

n°2

les cahiers
de la LDH-NC

Transculturalité et justice



LIGUE des DROITS de L'HOMME et du CITOYEN
NOUVELLE-CALÉDONIE

DÉCONSTRUIRE LA PENSÉE UNIVERSALISTE PAR L'APPROCHE TRANSCULTURELLE

A l'heure où l'expression « destin commun » est dans toutes les bouches, il est plus que jamais fondamental pour tous de faire un pas vers l'Autre.

Or, on peut constater que la population autochtone du territoire doit dans tous les domaines, constamment s'adapter à des modèles occidentaux qui se veulent universels.

Et c'est bien souvent l'utilisateur, le patient, l'élève ou le travailleur qui est remis en question voire taxé d'inadaptation sociale.

Réfléchissons à une façon d'instiller chez le plus grand nombre, le désir de construire des passerelles dans le respect des cultures et des codes de chacun.

Commission transculturalité 2010-2011

Objectif

Impulser chez les professionnels ou bénévoles de tous horizons l'envie d'être créatifs dans leur pratique, de l'enrichir de connaissances sur les cultures qu'ils sont amenés à rencontrer, afin de trouver un point de rencontre entre leur système d'interprétation et d'autres systèmes d'interprétation.

SOMMAIRE

TRANSCULTURALITÉ et JUSTICE

TRANSCRIPTION DE LA CONFÉRENCE-DÉBAT
DU 4 SEPTEMBRE 2010

Introduction - ouverture par Jean-Pierre Deteix

Partie 1 : **La coutume a-t-elle un avenir?**

par Régis Lafargue

Partie 2 : **Présentation des juridictions coutumières**

par Pierre Frézet

Discours de clôture par Leslie Gobbille

Leslie Gobbille et Jean-Pierre Deteix



Régis Lafargue



Pierre Frézet

Directeur de la publication Elie Poigoune
Mise en forme du texte Leslie Gobbille
Maquette Isabelle Ritzenthaler
Imprimerie Graphoprint, tirage 3000 exemplaires

INTRODUCTION

par Jean-Pierre Deteix

Discours d'ouverture

La ligue des Droits de L'Homme qui vous accueille travaille dans la continuité. C'est pourquoi depuis quelques années nous nous sommes axés sur le fondement de notre pacte social : l'Accord de Nouméa.

C'est autour de ce thème que nous avons organisé plusieurs conférences ces deux dernières années.

En approfondissant notre réflexion sur la citoyenneté qui est le ciment de notre pacte social, nous avons compris que pour construire notre société plurielle dans le respect des diversités, nous devons accomplir une véritable révolution mentale et modifier nos comportements.

Nous voyons tous les jours des manifestations de racisme et de xénophobie autour de nous, nous-mêmes risquons à tout moment de nous y trouver piégés. Ils fonctionnent à par-

tir d'un jugement d'exclusion. Parce que l'autre est différent je le ressens comme un danger, comme une menace et je prends vite les mesures nécessaires pour me protéger : je l'écarte ou je m'en écarte, je l'exclus. C'est valable entre nous, entre communautés, et l'on parle alors de racisme, à l'égard des étrangers, de ceux qui arrivent et il se manifeste sous la forme de xénophobie.

A fortiori, lorsqu'une culture est dominante, et dans toute société il y en a une qui domine, elle a tendance à se développer de manière hégémonique, dominatrice. Ceux qui en font partie, se comportent de manière « ethnocentrique » en ramenant tout à leur vision, à leur conception en général, sans même se rendre compte qu'ils deviennent exclusifs voire racistes car ils ne cessent de porter des jugements dévalorisants sur les autres.

Ce sont des mécanismes un peu inexorables. Nous les connaissons, nous les subissons, nous ne devons PAS LES ACCEPTER, nous devons nous MOBILISER contre eux. Il est de notre responsabilité citoyenne d'entreprendre un travail de déconstruction de nos raisonnements et de nos comportements.

C'est pour ces motifs que la LDH-NC a initié une commission de réflexion sur la Transculturalité. Depuis le début de l'année, nous avons examiné les espaces où se situaient des enjeux majeurs pour la construction de notre Pays.

Nous avons repéré l'enseignement mais nous n'y avons pas trouvé de sensibilisation à cette préoccupation. L'Enseignement Catholique a bien tenté un travail dans ce sens, il y a quelques années, mais l'ensemble du système fonctionne comme s'il était à 18 000 Km.

Nous avons repéré la santé : un vrai travail de réflexion est initié par des professionnels de santé et nous le saluons car il est de qualité.

Il y a aussi le monde du travail : les partenaires sociaux, l'an dernier dans le cadre du dialogue social, ont initié un travail de réflexion sur les problèmes que pose l'interculturel dans l'entreprise et nous le saluons.

Le dernier secteur recensé, est celui de la justice. Là aussi, le chantier a été ouvert et naturellement, la LDH-NC a décidé de s'y investir en premier. C'est ce qui explique cette première conférence publique de l'année.

Nous avons voulu y consacrer une journée et pas seulement une conférence de deux heures. Nous aurons un travail en deux parties :

- Régis LAFARGUE, professeur associé à l'Université de Nanterre la

Défense, et chargé de cours au Laboratoire d'anthropologie juridique de l'Université de Paris 1 (Panthéon Sorbonne). Magistrat Conseiller Référendaire à la Cour de Cassation, il a occupé diverses fonctions dans l'Outre-mer français et en Afrique. Il traitera de la question : « La coutume a-t-elle un avenir ? » C'est important, parce que notre Pacte Social, comme la constitution française reconnaît, le pluralisme : à côté du droit civil ou commun, il y a une place pour un droit personnel coutumier. Nous devons assumer positivement cette réalité. Le transfert de la compétence des Droits Civil et Commercial dans quelques années, va venir encore compliquer ces questions qu'il faut avoir déjà sagement clarifiées. Plus nous les écarterions, plus fort serait l'effet de boomerang. Je le remercie d'avoir accepté de nous rencontrer. Après sa conférence, nous aurons un débat sur son exposé, je vous invite à y prendre la parole.

