

LA PROTECTION DE LA PIERRE DE JADE (POUNAMU) DANS LE DROIT NÉO-ZÉLANDAIS OU L'EXEMPLE D'UNE LENTE ET DIFFICILE RÉCONCILIATION DE LA COUTUME ET DU DROIT

Yves-Louis Sage*

La jade néo-zélandaise "Pounamu", dont les principaux gisements se trouvent dans l'île du sud, reste dans la tradition maori à la fois la marque du rang social, mais aussi un des fondements de l'élaboration des droits coutumiers fonciers. A partir de 1840, les colonisateurs anglais devaient priver les maoris du contrôle des gisements de jade, lesquels furent alors ramenés au rang de simples commodités marchandes, totalement dépouillées de leur symbolisme traditionnel. Toutefois, dans les années 1970, la tendance devait commencer à s'inverser et à la rigueur de l'esprit colonisateur s'est progressivement substituée une approche plus pragmatique et conforme aux intérêts de la minorité maori. A la faveur d'une redéfinition de la place accordée aux maoris au sein de la population néo-zélandaise et d'une réinterprétation des dispositions du Traité de Waitangi, les droits coutumiers fonciers finirent par être reconnus à part entière, dans le droit positif néo-zélandais. Dans ce nouveau contexte, le législateur néo-zélandais organisa la totale restitution des gisements de jade, situés sur les terres appartenant à la Couronne, au seul bénéfice du clan "Ngai Tahu", propriétaire coutumier dans le cadre du "Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997".

* Maître de Conférences (Université de Polynésie Française), Teaching Fellow (Massey University). Cet article représente, le texte intégral de la conférence donnée dans le cadre de la réunion du Comité Exécutif de l'Association Internationale de Littérature Comparée, organisée par Madame la Présidente Sylvie André, à Papeete en août 1999 et dont les travaux devraient être prochainement publiés. L'auteur remercie, l'ICLA de l'avoir autorisé à également publier cet article dans la RJP. L'auteur remercie également le Doyen Anthony Angelo et Richard. P Boast, respectivement Professeur et Senior Lecturer à Victoria University of Wellington pour leurs commentaires et suggestions, les erreurs ou omissions éventuelles relevant bien évidemment, de la seule responsabilité de l'auteur.

I INTRODUCTION

Vénérée pendant plus de quatre mille ans et élevée au rang de "joyau céleste"¹ par les chinois, la jade reste encore aujourd'hui entourée d'une aura de mystère² chargée d'une forte symbolique.

On sait maintenant qu'aucune autre pierre précieuse n'a été aussi longtemps prisee par autant de peuples différents et que bien avant que l'on ne découvre les diamants, les rubis, saphirs et les topazes, elle était déjà utilisée de manière diverses et variées pour confectionner outils, objets sacrés ou parures et bijoux.

Avec les aztèques, les mayas, les esquimaux et les chinois, les maoris ont eux aussi partagé cette attirance et cette fascination commune.

Pour ces derniers, la jade est devenue au fil des générations, la représentation parfaite du lien qui uni toute une communauté à une même terre ancestrale mythologique, "Hawaiki", se confondant intimement avec la vie, le savoir et la force, (le "mana") de celui ou de celle qui la possède.

Marque du rang social chez les maoris, elle était aussi un des fondements de l'élaboration des droits coutumiers fonciers, le titre se prouvant souvent par la possession d'un objet en jade, dont la tradition³ officialisait alors le transfert de propriété des terres tout en opérant un lien entre les générations passées et celle du nouveau propriétaire.

A partir de 1840, les aléas de la colonisation, devaient néanmoins irrémédiablement conduire à priver les maoris du contrôle des gisements de jade lesquels furent alors ramenés au rang de simples commodités marchandes, totalement dépouillées de leur symbolisme traditionnels.

Toutefois, dans les années 1970, la tendance devait, non sans difficultés et quelques vicissitudes, commencer à s'inverser.

Progressivement, à la faveur d'une tendance générale vers une redéfinition de la place à accorder aux maoris au sein de la population néo-zélandaise et d'une réinterprétation des dispositions du Traité de Waitangi, les droits coutumiers fonciers finirent par être reconnus à part entière dans le droit positif néo-zélandais.

1 Les chinois attribuent à la pierre de jade de 5 vertus: Son éclat est la représentation de la charité, sa transparence personnifie l'honnêteté; le son qu'elle produit lorsqu'on frappe dessus évoque la sagesse; sa dureté rappelle le courage, et enfin son tranchant, symbolise la justice. S C Nott *Chinese jade throughout the ages*, (Charles E Tuttle Co Japan, 1962).

2 Louis Zara, *Jade* (Studio Vista, London, 1969) 10-11.

3 Au sens juridique du terme, c'est-à-dire la remise.

Ainsi, pour ne s'en tenir qu'aux seuls gisements de jade, ce mouvement devait trouver son apogée en 1997, lorsque le législateur néo-zélandais organisa leur totale restitution au seul bénéficiaire du clan "Ngai Tahu", propriétaires coutumiers.

A Quelques observations préliminaires sur la jade néo-zélandaise

Pounamu⁴ est le nom maori du minéral que les néo-zélandais appellent "Greenstone" lequel englobe, de manière indistincte, tant la néphrite⁵ que la bowenite⁶ qui forment à elles deux, ce que l'on appelle généralement la jade néo-zélandaise.⁷

Les principaux gisements, qui se présentent généralement sous forme d'éboulis ou de rochers charriés par les rivières, restent tous localisés dans l'île du Sud,⁸ plus précisément dans sa partie ouest dans la région centrale appelée "Central Otago" ou encore dans le "Fiordland" situé dans sa partie la plus septentrionale.⁹

Si pour les néo-zélandais, la jade, reste traditionnellement associée à toutes les pierres de couleur verte¹⁰ formées par les éruptions volcaniques, pour le géologue et le chimiste, la véritable jade reste un minéral rare¹¹ et stricto sensu, seule la jadéite,¹² que l'on ne trouve pas en Nouvelle Zélande, mérite véritablement cette appellation.

Il reste qu'au delà de ce distinguo, la jade et la néphrite présentent pour le linguiste un point commun.

4 Qui signifie dans les deux langues "pierre verte", voir Herbert W Williams, *Dictionary of the Maori Language*, Gvt Printer. J.J Reed. *Use of the Term Greenstone in New Zealand*, Jnl Pol Soc Vol 66, n 2, Wellington 1957. E. Ruff, *Jade of the Maori*, Gemmological Association of Great Britain, 1950.

5 Un silicate de calcium et de magnésium. A. Finlayson, *The Nephrite and Magnesium Rocks of the South Island of New Zealand*, Quart J Geo Soc London, Vol LXV, 1909.

6 D'abord classifiée par G.T Bowen, dont elle porte le nom, comme une variété de néphrite, elle est en réalité de la serpentine qui n'est pas à proprement parler de la jade, voir RG Coleman, *New Zealand Serpentine and Associated Metasomatic Rocks*, NZ Geo Surv. Bull., n s 76, Wellington 1966.

7 Les termes "New Zealand greenstone", "New Zealand jade", "true greenstone", font tous référence à la néphrite uniquement.

8 Sur les différents gisements de pounamu, voir notamment B Brailsford, *Greenstone Trails: The Maori Search*, AH & AW Reed, 1984, Wellington.

9 R.J Beck, *Bowenite - Tangiwai of Fiordland*, N.Z Lap Vol 1, n 4, Lapidary Publications Auckland, 1968.

10 L'intensité de la couleur verte de la jade, dépendra surtout de la quantité de fer qu'elle contient.

11 Le principal gisement de jadéite se trouve en Birmanie. La jadéite porte aussi le nom de "jade chinoise". R.J Beck, *New Zealand Jade, The Story of Greenstone*, AH & A W Reed, 1970, p23.

12 Un silicate de sodium et d'aluminium lequel est la jade véritable. R.J Beck, *New Zealand Jade, The Story of Greenstone*, op cit p19.

Etymologiquement, en effet, le mot jade vient du latin "*ilia*",¹³ et néphrite du grec "*nephros*", qui tous deux signifient le rein, la croyance populaire, voulant, tant chez les grecs que chez les romains, que ces pierres possèdent le pouvoir de soigner les maux de reins et que le fait d'en porter ait éloigné les maladies.

Pour le gemmologiste, la néphrite néo-zélandaise se caractérise surtout par ses dégradés de vert et une transparence qui lui est particulière, lesquels correspondent à de multiples variétés plus ou moins connues dont les noms peuvent varier d'un clan à l'autre.¹⁴

Pour mieux les distinguer, les maoris ont souvent recours aux analogies, les identifiant par référence aux différents éléments qui dans la nature ont des couleurs comparables.¹⁵

Ainsi, la variété la plus répandue est appelée "*kawakawa*", en raison de sa ressemblance aux feuilles d'un noir et vert profond de la plante du même nom.

