.

Au cours de cette période, des signes seront donnés de la reconnaissance progressive d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci devant traduire la communauté de destin choisie et pouvant se transformer, après la fin de la période, en nationalité, s'il en était décidé ainsi.

Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée.

Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie.

Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en oeuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront revenir à l'Etat, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation.

La Nouvelle-Calédonie bénéficiera pendant toute la durée de mise en oeuvre de la nouvelle organisation de l'aide de l'Etat, en termes d'assistance technique et de formation et des financements nécessaires, pour l'exercice des compétences transférées et pour le développement économique et social.

Les engagements seront inscrits dans des programmes pluriannuels. La Nouvelle-Calédonie prendra part au capital ou au fonctionnement des principaux outils du développement dans lesquels l'Etat est partie prenante.

Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposés au vote des populations intéressées.

Leur approbation équivaldrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

Document d'orientation

1. L'identité kanak

L'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte l'identité kanak.

1.1. Le statut civil particulier

Certains kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité.

Le statut civil particulier est source d'insécurité juridique et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certaines situations de la vie moderne.

En conséquence, les orientations suivantes sont retenues :

- le statut civil particulier s'appellera désormais « statut coutumier » ;
- toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui y aurait renoncé, ou qui s'en serait trouvée privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre

cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) pourra le retrouver. La loi de révision constitutionnelle autorisera cette dérogation à l'article 75 de la Constitution ;

- les règles relatives au statut coutumier seront fixées par les institutions de la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions indiquées plus loin ;

- le statut coutumier distinguera les biens situés dans les « terres coutumières » (nouveau nom de la réserve), qui seront appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun.

1.2. Droit et structures coutumières

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. Le rôle de syndic des affaires coutumières, actuellement tenu par les gendarmes, sera exercé par un autre agent, par exemple de la commune ou de l'aire coutumière.

La forme du procès-verbal de palabre sera définie par le Congrès en accord avec les instances coutumières (voir plus bas). L'appel aura lieu devant le conseil d'aire et l'enregistrement se fera par le conseil d'aire ou la mairie.

1.2.2. Le rôle des aires coutumières sera valorisé, notamment en confiant aux conseils d'aires un rôle dans la clarification et l'interprétation des règles coutumières. Plus généralement, l'organisation spatiale de la Nouvelle-Calédonie devra mieux tenir compte de leur existence. En particulier les limites communales devraient pouvoir tenir compte des limites des aires.

1.2.3. Le mode de reconnaissance des autorités coutumières sera précisé pour garantir leur légitimité. Il sera défini par l'instance coutumière de la Nouvelle-Calédonie (voir plus bas). Notification en sera faite au représentant de l'Etat et à l'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie qui ne pourront que l'enregistrer. Leur statut sera précisé.

1.2.4. Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale.

Les autorités coutumières pourront être associées à l'élaboration des décisions des assemblées locales, à l'initiative des assemblées de provinces ou des communes.

1.2.5. Le Conseil coutumier de la Nouvelle-Calédonie deviendra un « Sénat coutumier », composé de seize membres (deux par aire coutumière), obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanak.

1.3. Le patrimoine culturel

1.3.1. Les noms de lieux

Les noms kanak des lieux seront recensés et rétablis. Les sites sacrés selon la tradition kanak seront identifiés et juridiquement protégés, selon les règles applicables en matière de monuments historiques.

1.3.2. Les objets culturels

L'Etat favorisera le retour en Nouvelle-Calédonie d'objets culturels kanak qui se trouvent dans des musées ou des collections, en France métropolitaine ou dans d'autres pays. Les moyens juridiques dont dispose l'Etat pour la protection du patrimoine national seront mis en oeuvre à cette fin. Des conventions seront passées avec ces institutions pour le retour de ces objets ou leur mise en valeur.

1.3.3. Les langues

Les langues kanak sont, avec le français, des langues d'enseignement et de culture en Nouvelle-Calédonie. Leur place dans l'enseignement et les médias doit donc être accrue et faire l'objet d'une réflexion approfondie.

Une recherche scientifique et un enseignement universitaire sur les langues kanak doivent être organisés en Nouvelle-Calédonie. L'Institut national des langues et civilisations orientales y jouera un rôle essentiel. Pour que ces langues trouvent la place qui doit leur revenir dans l'enseignement primaire et secondaire, un effort important sera fait sur la formation des formateurs.

Une académie des langues kanak, établissement local dont le conseil d'administration sera composé de locuteurs désignés en accord avec les autorités coutumières, sera mise en place. Elle fixera leurs règles d'usage et leur évolution.

1.3.4. Le développement culturel

La culture kanak doit être valorisée dans les formations artistiques et dans les médias. Les droits des auteurs doivent être effectivement protégés.

1.3.5. Le Centre culturel Tjibaou

L'Etat s'engage à apporter durablement l'assistance technique et les financements nécessaires au Centre culturel Tjibaou pour lui permettre de tenir pleinement son rôle de pôle de rayonnement de la culture kanak.

Sur l'ensemble de ces questions relatives au patrimoine culturel, l'Etat proposera à la Nouvelle-Calédonie de conclure un accord particulier.

1.4. La terre

L'identité de chaque Kanak se définit d'abord en référence à une terre.

Le rôle et les conditions de fonctionnement de l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier (ADRAF) devront faire l'objet d'un bilan approfondi. Elle devra disposer des moyens suffisants pour intervenir dans les zones suburbaines. L'accompagnement des attributions de terre devra être accentué pour favoriser l'installation des attributaires et la mise en valeur.

Les terres coutumières doivent être cadastrées pour que les droits coutumiers sur une parcelle soient clairement identifiés. De nouveaux outils juridiques et financiers seront mis en place pour favoriser le développement sur les terres coutumières, dont le statut ne doit pas être un obstacle à la mise en valeur.

La réforme foncière sera poursuivie. Les terres coutumières seront constituées des réserves, des terres attribuées aux « groupements de droit particulier local » et des terres qui seront attribuées par l'ADRAF pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Il n'y aura plus ainsi que les terres coutumières et les terres de droit commun. Des baux seront définis par le Congrès, en accord avec le Sénat coutumier, pour préciser les relations entre le propriétaire coutumier et l'exploitant sur les terres coutumières. Les juridictions statuant sur les litiges seront les juridictions de droit commun avec des assesseurs coutumiers.

Les domaines de l'Etat et du territoire doivent faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit.

1.5. Les symboles

Des signes identitaires du pays, nom, drapeau, hymne, devise, graphismes des billets de banque devront être recherchés en commun pour exprimer l'identité kanak et le futur partagé entre tous.

La loi constitutionnelle sur la Nouvelle-Calédonie prévoira la possibilité de changer ce nom, par « loi du pays » adoptée à la majorité qualifiée (voir plus bas).

Une mention du nom du pays pourra être apposée sur les documents d'identité, comme signe de citoyenneté.

2. Les institutions

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.

Pour cette période, la notion de citoyenneté fonde les restrictions apportées au corps électoral pour les élections aux institutions du pays et pour la consultation finale. Elle sera aussi une référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local.

La loi constitutionnelle le permettra.

2.1. Les assemblées

2.1.1. Les assemblées de province seront composées, respectivement pour les îles Loyauté, le Nord et le Sud, de sept, quinze et trente-deux membres, également membres du Congrès, ainsi que de sept, sept et huit membres supplémentaires, non membres du Congrès lors de la mise en place des institutions. Les assemblées de province pourront réduire, pour les mandats suivants, l'effectif des conseillers non-membres du Congrès.

2.1.2. Le mandat des membres du Congrès et des assemblées de province sera de cinq ans.

2.1.3. Certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'Etat, de l'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie, d'un président de province, du président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès.

2.1.4. a) Le Sénat coutumier sera obligatoirement saisi des projets de loi du pays et de délibération lorsqu'ils concerneront l'identité kanak au sens du présent document. Lorsque le texte qui lui sera soumis aura le caractère de loi du pays et concernera l'identité kanak, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie devra à nouveau délibérer si le vote du Sénat coutumier n'est pas conforme. Le vote du Congrès s'imposera alors.

b) Un conseil économique et social représentera les principales institutions économiques et sociales de la Nouvelle-Calédonie. Il sera obligatoirement consulté sur les délibérations à caractère économique et social du Congrès. Il comprendra des représentants du Sénat coutumier.

2.1.5. Les limites des provinces et des communes devraient coïncider, de manière qu'une commune n'appartienne qu'à une province.

2.2. Le corps électoral et le mode de scrutin

2.2.1. Le corps électoral

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.

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 : 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.

La notion de domicile s'entendra au sens de l'article 2 de la loi référendaire. La liste des électeurs admis à participer aux scrutins sera arrêtée avant la fin de l'année précédant le scrutin.

Le corps électoral restreint s'appliquerait aux élections communales si les communes avaient une organisation propre à la Nouvelle-Calédonie.

2.2.2. Pour favoriser l'efficacité du fonctionnement des assemblées locales, en évitant les conséquences d'une dispersion des suffrages, le seuil de 5 % s'appliquera aux inscrits et non aux exprimés.