- Un second exposé sera fait par Pierre FREZET, Vice-Président au Tribunal de Première Instance de Nouméa, en charge de la section détachée de Koné, et Président de la Chambre coutumière de Nouméa.

Il nous dira comment il vit les choses « sur le terrain », et nous présentera des juridictions coutumières.

Cet exposé sera suivi de divers témoignages et vous aurez alors la parole

pour débattre. Merci à Pierre FREZET et aux assesseurs qui ont bien voulu l'accompagner pour témoigner de leur expérience.

C'est précisément aujourd'hui la journée de lutte contre le racisme et la xénophobie.

En France la LDH a appelé à de nombreuses manifestations : citoyens, militants, artistes, toutes les catégories sociales se mobilisent pour rester vigilants à ne pas tomber dans ce piège. En Nouvelle-Calédonie aussi nous ne pouvons pas nous contenter de dire le Droit, d'analyser, mais nous devons nous mobiliser et c'est pour cela que nous sommes ici aujourd'hui.

Il y a une pétition à signer que vous trouverez sur le site de la LDH.

Une dernière chose ; je tiens à signaler non seulement la continuité, mais aussi la vitalité de la LDH-NC à laquelle vous pouvez adhérer.

Nous devons cette journée à l'énergie de la jeune génération de la LDH-NC et je tiens particulièrement à remercier Leslie qui clôturera la journée, Julie, Lia, Jeannette, Pierre et Jean-Brice qui ont monté cette rencontre.

Je présente les excuses de notre président, Elie POIGOUNE retenu à Touho, et je remercie le Centre Culturel Tjibaou et son équipe qui nous accueille si chaleureusement et nous permet de parler sur cette terre du Sud.

Régis Lafarge

LA COUTUME A-T-ELLE UN AVENIR ?

*Professeur associé à l'Université de Paris Ouest- Nanterre la Défense,
chargé de cours au Laboratoire d'anthropologie juridique
de l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)*

La Coutume a-t-elle un avenir ?

La question est délibérément provocatrice, à ceux qui seraient tentés de répondre par la négative, je renverrai l'anecdote bien connue de Maurice Leenhardt, qui arrivant en 1902 en Nouvelle-Calédonie, se vit demander par le maire de Nouméa : *“Que venez vous faire ici ? Dans dix ans il n'y aura plus un seul Canaque !”*. Un siècle plus tard, les Kanak sont toujours là, avec leur société, leur culture, leur spiritualité, leurs règles sociales, en un mot leur Coutume. Car la coutume (chacun le sait) est un tout dépassant de très loin le simple contenu juridique. Mais si c'est beaucoup plus que du Droit, c'est aussi du Droit.

La Coutume symbolise pour toutes ces raisons une société qui n'a jamais jusqu'ici abandonné le combat pour sa survie, la survie d'une identité, la survie d'un Peuple.

Et ce combat, qui est le combat de tous les autochtones, se trouve affermi par la tendance au niveau international à vouloir protéger les droits des minorités nationales ou autochtones.

Ainsi, pour nous en tenir aux seules conventions ratifiées par la France, la Convention sur la diversité biologique de 1992 affirme (article 8 j) que :

« chaque partie contractante respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques... ».

En somme la préservation de la biodiversité, et la valorisation des savoirs traditionnels commandent la protection de la diversité culturelle.

C'est ce que confirme la convention sur la protection de la diversité des expressions culturelles qui proclame, que: « *la diversité culturelle qui constitue un patrimoine commun de l'humanité, est un ressort fondamental du développement durable des communautés, des peuples et des nations ; que la diversité culturelle est essentielle à la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que la culture prend diverses formes dans le temps et dans l'espace et que cette diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités ainsi que dans les expressions culturelles des peuples et des sociétés qui constituent l'humanité ;*

Reconnaissant l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissances des peuples autochtones, et leur contribution positive au développement durable, ainsi que la nécessité d'assurer leur protection et promotion de façon adéquate;

Considérant que les activités, biens et services culturels ont une double nature, économique et culturelle, parce qu'ils sont porteurs d'identités, de valeurs et de sens et qu'ils ne doivent donc pas être traités comme ayant exclusivement une valeur commerciale ».

Manifestement, la problématique de l'autochtonie et de la diversité culturelle n'est pas une problématique dépassée. A contraire c'est un défi pour l'avenir, puisque l'on se rend compte enfin que ces sociétés prétendent « archaïques », parce qu'elles sont différentes et parce

qu'elles ne mettent pas l'accent, comme nous, sur un impératif de développement sans limite ne seraient plus nécessairement vouées à la disparition à plus ou moins court terme.

Tout naturellement on en vient à la fameuse Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (signée en 2007) qui affirme, en son article 31, que « *Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective sur ce patrimoine culturel, sur ce savoir traditionnel et ses expressions culturelles traditionnelles ».*

Certes, cette Déclaration de nature politique n'est pas une convention et n'a pas vocation à s'imposer par suite d'une ratification. Son intérêt n'en est pas moindre pour autant car elle résume la substance des deux précédentes conventions.

Ces engagements internationaux présentent aujourd'hui un potentiel encore inexploité sinon inexploré ;

ils confirment l'idée qu'il existe un pluralisme et que ce pluralisme est quelque chose d'irréductible. Un fait incontournable. Ils invitent à une approche prospective.