La couleur vert émeraude de "*kahurangi*", qui peut se traduire comme "la parure du ciel", rappelle celle des nuages, le vert plus laiteux aux reflets bleutés de l"*inanga*", tire son nom d'un poisson aux écailles couleurs de perles et ces deux variétés de jade sont les plus prisées par les Maoris.

Le vert olive translucide de la variété "*tangiwai*", signifiant "les larmes de l'eau", s'identifie aux reflets des cours d'eau.¹⁶

Le "*pipiwharau*", tire son nom de la couleur du plumage du "*cockoo*", oiseau de l'île du Sud, le "*raukaraka*" de la couleur des feuilles du "*kakara*" et "*totoweka*" de celle de la couleur du sang d'un oiseau appelé "*weka*".

B Les principales légendes sur le "pounamu"

Pounamu remplit dans la tradition maori une fonction particulière qui permet d'expliquer l'étroite relation qui, encore aujourd'hui, la lie à la communauté maori néo-zélandaise.

13 Plus précisément le mot "jade" est le résultat de la transposition du mot latin "ilia" dans la langue espagnole "*jada*", "*yjada*", "*hijade*", qui signifie le rein, puis en italien "*ida*" ou "*jada*", en français "légjade" et enfin en anglais, "*jade*".

14 Sur les nom donnés aux différentes sortes de pounamu, voir notamment Murdoch Riley *Jade Treasures of the Maori*, 1987, Vicking Sevenses Ltd p 42 et s.

15 JW Stack, *Notes on the Colour-Sense of the Maori*, Trans NZ Inst Vol 12, 1879.

16 Beaucoup utilisée dans l'artisanat maori

En effet, civilisation de tradition orale, les maoris, retracent leur histoire par le truchement de légendes qui transmises et souvent embellies, de générations en générations, forment la mémoire vivante de ce peuple.¹⁷

Or "*pounamu*", apparaît, dans toute la mythologie maori et dans les légendes qui l'accompagnent, comme la représentation parfaite sous la forme d'un poisson ("*Poutini*"),¹⁸ de la naissance de la vie elle-même, laquelle se confond intimement tout autant avec celle du monde qu'avec l'épopée de la découverte de la Nouvelle Zélande par les premiers maoris.

Les maoris croyaient que l'esprit d'une personne ("*wairua*") avait le pouvoir, alors qu'elle était endormie, de quitter son enveloppe charnelle et de vivre dans le monde des rêves dont l'interprétation permettait ensuite de découvrir les gisements de "*pounamu*". Pour se faire, on avait recours aux services des "*tohunga*", personnages tout à la fois devins et prospecteurs,¹⁹ qui après avoir satisfait à quelques incantations en l'honneur des gardiens de "*pounamu*", attendaient que dans le cours de leur sommeil, l'emplacement des gisements leur soit révélé.²⁰

Si ces légendes varient d'un groupe à l'autre,²¹ elles n'en présentent pas moins quelques constantes:

- On relève tout d'abord, que les différents récits sur l'origine de "*pounamu*" ne sont, à des degrés divers, que des versions romancées de l'aventure des premiers arrivants en Nouvelle Zélande qui y découvrirent ce qui s'est rapidement révélé être le minéral le plus distinctif de leur nouvel environnement.
- Elles permettent ensuite, d'apporter quelques prémices d'explications sur l'apparition de ce minéral, d'en localiser les principaux gisements et de répertorier

17 Pour une étude des mythes et légendes maori attachées à la pierre de jade, voir Brailsford, p 6-10. Sur les caractéristiques géologiques de ce minéral, voir Elsie Ruff, 24-30

18 Une légende par exemple, précise que lorsque un poisson est retiré de l'eau, de colère il se transforme en pierre. Une autre indique que pounamu est une substance qui se trouve dans l'estomac d'un très gros poisson ressemblant à un requin, et qu'elle se solidifie graduellement au contact de l'air.

19 "*Tohunga*" peut se traduire par "expert, spécialiste".

20 En réalité, le succès de l'expédition, devait plus à l'empirisme et aux rudiments de connaissances géologiques du "*Tohunga*" qu'à ses rêves prémonitoires. En effet, les "*Tohunga*" appartenaient à un même groupe d'initiés, à qui l'on apprenait à reconnaître les signes distinctifs de la néphrite, notamment la manière dont les rochers qui la contiennent brillent dans le cours des rivières. Sur ce point, voir C Heaphy, *A visit to the Greenstone Country New Zealand Magazine*, Nov 1862.

21 Sur les différentes légendes, voir notamment A. Wilson *Legends and Mysteries of the Maoris*, Harrop & Co, Ltd, 1932.

l'usage que l'on peut en faire,²² constituant ainsi les rudiments de connaissances en matière de géologie pour les maoris.²³

- Autre constante, chaque fois qu'il était fait référence à "*Tama-ahua*"²⁴, ou à "*Hamuki*" et à leurs femmes respectives, on décrivait ainsi les origines de la classification des différents types de "*pounamu*", puisque dépourvus de leur préfixe de personnification (*Hina*, *Hine*²⁵), les mots "*Kahurangi*" "*inanga*", "*katwakawa*", "*tangiwai*" par exemple, devenaient alors les différentes variétés de "*pounamu*".

- Enfin, les plus belles pièces façonnées dans la jade, souvent les "*hei-tiki*" (pendentifs) ou les "*patu pounamu*"²⁶ (arme courte et aplatie, utilisée pour les combats rapprochés), forment le lien entre générations, transmettant, fortifiant son "*mana*" (sa force, son prestige) d'un possesseur à l'autre, tout en confirmant le rang social de chaque famille au sein du clan²⁷ et en servant de titre de propriété foncier.²⁸

On dénombre quatre légendes principales qui seules en fait, méritent véritablement notre attention:²⁹

-
- 22 Il en va de même pour les autres minéraux, ainsi les légendes indiquent fréquemment où se trouvent les gisements de grès utilisé pour polir la jade.
- 23 Dont les premiers prospecteurs se sont largement servis pour localiser les gisements au 19ième siècle.
- 24 Dans la légende de "*Tama-ahua*", telle qu'elle est racontée dans la région de "*Taranaki*", "*Poutini*" est représenté non plus comme un poisson mais comme une pirogue. Sur cette légende voir, H. Hongi, *Tama-ahua*, Journal Poly Soc Vol 5, 1896; SP Smith, *History and traditions of the Taranaki Coast*, Jnl Poly Soc Vol 17, 1908. F Martin, *Legend of Tama-Ahua*, Jnl Pol Soc Vol 10, 1901.
- 25 Respectivement l'homme et la femme.
- 26 Aussi appelée "*mere*", voir M Makereti, (*Maggie Papakura*) *The Old Time Maori*, Victor Gollancz, London, 1938.
- 27 Ainsi la célèbre boucle d'oreille "*Kaukaumatua*", dont on prétend qu'elle avait été façonnée dans un éclat de jade rapportée par "*Ngahue*", et qui appartenait au grand chef "*Teuheu*" dont les ancêtres avaient été parmi les premiers à immigrer en Nouvelle Zélande. Ce bijou a été perdu en 1846 lors d'un éboulement de terrain près du lac "*Taupo*" dans lequel le grand chef devait périr. Un autre bijou (une herminette de cérémonie "*tokipoutangara*"), appelé "*Tutauru*" et qui se trouve maintenant au musée d'Auckland, est censé avoir été taillé directement dans une des pierres ramenées par "*Ngahue*" à "*Hawaiki*." Au delà de la légende, il ne fait aucun doute que cette parure est ancienne (elle a été présentée à un des premiers visiteurs européens en 1792) et qu'elle a appartenu à un descendant direct du responsable d'une des premières pirogues qui virent en Nouvelle Zélande.
- 28 Les "*patu pounamu*" symbolisaient également la propriété de la terre ancestrale et son possesseur se trouvait, de facto, investi de la qualité de propriétaire (sur ce point voir notamment T. Donne, *The Maori, Past and Present*, Seeley Service, London 1927.
- 29 Voir supra note 18.

1) Selon la tradition orale maori dominante, les rochers, les pierres et le sable sont les enfants de l'union de "*Tane*", le dieu de la forêt, celui qui dispense la vie et de "*Hine tapari - maunga*", fée des montagnes et des collines, dont elle épouse les formes.³⁰ Tous vivaient à "*Hawaiki*", la terre mythique des maoris.