2.3. L'Exécutif

L'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie deviendra un gouvernement collégial, élu par le Congrès, responsable devant lui.

L'Exécutif sera désigné à la proportionnelle par le Congrès, sur proposition par les groupes politiques de listes de candidats, membres ou non du Congrès. L'appartenance au Gouvernement sera incompatible avec la qualité de membre du Congrès ou des assemblées de province. Le membre du Congrès ou de l'assemblée de province élu membre du Gouvernement est remplacé à l'assemblée par le suivant de liste. En cas de cessation de fonctions, il retrouvera son siège.

La composition de l'Exécutif sera fixée par le Congrès.

Le représentant de l'Etat sera informé de l'ordre du jour des réunions du Gouvernement et assistera à ses délibérations. Il recevra les projets de décisions avant leur publication et pourra demander une seconde délibération de l'Exécutif.

2.4. Les communes

Les compétences des communes pourront être élargies en matière d'urbanisme, de développement local, de concessions de distribution d'électricité et de fiscalité locale. Elles pourront bénéficier de transferts domaniaux.

3. Les compétences

Les compétences détenues par l'Etat seront transférées à la Nouvelle-Calédonie dans les conditions suivantes :

- certaines seront transférées dès la mise en oeuvre de la nouvelle organisation politique ;
- d'autres le seront dans des étapes intermédiaires ;
- d'autres seront partagées entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie ;
- les dernières, de caractère régalien, ne pourront être transférées qu'à l'issue de la consultation mentionnée au 5.

Le Congrès, à la majorité qualifiée des trois cinquièmes, pourra demander à modifier l'échéancier prévu des transferts de compétences, à l'exclusion des compétences de caractère régalien. L'Etat participera pendant cette période à la prise en charge financière des compétences transférées. Cette compensation financière sera garantie par la loi constitutionnelle.

3.1. Les compétences nouvelles conférées

à la Nouvelle-Calédonie

3.1.1. Les compétences immédiatement transférées

Le principe du transfert est acquis dès l'installation des institutions issues du présent accord : la mise en place s'effectuera au cours du premier mandat du Congrès :

- le droit à l'emploi : la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'Etat, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. La réglementation sur l'entrée des personnes non établies en Nouvelle-Calédonie sera confortée.

Pour les professions indépendantes le droit d'établissement pourra être restreint pour les personnes non établies en Nouvelle-Calédonie.

Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier l'accès à l'emploi des habitants.

- le droit au travail des ressortissants étrangers ;
- le commerce extérieur, dont la réglementation des importations, et l'autorisation des investissements étrangers ;
- les communications extérieures en matière de poste et de télécommunications à l'exclusion des communications gouvernementales et de la réglementation des fréquences radioélectriques ;
- la navigation et les dessertes maritimes internationales ;
- les communications extérieures en matière de desserte aérienne lorsqu'elles n'ont pour escale en France que la Nouvelle-Calédonie et dans le respect des engagements internationaux de la France ;
- l'exploration, l'exploitation, la gestion et la conservation des ressources naturelles, biologiques et non biologiques de la zone économique ;
- les principes directeurs du droit du travail ;
- les principes directeurs de la formation professionnelle ;
- la médiation pénale coutumière ;
- la définition de peines contraventionnelles pour les infractions aux lois du pays ;
- les règles relatives à l'administration provinciale ;
- les programmes de l'enseignement primaire, la formation des maîtres et le contrôle pédagogique ;
- le domaine public maritime, transféré aux provinces.

3.1.2. Les compétences transférées dans une seconde étape

Dans une étape intermédiaire, au cours des second et troisième mandats du Congrès, les compétences suivantes seront transférées à la Nouvelle-Calédonie :

- les règles concernant l'état civil, dans le cadre des lois existantes ;
- les règles de police et de sécurité en matière de circulation aérienne et maritime intérieure ;
- l'élaboration des règles et la mise en oeuvre des mesures intéressant la sécurité civile.

Toutefois, un dispositif permettra au représentant de l'Etat de prendre les mesures nécessaires en cas de carence ;

- le régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics ;
- le droit civil et le droit commercial ;
- les principes directeurs de la propriété foncière et des droits réels ;
- la législation relative à l'enfance délinquante et à l'enfance en danger ;
- les règles relatives à l'administration communale ;
- le contrôle administratif des collectivités publiques et de leurs établissements publics ;

- l'enseignement du second degré ;
- les règles applicables aux maîtres de l'enseignement privé sous contrat.

3.2. Les compétences partagées

3.2.1. Les relations internationales et régionales

Les relations internationales sont de la compétence de l'Etat. Celui-ci prendra en compte les intérêts propres de la Nouvelle-Calédonie dans les négociations internationales conduites par la France et l'associera à ces discussions.

La Nouvelle-Calédonie pourra être membre de certaines organisations internationales ou associée à elles, en fonction de leurs statuts (organisations internationales du Pacifique, ONU, UNESCO, OIT, etc.). Le cheminement vers l'émancipation sera porté à la connaissance de l'ONU.

La Nouvelle-Calédonie pourra avoir des représentations dans des pays de la zone Pacifique et auprès de ces organisations et de l'Union européenne.

Elle pourra conclure des accords avec ces pays dans ses domaines de compétence.

Elle sera associée à la renégociation de la décision d'association Europe-PTOM.

Une formation sera mise en place pour préparer des néo-calédoniens à l'exercice de responsabilités dans le domaine des relations internationales.

Les relations de la Nouvelle-Calédonie avec le territoire des îles Wallis-et-Futuna seront précisées par un accord particulier. L'organisation des services de l'Etat sera distincte pour la Nouvelle-Calédonie et ce territoire.

3.2.2. Les étrangers

L'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie sera associé à la mise en oeuvre de la réglementation relative à l'entrée et au séjour des étrangers.

3.2.3. L'audiovisuel

L'Exécutif est consulté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel avant toute décision propre à la Nouvelle-Calédonie.

Une convention pourra être conclue entre le CSA et la Nouvelle-Calédonie pour associer celle-ci à la politique de communication audiovisuelle.

3.2.4. Le maintien de l'ordre

L'Exécutif sera informé par le représentant de l'Etat des mesures prises.

3.2.5. La réglementation minière

Les compétences réservées à l'Etat pour les hydrocarbures, les sels de potasse, le nickel, le chrome et le cobalt seront transférées.

La responsabilité de l'élaboration des règles sera conférée à la Nouvelle-Calédonie, celle de la mise en oeuvre aux provinces.

Un conseil des mines, composé de représentants des provinces et auquel assiste le représentant de l'Etat, sera consulté sur les projets de délibérations du Congrès ou des provinces en matière minière. Si son avis n'est pas conforme ou si le représentant de l'Etat exprime un avis défavorable, l'Exécutif de la Nouvelle-Calédonie se prononcera.

3.2.6. Les dessertes aériennes internationales

L'Exécutif sera associé aux négociations lorsque la compétence n'est pas entièrement confiée à la Nouvelle-Calédonie.

3.2.7. L'enseignement supérieur et la recherche scientifique

L'Etat associera l'Exécutif à la préparation des contrats qui le lient aux organismes de recherche implantés en Nouvelle-Calédonie et à l'université, afin de permettre une meilleure prise en compte des besoins spécifiques de la Nouvelle-Calédonie en matière de formation supérieure et de recherche. La Nouvelle-Calédonie pourra conclure des conventions d'objectifs et d'orientation avec ces institutions.

3.3. Les compétences régaliennes

La justice, l'ordre public, la défense et la monnaie (ainsi que le crédit et les changes), et les affaires étrangères (sous réserve des dispositions du 3.2.1) resteront de la compétence de l'Etat jusqu'à la nouvelle organisation politique résultant de la consultation des populations intéressées prévue au 5.

Pendant cette période, des néo-calédoniens seront formés et associés à l'exercice de responsabilités dans ces domaines, dans un souci de rééquilibrage et de préparation de cette nouvelle étape.

4. Le développement économique et social

4.1. La formation des hommes

4.1.1. Les formations devront, dans leur contenu et leur méthode, mieux prendre en compte les réalités locales, l'environnement régional et les impératifs de rééquilibrage. Des discussions s'engageront pour la reconnaissance mutuelle des diplômes et des formations avec les Etats du Pacifique. Le nouveau partage des compétences devra permettre aux habitants de la Nouvelle-Calédonie d'occuper davantage les emplois de formateur.

L'université devra répondre aux besoins de formation et de recherche propres à la Nouvelle-Calédonie.

L'Institut de formation des personnels administratifs sera rattaché à la Nouvelle-Calédonie.

4.1.2. Un programme de formation de cadres moyens et supérieurs, notamment techniques et financiers, sera soutenu par l'Etat à travers les contrats de développement pour accompagner les transferts de compétences réalisés et à venir.

Un programme spécifique, qui prendra la suite du programme « 400 cadres » et concernera les enseignements secondaire, supérieur et professionnel, tendra à la poursuite du rééquilibrage et à l'accession des kanak aux responsabilités dans tous les secteurs d'activités.

4.2. Le développement économique

4.2.1. Des contrats de développement pluriannuels seront conclus avec l'Etat. Ils pourront concerner la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes et tendront à accroître l'autonomie et la diversification économiques.