A ce propos, je voudrais citer un auteur canadien, Robert Vachon¹ : « *une chose semble certaine, c'est que seule une société ouverte peut être une société pluraliste. Mais cela requiert une force transcendante qui l'empêche de se refermer sur son auto-interprétation (...). L'approche alors n'est plus celle de l'autorité et du pouvoir mais celle d'obéir ensemble à une instance plus haute, à une valeur plus haute que chaque membre reconnaît et qu'aucun ne contrôle ; ce n'est pas connaître la solution, mais chercher ensemble dans la loyauté à un esprit commun (...). Le consensus signifie ultimement marcher dans la même direction et non avoir une seule vue rationnelle. (...) Une société pluraliste est une réalité flexible qui dépend de la santé et du pouvoir spirituel de ses membres. On n'est pas pluraliste en intégrant toute chose dans une cosmovision 'pluraliste'. On l'est en croyant que personne d'entre nous n'a la clef, n'a accès au centre de l'univers — si un tel centre existe. Avoir assez de retenue pour ne pas tenter de tout penser, de peur de détruire et le 'pensé' et le penseur, ce n'est pas de l'irrationalisme, mais de l'humilité intellectuelle, du simple bon sens* ».

1 Robert VACHON, «Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité», conférence donnée dans le cadre du séminaire «Pluralisme et Société. Discours alternatifs à la culture dominante», organisé par l'Institut Interculturel de Montréal, le 15 février 1997, p. 21-22.

Alors, la coutume a-t-elle un avenir ? Cette interrogation renvoie au titre de mon ouvrage « La Coutume face à son destin ».

Pour répondre à cette interrogation il faut rappeler deux observations concernant la culture dominante – la culture occidentale.

Il faut d'abord rappeler que cette culture qui se dit universaliste ne l'est peut être pas autant qu'elle voudrait s'en persuader elle-même : pour Immanuel Wallerstein² : « *Tous les systèmes historiques connus ont prétendu être fondés sur des valeurs universelles (...) Il n'y a rien au monde d'aussi ethnocentrique, d'aussi particulariste que la revendication de l'universalisme* ».

Ensuite, il faut détruire le mythe de la prétendue « modernité » du droit occidental. Avec d'autres, le Pr. Pierre Legendre souligne que : « En Occident comme partout, nous sommes les enfants du passé (...) Nous sommes (ainsi) les prisonniers d'histoires généalogiques, les héritiers d'une certaine façon de construire la raison de vivre ; nous sommes assignés à cette logique de la reproduction, à la vérité d'un héritage, de sorte que *structuralement* nous demeurons, nous Occidentaux, aussi traditionnels, aussi conservateurs que le reste de l'humanité »³.

2 Immanuel WALLERSTEIN, *L'Universalisme européen. De la colonisation au droit d'ingérence*, Ed. Demopolis, 2006, p. 63 et 64.

3 Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, Mille et Une Nuits, Paris, 2004, p. 45-46.

Enfin, il faut envisager le Droit sous l'angle d'une rencontre de cultures différentes. C'est le point sur lequel je vais insister ici.

C'est précisément l'un des objets de mon livre *La Coutume face à son destin*⁴ qui parle de rencontre des cultures ; de **rencontre des systèmes juridiques**. Il faut aussi évoquer une autre forme de rencontre : sous la forme de la réception du droit par le justiciable, c'est-à-dire **la conscience du Droit ou le Droit comme conscience**. Dès lors, dans ce contexte, le statut personnel peut être un moyen, à défaut de créer un monde commun, de créer des passerelles entre les cultures et de créer les conditions d'un destin commun dans **le respect d'identités culturelles multiples**.

Rencontre des cultures, rencontre des systèmes juridiques

Tout a très mal commencé comme le souligne Pierre Legendre : « Pour saisir le regard occidental sur les cultures non-occidentales, il faut revenir à l'expérience d'*un Empire de la Vérité*, qui colle à l'esprit du christianisme uni au droit romain et qui *exerce les droits de la Vérité* sur la planète entière, pour arracher l'autre, tous les autres à l'erreur, c'est-à-dire pour les convertir (...). Pour le convertisseur occidental, il s'agit de retrouver dans l'autre sa propre image d'Occidental. *L'autre culture n'existe*

4 Régis LAFARGUE, *La Coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris 2010, 410 pages.

pas pour elle-même, mais seulement conditionnellement ; elle est convoquée à renvoyer à l'Occident le discours et les catégories de l'Occident»⁵.

Et j'ajouterai à cette phrase que renvoyer le discours et les catégories du droit occidental telle est encore et toujours l'injonction adressée à la Coutume kanake comme le montre le fait qu'elle soit reconnue sous tel aspect mais pas sous tel autre; qu'elle ne doive pas être prise en compte, en tant que Droit, dans le règlement des litiges que le droit étatique situe dans le domaine du droit pénal. La reconnaissance de la coutume reste donc conditionnée. Elle est tributaire des catégories du droit étatique et en premier lieu de la distinction fondamentale entre droit civil et droit pénal.

Face à cela se manifeste une résistance sourde faite d'indifférence ou d'évitement de la part de ceux-là même à destination desquels les lois et règlements dont votés. Les exemples étrangers le soulignent : on en trouve la démonstration dans l'échec de toutes les tentatives de « colonisation juridique » ou d'exportation de systèmes juridiques livrés « clés en main ». Les expériences anciennes de tentatives de promotion de la « femme indigène » en Afrique avec le décret Mandel du 15 juin 1939⁶,

5 *Ibid.*, p. 58 à 60.

6 *JO*, 16 juin 1939 p. 7606 ; cf. *Penant*, 1939 leg., p. 706. Ce décret intervenu pour l'AOF et l'AEF, fixe un âge minimal pour le mariage (14 et 16 ans respectivement pour la femme et l'homme) ; impose le consentement des futurs époux comme condition de validité du mariage, afin d'interdire toute « revendication » de la veuve par les héritiers du mari

puis l'ordonnance Jacquinot du 14 septembre 1951⁷ furent des échecs.

Depuis ces premières expériences, en passant par les codes dont se sont dotés les États africains nouvellement indépendants, jusqu'à notre époque faite de flux migratoires et de mouvements identitaires qui s'affirment, il existe une constante : la réticence de l'Autre (et de ses normes) à se laisser enfermer dans un moule. Le phénomène identitaire, ce « retour de l'histoire », dans lequel certains voient le signe d'une véritable décolonisation des esprits comme des institutions, se traduit dans certains pays musulmans (cas de la Mauritanie⁸)

décédé. En dépit des sanctions pénales assortissant ces interdictions, ce décret fut un échec.