Le groupe religieux des "*Iwi Pounamu*" (le peuple de la pierre verte), auquel appartenait "*Poutini*" (représenté sous la forme d'un poisson en jade), entraînait régulièrement en guerre avec leurs ennemis traditionnels, les "*Hine-tua-hoanga*". Ces derniers personnifiaient le grès dans lequel la jade avait été enfouie par les ancêtres maoris et avaient pour alliée "*Whaipu*", l'obsidienne, pierre d'origine volcanique dont on se servait une fois taillée en pointe, pour percer la jade.

Craignant d'être fait prisonnier, "*Poutini*" s'enfuit accompagné de "*Ngahue*", un être humain.

Ensemble, ils accostèrent à ce qui est maintenant "*Mayor Island*", en maori "*Tuhua*" (région connue pour ses gisements d'obsidienne), au large de la Nouvelle Zélande et y établirent un campement. S'apercevant que cette île appartenait à leur ennemie "*Whaipu*", ils furent, encore une fois contraints de s'enfuir en quête d'une terre plus hospitalière.

Leur périple les amenèrent tout près de "*Aotearoa*" (l'île du Nord de la Nouvelle Zélande) mais décidèrent toutefois de ne pas y aborder.

Ils atteignirent alors "*Arahura*" sur la côte ouest de l'île du Sud de la Nouvelle Zélande, où "*Ngahue*" brisa "*Poutini*", le poisson de jade, en enterra la plus grande partie tout en conservant par devers lui quelques fragments.

Il s'en retourna ensuite à "*Hawaiki*" où il fit le récit de son voyage et de ses découvertes. Avec les fragments de jade encore en sa possession, il se confectionna une herminette avec laquelle il construisit les canots qui devaient transporter les premiers immigrants.

2) "*Tana-ahua*", un guerrier maori, entrepris tout un périple autour de l'île du sud à la recherche de ses femmes qui avaient été enlevées par "*Poutini*", le poisson de jade.

Il finit par les retrouver à "*Arahura*", mais toutes avaient été transformées en jade, dont les différentes variétés portent maintenant leurs noms.

3) Une autre légende totalement différente des précédentes, conte le périple entre l'île du nord et l'île du sud, du guerrier "*Hamuki*", au cours duquel, il trouva un rocher et en le brisant, se blessa au doigt.

30 Dans une autre légende, pounamu est l'enfant de "*Tangaroa*", le dieu de la mer et d'"*Anu-matao*" qui personnifie le froid dont l'un des frères, appelé "*Poutini*", qui lui aussi prenait la forme d'un poisson.

Pour avoir sucé sa blessure, geste interdit ("*tapu*"), il fut instantanément transformé en pierre de jade. Sa femme, "*Hine-tua-hoanga*" qui était partie à sa recherche devant quant à elle périr noyée.

4) Dans la légende de "*Tama*", on apprend que ce guerrier avait été abandonné par ses trois femmes et qu'il était parti à leur recherche.

Lorsqu'il finit par trouver la première d'entre elles, à "*Piopiota*"³¹ elle avait déjà été transformée en "*pounamu*". Il en conçut un tel chagrin que ses larmes en touchant le sol prirent la forme des "*tangiwai*" "pierres de larmes".³²

Poursuivant ses recherches, il remonta le courant de la rivière "*Arahura*" sur la côte ouest. Là, la pirogue dans laquelle ses deux autres femmes s'étaient enfuies, avait coulé, équipage et cargaison ayant été transformés en "*pounamu*".

La pirogue gisait sous la forme d'un énorme bloc de pierre caché sous une cascade et l'équipage avait pris la forme de rochers qui s'étaient éparpillés dans le lit de la rivière.

Ignorant le sort déjà réservé à ses épouses, "*Tama*", alors accompagné de son esclave "*Tumuaki*", décida de s'enfoncer plus avant au cœur de l'île du Sud.

Un jour, que ce dernier avait tué quelques oiseaux pour se nourrir et alors qu'il s'appêtait à les cuire, il se brûla accidentellement à l'un de ses doigts.

Afin d'apaiser sa douleur, il suçait son doigt, geste considéré alors comme "*tapu*". Pour avoir bravé cet interdit, il fut immédiatement transformé en montagne dans laquelle les premiers gisements de jade prirent naissance.

Les oiseaux, quant à eux, laissés sur le feu, furent réduits en cendres qui s'incorporèrent dans le sol de la montagne, devenant les impuretés que l'on trouve parfois dans la néphrite.

C "*Pounamu*" dans la société maori pré-coloniale

Abstraction faite de la mythologie et pour ne s'en tenir qu'aux seuls faits scientifiquement avérés, il est maintenant avéré que les ancêtres des maoris venaient des îles situées à l'Est du Pacifique d'où ils auraient émigré vers la Nouvelle-Zélande, il y a de cela un peu plus de 1000 ans.³³

31 Actuellement "*Milford Sound*" sur la côte ouest de l'île du Sud.

32 Voir supra introduction A.

33 Sur les phénomènes migratoires des maoris, voir notamment RC Barstow, *The Maori Canoe*, Trans NZ InstVol II, 1879; E Best *The Maori* (2 volumes), 1924, Harry H Tombs, Wellington, T. Donne,

Aux environs de l'an 1200, les premiers explorateurs maoris avaient déjà localisé les principaux gisements de jade dont ils se servaient principalement pour fabriquer des herminettes.³⁴

Dans la période qui a suivi (du XIIe au XIVe siècle) marquée par un important accroissement de la population et une utilisation plus intensive des ressources naturelles, "pounamu" fut de plus en plus utilisée pour fabriquer outils et parures.

Des techniques plus sophistiquées de taille et de polissage,³⁵ ont alors été mises au point, permettant aux plus habiles des artisans de façonner ce qui déjà étaient de véritables bijoux.³⁶

A l'apogée de la culture maori (entre le XVIe et le XIXe siècle)³⁷ la jade, même en tant que matière première, était devenue tout autant un symbole de pouvoir que le principal médium d'échanges entre les différents clans maoris.³⁸

Ce commerce extrêmement florissant, s'étendait de l'île du Sud à l'île du Nord, ou armes, parures, outils en "pounamu" étaient échangés contre de la nourriture, voire contre des pirogues.

Si les quelques villages³⁹ situés près des sources d'approvisionnement et qui s'étaient spécialisés dans le travail de la jade, contribuèrent largement au prestige et à la richesse des clans qui les contrôlaient,⁴⁰ ils attirèrent aussi la convoitise des autres clans moins bien lotis engendrant une source de conflits entre eux.⁴¹

The Maori, Past and Present, 1927, Seeley Service, London ; Douglas G.Sutton (ed), The origins of the first New Zealanders, Auckland University Press 1994.

34 J Rutland, *Did The Maoris Discover Greenstone in New Zealand*, Trans NZ Inst Vol 30, Wellington, 1897. R Neich, *Pounamu: Maori Jade of New Zealand*, p6-7; D Batchman, 1997.

35 Notamment en raison du passage des formes angulaires et rustiques aux formes arrondies et plus travaillées.

36 A Hamilton, *Maori Art*, NZ Institute Wellington, 1896. H.D Skinner *Maori Amulets in Stone, Bone and Shell*, J Pol Soc Vol 41, n 3, Vol 42, n 1&4 Wellington 1923-33.

37 Dite la "période classique"maori.

38 R Neich, opcit p7. GL Pearce, *Story of New Zealand Jade*, 1971, Collins & Bros Ltd, Auckland.

39 Le village de Taramakau par exemple ou celui qui était situé à Murdering Beach (à l'entrée du port d'Otago) et qui fut entièrement détruit par les européens en 1817. R Neich, op cit p8.

40 Notamment les clans *Ngati Mamoe* et *Ngati Tahu*. R Neich, op cit p8; Murdoch Riley *Jade Treasures of the Maori*, op cit p 45 et s.

41 Brailsford, op cit p 30.

C'est toutefois l'arrivée des européens (les "*pakeha*"), qui devait précipiter la disparition quasi totale de la population maori dans toute l'île du Sud.

Les maoris devaient effet, rapidement constater que le pouvoir d'invincibilité traditionnellement attaché aux armes en "*pounamu*" relevait du pur mythe et n'étaient pas réellement en mesure de s'opposer efficacement à l'acier des haches des nouveaux arrivants blancs et encore moins à leur mousquets.