4.2.2. Les mines

Un schéma de mise en valeur des richesses minières du territoire sera élaboré. Sa mise en oeuvre sera contrôlée par la Nouvelle-Calédonie grâce au transfert progressif de l'élaboration et de l'application du droit minier.

4.2.3. La politique énergétique contribuera à l'objectif d'autonomie et de rééquilibrage : recherche de sites hydroélectriques, programmation de l'électrification rurale tenant compte des coûts différenciés liés à la géographie du Territoire. Les opérateurs du secteur seront associés à la mise en oeuvre de cette politique.

4.2.4. Le financement de l'économie devra être modernisé :

L'Exécutif sera consulté sur les décisions de politique monétaire.

La Nouvelle-Calédonie sera représentée dans les instances compétentes de l'Institut d'émission.

Pour financer le développement, l'Institut calédonien de participation sera maintenu dans son rôle et ses attributions. Il sera créé un fonds de garantie pour faciliter le financement des projets de développement sur les terres coutumières.

Des objectifs d'intérêt public en faveur du développement seront fixés pour la banque calédonienne d'investissement. Les collectivités, dans la limite de leurs compétences, pourront soutenir le développement des entreprises en collaboration avec le secteur bancaire.

Un dispositif spécifique sera mis en place pour faciliter la restructuration et le redressement des entreprises.

4.3. La politique sociale

4.3.1. L'effort en faveur du logement social sera poursuivi avec le concours de l'Etat. L'attribution des financements et les choix des opérateurs devront contribuer à un équilibre géographique. Une distinction sera effectuée entre les rôles de collecteur, de promoteur et de gestionnaire du parc social.

4.3.2. Une couverture sociale généralisée sera mise en place.

4.4. Le contrôle des outils de développement

La Nouvelle-Calédonie sera mise à même, au cours de la nouvelle période qui s'ouvre, de disposer d'une maîtrise suffisante des principaux outils de son développement. Lorsque l'Etat détient directement ou indirectement la maîtrise totale ou partielle de ces outils, la Nouvelle-Calédonie le remplacera selon des modalités et des calendriers à déterminer. Lorsque la Nouvelle-Calédonie le souhaitera, les établissements publics nationaux intervenant seulement en Nouvelle-Calédonie deviendront des établissements publics de la Nouvelle-Calédonie.

Sont notamment concernés : Office des postes et télécommunications, Institut de formation des personnels administratifs, Société néo-calédonienne de l'énergie ENERCAL, Institut calédonien de participation, Agence de développement rural et d'aménagement foncier, Agence de développement de la culture kanak...

Lorsque les organismes n'interviennent pas seulement en Nouvelle-Calédonie, celle-ci devra disposer des moyens de faire valoir ses orientations stratégiques en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie par une participation dans le capital ou les instances dirigeantes.

5. L'évolution de l'organisation politique

de la Nouvelle-Calédonie

Au cours du quatrième mandat (de cinq ans) du Congrès, une consultation électorale sera organisée. La date de cette consultation sera déterminée par le Congrès, au cours de ce mandat, à la majorité qualifiée des trois cinquièmes.

Si le Congrès n'a pas fixé cette date avant la fin de l'avant-dernière année de ce quatrième mandat, la consultation sera organisée, à une date fixée par l'Etat, dans la dernière année du mandat.

La consultation portera sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité.

Si la réponse des électeurs à ces propositions est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation. Si la réponse est à nouveau négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est encore négative, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.

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.

Le résultat de cette consultation s'appliquera globalement pour l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie. Une partie de la Nouvelle-Calédonie ne pourra accéder seule à la pleine souveraineté ou conserver seule des liens différents avec la France, au motif que les résultats de la consultation électorale y auraient été différents du résultat global.

L'Etat reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin de cette période, d'une complète émancipation.

6. Application de l'accord

6.1. Textes

Le Gouvernement engagera la préparation des textes nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord, et notamment du projet de loi de révision constitutionnelle en vue de son adoption au Parlement. Si cette révision ne pouvait être menée à bien et si les modifications constitutionnelles nécessaires à la mise en application des dispositions de l'accord ne pouvaient être prises, les partenaires se réuniraient pour en examiner les conséquences sur l'équilibre général du présent accord.

6.2. Consultations

Des consultations seront organisées en Nouvelle-Calédonie auprès des organisations politiques, coutumières, économiques et sociales sur l'accord conclu, à l'initiative des signataires.

6.3. Scrutin de 1998

Un scrutin sera organisé avant la fin de l'année 1998 sur l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie, objet du présent accord.

La loi constitutionnelle pour la Nouvelle-Calédonie permettra que ne se prononcent que les électeurs admis à participer au scrutin prévu à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988.

6.4. Elections aux assemblées de province et au Congrès

Des élections aux assemblées de province et au Congrès auront lieu dans les six mois suivant l'adoption des textes relatifs à l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie.

Les mandats des membres des assemblées de province prendront fin à la date de ces élections.

6.5. Comité des signataires

Un comité des signataires sera mis en place pour :

- prendre en compte les avis qui seront formulés par les organismes locaux consultés sur l'accord ;
- participer à la préparation des textes nécessaires pour la mise en oeuvre de l'accord ;
- veiller au suivi de l'application de l'accord.

Les documents ci-dessus, préambule et document d'orientation, ont recueilli l'approbation des partenaires des accords de Matignon, traduisant la fin de la négociation, qui s'est déroulée en présence de M. Dominique Bur, délégué du Gouvernement, haut-commissaire de la République.

A Nouméa, le mardi 5 mai 1998.

Le Premier ministre,

Lionel Jospin

Le secrétaire d'Etat à l'outre-mer,

Jean-Jack Queyranne

Pour le FLNKS :

Roch Wamytan

Paul Neaoutyine
Charles Pidjot
Victor Tutugoro
Pour le RPCR :
Jacques Lafleur
Pierre Frogier
Simon Loueckhote
Harold Martin
Jean Leques
Bernard Deladriere

LE ULTERIORI MODIFICHE DELLA LEGGE ORGANICA 99-209 DEL 1999 SUCCEDUTESI NEL TEMPO

- 21 mars 1999 - Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 Ordonnance n°2009-536 du 14 mai 2009 - art. 18
- 06 avril 2000 Loi n°2000-294 du 5 avril 2000 - art. 15
- 05 juillet 2000 Loi n°2000-612 du 4 juillet 2000 - art. 3 () JORF 5 juillet 2000
- 12 décembre 2001 Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 - art. 3 ()
- 22 février 2007 Loi n°2007-223 du 21 février 2007 - art. 16 () JORF 22 février 2007
- 07 août 2009 LOI organique n°2009-969 du 3 août 2009
- 01 mars 2010 LOI organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 - art. 3
- 01 janvier 2011 LOI n°2010-853 du 23 juillet 2010 - art. 8
- 31 mars 2011 LOI organique n°2011-333 du 29 mars 2011 - art. 43 (V)
- 20 avril 2011 LOI organique n°2011-410 du 14 avril 2011 - art. 11 LOI organique n°2011-410 du 14 avril 2011 - art. 7
- 27 juillet 2011 LOI organique n° 2011-870 du 25 juillet 2011 - art. 1
- 04 août 2011 LOI organique n°2011-918 du 1er août 2011, v. init.
- 17 novembre 2013 LOI organique n°2013-1027 du 15 novembre 2013
- 07 août 2015 LOI n°2015-987 du 5 août 2015
- 01 janvier 2016 ORDONNANCE n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 - art. 3 (V) LOI n° 2015-1712 du 22 décembre 2015 - art. 6
- 27 avril 2016 LOI n°2016-507 du 25 avril 2016 - art. unique
- 22 janvier 2017 LOI n°2017-54 du 20 janvier 2017 - art. 2
- 17 septembre 2017 LOI n°2017-1338 du 15 septembre 2017 –
- 21 avril 2018 LOI n°2018-280 du 19 avril 2018

Charte du Peuple Kanak

Preamble

Considérant que le choc de la colonisation est un choc de civilisation qui a mis en confrontation deux visions de l'Homme et de la Nature, deux visions du Monde ;

Considérant que la conciliation et la symbiose de ces deux visions dans le cadre d'un destin commun appellent une compréhension mutuelle, une intelligence de soi-même et de l'autre qui seules peuvent conduire à des relations reposant sur le respect et la bonne foi et ainsi concourir au plein épanouissement de chacun et à une paix sociale durable ;

Relevant à cet égard que l'objectif d'une identité commune dans un destin commun commence par la caractérisation de l'Identité Kanak, des principes et valeurs qui la fondent ainsi que par leur intelligibilité tant par les Kanaks eux-mêmes que par les autres citoyens non autochtones ;

Relevant que vingt-six années après la signature de l'Accord de Matignon et seize années après la signature de l'Accord de Nouméa, la reconnaissance formelle de l'Identité Kanak ne s'est pas traduite de manière concrète par une mise en œuvre de bonne foi du dispositif de l'Accord de Nouméa et par le respect des droits internationalement reconnus aux peuples autochtones ;