7 *JO*, 18 septembre 1951, p. 9644. Ce texte vise à supprimer la dot ou à la rendre facultative, tout en plafonnant son montant avec possibilité de passer outre l'opposition des parents au mariage lorsque leur refus est motivé par des exigences excessives concernant le montant de la dot. Enfin, il lutte contre la polygamie, en instaurant une « option de monogamie » au moment du mariage. L'habileté du législateur consistait — sans attenter directement aux règles de fond de la coutume qui continuait en principe à régir le mariage — à interdire d'autres unions au mari, et à susciter des comportements individuels susceptibles de faire évoluer la coutume. Ici à la différence du décret Mandel le législateur, conscient de toucher à quelque chose de délicat, comptait plus sur la « collaboration » des administrés, que sur les vertus d'un droit directif. Pourtant ce fut, là encore, un échec.

8 Haïmoud OULD RAMDAN, « La réforme de la justice en Mauritanie », *Penant*, n°846, janvier - mars 2004, p. 5 à 71. Cet auteur souligne (p. 41) que la condition d'accès au droit pour l'essentiel de la population suppose « l'élaboration et l'adaptation de toute urgence d'un droit (...) conforme aux valeurs socioculturelles de la Mauritanie inspirées de l'islam et adaptées aux exigences actuelles du développement économique et social ». Et il précise qu'en ce sens, la réforme introduite en 1983 (ordonnance

par un processus de « chariarisation » du droit étatique, de la même façon que l'Égypte en 1948 avait elle aussi rompu avec le processus d'occidentalisation de son droit (ses cinq codes d'inspiration française promulgués en 1876) en se donnant un nouveau code civil inspiré par l'Islam⁹.

Ce « retour de l'histoire » manifeste la diversité des conceptions relatives au Droit, sur son rôle et sa place dans la société, et souligne la vanité des efforts du législateur quand il croit encore pouvoir donner des valeurs, ou changer les mœurs — comme le souligne Eugène Schaeffer¹⁰ : « *le droit moderne ne peut à lui seul opérer la transformation, comme le droit traditionnel ne peut à lui seul empêcher les évolutions. Trop souvent, au Nord comme au Sud,*

n°83-144 du 23 juin 1983, *JORIM* 1983, p. 251) qui est venue rompre avec le système juridique d'inspiration française instauré lors de l'indépendance, impose de « concilier (ces) deux impératifs que sont la nécessité de la loi et son adaptabilité aux mentalités. Pour ce faire, il faut soumettre les règles qui ne sont pas chariaques à une vérification de conformité aux préceptes islamique » (*op. cit.*, p. 23).

9 Eugène SCHAEFFER, « De l'importation de codes à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle et de leur réception », dans *La codification et l'évolution du droit*, *RJPIC*, 1986, p. 261-283, spéc. p. 280 n°65 et 66. L'auteur évoque un processus de « *naturalisation* » du droit égyptien et la volonté de promouvoir « *une nouvelle réception du droit islamique* », confirmé par la loi n°462 de 1955, qui précise dans son article 6 que le droit musulman s'applique en matière de statut personnel des Égyptiens, sauf application de leur propre droit aux parties qui sont de même rite et de même communauté. Le processus a été achevé par la Constitution de 1971, qui érige le droit islamique en source principale de la législation.

10 *Ibid.*

les gouvernants se sont abusés sur la portée du Pouvoir du droit et sur leur pouvoir à légiférer, non pas seulement formellement, mais réellement ».

Dans l'outre-mer français aujourd'hui, que ce soit le *fa'a'amu* polynésien¹¹ — tout à la fois « geste d'amitié » et « adoption précaire » — ou le particularisme de la société mahoraise¹² (frappé de plein fouet par la réforme du statut musulman en 2003¹³ et 2004¹⁴), ou

11 A distinguer de l'adoption « complète », appelée *tavai*, que recouvre l'adoption que connaît notre Code civil. Le *fa'a'amu* (littéralement « faire manger ») est une pratique relevant du « non droit » puisqu'il ne donne jamais lieu à une décision judiciaire. Cette institution que les ethnologues définissent comme « un enfant qui circule... », sans remettre en cause les droits des parents biologiques permet de confier l'enfant à ceux qui pourront lui donner les meilleures conditions de vie et d'éducation. Non formellement reconnue, cette institution a néanmoins été appréhendée par les juridictions sous l'angle de la possession d'état (Marie-Noël CHARLES, « L'enfant *fa'a'amu* vu par le droit », dans Véronique HO WAN (éd.), *Regards sur l'enfant « fa'a'amu ». L'adoption en Polynésie entre tradition et modernité*, APRIF (Association polynésienne de recherche, intervention et formation), Papeete, 1993, p. 85-91). Ainsi, dans un jugement du TPI de Papeete, n°1508-1347 du 5 septembre 1972, il est affirmé qu'un *père fa'a'amu* (nourricier) peut se constituer partie civile pour l'enfant en se fondant sur la possession d'état puisque le Code civil ne reconnaît pas ce lien. Il en a été déduit que cette institution coutumière pourrait fonder l'existence d'une autorité parentale.

12 Régis LAFARGUE, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre héritage colonial et volonté de modernisation de la société mahoraise », dans Laurent SERMET (éd.) *Mayotte dans la République*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 305-331, voir spéc. pp. 322 à 331. Voir aussi, François LAMBERT, « La coutume révisée par la loi », *RFDC*, n°56 oct. 2003, p. 796-800.