Passée une courte période d'ajustement et le pragmatisme prévalant, les quelques clans maoris qui avaient pu se procurer des armes à feu, entreprirent une série de raids successifs et de plus en plus intensifs sur les différents centres de production et de transformation de la jade, au point que pratiquement toute l'île du Sud devait être dépeuplée, permettant ainsi aux colons blancs de s'installer.⁴²

II LA PERTE DU CONTRÔLE DES GISEMENTS DE JADE PAR LES MAORIS, ABOUTISSEMENT DE LA MISE EN ŒUVRE D'UNE LOGIQUE COLONISATRICE PARTICULIÈRE À LA NOUVELLE ZÉLANDE

Si les colons britanniques furent les premiers bénéficiaires des luttes entre clans, la prise de contrôle des gisements de ressources minérales (y compris de néphrite), s'est surtout opérée à la faveur d'un mouvement tendant à occulter et nier l'existence des droits coutumiers maoris⁴³ et ce quand bien même cela devait entraîner un bouleversement des fondements traditionnels du droit de propriété tel qu'il est conçu dans la common law (A).

De surcroît, cette tendance s'est vue renforcée par l'ensemble de la législation minière néo-zélandaise qui jusqu'à un passé récent, ne laissa que très peu de place à la prise en compte des droits coutumiers (B).

C'est donc dans un contexte à la légalité plus apparente que réelle, que la Couronne britannique par le truchement de 10 transactions successives, devait entre 1844 et 1864, acquérir de la quasi totalité de terres du clan "*Ngai Tahu*" sur lesquelles est située la majorité des gisements de "*pounamu*", soit environ 15 millions d'hectares, moyennant un prix total et dérisoire de 14.750 Livres Sterling.⁴⁴

42 Sans avoir à s'exposer à la résistance et à l'hostilité des maoris qu'ils avaient du combattre lorsqu'ils s'installèrent dans l'île du Nord.

43 Sur ce processus en général voir R Lafargue, *Le Traité de Waitangi: Le symbole et le droit de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation*, RJPIC, 1999, n 2, p 218. A titre de comparaison sur le rôle du Code Civil "puissant instrument d'uniformisation juridique" dans le processus de colonisation, voir Norbert Roulland, *L'Etat Français et le Pluralisme*, Ed O Jacob 1995, 332-333.

44 Les terrains étaient principalement situés dans les régions d'Arahura, de Murihiku et représentaient une partie des propriétés "*Kemp*", telles qu'énumérés dans "*the Waitangi Tribunal*

A La mise en œuvre du processus de négation des droits coutumiers maoris sur les gisements de jade

Les 9 et 10 juin 1840, la plupart des chefs maoris dont le représentant du clan (groupe) "Ngai Tahu", signaient le Traité de Waitangi⁴⁵ qui était rédigé à la fois en langue anglaise et maori.⁴⁶

Si l'on se contente de la simple lecture de la version anglaise, un observateur non averti, serait sans doute, tenté de conclure que ce document représente l'expression d'une répartition équitable des droits et prérogatives de chacune des parties signataires.

Il pourrait croire, que les dispositions de l'article I du Traité poseraient ainsi le principe de la cession sans réserve, par les maoris, de leurs droits de souveraineté au profit de la Couronne d'Angleterre laquelle en retour par l'article II, leur confirmait et leur garantissait "la possession pleine, exclusive et paisible de leurs terres, biens, forêts, zones de pêches et autres droits" aussi longtemps qu'ils le souhaiteront.⁴⁷

Mais si ce même lecteur, veut bien procéder maintenant à l'étude de ce texte à la lumière de la version en maori, une réalité bien différente se révélera alors à lui. Il constatera des décalages qui lui dévoileront sans réelle équivoque,⁴⁸ les buts réels poursuivis par le colonisateur britannique.⁴⁹

De surcroît et plus fondamental quant aux conséquences qui s'y attachent, l'évolution qui d'une manière générale, suivra la signature du Traité, "consistera cumulativement à rejeter l'application des principes de la common law et à déclarer les dispositions du Traité inopposables dans l'ordre juridique interne".⁵⁰

Ngai Tahu Report – Wai 27 (Brooker & Friend Ltd, Wellington, 1991). Sur le Tribunal de Waitangi et son rôle voir infra III, A, 1.

45 "Te Tiriti O Waitangi".

46 Signé entre le Capitaine Hobson et les principaux chefs Maoris et souvent présenté "comme le document le plus important dans l'histoire néo-zélandaise", P Cooke, *Introduction, Special Waitangi Issue* (1990) 14 NZULR 1. Sur le Traité de Waitangi, voir également R Lafargue, opcit, p 215.

47 Voir les textes en anglais des articles I et II du Traité de Waitangi.

48 Sur le processus de colonisation voir notamment A. Frame, *Colonising Attitudes Towards Maori Customs*, NZLJ 17 March 1981.

49 Hinde, McMorland & Sim, *Introduction to Land Law* (2nd Ed) 1986, Butterworths, Wellington, p 13.

50 R Lafargue, op cit, p 219. Sur un parallèle avec l'évolution qu'a connu le Royaume de Tahiti et Dépendances en matière de reconnaissance des droits de propriété des habitants de ces îles et du respect de leurs droits fonciers, tant après la signature de la convention de Protectorat du 9 septembre 1842 que de la ratification du 30 décembre 1880 de la sollicitation d'annexion au profit

1. L'interprétation jurisprudentielle restrictive des obligations nées du Traité de Waitangi faite par les tribunaux néo-zélandais

Bien que la controverse théorique ne soit pas encore réglée de manière définitive,⁵¹ la majorité des auteurs considèrent néanmoins que par la signature du Traité, la Nouvelle Zélande se rangeait alors dans la catégorie des colonies où devaient s'appliquer dans toute leur plénitude les principes fondamentaux de la common law⁵².

Ainsi et pour ne s'en tenir qu'au seul domaine de la propriété foncière, la principale conséquence de la signature du Traité, fut certes de conférer à la Couronne, la qualité de propriétaire originaire de l'ensemble du territoire de la Nouvelle Zélande,⁵³ mais aussi de consacrer les titres indigènes antérieurs.

En effet, si la common law a toujours été très protectrice de la propriété privée⁵⁴ voire de l'ensemble des droits de propriété en général,⁵⁵ elle reconnaissait également aux titres fonciers coutumiers maoris, une valeur au moins égale à celle des titres fonciers décernés par la Couronne,⁵⁶ principe au demeurant contenu dans les termes même de l'article II du Traité.

Et c'est donc en toute logique, que les premières décennies qui suivirent la signature du Traité furent marquées par le respect des engagements pris en 1840,⁵⁷ permettant aux

de la France, voir Y-L Sage, *Les institutions judiciaires à Tahiti et Dépendances de la période du Protectorat à 1945*, Revue Juridique Polynésienne, 1997, vol 3. P29.

51 Roberts-Wray, *Commonwealth and Colonial Law* (1966) p629-632. Hookey, *Millirpum and the Maoris: The significance of the Maori Land Cases outside New Zealand* (1973) 3 Otago Law Review p 63.

52 P M McHugh, *The Legal Basis for Maori Claims Against the Crown*, 18 VUWLR 1; G.Nettheim, *Developing Aboriginal Rights* (1989) VUWLR 413.

53 Principe posé par la décision *Re Symonds* (1847) NZPCC 387.

54 Sur ce point, voir Walker *Oxford Companion to Law* (Clarendon Press, Oxford, 1980) 971; K McNeil *Common Law Aboriginal Title* (Clarendon, Oxford, Date) 6.

55 Ce principe repose sur l'adage romain «*cujus est solum ejus est usque ad coelum et ad infernos*» (celui qui est réputé propriétaire du sol, l'est aussi du sous-sol (jusqu'au centre de la terre) et de ce qui est situé au dessus (jusqu'au ciel). Sur ce principe et sa mise en œuvre voir *Corbett v Hill* (1870) LR 9 Eq 671 at 673; *Commissioner for Railways v Valuer-General* [1974] AC 328, 351-352. Cependant, au cours du XX ieme siècle la tendance a été de nationaliser (ou plutôt de procéder à des expropriations) les gisements de gaz naturel, d'or, d'argent ou d'uranium, voir notamment le Crown Mineral Act 1991, section 10.