Constatant que malgré l'essor économique prodigieux engendré par l'Accord de Nouméa, les inégalités et discriminations envers les populations Kanak sur le plan social, économique, culturel, éducatif ainsi que sur le plan de la formation des cadres et de la prise de responsabilité, se perpétuent et s'enracinent dans de nouvelles formes d'exclusion ;

Considérant à cet égard que le Peuple Kanak a été maintenu à tous les niveaux dans un rapport de sujétion ;

Considérant l'histoire millénaire de la civilisation Kanak qui a forgé et transmis une vision de l'Homme et de la Nature ainsi que des vestiges archéologiques importants ;

Guidés par les buts et principes énoncés par la Charte des Nations Unies et par la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones adoptée le 13 septembre 2007 par l'Assemblée Générale des Nations-Unies avec le concours de la République Française ;

Affirmant que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels ;

Affirmant également que tous les peuples contribuent à la diversité et à la richesse des civilisations et des cultures qui constituent le patrimoine commun de l'humanité ; Considérant que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion ;

Considérant en particulier le droit des familles et des communautés autochtones de conserver la responsabilité partagée de l'éducation, de la formation, de l'instruction et du bien-être de leurs enfants, conformément aux Droits de l'Enfant ;

Convaincus que la reconnaissance des droits du Peuple Kanak encouragera, au sein de l'Etat, des relations harmonieuses et de coopération avec les autres populations présentes en Nouvelle-Calédonie, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi ;

Considérant que le processus de décolonisation engagé en 1988 par les accords de Matignon et d'Oudinot, confirmé en 1998 par l'Accord de Nouméa, doit désormais logiquement conduire au double exercice du droit à l'autodétermination, celui du Peuple Kanak en tant que peuple autochtone colonisé et celui de la Nouvelle-Calédonie en tant que territoire non autonome inscrit au titre de la résolution 1514 de l'ONU sur la liste des territoires à décoloniser ;

Considérant les atteintes portées à la Coutume et aux pratiques sociales du monde Kanak confronté, depuis sept générations, aux deux systèmes de valeurs portés, d'une part, par les religions chrétiennes et, d'autre part, par l'Etat colonial et républicain,

Vu le rapport du Sénat Coutumier de 2011 sur la situation du Peuple Kanak, peuple autochtone de Nouvelle Calédonie ;

Vu le rapport des Nations Unies n°A/HRC/18/35/Add.6 sur «La situation du peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie (France)», présenté au Conseil des droits de l'homme à sa dix-huitième session, le 14 septembre 2011 ;

Vue la Constitution française et notamment son chapitre XIII portant dispositions transitoires relatives à la Nouvelle Calédonie ;

Vue l'adoption à l'unanimité par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie d'un vœu en août 2012 portant sur la mise en œuvre de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones ;

Vu le travail fourni au travers les états généraux du Socle Commun des Valeurs Kanak durant l'année 2013, lesquels ont permis de mobiliser dans une réflexion commune, les représentants de la société civile Kanak - jeunes, vieux, hommes et femmes -, les associations, les églises, les partis politiques et les autorités coutumières ;

Considérant que le Peuple Kanak, à travers ses représentants traditionnels est seul compétent pour rappeler et définir les valeurs fondamentales et les principes généraux qui gouvernent la Civilisation Kanak ;

Nous autorités coutumières, Grand Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans seuls représentants traditionnels et légitimes du Peuple Kanak de Nouvelle- Calédonie,

Agissant au nom de la population autochtone, des chefferies et des clans Kanak,

Résolus, à sauvegarder et promouvoir les valeurs et les principes fondamentaux de la Civilisation Kanak et à les porter haut et fort dans la construction, en Nouvelle Calédonie, d'une société enfin libérée de toute forme d'emprise coloniale ;

Avons en commun décidé d'adopter la présente Charte afin de doter le Peuple Kanak d'un cadre juridique supérieur embrassant une réalité historique, de fait, et garantissant son unité et l'expression de sa souveraineté inhérente.

Ainsi, nous engageons nous solennellement à ce jour,

A unir nos efforts et notre énergie collective pour mettre en œuvre et promouvoir à tous les niveaux ce qui constitue désormais le Socle Commun des Valeurs et les Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak ;

A œuvrer pour, l'affirmation d'un pluralisme juridique coopératif et équilibré permettant aux Valeurs et Principes de la présente Charte fondée sur l'humanisme Kanak/océanien de se décliner dans les différents secteurs et domaines de la société, ainsi que dans l'ensemble des institutions du Territoire ou de l'Etat;

Cette démarche étant une contribution préalable et incontournable à la construction d'un destin commun,

Déclarons ce qui suit, pour le présent et pour l'avenir,

CHAPITRE I

VALEURS FONDAMENTALES DE LA CIVILISATION KANAK

1 - La VIE est sacrée. Le SANG, source de la vie qui coule dans les veines d'un individu, provient de l'ONCLE MATERNEL à qui il confère la responsabilité de le suivre et de veiller sur son parcours de la naissance à la mort.

2 - Le NOM donné en langue Kanak, lie la personne à son clan et à la terre. Il traduit l'histoire de son clan dans le cycle inter générationnel, dans l'espace et le temps.

3 - La PAROLE issue de l'Esprit de l'ancêtre et de la Coutume est sacrée. Elle sanctifie et nourrit les étapes de la vie d'une personne ainsi que les relations socioculturelles entre les composantes de la société Kanak et entre celles-ci et la nature. La parole délivrée lors d'un geste coutumier lui donne un sens et un contenu.

4 - LE LIEN A LA TERRE traduit la relation charnelle et spirituelle d'un clan avec l'espace naturel où se situe son tertre d'origine où apparut l'ancêtre et avec les espaces des tertres successifs qui jalonnent son histoire. Plus largement, le lien à la terre traduit la relation affective liant la famille/ le clan et la terre qui l'a vu naître et grandir.

5- LE DISCOURS COUTUMIER est l'expression de la parole coutumière sanctifiée par les parties à une cérémonie à l'occasion d'un événement défini.

6 - LE DISCOURS GENEALOGIQUE traduit l'histoire des clans dans le temps et dans l'espace. Il est récité dans des conditions spécifiques par les dépositaires de cette parole par définition immuable.

7 - Le CHEMIN COUTUMIER ou **CHEMIN DE LA PAILLE** est le moyen et l'outil de communication utilisé par les clans et les chefferies pour porter un message vers d'autres clans et chefferies. Pour les chefferies, il est matérialisé par des personnes sur un itinéraire donné prédéfini par les alliances et par les « Mai- sons limitrophes » installées pour servir de « porte d'entrée ».

8 - Les valeurs de COHESION, d'HARMONIE et de CONSENSUS impliquent en permanence la recherche de l'EQUILIBRE entre l'Homme composante de son collectif (famille-clan), son groupe social, entre la société et la nature environnante.

9 - Les valeurs de RESPECT, d'HUMILITE et de FIERTE permettent à chacun, à chaque famille, à chaque clan de se situer à l'intérieur de son groupe, dans ses deux systèmes relationnels paternels et maternels, dans sa chefferie et dans le discours inter générationnel et généalogique.

10 - L'APPARTENANCE et la **RELATION** sont des données fondamentales de la personne Kanak qui est toujours référencée à son groupe social. Chaque personne est toujours au centre de deux systèmes relationnels, paternel et maternel.

11 - La RELATION COUTUMIERE implique nécessairement l'échange coutumier qui se manifeste à chaque événement coutumier. La structuration des relations est établie par les alliances. Un geste coutumier établi dans un sens implique nécessairement un geste coutumier réciproque le moment venu dans le sens inverse. C'est la règle de la RECIPROCITE propre aux relations coutumières.

12 - La DIGNITE traduit le respect de la personne humaine en relation avec sa condition d'homme, de femme, d'enfant et de vieux, membre de son clan, membre de la société en rapport avec la morale coutumière ;

13 - L'IGNAME et le TARO sont les symboles de la coutume Kanak. Leur présence dans les cérémonies coutumières marque l'ancrage des clans dans leurs terroirs. Il en est de même du SAPIN et du COCOTIER qui bordent les tertres claniques et les espaces coutumiers.

14 - Le « ädi », « môô » « bié », « mieû » ou « hâgi » (monnaie Kanak) dans sa composition représente l'Homme. Il porte et cristallise la Parole délivrée à chaque type de cérémonie. Il est une valeur déterminante dans toutes les coutumes faites sur la Grande Terre.

15 - La SOLIDARITE et le PARTAGE ainsi que l'ACCUEIL et l'HOSPITALITE marquent les rapports socioculturels et donnent une vision généreuse, ouverte et souriante à la famille/clan et à la chefferie.

16 - Le TRAVAIL, au sens d'activités productrices traditionnelles, vise la satisfaction des besoins de la famille, du clan et permet d'assumer ses responsabilités et ses DEVOIRS dans l'organisation sociale. Les ressources provenant du travail sont les éléments constitutifs de la solidarité sous toutes ses formes.

17 - Le PARDON COUTUMIER est un processus dont le but est de parvenir à la RECONCILIATION qui implique les parties en cause dans un conflit. Le point de départ en est la volonté exprimée par les parties de retisser les liens rompus par l'acte à l'origine du litige. La Coutume de Pardon est un acte réciproque entériné par les deux groupes ou parties au conflit.