13 Loi n°2003-660 du 21 juillet 2003, *JO* n° 167 du 22 juillet 2003 p. 12320.

14 Loi du 26 mai 2004, art. 32 ; voir Loi du 11 juillet 2001, art. 52-3.

encore en Nouvelle-Calédonie le système de parenté classificatoire¹⁵ ou le « lien à la terre » qui traduit une puissante relation des vivants aux morts — et nous n'évoquons pas ici des sociétés vivant de façon quasi-autarciques comme celles des Amérindiens ou des Aluku de Guyane¹⁶, ou celle des habitants des Iles Wallis-et-Futuna¹⁷ — ; toutes ces institutions endogènes mettent en échec jusqu'aux règles impératives de notre Droit étatique. Et cette résistance explique la non-justiciabilité de nombreux conflits.

Mais l'outre-mer français actuel ne fournit qu'une illustration d'un phénomène plus général : les banlieues évoquent souvent les mêmes problématiques ; la même impuissance ; la même non communication entre le centre et ses territoires périphériques. La même violence en somme : et quelle violence ! Un député déclarait en 2006 : « *Mayotte souhaite devenir un département français. L'Assemblée en a voté le principe. Or, je le dis très nettement, on ne peut pas envisager qu'un département fran-*

15 Éric RAU, *Institutions et coutumes canaques* (1944), rééd. L'Harmattan, Paris, 2007 ; Maurice LEENHARDT, *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, (1947) Gallimard, Paris, 1985, p. 167 et s.

16 Jean MOUMOU, *Le monde des Marrons du Maroni en Guyane : la naissance d'un peuple, les Boni*, Ibis Rouge Éditions, Guyane, 2004, 216 pp. ; Alexis TIOUKA, « Droits collectifs des peuples autochtones. Le cas des Amérindiens de Guyane », dans Isabelle SCHULTE-TENCKHOFF (éd.), *Altérité et Droit. Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 241 à 262.

17 Eric RAU, *La Vie juridique des Indigènes des Iles Wallis* (1935), 2^{ème} édition, L'Harmattan, Paris, 2007.

çais pratique le droit musulman »¹⁸, en oubliant que le droit musulman avait été pratiqué dans d'autres départements français (ceux d'Algérie jusqu'en 1962) et qu'il l'est toujours au cœur de l'Europe, en Thrace orientale (Grèce)¹⁹.

En somme, la loi est souvent perçue comme un levier pour tenter d'amorcer un phénomène d'acculturation. Or, c'est son incapacité à réaliser cet objectif qui a été bien souvent démontrée.

Ensuite, le droit ne s'exporte pas ; il participe d'un système de valeurs. Le critère à prendre en compte n'est pas celui de son efficacité technique, mais celui de sa légitimité. Le droit sans conteste renvoie à l'identité.

Dès lors, il nous faut envisager une autre forme de rencontre :

La réception du droit par le justiciable

C'est toute la question de la socialisation juridique ou de la conscience du droit.

Dans les sociétés dites modernes, le droit émane de l'État qui noie le citoyen sous une normativité de plus en plus touffue (le « mille-feuille juridique »).

18 René DOSIÈRE, Assemblée nationale, "compte rendu intégral", 3^{ème} séance du mardi 9 mai 2006, 214^{ème} séance de la session ordinaire 2005-2006.

19 Samim AKGÖNÜL, «Le statut personnel des musulmans en Grèce, vestiges ottomans et réalités contemporaines», dans Marc AOUN (éd.) *Les statuts personnels en droit comparé – Évolutions récentes et implications pratiques*, Ed. Peteers, Louvain, 2009, p. 279-291.

Dans les sociétés sans État voire dans des sociétés dotées de corps intermédiaires forts entre l'État et le citoyen, la norme peut émaner d'autres instances. Ce sont ces normativités « latérales » qui viennent concurrencer la normativité « verticale » — celle qui émane de l'État.

Il n'empêche que dans les sociétés à État central fort comme le fut la France monarchique ou comme la République qui lui a succédé, demeure comme un verrou intellectuel l'insupportable idée qu'un peuple puisse se donner des lois à lui-même.

On voit bien outre-mer que la revendication identitaire est à la base du phénomène de résilience du phénomène coutumier. On constate un conflit de traditions : entre une tradition qui revendique sa légitimité à occuper sa place dans le lieu qui l'a vu naître et à organiser une société spécifique, et une tradition qui s'ignore, ou qui feint de s'ignorer (la nôtre). Notre tradition, c'est celle d'un droit étatique ; d'un droit forgé par l'État qui défend son monopole de production des normes. Entre ces deux traditions, ces deux légitimités, le conflit est permanent et les termes n'ont guère changé, par-delà les époques.

On a encore cette tentation de « refouler l'insupportable idée que des règles de droit puissent venir des profondeurs du peuple » comme le note le Pr. Jacques Poumarède²⁰.

20 Jacques POUMARÈDE, «Coutume», dans André-Jean ARNAUD (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1993.

Aujourd'hui comme hier, pour l'immense majorité des juristes, la coutume est toujours un simple problème de temps et de patience — elle finira bien par disparaître, en quelque sorte cannibalisée par le droit civil (le « droit commun »), si ce dernier parvient à lui ravir son âme après l'avoir anéantie et « dépecée » comme le souligne Étienne Cornut²¹. Ce pronostic tragique on l'a fait pendant toute la période coloniale, et on le fait encore : il est des aveuglements qui ont, eux aussi, la vie dure.

Mais surtout, cette croyance en la supériorité du droit écrit s'appuie sur l'idée que tel est l'intérêt bien compris de ceux qui sont encore dans « l'erreur ». La coutume serait un archaïsme et un frein au développement. De là à ne vouloir la voir que dans des contrées exotiques, en marge de nos sociétés et de nos standards de consommation, il n'y a qu'un pas. Pourtant, la coutume existe encore en Europe dans les usages professionnels des commerçants par exemple, ou comme Droit de micro-sociétés à nos frontières : en Andorre elle fait toujours partie du droit officiel²², dans les Iles Anglo-normandes où l'ancienne coutume de Normandie constitue le substrat du droit actuel²³. Elle est présente,

21 Étienne CORNUT, «La mise en œuvre de l'expulsion coutumière et le juge pénal», note sous CA Nouméa, 28 avril 2009, *Clan Fisdiepas c. Clan Ounine*, *RJPENC*, n°14, 2009/2, p. 82-89.