56 Voir notamment *Re Symonds*, prec. et *Re the London and Withaker Claims Act 1871*(1892) 2 NZCA 41.

57 Renforcés par application de la doctrine dite de la reconnaissance des droits coutumiers aborigènes (*Doctrine of aboriginal titles*), utilisée dans l'affaire *Re Symonds*. Sur la "*doctrine of aboriginal titles*", voir notamment PM McHugh, *Aboriginal Rights and Sovereignty: Commonwealth*

propriétaires fonciers, qu'ils aient été maoris ou anglais, de prétendre à la propriété de tous les minéraux⁵⁸ qui se trouvaient dans le sous-sol⁵⁹ exception faite de l'or et de l'argent qui revenaient de droit à la Couronne.⁶⁰

Toutefois un changement radical devait intervenir en 1877, après que fut jugée l'affaire *Wi Parata v Bishop of Wellington*.⁶¹

Cet arrêt rendu par la plus haute juridiction néo-zélandaise, devait à la faveur d'un raisonnement juridique quelque peu hardi,⁶² bouleverser tout l'édifice jurisprudentiel classique antérieur, en posant pour la première fois, le principe qui, allait non seulement considérablement limiter la recevabilité des revendications maoris mais aussi singulièrement réduire la valeur juridique des titres coutumiers.⁶³

Considérant que les maoris n'avaient pas pu valablement céder une souveraineté dont ils n'auraient pas été titulaires au regard du droit international public, la "Court of Appeal" néo-zélandaise en déduisit alors que le Traité n'avait aucun fondement légal⁶⁴ et partant ne pouvait ni lier la Couronne et encore moins impliquer une quelconque reconnaissance des droits coutumiers maoris.⁶⁵

Developments (1986) NZLJ 57 et *Wallis v Solicitor-General* (1903) NZPCC 23, 34; *Teween v Regional Fisheries Officer* [1986] 1 NZLR 680.

- 58 L'expression «ressources minérales» est utilisée dans l'ensemble des développements qui suivent dans un sens très général tel qu'il est compris dans la seconde section du "*Crown Minerals Act 1991* («CMA»)» qui fait référence sans pour autant que la liste soit exhaustive à l'or, l'argent, pétrole, charbon, les minéraux ferreux et non ferreux, les pierres précieuses.
- 59 *Mitchell v Mosley* [1914] 1 Ch 438, 450. Il faut souligner que cette règle ne s'applique pas lorsque les droits miniers ont été transférés à la Couronne après transfert immobilier ou un texte législatif particulier. Il convient donc de s'en assurer à chaque fois en prenant soin de vérifier la chaîne des titres de propriétés, ainsi que les textes de lois applicable à une période déterminée sur une terre particulière, ainsi que la position du législateur sur le terrain particulier au moment où la terre avait été cédée pour savoir si le droit de propriété des ressources minérales (ou de l'une d'entre elles) restaient dévolues à la Couronne.
- 60 *Case of Mines* (1567) 75 ER 472; *Attorney-General v Morgan* [1891] 1 Ch 432, 455.
- 61 (1877) 3 NZ Jur (NS)SC 72.
- 62 Car fondé sur des critères d'appréciation qui n'avaient aucun fondement dans la conception du droit que pouvaient se faire les maoris au moment de la signature du Traité.
- 63 K Keith, *Treaty of Waitangi in the Courts*, Special Waitangi issues (1999) NZULR 9.
- 64 "A simple nullity"
- 65 Cette approche fut reprise et consacrée par les dispositions du "*Native Rights Act 1901*" dans sa section 84 devait préciser que les droits coutumiers maoris n'étaient pas opposables à la Couronne, disposition reprise dans son intégralité dans la section 155 du "*Maori Affairs Act 1953*". Bien que cette disposition ait été abrogée par le "*Maori Land Act 1993*", les influences néfastes des

A partir de cette décision et pendant plus d'un siècle, et en dépit de l'intervention répétée du "Privy Council",⁶⁶ le Traité de Waitangi fut alors ramené par les autorités néo-zélandaises au rang d'une simple déclaration de bonnes intentions de leur part sans réelle portée juridique.⁶⁷

A cette interprétation restrictive du Traité donnée par les juridictions néo-zélandaises s'ajoutent également les décalages terminologiques dans chacune des deux versions du Traité lesquels amplifieront encore le déséquilibre au détriment des maoris.⁶⁸

2. De la difficile réconciliation des deux versions du Traité de Waitangi

Il suffit en effet, de comparer ces deux documents, pour rapidement prendre conscience que ce que l'on croyait être la simple mise en forme d'une répartition équilibrée des droits et obligations entre chaque signataire, n'est qu'apparence.

Dans leur domaine de recherches respectif, la comparaison de ces textes reste pour le linguiste et le juriste, une source de décalages et d'incertitudes qu'il est souvent difficile voire impossible de réconcilier.⁶⁹

décisions et dispositions législatives devaient continuer à se faire sentir pendant longtemps. En effet pour prémunir le Parlement et le gouvernement néo-zélandais d'actions en justice éventuelles pour le non respect des droits coutumiers maoris, on modifia le "Limitation Act 1950", pour instaurer une prescription courte de 12 années, à compter de la date de la violation invoquer. Quant on sait que la plupart des contestations foncières remontent à une période qui s'échelonne de 1840 à 1900, les risques encourus se trouvaient alors réduits de façon significative.

- 66 Notamment dans l'affaire *Wallis v Solicitor General* (1903) AC 173. Ce rappel à l'ordre n'eut en fait pour unique conséquence que de renforcer la détermination des juridictions et des parlementaires néo-zélandais de ne pas obtempérer à ce qu'ils considéraient comme un empiètement intolérable de l'Angleterre.
- 67 Bien qu'une décision isolée ait dès 1901, reconnu la validité des titres fonciers coutumiers (*Nirehua Tamaki v Baker* (1901) NZPCC 371) sa portée fut immédiatement anéantie par une loi prise par le Parlement néo-zélandais et il fallu réellement attendre 1986 lorsque la *Court of Appeal* dans l'affaire *Te Weehi v Regional Fisheries Officer* (1986) NZLJ 680. pour que la primauté des principes dégagés par la common law soit enfin reconnue et que soit ainsi consacrée la validité des titres coutumiers.
- 68 En l'état de la jurisprudence dominante, les tribunaux néo-zélandais, tout en reconnaissant au Traité de Waitangi valeur de véritable traité de cession, il lui nie toute portée en cette qualité au sein du droit interne néo-zélandais dès lors qu'il a été intégré dans le droit positif de ce pays par le truchement d'une loi. *Te Heu Heu Tukiro v Aottea District Maori Land Board* [1941] NZLR 590, [1941] AC 308; *New Zealand Maori Council v Attorney General* [1987] 1 NZLR 641.
- 69 On a souvent reproché aux rédacteurs du Traité (Hobson et Busby pour le texte en anglais) d'avoir agit dans la précipitation et surtout d'avoir choisi pour la version en maori, un traducteur peu au fait des subtilités de langue maori (le Pasteur Williams). Voir sur ce sujet, R. Ross, *Te Tiriti o Waitangi, Texts and Translations*, dans *New Zealand Journal of History*, Vol 6 (1972) pp 129-167 ; Bruce Biggs, *Humpty-Dumpty and the Treaty of Waitangi*, in I. H. Kawhara (ed), *Waitangi : Maori and Pakeha perspectives*, Oxford Un. Press, Auckland.

Ce que l'on a parfois voulu présenter comme de simples malentendus ou le malencontreux résultat d'à peu près linguistiques, sont en réalité les révélateurs de conceptions divergentes qui portent témoignage de la difficile conciliation de la logique coloniale du XIXe siècle et de la reconnaissance des droits coutumiers des maoris.⁷⁰

Les deux premiers articles du Traité⁷¹ sont à cet égard particulièrement significatifs.

Dans l'article I, le constat est d'évidence: le texte maori est en contradiction flagrante avec la version anglaise.

En effet, s'il ne fait aucun doute que les britanniques concevaient le Traité, comme un acte de cession,⁷² entraînant un transfert de souveraineté à leur profit,⁷³ on constate à l'inverse que les maoris n'y voyaient que l'affirmation de la reconnaissance de leur souveraineté préservée et protégée par les britanniques.⁷⁴

A l'appui de leur thèse, les maoris font valoir que le terme "*kawanatanga*" utilisé dans le texte de l'article I du Traité et pris dans son sens littéral, ne recouvre pas du tout la notion de souveraineté mais fait simplement référence à celle de "gouvernement" laquelle n'implique, stricto sensu, ni un abandon total de leurs droits ni un transfert de pouvoirs, conditions nécessaires pour justifier d'un véritable transfert de souveraineté.

Ils ajoutent, que c'est en toute connaissance de cause que les traducteurs anglais ont privilégié dans l'article I, l'utilisation du mot "*kawanatanga*",⁷⁵ alors qu'en fait, il eut mieux valu avoir recours à l'expression "*te tino rangatiratanga*", signifiant "l'exercice sans limitation des droits réservés aux chefs sur leurs terres, villages et toutes les choses et biens

70 C. Orange, *The Treaty of Waitangi*, 1er ed, Allen & Unwin 1987.

71 Qui en comporte trois en tout et pour tout. L'article III ne présente pas les mêmes difficultés, car il confère aux maoris les mêmes droits et privilèges que ceux dont jouissent les sujets britanniques, les uns et les autres étant reconnus égaux devant la loi.