18 - La recherche du CONSENSUS, la pratique du CONTRE POUVOIR, du PARDON et la recherche de la VERITE avec l'expression de la SINCERITE et de la BONNE FOI irriguent le fonctionnement des autorités coutumières.

L'ensemble de ces valeurs humanistes doit être respecté et développé, à titre individuel et collectif, dans la vie en société. Au-delà de la sphère Kanak, ces valeurs ont une portée universelle et renvoient aux notions de Paix, de Fraternité, de Solidarité, de Justice, de Respect, d'Humilité, de Responsabilité et d'Honneur.

CHAPITRE II

PRINCIPES GENERAUX DE LA CIVILISATION KANAK

SECTION PRÉLIMINAIRE : LA PAROLE DE LA CASE OU PA-ROLE DES VIEUXAUX PIEDS DES SAPINS ET DES COCOTIERS :

A - VISION PHILOSOPHIQUE

19 - Le mythe de « Téa Kanaké », le mythe de « Soûma » comme tous les autres mythes Kanak sur l'apparition de l'Homme sur la Terre déterminent dès l'origine, le positionnement de l'homme et de la femme par rapport aux éléments naturels.

20 - L'Esprit de l'Ancêtre porte la Parole créatrice de l'Homme.

21 - Le Kanak appartient à cette terre depuis plus de 4000 ans. La Civilisation Kanak appelée aussi Civilisation de l'igname a apprivoisé d'une manière continue

l'espace naturel de la montagne à la mer, au-delà de la ligne d'horizon. C'est l'Esprit de l'Ancêtre qui organise et nourrit le lien spirituel du clan et de ses membres à la Nature.

B - OCCUPATION DE L'ESPACE

22 - Les clans ont peuplé le Pays à travers les sentiers coutumiers, les catastrophes naturelles, les guerres, une organisation sociale et la maîtrise de techniques agricoles, horticoles, de pêches et de navigation. Les vestiges archéologiques témoignent de l'existence d'une population importante avant l'arrivée des premiers européens.

23 - Les migrations en provenance de l'extérieur de la Mélanésie et de la Polynésie ont été accueillies suivant les règles de l'hospitalité coutumière et la place des nouveaux arrivants a été octroyée suivant les règles coutumières de l'époque propres à chaque région.

24 - L'occupation de l'espace dans la société Kanak renvoie à l'existence de tertres claniques reconnus et à la maîtrise de cet espace naturel notamment par l'habitat et par les cultures. Cela est traduit dans la toponymie, dans les discours généalogiques et dans les récits de guerres.

25 - La cohabitation de clans dans un espace donné renvoie aux alliances et aux règles préservant la vie, la solidarité et la cohésion. L'accueil des clans sur un territoire donné renvoie aux règles d'hospitalité, aux affinités claniques et à l'organisation sociale basée sur la complémentarité. Les récits de contes, de légendes et de mythes évoquent les guerres entre clans lesquelles ont aussi ponctué l'histoire des territoires avec des conflits de pouvoir ou de souveraineté.

26 - L'organisation sociale est fondée sur le respect de l'esprit des ancêtres dans un territoire donné, sur la maîtrise de l'environnement naturel, la complémentarité et la solidarité des clans. Le plus grand restera toujours l'aîné de l'ancêtre apparu dans l'espace considéré.

SECTION 1 : DE L'ORGANISATION SOCIALE :

A - DES STRUCTURES COUTUMIERES ET DE L'INDIVIDU :

27 - La Parole issue de l'Esprit de l'Ancêtre fonde le clan sur un territoire donné où il plante son tertre clanique. Le rapport qui lie un clan/son ancêtre-esprit à un espace naturel donné marque intrinsèquement l'identité propre d'un clan et des individus qui le composent.

28 - Le clan regroupe toutes les lignées qui se revendiquent d'un ancêtre-esprit commun. Le discours sur le mythe clanique situe le moment dans l'espace où est apparu l'Ancêtre.

29 - La chefferie est dans un espace donné, le regroupement - sous l'autorité d'un poteau central appelé « l'aîné » ou « grand frère »- de lignées composantes du même ancêtre ou de clans aux fonctions complémentaires. Elle est la forme achevée de l'organisation socioculturelle et politique Kanak. La chefferie détient, dans l'histoire de la tradition Kanak, les éléments constitutifs de la souveraineté autochtone que sont : un territoire, un peuple et une autorité exerçant son pouvoir sur tous les attributs liés à ladite souveraineté.

30 - Chaque individu se détermine par rapport à son clan paternel et à son clan maternel. L'enfant, à la naissance, reçoit le souffle de la vie de son oncle maternel. Il intègre également l'esprit de l'ancêtre avant de recevoir par la suite du clan paternel ou maternel son nom. A sa mort, la personne se décompose en esprit et en corps putrescible. L'esprit du défunt rejoint l'esprit de ses ancêtres.

31 - Le cycle naturel de la vie lie l'individu à son ancêtre-esprit, au cosmos et à la nature. Les étapes de ce cycle sont la conception de l'enfant et la gestation (grossesse), dans le monde de l'obscurité ou domaine des ancêtres, puis la naissance ou irruption à la lumière du jour, synonyme de réincarnation, ensuite son adolescence, sa vie d'adulte et sa vieillesse avec le dépérissement du corps et la préparation de l'esprit à poursuivre le cycle continue de la vie.

32 - Le statut de droit civil coutumier s'obtient du père en référence à son clan et de la mère en relation avec son oncle maternel dans les conditions fixées précédemment.

33 - Tout Kanak a le statut de citoyen et la nationalité propre à la Nouvelle Calédonie mais il est également par nature rattaché à une Famille, une Maison et à un clan. Il a, à ce titre, des droits et des devoirs.

34 - Les individus Kanak vivent leurs droits individuels dans le respect des principes et des droits collectifs portés par leurs clans et chefferies dont ils connaissent les fondements.

B - DE LA PAROLE

35 - La Parole Kanak est d'abord la parole spirituelle et sacrée née de l'Ancêtre et qui arrive dans le visible avec la mission première d'organiser l'espace et d'établir des relations. C'est aussi elle qui fait naître en soi la conscience d'exister et d'occuper un espace défini.

36 - La force de l'oralité dans la Coutume procède de la pratique continue et répétée des discours coutumiers à l'occasion des cérémonies ainsi que des contes, des berceuses, des chants « Aé, Aé » et des danses. Elle constitue une composante importante des rituels coutumiers forgeant inlassablement les mentalités et les pratiques de génération en génération.

37 - La Parole des vieux est un patrimoine oral et immatériel que détiennent chaque clan et chaque chefferie et qu'ils doivent entretenir et perpétuer. L'oralité de la Coutume est maintenue et préservée.

C - DE L'ORGANISATION SOCIALE ET DES CHEFFERIES

38 - La société Kanak repose sur plusieurs niveaux d'organisation :

a) Le niveau familial et intra-clanique concerne en général deux à trois générations : le grand-père, le père et le petit fils. C'est le lieu où naît la vie, lien intime avec la nature, le lieu où la vie nous berce, le lieu de l'affection. C'est l'espace où on découvre, où on apprend, l'espace racine, ciment et ossature de la société Kanak.

b) Le niveau clanique regroupe les branches et les Maisons au-delà de la troisième génération et en référence à l'ancêtre commun.

c) Le niveau inter clanique ou chefferie, regroupe les clans selon leurs affinités et fonctions dans l'organisation sociale de la chefferie ou de la grande chefferie.

d) Le niveau inter chefferie correspond aux relations d'alliances entre les chefferies limitrophes dans une région donnée. Les clans charnières ou passerelles jouent un rôle déterminant dans ces relations.

39 - Le clan et ses composantes internes (sous clans, branches, maisons) est la base de l'organisation sociale Kanak.

40 - Dans l'organisation sociale, le clan occupe une place et des fonctions liées à son histoire et son identité propre. A l'intérieur d'un clan comme à l'intérieur d'une branche/Maison ou d'une famille, chacun des hommes occupe une place précise avec des fonctions particulières, de l'aîné vers le cadet et vers le benjamin. Dans des conditions particulières, la fille aînée peut être amenée à occuper des fonctions traditionnellement dévolues à l'homme. –

41 Dans la conception Kanak, les relations entre les membres aînés, cadets et benjamins sont fondées sur les valeurs de respect de la hiérarchie, de cohésion, de complémentarité et de solidarité. Ces principes sont indissociables. La notion de contre-pouvoir est inscrite dans les procédures décisionnelles et dans les rôles de l'aîné et du benjamin.

42 - Ces principes s'appliquent à tous les niveaux de l'organisation sociale : dans la branche clanique, dans le clan, dans le grand clan, dans la chefferie et la grande chefferie.

43 - Dans le clan, la branche clanique ou dans la famille, les fonctions d'aîné, de cadet et de dernier né s'apparentent au corps humain : la tête pour l'aîné, les bras pour les cadets, les pieds pour le dernier né lié à la terre et donc à la mémoire du père et du grand-père. Le corps est constitué de l'aîné et des cadets.