22 Cf. Pierre BARBIER, *La Coutume privée d'Andorre envisagée dans ses sources et dans ses institutions les plus originales*, Publications de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Rousseau et Cie éditeurs, 1938, 150 pages.

23 Fixée et unifiée au XIII^{ème} siècle sous le règne de Guillaume le Conquérant, sous la forme de deux

sous d'autres formes, dans des sociétés plus vastes et néanmoins « développées », comme au Japon où la coutume explique une façon d'être toujours en quête de l'harmonie au risque d'étouffer les individualités, puisque tout ce qui fait désordre doit être banni²⁴, mais aussi dans les pays anglo-saxons où la *common law* désigne une coutume judiciaire.

En fait, le problème posé par la coutume est celui d'un ordre et d'une légitimité qui s'inscrivent dans un rapport de résistance par rapport à ceux qui fondent l'État. Évoquer la coutume c'est aussi évoquer la société contre l'État²⁵ : l'Afrique en offre un exemple à la fois multiple et vivant.

Le mot coutume renvoie pour nombre d'Occidentaux (particulièrement pour nous, Français) à un terme vieilli ; à un épisode qui a vu l'État monarchique, puis républicain, écraser les spécificités locales a priori suspectes. Telle est notre tradition (est-elle archaïque pour autant ?).

Un tradition donc, et pourtant elle est vivace.

coutumiers : le *Très ancien coutumier* (1200-1245) et la *Summa de legibus Normanniae in curia laicali* (1235-1245). Elle est le substrat du droit actuel dans les possessions normandes de la Couronne britannique (à ce titre elle était, encore il y a peu, enseignée à l'Université de Caen à destinations des juristes des îles Jersey et Guernesey), et influence encore le droit anglo-gallois. Cf. Jean Yver, *Les caractères originaux de la coutume de Normandie*, impr. de C. Le Tendre, R. Rigot, Caen, 1952.

24 Ronald Ph. DORE, *Shinohata. A Portrait of a Japanese Village*, University of California Press, 1994, 332 pp.

25 Pierre CLASTRES, *La société contre l'Etat*, Les Editions de Minuit, Paris, 1974, 186 pp.

Le mot coutume renvoie en Océanie comme en Afrique au respect, au bon usage de la parole donnée, à la sociabilité, à la confiance, à la loyauté – c'est dire l'image que doit parfois revêtir ce qui, au nom de la « modernité », vient remettre en cause un système autochtone qui incarne toutes ces valeurs. Le mot coutume renvoie à une valeur positive, là où le droit écrit a été un instrument d'assujettissement, de contrainte, et de légitimation de la dépossession. Nous en voulons pour seul exemple les traités passés avec les autorités coutumières au XIX^e siècle, dont le plus connu est le traité de Waitangi qui garantissait dans sa version mahorie une pleine autorité sur les terres, symbole d'une souveraineté autochtone, laquelle était au contraire déniée dans la version anglaise du traité.

La mot coutume signifie pour nous le passé ; pour les peuples d'Océanie, ce vocable évoque la résilience et l'avenir de peuples débarrassés non seulement du joug colonial (car les Indépendances n'ont rien résolu), mais surtout débarrassés de toute espèce de révérence à l'égard de notre prétendue supériorité culturelle. C'est-à-dire un destin ; un destin sans nous, sans nos valeurs, sans nos grilles de lecture, et codes sociaux. En somme, l'aube d'un monde multipolaire.

Ce constat souligne la fonction anthropologique du droit.

Ceci explique que derrière la façade d'un droit étatique uniformisant, les États d'Afrique francophone aient dû

finalement se résoudre à maintenir le dualisme juridique (Droit étatique/coutumier) après que les responsables politiques aient pris la mesure de l'erreur que constituait la mise à l'écart des droits coutumiers au profit d'un droit qui ne répondait qu'aux attentes d'une minorité de la population²⁶.

Pourtant l'État persévère souvent dans son erreur. En témoigne le propos d'un des plus éminents historien de l'Afrique : le Pr Ki-Zerbo.

Selon Joseph Ki-Zerbo, le pire danger pour les Africains réside dans « *la désintégration totale et incontrôlée des éléments organiques de (leur) identité collective. Or pour être un arbre dans la forêt de l'humanité, nous avons droit aux racines, comme aux branches. Droit à l'endogène au moins autant qu'à l'exogène (...). Le premier droit et devoir c'est de bâtir de nouvelles cohérences (...) le mythe du droit traditionnel comme entrave et frein à la modernisation doit être dénoncé. Un droit « moderne » suffit-il en lui-même à moderniser un peuple ? (...). L'individu africain consacré sujet de droit à la place du groupe social d'antan n'en devient pas automatiquement un acteur social et politique réel (...). L'individu africain, qui n'est plus pris en charge par les groupes endogènes, pas encore par les structures contemporaines souvent inexistantes ou impensables, est l'être le plus fragile, le plus vulnérable*

26 Voir en ce sens : Roger DECOTTIGNES, «Requiem pour la famille africaine», *Annales Africaines*, 1965, p. 251 ; Nkou MVONDO, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone - du droit privé formel au droit privé informel*, thèse Strasbourg III, 1995.

et le plus pitoyable qui soit. C'est pour-quoi l'État africain peut se féliciter de ce que la société civile obéisse toujours à quelques normes traditionnelles qui assument certaines charges à caractère de service public (...). L'État utilise à fond les rouages traditionnels et informels de la société civile sans leur reconnaître les droits afférents et en les laissant dépérir à petit feu. Mais s'il faut refuser la fuite en avant consistant à se réfugier dans le particulier des autres, baptisé Universel, il faut aussi rejeter la fuite vers un passé qui ne vaudrait que comme patrimoine momifié »²⁷.