72 Equivalent à un Traité d'annexion, comme celui qui devait intervenir en 1880 entre la France et le Royaume de Tahiti, sur ce sujet voir; Y-L Sage, op cit.

73 PA Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand* (Law Book Company, 1993, p 41.

74 Sur ces notions, voir par exemple FM Brookfeild, *Sovereignty, the Treaty, the Courts and the Tribunal* [1989] NZ Recent LR 292.

75 Ou "*Kawana tanga*", la prononciation vient du mot anglais "*gouvernor*" auquel on a simplement rajouté "*tanga*". Le Pasteur Williams chargée de la traduction (voir note 69 supra) a simplement repris la terminologie déjà utilisée dans le Nouveau Testament traduit en maori pour décrire Ponce Pilate.

qui leur sont précieux",⁷⁶ reprise dans l'article II et qui elle seule conviendrait pour définir le concept de souveraineté en maori.⁷⁷

La seconde partie de l'article II du Traité, tendant à organiser la répartition et le transfert des droits fonciers, soulève elle aussi des difficultés d'interprétation.

Les auteurs s'accordent sur les intentions des signataires britanniques qui souhaitaient avoir un droit de regard sur les transferts des terrains appartenant aux maoris et ce fut, à n'en pas douter, un des éléments déterminant pour les anglais pour accepter la signature du Traité.⁷⁸

Ainsi, on constate que dans sa version anglaise, le texte du Traité avait pour objectif affirmé d'instaurer au bénéfice de la Couronne un droit exclusif de préemption sur les terres maoris qui viendraient à être cédées.⁷⁹

Or le concept juridique du droit de préemption, tout comme sa mise en œuvre, correspondent à des définitions précises qui sont non seulement l'aboutissement d'une logique juridique particulière, bien évidemment inconnue des maoris mais aussi une forme d'atteinte à la notion de libre disposition des biens à laquelle ces derniers n'avaient pas consenti.

Il suffit pour s'en convaincre de simplement traduire le mot "*Hokonga*" signifiant "acheter ou vendre" qui a été retenu dans la version maori pour constater que là encore, la traduction retenue par les anglais, n'exprime absolument pas de manière satisfaisante toutes les subtilités et la rigueur de la technique de la mise en œuvre du droit de préemption telle qu'elle est conçue dans la common law.

76 Apparaît ici le concept de "*taonga*". Souvent associé au principe dit de "*Kaitiakitanga taonga*" peut se traduire par "propriété" ou par "toutes choses de valeur" et enfin par "la propriété d'un bien investie d'un pouvoir particulier". Sur ces différents sens et leur implication dans le droit positif néo-zélandais, voir notamment A. Angelo, *Personality and Legal Culture*, RJP Vol 2 1996, p 395 et (1996) 26 VUWLR p 395. H Mead *The Nature of Taonga*, (1990), Taonga Maori Conference Proceedings Waitangi Tribunal Mohaka River Report (Brooker & Friends Ltd, Wellington 1992).

77 Pour une traduction (idiomatique) en langue anglaise du Traité, voir celle du Professor Sir Hugh Kawaharu, *New Zealand Maori Council v A-G* [1987] 1 NZLR 641, p 663.

78 FM Brookfield, *The Treaty, The 1840 Revolution and Responsible Government*, (1992) 5 Canterbury L.R 59.

79 Le Parlement néo-zélandais devait néanmoins renoncer à ce droit de préemption par le *Native Lands Act 1862* ; sur ce sujet voir R P Boast, A Eruiti, D McPhail, N F Smith, *Maori Land Law*, Butterworths, Wellington, 1994, p 92-93.

B Le droit minier néo-zélandais, contrainte supplémentaire empêchant la reconnaissance des droits coutumiers sur les gisements de jade

Au 19^{ème} siècle, le développement économique de la Nouvelle Zélande dépendait surtout sur la transformation des ressources naturelles (terre, forêts, mais aussi les minéraux) nécessaires pour soutenir l'expansion rapide de l'économie britannique⁸⁰ et la plupart des législations minières, y compris celle en vigueur en Nouvelle Zélande, s'inspiraient largement des principes posés par Benthamite qui considérait que "la main invisible de la providence alliée à la recherche ininterrompue du profit à titre privé devait assurer prospérité et progrès à toute la communauté".⁸¹

De plus, durant toute cette période, le parlement néo-zélandais, s'est toujours efforcé de faciliter les opérations de développements industriels des entreprises d'extraction minière, en autorisant voire en encourageant, les expropriations.⁸²

Mais après une première et brève période de libéralisme effréné, la Couronne plutôt que de laisser le soin aux entreprises privées de s'auto-contrôler, commença à progressivement étendre son emprise dans ce domaine économique.

Son implication fut telle que non seulement, elle décida seule de l'attribution des licences d'extraction, y compris pour les gisements de "*pounamu*", mais imposera aussi la mise en place de réserves foncières sur lesquelles l'exploitation des ressources minérales était strictement limitée voire interdite.⁸³

Ce mouvement qui a continué jusqu'au début des années 1990, s'est amorcé avec le "*Gold Fields Act 1858*",⁸⁴ dans lequel le Parlement, posait les fondements de sa politique en matière d'exploitation minière,⁸⁵ lesquels allaient affecter tous les secteurs du droit foncier

80 Voir T Hearn, *Mining and Land: A Conflict over use 1858-1953*, [1983] NZLJ 235.

81 Ibidem.

82 ibidem.

83 Voir P Ackroyd, *Mining Legislation and the Reservation of Mineral Resources in New Zealand*, [1988] NZLJ 41.

84 "*The Gold Fields Act 1858*" comprenait une disposition particulière pour la mise en recouvrement d'une taxe particulière à l'importation. La prééminence accordée à l'exploitation de l'or ainsi qu'à toutes les autres activités d'extraction reflétait la part importante des revenus tirés par le gouvernement néo-zélandais. Voir J Salmon *A History of Goldmining in New Zealand* (1963) 38.

85 Les objectifs affichés des premiers "*Mining Acts*" et des amendements successifs dont ils ont fait l'objet étaient semblables à ceux qui prévalaient en matière de législation foncière. L'entreprise privée était reconnue et encouragée par rapport à d'autres objectifs et n'avait que très peu si ce n'est rien à faire avec le reste des ressources naturelles. Cependant la protection conférée à la propriété privée fut finalement contrainte de céder la place à ce qui était perçu comme des objectifs contradictoires, la conservation des ressources et l'écologie qui devaient rester sous le

⁸⁶ et plus la société et les techniques gagnaient en complexité, plus la Couronne accentuait son contrôle sur l'ensemble des activités minières,⁸⁷ malgré quelques assouplissements avec la promulgation en 1991 du "Crown Mineral Act (CMA)" et du "*Ressource Management Act 1991 (RMA)*".

Un certain nombre de commentateurs,⁸⁸ ont fait valoir que ce contrôle opéré par la Couronne était non seulement justifiable d'un point de vue économique (en transférant des revenus par le biais des droits et impôts collectés) mais aussi parce qu'il établissait un cadre légal pour la constitution de réserves foncières, posant ainsi les prémices de notions d'écologie⁸⁹ et de conservation du patrimoine.⁹⁰

Il n'en demeure pas moins vrai que cette attitude des autorités néo-zélandaises représentait aussi un sérieux frein pour la reconnaissance des droits fonciers maoris qui voyaient ainsi leur échapper la possibilité de contrôler l'usage des ressources minérales sur leur terres ancestrales.

III LA RENAISSANCE DES DROITS COUTUMIERS MAORIS SUR LES GISEMENTS DE JADE

Tout aussi critiquable en droit qu'en équité, la position rigide du gouvernement néo-zélandais qui s'opposait systématiquement aux demandes des maoris, eu pour principale conséquence de radicaliser les rapports entre les deux communautés tout en renforçant l'émergence d'un mouvement nationaliste maori.

contrôle de la Couronne. Voir T Hearn, supra n 7, 236-237, pour des développements sur la manière dont le Parlement et la Couronne furent finalement contraints de prendre en compte les conséquences des extractions minières qui s'étaient étalées sur des décennies et sur l'érosion des sols qui en avait résultée.

86 La section 121 du "*Land Act 1892*" indiquait que lorsque des ressources minérales ou des pierres précieuses étaient découvertes sur des terres contiguës à celles appartenant à la Couronne, le gouvernement pouvait opérer un droit de préemption sur ces terrains et les louer en interdisant le cas échéant toutes extractions. Le "*Land Act 1924*" complété par le "*Land Act 1948*" allèrent même plus loin en attribuant à la Couronne tous les droits sur les minéraux sur tous les transactions immobilières intéressant n'importe quel terrain situé dans une zone à vocation minière, voir "*Land Act 1924*", ss135, 153, 315.