44 - La notion de clan, du fait de l'histoire coloniale, a été diluée et altérée. Deux approches du clan doivent trouver les raisons de leurs complémentarités :

- Le clan référencé à un ancêtre commun.

- Le clan en recomposition avec un autre clan dans une organisation sociale déterminée ; composante de la chefferie, il est parfois dénommé grand clan dans l'organisation sociale ou dans les événements culturels ou coutumiers. Ainsi on peut trouver le grand clan de la chefferie, le grand clan de la mer, le grand clan de la terre, le grand clan guerrier et porte-parole etc.

45 - La chefferie exprime aujourd'hui l'autorité coutumière sur un territoire donné. Ses éléments constitutifs sont : une population organisée en clans, un pouvoir exercé par le chef et son conseil dénommé aujourd'hui conseil des chefs de clan et un territoire dénommé aussi tribu. La chefferie possède les attributs de la souveraineté autochtone Kanak.

46 - Le clan de la chefferie constitue le poteau central de la grande case. Il propose ou nomme le chef qui est en général l'aîné de la branche aînée. Dans les Iles loyauté, la fonction de chef et de grand chef se transmet héréditairement. En général et dans tous les cas de figure, la nomination in fine d'un chef doit faire l'objet d'un consensus issu notamment de la consultation du/des clans dont c'est le rôle. Cela passe également par le respect de procédures particulières propres à chaque région coutumière et à chaque chefferie.

47 - Sous l'autorité du chef de clan et des chefs de Maison, le clan décide de la composition des membres du clan dans le respect de la cohésion sociale de la chefferie.

48 - Un clan par son histoire complexe peut être rattachée par ses branches à plus d'une chefferie. Chaque branche exerce ses droits et ses devoirs dans la chefferie à laquelle l'histoire l'a rattaché.

49 - L'organisation sociale de la chefferie est basée sur le rôle traditionnel et spirituel de chaque clan forgé par l'histoire.

50 - Les principes de fonctionnement des structures coutumières sont basés sur la Parole, la complémentarité, la hiérarchie, le consensus. La notion de contre-pouvoir est assurée par les mécanismes de prises de décisions dévolues aux

clans dont c'est la mission.

51 - Les valeurs dans l'organisation sociale sont le respect, l'humilité, la solidarité, la fierté, le sens du devoir vis-à-vis des autres et de la terre. Le consensus est le mode de prise de décision. Il est en général mis en œuvre sous l'autorité de l'aîné, de l'ancien ou du chef en référence à leur fonction respective de gardiens, de vecteurs de la parole des ancêtres et de garants de la cohésion du groupe.

52 - A titre indicatif, on identifie dans les grandes chefferies des Iles et dans certaines chefferies de la Grande Terre, la structuration suivante du pouvoir : le pouvoir suprême est exercé par le grand chef ; la fonction de porte-parole est exercée par un clan qui peut aussi être le clan gardien ; le conseil est exercé par des clans alliés ; le contre-pouvoir est exercé par les clans terriens. Les prises de décisions de la chefferie sont fondées sur le principe du consensus et du consentement préalable des clans.

53 - Au moment du Régime de l'indigénat, des chefs administratifs ont été placés par le gouverneur colonial à la tête des populations des réserves pour servir de relais au pouvoir colonial. Ces chefs, imposés, ont parfois été assis coutumièrement à côté des chefs coutumiers. Or dans l'organisation sociale Kanak, il n'y a qu'un seul chef. En partant de l'histoire des clans et en respectant l'histoire et le vécu commun sur un même territoire, des solutions sont recherchées pour permettre un repositionnement constructif des clans.

54 - Rôles et fonctions

le chef coutumier du clan est l'aîné de la branche aînée. Il veille au partage de responsabilités dans le clan, assure la cohésion du groupe en tant qu'autorité légitime. Il est garant de la gestion du patrimoine du clan.

le chef de chaque branche clanique ou Maison est l'aîné de chaque branche ou Maison.

l'aîné de la famille renvoie à la hiérarchie des naissances dans la famille biologique.

Le Chef et Grand chef, dans les Iles Loyauté, est le descendant direct de l'ancêtre souverain. Sa parole est sacrée, c'est pourquoi il parle rarement. Son porte-parole s'exprime pour lui. Il est garant de la cohésion sociale interne et il intervient en dernier.

Le Chef et Grand Chef en Grande-Terre est soit le descendant direct du clan de l'ancêtre souverain soit un membre d'un clan assis de la même lignée. Il peut être aussi descendant par alliance. Le chef doit être un homme de compromis et de consensus. Le chef ou grand chef tranche les questions litigieuses après consultation du conseil des chefs de clan. Le président du conseil des chefs de clans (ancien conseil des anciens) préside les travaux du conseil et avec son bureau organise le fonctionnement de la tribu.

55 - La Légitimité coutumière Kanak est antérieure à la légitimité démocratique apparue avec l'Etat politique institué en France puis installé en 1853 en Nouvelle-Calédonie. La légitimité coutumière s'exerce sans discontinuité depuis 4000 ans sur l'ensemble du pays. Elle doit trouver les moyens de son expression dans toutes les institutions du Territoire et de l'Etat pour exprimer la sagesse, la morale, l'esprit de responsabilité et la spiritualité Kanak.

SECTION 2 : DU CYCLE DE LA VIE ET DE LA PERSONNE :

56 - La société Kanak est une société patriarcale. Son système social fonctionne à partir d'une transmission des droits, des pouvoirs et des responsabilités, basée sur l'homme.

57 - L'aînée d'un clan, quand elle est une femme, est un élément déterminant de

référence du clan quand celui-ci rencontre des difficultés. Les femmes sont appelées à servir dans d'autres clans.

58 - Les droits individuels s'expriment dans les droits collectifs du groupe (famille/clan). C'est parce que la personne est reconnue dans sa famille et dans son clan qu'elle peut s'épanouir dans la société.

59 - La solidarité, le respect de la hiérarchie et de la complémentarité sont le moteur de la cohésion du groupe. L'humilité imprègne l'individu et chacun connaît sa place dans le groupe. La fierté incite chacun à bien faire son travail et stimule la confiance. On porte la fierté de ses oncles maternels, de son clan et de sa chefferie.

60 - La femme est l'être sacré qui donne la vie. Une fille ou une femme a pour symbole végétal et naturel, le taro d'eau, le cocotier et l'eau. Elle est source de vie et de fertilité. Elle est la source de nouvelles alliances et le lien entre les clans et entre les générations. Elle est la valeur absolue pour la paix et la prospérité.

61 - L'homme a autorité sur la terre. Un garçon ou un homme a pour symbole la sagaie, le casse-tête, le sapin, l'igname...Il assure la descendance et la perpétuation du nom qu'il porte ainsi que la fonction sociale inhérente. Il est et assume la réputation et l'honneur du clan.

62 - La naissance d'un enfant est un acte de foi et un gage d'avenir pour le clan et sa destinée. La naissance implique la reconnaissance du lien de sang avec l'oncle maternel.

63 - L'enfant porte le nom du père et de son clan. C'est de la responsabilité du clan paternel de le maintenir en bonne santé physique et mentale, de l'habiller, de le nourrir, de l'éduquer et de lui donner une place dans la société.

64 - Pour donner le nom et le prénom d'un ancêtre il convient d'obtenir l'autorisation préalable de l'aîné ou des anciens du clan.

65 - Pour donner le nom de jeune fille d'une mère à son nouveau-né, il convient d'obtenir le consentement préalable des oncles maternels qui doivent dès cet instant prendre la responsabilité de l'avenir de l'enfant.

66 - La donation coutumière (adoption) d'un enfant correspond en général à un geste d'harmonie et de renouvellement d'alliance. Cet acte se fait sous l'autorité des parents et des chefs de Maison/clan. Le nom coutumier donné régulièrement à l'enfant lors de l'adoption permet la transmission de tous les droits de l'adoptant à l'adopté.

67 - Les clans se perpétuent et assurent leur descendance grâce aux alliances ou mariages qui procèdent d'échanges coutumiers d'une famille/clan à l'autre, quels que soient la chefferie ou le Pays Kanak. C'est le clan de l'homme qui organise le mariage et reçoit le clan de la femme.

68 - L'alliance entre les deux clans est célébrée en présence des oncles maternels. Ces alliances entre les clans respectent et assurent notamment les principes de non-consanguinité. L'homme a autorité sur la terre et la femme sur les enfants, leur éducation et la vie familiale. La femme est l'être sacré qui donne la vie et doit être respectée comme telle. Elle a un rôle d'assise et de cohésion sociale dans la famille et dans le clan.

69 - Le mariage coutumier est, aujourd'hui, un choix accompli par un homme et une femme. Pour un clan, dans la tradition, le mariage a pour finalité d'assurer une descendance, de perpétuer le nom et d'assurer la prospérité de la famille, de la Maison, du clan, de la chefferie. Ainsi le mariage coutumier est renforcé dès la naissance du premier enfant et du premier fils.

70 - Quand l'un des conjoints est absent ou décédé, l'autre doit le suppléer dans ses obligations dans le respect de la coutume et avec le soutien du clan du mari.