L'échec des diverses tentatives de greffe des droits occidentaux, tel le droit français outre-mer, n'est que l'échec d'une conception du droit. D'abord, et en général, cette conception ignore ce que nous enseigne la sociologie juridique : à savoir que « *le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes (...) il y a dans la vie beaucoup plus de choses que dans le droit (...) le droit est une écume à la surface de la société* »²⁸.

En d'autres termes, le Droit n'est pas le levier privilégié du changement que l'on imagine souvent, et sa modification ne changera pas nécessairement en profondeur la vie des gens. Ensuite, cette conception ne voit dans le droit qu'un ensemble de normes fonctionnelles, simple mécanique devant favoriser le fonctionnement d'une société

ou son développement économique. On a cru pouvoir exporter/importer le droit en rejetant les éléments coutumiers comme insusceptibles de correspondre à une exigence de technicité (en Éthiopie en 1960²⁹, comme récem-

29 Ainsi le Pr. René DAVID écrivait au sujet de la codification du droit civil qu'il a réalisée en Éthiopie : « Il m'est apparu, comme à eux, (les conseillers éthiopiens) que cette coutume ne méritait pas le respect ; elle est la cause du sous-développement sous toutes ses formes (...) Vouloir établir un Code sur la base des coutumes m'a paru, pour une autre raison, illusoire. Les coutumes éthiopiennes n'existent, en effet, qu'au sein de communautés de village ou de tribu, sociétés fermées, dans lesquelles la notion de droit n'a pas sa place ; elles n'ont pas le caractère de *coutumes juridiques*. L'essentiel n'est pas, dans le procès, de donner à chacun son dû, comme le veut le droit ; l'essentiel est de maintenir les bons rapports, la cohésion et l'harmonie dans la communauté. Il ne s'agit pas là de droit, mais d'arbitrage et d'équité arbitrale : les juges sont les anciens du village, les parents et amis des parties qui s'opposent (...). La coutume n'a aucune stabilité. Dans une importante partie de la population même, chez les Gallas, il est de principe qu'elle change, ou qu'elle puisse changer tous les huit ans, à l'avènement d'une nouvelle « classe d'âge ». Le droit coutumier n'est qu'une illusion (...). » Ensuite, l'auteur tempère son propos : « Est-ce à dire que le droit, et qu'un code, doivent être une œuvre sans rapport avec la coutume ? En aucune façon. Tout ce que nous voulons marquer, - et c'est là ce qui a inspiré nos solutions dans la codification éthiopienne - c'est qu'il ne faut pas avoir exclusivement, ni même mettre au *premier plan*, dans une codification, la préoccupation de respecter les coutumes ; le *Code ne doit pas être conçu essentiellement comme une coutume réformée et améliorée*. Le Code doit viser à dire les solutions qui, à une époque et dans un milieu donnés, sont les meilleures pour une société. (...) *La coutume réapparaît, cependant, de façon inévitable, lorsqu'il s'agit d'élaborer les règles qui, pour une société donnée, apparaissent comme étant les meilleures, les plus favorables et les plus justes. Un facteur à prendre en considération, dans cette élaboration, est la possibilité d'obtenir ; dans la pratique, une application effective du droit.* (...) ». René DAVID, « La refonte du Code civil dans les États africains », *Annales Africaines*, 1963, p. 160 et s. spéc. p. 161 à 164.

27 « Les droits de l'homme en Afrique : tradition et modernité », actes du colloque *La Promotion et la protection des droits de l'homme à l'heure des ajustements structurels*, Ouagadougou, juin 1995.

28 Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., p. 23-24.

ment au Cambodge, ou en Afrique au moment des décolonisations dans le cadre de programmes dits de «modernisation» —rebaptisés en programmes de «développement de l'État de droit»). Les promoteurs de ces projets, méconnaissent (ou feignent d'ignorer) la fonction fondatrice qui est celle du droit, et qu'explique Jean Carbonnier, en soulignant par exemple le lien entre religion et droit : «peut-être constatera-t-on un jour, comme une loi universelle, que le droit de la famille est nécessairement religieux dans un sens ou dans l'autre»³⁰. Il est rejoint dans son analyse, sur l'importance du mythe, par Pierre Legendre : «le droit n'est qu'un effet dans le vaste dispositif dogmatique qui répond à l'exigence logique de légitimité, c'est-à-dire en définitive à l'exigence anthropologique de fonder l'Interdit»³¹.

Le droit fonde donc une légitimité, traduit une croyance, exprime les mythes fondateurs de toute société. Sans ces

mythes, il n'est point de valeurs partagées, point de lien entre les hommes, point de confiance légitime, point de sécurité juridique ; au bout de la chaîne, c'est le délitement d'une société tel qu'analysé par Jean-Pierre Magnant en Afrique³².

L'autre explication de cet échec tient à la revendication identitaire, de nature politique, que l'on observe dans l'outre mer français. Chacun vante les mérites de « sa culture », fût-elle déjà apparemment atteinte dans son authenticité.

Mais cet aspect est de peu d'importance dans la mesure où la culture est nécessairement évolutive, vécue plus comme un projet que comme un héritage ainsi que l'écrivit Jean-Marie Tjibaou : « *Le retour à la tradition, c'est un mythe (...) La recherche de l'identité, le modèle pour moi, il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente* »³³. Mais il affirmait aussi que tout n'est pas négociable, et d'abord ce qui constitue en Océanie le socle de toute vie familiale et sociale, ce qui fait l'individu et lui donne un statut, « la terre » : « *nos terres ne sont pas à vendre, elles sont l'unité de notre peuple. Elles sont l'univers que nous partageons avec nos dieux* » (c'est-à-dire les ancêtres)³⁴. Le propos pourrait parfaitement convenir à la situation

30 *Sociologie juridique op. cit.*, p. 237.