87 Voir notamment le "*Petroleum Act 1937*", le "*Mining Act 1971*", ou encore le "*Coal Mines Act 1979*".

88 Voir B Barton, *Private Mineral Title: Necessary Reservations about Vesting Minerals in Surface Owners*, [1989] NZLJ 100, 103. Une partie de la doctrine considère à l'inverse de Barton que la mainmise opérée par la Couronne est une atteinte au droit de propriété privée. voir notamment supra n 9.

89 G Brundtland *Our Common Future: the Report of the World Commission on Environment and Development* (Geneva, 1987).

90 R Somerville, *An Analysis of New Zealand's New Mining Law: The Crown Minerals Act 1991*, in XXX (ed) *Resource Management* (Brookers, Wellington, 1991) para 2.01, B-3.

Parallèlement, vers la fin des années 60, la population néo-zélandaise mieux informée, était devenue dans sa majorité, plus consciente du sort sommes toutes, peu glorieux qui avait été réservé aux maoris au nom d'une réalité coloniale qui n'avait objectivement plus aucune raison de perdurer.

Les gouvernements néo-zélandais ne pouvaient donc plus longtemps éluder la question maori.

Toutefois, ce n'est en fait qu'à partir de 1975, que fut posé le premier véritable jalon d'un processus de reconquête des droits coutumier maori (A) qui devait aboutir en 1997 à la restitution de la quasi totalité des gisements de "pounamu" au "Iwi" (clan, groupe) "Ngai Tahu" (B).

A *La mise en œuvre du processus de reconquête*

Elle a été rendue possible par la conjonction de trois facteurs, qui bien que d'importance inégale ont joué un rôle complémentaire dans cette évolution.

1 *Le rôle du Tribunal de Waitangi*

Le changement de mentalités vis-à-vis des droit coutumiers s'est tout d'abord opéré par le "Treaty of Waitangi Act 1975", qui devait mettre en place une institution spécialisée, le tribunal de Waitangi.

Son rôle est d'apprécier le bien-fondé des revendications coutumières maoris présentées à l'encontre de la Couronne dès lors que les activités de cette dernière apparaissent contraires aux engagements pris en 1840 dans le Traité de Waitangi.⁹¹

En pratique, c'est principalement grâce à une approche pragmatique, que le Tribunal a réussi à redéfinir non seulement les principes dégagés par le Traité⁹² mais aussi à délimiter leur champs d'application.

Parfois présenté comme une mesure d'apaisement voire un expédient, ce tribunal bien que doté d'un simple pouvoir de recommandations auxquels la Couronne n'était pas obligé de se conformer, a au fil du temps, par le biais de ses recommandations successives faites au gouvernement, finit par remplir un rôle fondamental dans la recomposition du paysage social, juridique et politique de la société néo-zélandaise⁹³ au point de devenir la

91 Depuis 1985, les compétences du Tribunal de Waitangi lui permettent de prendre en considération les demandes qui portent sur une période pouvant remonter jusqu'au 6 février 1840.

92 S. Kenderdine, *Legal Implications of Treaty Jurisprudence*, (1989) VUWLR 347, 351-360.

93 Durie & Orr, *The Role of the Waitangi Tribunal and The Development of a Bicultural Jurisprudence*, NZULR, June 1990, Vol14.

"conscience de la nation",⁹⁴ de telle sorte que dans ce contexte les revendications des maoris soumises au tribunal de Waitangi dépassent maintenant le cadre étroit de la seule reconnaissance de l'existence de droits coutumiers, elles impliquent souvent une refonte du droit positif.

2 *L'intégration dans le droit positif néo-zélandais des principes posés par le Traité de Waitangi*

Quand on se souvient de l'attitude conservatrice des juridictions néo-zélandaises telle qu'elle a prévalu à partir de la fin de la dernière moitié XIXe siècle,⁹⁵ on mesurera combien la remise en question de la jurisprudence antérieure en matière de reconnaissance de droits indigènes, entreprise dans les années 80, peut apparaître radicale.

Sous l'influence des avis et suggestions du Tribunal de Waitangi, en privilégiant l'esprit du Traité plutôt que sa lettre,⁹⁶ c'est à une complète redéfinition juridique de la portée et des effets du Traité,⁹⁷ que se sont attelés la "Court of Appeal" et le législateur néo-zélandais.⁹⁸

Ainsi, l'analyse préconisée par le Tribunal de Waitangi, suggérant quelle place et quelle valeur il convenait de reconnaître au Traité de Waitangi dans la hiérarchie des normes juridiques néo-zélandaises, a été reprise dans son intégralité par la "Court of Appeal" dans l'affaire *New Zealand Maori Council v Attorney General (The Maori Council Case 1987)*.⁹⁹

C'est toujours sous l'influence du Tribunal de Waitangi, que la plus haute juridiction néo-zélandaise a eu l'occasion de préciser dans l'affaire "*Te Runanganui o Te Ika Whenua Inc Society v Attorney-General*"¹⁰⁰ que le Traité avait pour principale mission de protéger les droits coutumiers tels qu'ils étaient reconnus par la doctrine dite du "*aboriginal title*".¹⁰¹

94 P B Temm, *The Waitangi Tribunal: The conscience of The Nation*, Auckland 1990.

95 Voir supra II, A, 1.

96 *New Zealand Maori Council v A-G* [1987] 2 NZLR 641.

97 Un auteur a pu écrire que le Traité avait été "réinventé" (R Lafargue, op citp 226). Cette approche est toutefois un peu excessive puisque si les tribunaux néo-zélandais ont fini par respecter les intentions véritables de rédacteurs maoris, ils l'ont fait d'autant plus aisément qu'il s'agissait ici de revenir à une conception plus orthodoxe de la common law. en matière de reconnaissance de droits indigènes.

98 Voir par exemple le "*Maori Language Act 1987*" et le "*Waikato Raupatu Claims Settlement Act 1995*".

99 *New Zealand Maori Council v A-G*, précité

100 [1994] 2 NZLR 20, 24

101 Voir supra II, A, 1 et note 57.

3 *L'émergence d'une conscience écologique*

Enfin, vers la fin des années 1980, le gouvernement néo-zélandais devait prendre en compte, l'ensemble des problèmes qui s'attachaient aux exploitations minières en général.

L'état des lieux qui avait été dressé en liminaire du projet de loi du Ressources Management Act, reflétait non seulement une prise de conscience plus accrue de la population sur les questions d'environnement, mais servait de prétexte pour souligner l'absence de reconnaissance des droits des propriétaires y compris coutumiers¹⁰², ce qui apparaissait comme un frein à la mise en œuvre de la notion de développement durable qui doit intégrer non seulement la conservation des ressources naturelles mais aussi une collaboration étroite des propriétaires de ces ressources.¹⁰³

B La reconnaissance des droits coutumiers sur les gisements de "pounamu"

Dans la mesure où ces transferts de propriétés avaient organisé une spoliation pure et simple des terres du clan "*Ngai Tahu*", il n'est donc guère surprenant que dès la fin des années 1840, que quelques uns des représentants de ce clan contestèrent la validité des transactions intervenues devant les juridictions néo-zélandaises.¹⁰⁴

Ils furent toutefois systématiquement déboutés de la majeure partie leurs demandes ou dans le meilleur des cas, furent contraints de signer des accords avec le gouvernement néo-zélandais, sans que toutefois aucun d'entre eux n'aient jamais été précédés de consultation préalable avec les membres du clan.¹⁰⁵

En fait, il fallu attendre le 26 août 1986, pour que les représentants du clan "*Ngai Tahu*",¹⁰⁶ ayant saisi le Tribunal de Waitangi, puissent enfin voir aboutir leurs demandes et c'est à l'examen rétroactif des conditions dans lesquelles les cessions de leurs terres coutumières étaient intervenues que cette juridiction allait s'atteler.

En effet l'objectif poursuivi était de faire admettre que les droits de propriété ancestraux du clan "*Ngai Tahu*", sur les gisements de "*pounamu*", avaient été purement et simplement écartés par la Couronne, en violation des dispositions de l'article II du Traité

102 "*Resource Management Bill*" 224-1.

103 "*Sustainable management*".

104 Les premières réclamations ont été initiées par *Matiaha Tiramorehu*, *Hori KereiTaiaroa*, *Tiemi Hipi*, *Tipeme O'Regan*, et *Hanare Rakihia Tau*.

105 "*Ngaitahu Claim Settlement Act 1944*".