71 - La séparation intervenant dans un couple lié par la Coutume n'est pas de nature à remettre en cause l'alliance conclue entre les clans en particulier quand il y a des enfants.

72 - Les grands parents sont les détenteurs de l'histoire familiale et clanique et du patrimoine immatériel du clan. Les enfants et les petits enfants prennent soin des grands parents en reconnaissance de leur travail antérieur, de leur bienfait et du respect des ancêtres.

SECTION 3 : DES TERRES ET DES RESSOURCES :

A - DES DROITS FONCIERS :

73 - L'histoire coloniale a positionné dans un espace restreint (les réserves) les clans originels et les clans et familles déplacés par la colonisation. Au cours de cette histoire, la situation des clans « originels » et des clans « assis » a évolué avec les nouvelles alliances, les donations, l'évolution des liens de parenté et la disparition de clans. Des recompositions sont apparues, aidées parfois par une démographie souvent différenciée dans les clans. Dans ces conditions, de nouveaux équilibres sociaux et coutumiers se sont établis que quatre à six générations de vie commune viendront consolider.

74 - A l'intérieur des tribus et des réserves, l'usage du sol se fait par cessions (dons, échanges de droits), par alliances, pour services rendus, par le travail (premier labour et défrichage) dans le respect des principes d'inaliénabilité et des droits des clans terriens originels.

75 - L'usage et l'occupation d'un territoire, dans le respect des règles et des conditions coutumières prédéfinies, confèrent aux clans et familles intéressées une sécurité coutumière dont les chefferies sont garantes.

76 - La réforme foncière lancée en 1978, si elle a permis à bon nombre de clans de recouvrer leurs terres ancestrales, a introduit du fait de son manque de clarté et d'explication des incompréhensions entre clans à l'intérieur du territoire des réserves. A l'extérieur du territoire des réserves, beaucoup de revendications de clans se sont trouvées superposées, croisées ou se sont opposées sans que des explications historiques, anthropologiques et coutumières n'aient pu être discutées d'une manière approfondie et consensuelle. Dans ce sens les autorités coutumières ont la charge de déterminer une méthode de résolution des conflits fonciers.

77 - La résolution des conflits fonciers passe par un travail sur le passé avec la reconnaissance des Zones d'Influence Coutumière (ZIC) des chefferies, un travail historique et anthropologique sur l'histoire des territoires (depuis 1853) et la mise en place des cahiers fonciers des clans et chefferies. Ces cahiers fonciers fixeront sur cartes, après approbation par le groupe concerné, les limites des parcelles des terres claniques. La résolution des conflits fonciers repose sur la prise en compte de l'histoire passée et récente des parcelles et des espaces litigieux ainsi que sur la prise en compte des impératifs de cohésion, d'équilibre socioculturel et de solidarité que l'on retrouve dans la parole des anciens.

78 - Les clans ayant récupéré leurs terres ancestrales s'y installent et les mettent en valeur. Ils doivent faire en sorte de maintenir la solidarité et l'harmonie avec les clans les ayant assis au moment de la colonisation. Ils doivent instaurer d'autre part de nouvelles relations avec la nouvelle chefferie de proximité.

79 - Les clans spoliés par la colonisation poursuivent avec le soutien de l'en-

semble des composantes du Peuple Kanak, leur quête de justice et revendiquent leur patrimoine foncier ancestral. La date de référence de ces revendications est la date de prise de possession par la France et l'objectif reste la réhabilitation des droits spoliés par la colonisation.

B - DE LA SOUVERAINETE SUR LA NATURE ET LES RESSOURCES

80 - Les terres, les ressources et l'espace naturel ainsi que les savoirs traditionnels matériels et immatériels rattachés constituent le patrimoine naturel du Peuple Kanak dont il est le garant et le dépositaire devant les générations futures.

81 - La souveraineté naturelle des chefferies et de leurs clans s'exerce sur leur propre territoire traditionnel, délimité naturellement tantôt par les sommets des montagnes et les rivières, tantôt par tel rocher, tel bras de mer, tel récif ou ligne d'horizon sur la mer. Cette délimitation naturelle et humaine a permis la cohabitation des chefferies, entités sociales autochtones autonomes. La souveraineté du peuple autochtone Kanak traduit la souveraineté globale des chefferies et de leurs clans.

82 - Les terres et les ressources naturelles (minérales, végétales, animales et les savoirs du patrimoine culturel associés du Pays) constituent le patrimoine matériel et immatériel du Peuple Kanak. Les chefferies et les clans exercent au nom de leur antériorité ancestrale et de leur présence continue- malgré le fait colonial - leur souveraineté sur leur territoire traditionnel ou coutumier quel que soit son statut.

83 - La terre fait partie d'abord d'un patrimoine culturel avant d'être un levier économique.

84 - Le développement économique et social autochtone correspond à un développement durable, solidaire et communautaire qui privilégie l'intérêt collectif tout en respectant l'initiative individuelle et privée.

85 - Face aux grands projets et orientations de développement et d'aménagement, la société Kanak se donne les moyens de préserver et promouvoir les valeurs Kanak notamment au niveau de la langue, des pratiques coutumières de la culture de l'igname et du taro et des fêtes culturelles. Cela passe d'abord par la restructuration et la consolidation des familles, des clans et des chefferies (autorités coutumières) et par la maîtrise raisonnée des outils modernes de développement et de communication. Être acteur de son développement et de celui du Pays implique de pouvoir garantir la préservation et la promotion des valeurs de la société Kanak.

86 - Le développement économique en général et celui des activités extractives en particulier doivent impérativement respecter les tertres et les vestiges du patrimoine Kanak ancestral. Le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés est obtenu avant tout projet de développement ou d'aménagement.

87 - Le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés est requis quel que soit le statut juridique de l'espace considéré. Ce droit est rattaché à la Zone d'Influence Coutumière qui délimite sur le plan cartographique, l'espace rattaché à une chefferie et à ses clans.

88 - Pour tout projet de développement économique ou d'aménagement, le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause ne pourra être accordé que sur la base d'une évaluation pertinente de l'ensemble des impacts du projet notamment en terme environnemental, socioculturel et de respect des Droits de l'Homme.

89 - La perte du patrimoine naturel et les solutions alternatives de compensation

et de protection des milieux devront être envisagées par le porteur de projet et conditionneront le consentement préalable.

90 - Le consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause sera conditionné par la mise en place de mesures compensatoires sur le plan environnemental, sur le plan patrimonial et socioculturel.

91 - Ces exigences s'imposent quel que soit l'état de la législation provinciale, territoriale ou nationale en vigueur.

C - DES SAVOIRS TRADITIONNELS

92 - Les savoirs traditionnels et les connaissances associées des plantes, des minéraux, des saisons (saison de pluies, humide, chaleur), des astres et des espaces terrestres et maritimes sont le patrimoine immatériel du Peuple Kanak car ils sont le fruit d'une histoire et d'une civilisation commune. Chaque clan en est le dépositaire suivant un héritage transmis de génération en génération.

93 - Les droits rattachés aux savoirs traditionnels et connaissances associées des plantes sont reconnus au clan dépositaire, à la chefferie et au Peuple Kanak.

94 - Aucune disposition législative ou réglementaire autorisant l'exploitation et la mise en valeur de ces ressources et savoirs ne saurait valablement être adoptée ou entrer en vigueur sans avoir préalablement été approuvée dans tous ses termes par les représentants coutumiers du Peuple Kanak constitués aux termes de la présente Charte.

SECTION 4 : DE LA CULTURE ET DE L'EDUCATION

95 - Les autorités coutumières se mobilisent pour que les familles et les clans mettent en œuvre le Socle Commun des valeurs kanak et l'évoque dans les cérémonies coutumières.

96 - Les langues et la culture sont les vecteurs et l'expression de la Civilisation Kanak, de sa philosophie et de sa Coutume. La diversité des langues traduit la richesse de cette culture. C'est un patrimoine unique qui ne peut disparaître et les membres de chaque clan dépositaire de cet héritage ainsi que le Peuple Kanak dans son entier en sont les garants.

97 - Toutes les langues Kanak doivent être sauvegardées et promues. La pratique de la langue doit être effective dans les tribus et dans les chefferies. L'apprentissage de la langue et de la culture Kanak doit être assumé par les parents.

98 - Il est nécessaire de créer en tribu des lieux d'apprentissage de la vie coutumière et de la langue pour les enfants.

99 - Le Droit de l'Enfant autochtone doit être pris en compte et servir de support à l'éducation publique, notamment civique, en particulier dans les écoles maternelles et primaires. La reconnaissance des langues Kanak doit se traduire par un enseignement effectif en milieu scolaire.

SECTION 5 : DES CONFLITS ET DES JURIDICTIONS

100 - La gestion des conflits entre autochtones ou concernant les terres coutumières relève d'abord de la compétence des autorités coutumières qui doivent instaurer des outils de médiation coutumière au niveau du clan et au niveau de la chefferie avant que ne soit saisies les juridictions civiles coutumières ou de droit commun.

101 - L'autorité coutumière, garante de l'ordre public coutumier, s'exerce sur

quiconque sur les terres coutumières et envers les membres de la communauté coutumière où qu'ils se trouvent.