106 La requête fut déposée par *Henare Rakihia Tau* et le *Ngai Tahu Maori Trust Board* représentant le *Ngai Tahu iwi*.

par lesquelles la Reine Victoria s'engageait en 1840, à protéger les droits de propriété des maoris sur leurs terres et leurs biens.

De 1987 à 1989, auditions et enquêtes se succédèrent et à partir du 1er février 1991, les premiers rapports remis au Tribunal de Waitangi, dont le plus connu porte le nom de "*Nine Tall Trees*", devaient tous sans exception, mettre en relief les manquements des gouvernements néo-zélandais successifs.

Pour la première fois était rapportée la preuve maintenant indiscutable, que tant en droit qu'en fait, la Couronne n'avait non seulement jamais respecté aucune des obligations qui lui incombait (fussent elles simplement morales) en vertu du Traité de 1840, ni même suivi les règles d'égalité et de bonne foi les plus élémentaires qui président à tous rapports juridiques entre cocontractants.

A titre de compensation, le Tribunal de Waitangi rappelant que "*pounamu*" était un "trésor unique et irremplaçable",¹⁰⁷ invita le gouvernement néo-zélandais à considérer un certain nombre de mesures¹⁰⁸ qui toutes devaient tendre à la reconnaissance des droits coutumiers du clan "*Ngai Tahu*" sur les gisements de "*pounamu*".

La Couronne, ayant dès le 14 juin 1996,¹⁰⁹ accepté de "reconnaître les erreurs du passé" proposait, le 21 octobre 1997, "comme preuve de sa bonne foi et de sa bonne volonté", au Parlement néo-zélandais un projet de loi contenant les regrets et les excuses officielles de la Couronne envers le clan "*Ngai Tahu*".

Une fois l'aspect moral réglé, restait encore à considérer l'important volet indemnitaire.

Il présupposait que soit préalablement déterminée la liste des terres spoliées, la nature et l'étendue des droits des revenus qui y sont attachés (y compris les droits de pêches), le tout devant faire l'objet de texte législatifs ou d'accords spécifiques.

C'est dans ce contexte que le "*Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997*",¹¹⁰ organisa alors le retour de l'ensemble des droits que détenait la Couronne (propriété et licence

107 *Waitangi Tribunal Ngai Tahu Report -Wai 27*, p 725 (Brooker & Friends Ltd, Wellington, 1991).

108 En marge des revendications foncières, le clan "*Ngai Tahu*" sollicita également la reconnaissance de leurs droits de pêche ("*Sea Fisheries Claim*") qui devait donner lieu à la signature d'un accord spécifique, le 23 septembre 1992.

109 En fait, sans attendre les conclusions du Tribunal de Waitangi, dès septembre 1991, le gouvernement néo-zélandais et les représentants du clan étaient déjà entrés en négociations. Le 14 juin 1996, les représentants du clan "*Ngai Tahu*" et le gouvernement néo-zélandais avaient déjà posés par la signature du "*Deed of 'On Account' Settlement*", les prémices de l'accord final. Voir *Report from the Maori Affairs Committee on Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Bill 1996*, ii.

110 NZ Statute 1997 n 81 (vol 2). Sur les droits de pêches voir note supra 108.

d'extractions¹¹¹) sur l'ensemble des gisements de "pounamu" situés sur les terres du clan "Ngai Tahu" remettant ainsi les choses en l'état où elles se trouvaient avant 1840. Le texte de 1997 ne devait cependant pas affecter les droits acquis par les particuliers sur des gisements de "pounamu".

IV CONCLUSION

Relevant tout autant du domaine de la casuistique que de celui de l'étude du droit, le "Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997" est important à plus d'un titre:

Fondamentalement, tout d'abord, si ce texte porte l'indéniable témoignage du retour à une conception plus classique de la place accordée aux droits indigènes dans la common law, il est tout aussi certain que ce résultat n'a pu être obtenu qu'en raison de la prise en compte de la véritable portée de la version en maori du Traité de Waitangi.

A la rigueur de l'esprit colonisateur s'est substituée une approche plus pragmatique et conforme aux intérêts de la minorité maori et alors que l'on aurait pu craindre que la traduction quelque peu laxiste du texte du Traité de 1840 en maori, ne condamne à jamais une possible reconnaissance des droits coutumiers, cette imprécision s'est en fait révélé être un avantage indéniable permettant au Tribunal de Waitangi de réinterpréter la portée du Traité.

En effet si pendant plus de 150 ans, les droits des maoris en matière foncière, ont été élaborés sur le fondement d'une interprétation volontairement orientée des termes du Traité de Waitangi, justifiant ainsi un choix idéologique et économique pour la société néo-zélandaise, ce sont ces mêmes mots qui réinterprétés par le Tribunal de Waitangi qui en ont assuré la renaissance.

Ensuite, le "Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997" marque un bouleversement des principes antérieurs gouvernant le droit minier néo-zélandais et de la philosophie générale de l'utilisation des ressources minérales de la Nouvelle Zélande. Dans sa conception antérieure, ces revenus devaient profiter à la communauté néo-zélandaise dans son ensemble et dorénavant, seul le clan "Ngai Tahu" percevra les revenus attachés à l'exploitation du "pounamu".¹¹²

Enfin, si ce texte représente une avancée significative dans la reconnaissances des droits coutumiers maoris, il porte néanmoins en lui une contradiction.

111 En l'état actuel, il y a sept licences d'exploitations qui ont été concédées en conformité avec les dispositions du "Mining Act 1971" et conformément aux termes du CMA, ces concessions continueront jusqu'à leur expiration.

112 C'est la seule matière première minérale dont la Couronne ait en l'état du droit, accepté de transférer les droits.

En effet, admettre le caractère de trésor sacré ("*taonga*"¹¹³) de la jade, tel qu'il a été reconnu par le Tribunal de Waitangi,¹¹⁴ implique aussi que cette ressource minérale ne puisse pas être véritablement susceptible d'appropriation privée, fusse au bénéfice d'un clan maori.

Le principe de l'octroi de droits exclusifs sur les gisements de "*pounamu*" conférés au seul profit du clan "*Ngai Tahu*", s'oppose donc à celui de la nature collective d'un bien censé appartenir à toute la communauté maori, de telle sorte qu'il est à craindre qu'il puisse être remis en cause par d'autres clans.

De plus à bien y regarder, la situation actuelle n'est guère différente de celle antérieure où la Couronne était seule propriétaire,¹¹⁵ puisque seule une substitution de titulaire des droits de propriété a été opérée. On saurait même tenté de dire qu'elle a empiré puisque le fait colonial, fondement des revendications foncières du clan "*Ngai Tahu*" ayant disparu par la rétrocession du contrôle des gisements de "*pounamu*" au profit d'une seule et même entité, fusse-t-elle maori, a aussi entraîné la disparition du seul véritable élément fédérateur entre les différents clans maoris. Aujourd'hui, plus prosaïquement, ne restent en jeu, que des intérêts économiques.

Là se trouve, sans doute, la véritable limite du "*Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997*".

THE PROTECTION OF JADE (PONAMU) IN NEW ZEALAND LAW, OR AN EXAMPLE OF A SLOW AND DIFFICULT RECONCILING OF LAW AND CUSTOM

New Zealand jade ("*Pounamu*" in Maori), whose principal deposits are found in the South Island, remains in Maori tradition, not only the mark of social status, but also one of the bases of the development of land title. From 1840, the English colonisers started to deprive the Maoris of the control of the jade deposits, which were then reduced to the rank of simple commercial commodities, and stripped of their traditional symbolism. However, in the 1970s, the tendency started to be reversed and the rigour of the colonising spirit was gradually replaced by a more pragmatic approach in conformity with the interests of Maori. Thanks to a redefinition of the place of Maori within New Zealand and a

113 Sur cette notion, voir A. Angelo, op cit note supra 74. De nos jours de nombreux maori vénèrent les objets en jade qu'ils tiennent de leurs ancêtres. Les anciens casse-têtes en jade (*greenstone mere*), conservés par quelques familles (*Kaitiaki*) ont certes perdus leur utilité guerrière mais sont devenus de puissants symboles de l'unité des différents *Iwi* (clans, tribus maoris).

114 Voir supra note 107.

115 Encore une fois, ne sont concernés par le texte de 1997, que les gisements de "*pounamu*" appartenant à la Couronne, les gisements entre les mains de particuliers n'entrant pas dans le champ d'application de la loi.

reinterpretation of the provisions of the Treaty of Waitangi, customary land titles were finally recognised and accepted as part of New Zealand law. It is in this new context, within the framework of Ngai Tahu (Pounamu Vesting) Act 1997, that the New Zealand legislator organised the restitution of all jade deposits in the South Island, for the sole benefit of the Ngai Tahu, its former owners.