Elle s'étend également au domaine public terrestre et maritime sur l'ensemble de la Zone d'Influence Coutumière.

102 - Le régime des sanctions coutumières est gradué par la nature des infractions, délits et crimes. On distingue les fautes relevant de l'éducation, du respect de l'ordre public coutumier et de la morale coutumière. Le régime des sanctions et réparations vise toujours au rétablissement de l'équilibre rompu par les actes délictuels.

103 - Le Territoire de la Nouvelle-Calédonie doit être administré par des institutions reposant sur un pluralisme juridique coopératif. Dans ce sens des propositions seront faites pour intégrer la vision autochtone Kanak d'un ordre public coutumier dans une Justice non cloisonnée pour faire en sorte de développer en bonne harmonie le principe et la pratique d'un droit jurisprudentiel pour tout ce qui touche à la coutume et à la sphère coutumière.

104 - Dans un souci de bonne administration de la Nouvelle-Calédonie, la coexistence et l'articulation des deux systèmes souverains d'administration de la Justice, l'un coutumier, l'autre national, doivent être organisées.

SECTION 6 : DES RELATIONS AVEC LES AUTRES PEUPLES :

105 - Le Peuple Kanak est souverain dans ses relations avec les peuples autochtones et leurs autorités coutumières dans le Pacifique et dans le monde. Il est souverain dans ses relations avec les populations non autochtones, notamment du Territoire ainsi que dans ses relations avec les autorités nationales et calédoniennes.

106 - Il doit exercer son droit d'accueil et d'hospitalité dans les conditions répondant au système des valeurs et aux principes fondamentaux de la coutume exposés dans la présente Charte.

CHAPITRE III EXERCICE DU DROIT A L'AUTODETERMINATION DU PEUPLE KANAK

107 - La souveraineté du Peuple Kanak est inhérente et la maîtrise de sa propre destinée relève de ses Droits Naturels et Imprescriptibles.

108 - La souveraineté du Peuple Kanak émane de l'autorité de toutes les chefferies considérées dans leur ensemble.

109 - A l'échelle de chaque portion du territoire, s'exerce la souveraineté de chaque chefferie qui regroupe les clans installés.

110 - L'exercice du droit à l'autodétermination du Peuple Kanak est entendu, au sens du Droit international des Peuples Autochtones, comme s'exerçant au niveau interne. Il est complémentaire du Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

111 - Il repose sur le principe d'une souveraineté conjointe et partagée et n'emporte aucune atteinte à l'intégrité territoriale de l'Etat quelle que soit sa forme.

112 - La souveraineté du Peuple Kanak s'exprime dans tous les domaines de l'organisation sociale Kanak, notamment suivant les modalités définies dans la présente Charte.

113 - Le Peuple Kanak, ses autorités coutumières et ses institutions déterminent librement le niveau de leur participation et contribution dans la gestion des institutions de l'Etat et du Territoire ainsi que le degré de leur coopération avec lesdites institutions.

114 - Chaque individu Kanak détermine librement le niveau de sa participation au sein des institutions de l'Etat à travers l'exercice de ses droits de citoyen.

115 - Il est ici affirmé que toute participation ou coopération du Peuple Kanak et de ses composantes ne pourra plus désormais se concevoir qu'avec des institutions respectueuses des principes et valeurs affirmés dans la présente Charte et sur la base de relations libérées de toute forme de discrimination ou de sujétion.

En foi de quoi,

Considérant que le Sénat Coutumier de Nouvelle-Calédonie est l'assemblée délibérante du Pays Kanak chargée, dans les conditions actuelles, de porter la légitimité autochtone au sommet des institutions étatiques républicaines ;

Considérant que le Sénat Coutumier a compétence sur le droit coutumier ; Considérant que le Sénat Coutumier, institution de la République, n'en a pas moins été hérité du combat pour l'émancipation du Peuple Kanak et habité dans son œuvre par les Valeurs et Principes qui fondent l'Identité Kanak ; Convaincus que le Peuple Kanak doit mettre en place par lui-même des institutions propres à le gouverner et à unifier son Droit ; Conscient du fait que la souveraineté du Peuple Kanak doit s'exprimer à travers une instance qui soit l'émanation de l'ensemble des chefferies de la Grande Terre et des Iles et trouve sa légitimité dans la Coutume et la Parole ; Nous autorités coutumières, Grand Chefs, Chefs, présidents de conseils de districts et présidents de conseils des chefs de clans, seuls représentants traditionnels et légitimes du Peuple Kanak de Nouvelle-Calédonie, nous constituons, aux termes des présentes, en ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK L'ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK regroupe l'ensemble des chefferies et les districts des huit Pays coutumiers ainsi que les représentants désignés par eux.

L'ASSEMBLEE 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. Toute institution de l'Etat ou du Territoire dédiée à la gestion des composantes de l'Identité Kanak et de la Coutume devra nécessairement émaner des chefferies et donc de L'ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK ; Tel est le cas aujourd'hui du Sénat Coutumier et des huit Conseils Coutumiers ; A cet égard, L'ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK décide dès à présent de confier au Sénat Coutumier une mission conventionnelle afin de pouvoir dans les plus brefs délais, d'une part, organiser et renforcer la souveraineté du Peuple Kanak et, d'autre part, redéfinir un cadre mutuellement accepté des relations du Peuple Kanak à l'Etat français et au Territoire de Nouvelle-Calédonie quel qu'en soit le devenir. Après avoir lu, signé et adopté la présente Charte sur le Socle Commun des Valeurs et Principes Fondamentaux de la Civilisation Kanak, Nous soussignées, chefferies et autorités coutumières, constituant L'ASSEMBLEE DU PEUPLE KANAK la proclamons pour faire et valoir ce que de droit, invitons instamment nos populations à la respecter et à la promouvoir, invitons toutes les autorités de l'Etat et du Territoire à la mettre en œuvre et lançons un appel à la Communauté internationale et notamment aux Pays et Peuples du Pacifique afin qu'ils appuient cette démarche, la diffusons pour faire œuvre de contribution au destin commun, de transparence, de dialogue et d'humanité.

Version Intégrale:

https://www.senat-coutumier.nc/phocadownload/userupload/nos_publications/charte.pdf

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

Versione in vigore al 14 settembre 2020

Article 1 Les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local régulièrement instituées sont investies du pouvoir de conciliation entre citoyens de statut particulier dans les matières régies par ce statut.

Article 7 Cette demande doit être présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Le juge interroge spécialement les parties sur ce point et leur accord est consigné dans la décision.

Ordonnance 2006-673 art. 11 : Abrogation de la seconde phrase du premier alinéa et second alinéa de l'article 7 de l'ordonnance 82-877 à compter de la date d'entrée en vigueur du décret relatif à la partie Réglementaire du code de l'organisation judiciaire

Article 7-1 Les sections détachées du tribunal de première instance sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par la présente ordonnance.

Ordonnance 2006-673 art. 11 : Abrogation de l'article 7-1 de l'ordonnance 82-877 à compter de la date d'entrée en vigueur du décret relatif à la partie Réglementaire du code de l'organisation judiciaire.

Article 8 Les assesseurs coutumiers entreront en fonctions le 1er janvier 1983. Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux instances engagées postérieurement au 1er janvier 1983.

Article 9 Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le secrétaire d'Etat auprès du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, chargé des départements et des territoires d'outre-mer, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Article exécution Monsieur le Président, La présente ordonnance institue des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel. Sur ce territoire coexistent deux types de statuts civils : Le statut civil de droit commun qui relève de la loi ; Le statut civil de droit local inspiré par des règles coutumières. Les litiges concernant les personnes soumises au statut civil de droit local sont actuellement réglés par les autorités coutumières ou déferés par les plaideurs devant le tribunal civil. L'ordonnance rappelle tout d'abord le rôle de conciliation rempli par les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local. Elle prévoit également que lorsque l'une des parties porte le litige devant le tribunal civil celui-ci se complète par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, ayant voix délibérative. S'il est interjeté appel du jugement, la cour d'appel est également complétée par des assesseurs coutumiers. Cette mesure, qui tend à faire participer les citoyens relevant du statut civil particulier au fonctionnement de la justice, est justifiée par le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire. Les assesseurs sont choisis chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel sur proposition du procureur général près ladite cour. Une ordonnance du président de la juridiction saisie désigne ensuite les assesseurs appelés à compléter la formation de jugement. Enfin, il est précisé que les parties peuvent, d'un commun accord, choisir d'écarter ces dispositions particulières et demander l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction. Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation. Veuillez agréer, monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect. Le Président de la République, Sur le rapport du Premier ministre, du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, et du garde des sceaux, ministre de la justice, Vu la loi n° 82-127 du 4

février 1982 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à promouvoir les réformes nécessitées par la situation en Nouvelle-Calédonie ; Vu la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, modifiée par la loi n° 79-407 du 24 mai 1979 ; Après consultation de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie ; Le Conseil d'Etat entendu, Le conseil des ministres entendu,

Ottobre 2020

ISBN ISBN 978-88-8443-915-4
Website: <http://www.jupls.eu/>



© Copyright 2020

Università degli Studi di Trento