31 Pierre LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, Paris, 1999, spécialement p.235 : «les dessous du raisonnement juridique». Cet auteur relève que : «Le monde occidental, en tant que culture aspirant à l'hégémonie planétaire, est emporté dans un mouvement explicitement orienté par l'économisme, (...) parvenu au stade d'une instrumentalisation pure et simple, le droit se trouve écarté du champ de la pensée, pour n'être plus que technologie annexe au service de l'efficiency ultramoderne, c'est-à-dire pour n'être plus, selon la formule des juristes-sociologues, que *régulation sociale*». Il ajoute qu'il faut au contraire «*relier le droit et la fonction des juristes à la construction d'ensemble qui les fonde, au montage dont ils dépendent, c'est-à-dire à la mise en scène du principe normatif lui-même*».

32 Jean-Pierre MAGNANT, «Le Droit et la Coutume dans l'Afrique contemporaine», *Droit et Cultures*, n°48, 2004/2, L'Harmattan, pp. 167 à 192.

33 Jean-Marie TJIHAOU, «Être Mélanésien aujourd'hui», *Revue Esprit*, septembre 1981, n°57.

34 *Ibid.*

actuelle de la Polynésie où les sociologues notent un retour en vogue des « valeurs ma'ohi »³⁵.

Cela impliquera-t-il à terme une inflexion du droit positif ? Le laisserait-il penser ce qu'écrivit Tamatoa Bambridge : « dans le droit étatique comme dans le droit non étatique, tout se passe comme si les Polynésiens se réappropriaient les éléments et les influences extérieurs pour mieux conforter leurs logiques (...) en octroyant la propriété de la terre à un groupe familial, les Polynésiens montrent aujourd'hui le caractère imprescriptible de leurs propriétés et

35 Bruno SAURA, «Les règles coutumières en Polynésie française», dans Paul DE DECKKER (éd.) *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud*, L'Harmattan, Paris, 1995, pp. 95-131. «Traditionnellement, la terre est un élément indissociable et même constitutif de la parenté. On est parent parce que l'on vit ensemble sur une même terre, que l'on soit effectivement parents par le sang, issus d'un même *ôpu fetii* (groupe parental large) et membres d'un même *ôpu ho'e* (composé de frères et de soeurs et de leurs descendants, sur deux générations), ou bien parents par adoption. Par ailleurs, la résidence valide les droits que l'on a sur une terre de par ses origines familiales. Dans l'éventail des terres sur lesquelles un individu a des droits indivis potentiels, il ne peut revendiquer la propriété de celles qu'il n'aura jamais exploitées, mises en valeur, ou habitées. (...) l'absence, pendant plus de trois générations, annule ces droits potentiels. (...) Une telle indissociabilité de la terre et de la famille aboutit à l'idée que vendre la terre ou même la partager revient à vendre sa famille ou à la diviser, ce qui est à l'opposé des valeurs *ma'ohi*. La terre est donc inaliénable, au sens où elle ne peut passer à un étranger, ce qui ne signifie pas pour autant que les droits que l'on détient sur elle soient éternels. (...) S'il réside sur cette terre, c'est qu'il a des droits familiaux sur elle, en vertu de ses origines ou d'une adoption lui conférant des droits. Les Polynésiens n'avaient pas prévu qu'un homme puisse être sans famille et sans terre, mais prétende vouloir devenir propriétaire de la terre d'une autre famille».

le fait qu'ils ne reconnaissent que des droits d'usage aux individus »³⁶.

Il faudrait donc, accepter de voir de la « juridicité » dans les normes qui structurent les sociétés extra-européennes ; il faudrait aussi cesser de voir des « obscurités ou des « silences » dans les systèmes juridiques des autres sociétés : prétextes commodes pour mieux y substituer le nôtre.

Face à ces revendications, faut-il oser le pluralisme juridique ? Faut-il se résoudre à l'admettre comme une réalité ? L'idée d'un monde unique et uniforme est une illusion.

C'est surtout un bien inutile effort.

En revanche on peut certainement créer un monde commun à condition toutefois d'admettre l'idée que les identités sont d'abord fondées sur des pluri-appartenances, et que la pluralisme est en une donnée incontournable comme le souligne le propos de Robert Vachon cité plus haut.

Dans ce contexte le statut personnel peut être un moyen, **à défaut de créer un monde commun**, de créer des passerelles entre les cultures.

36 Tamatoa BAMBRIDGE, «L'identité fondée sur le lien à la terre en Polynésie», dans Jean-Yves FABERON et Yves GAUTIER, *Identité, nationalité citoyenneté outre-mer*, CHEAM, 1999, p. 73 à 94, p. 89.

Créer les conditions d'un destin commun dans le respect d'identités culturelles multiples

Créer du « monde commun » est bien affaire de juristes. En effet, *le besoin de droit résulte de notre incapacité à gérer la pulsion de contradiction* : le droit est là pour créer du lien et de la paix sociale là où s'affirment des intérêts (et des références) divergents. Ce besoin de droit donne naissance à un « domaine commun » (un minimum de règles communes). Mais le « domaine commun » ne peut être viable que s'il s'avère suffisamment flexible : ainsi, l'exigence de complexité du droit subsiste malgré tout.

Besoin de complexité du droit d'un côté ; besoin d'un système d'intégration de cette complexité dans un système commun, de l'autre... si ce diagnostic est exact, alors il n'y a rien d'étonnant à constater que le système des statuts personnels (de droit interne) fonctionne encore outre mer, et qu'il puisse rendre compte des aspirations de ceux qui veulent défendre leur culture contre tout nivellement. Ce système, lorsqu'il n'a pas été dénaturé (en Nouvelle-Calédonie) assure le respect d'une identité sociale et juridique — le respect d'un droit endogène/coutumier contre un droit exogène / étatique.

En même temps, cela peut apparaître comme un pis-aller, pour qui cherche à tout prix à parvenir à l'unité, ou à l'homogénéité : c'est un appareillage technique pour faire coexister plusieurs sociétés, en évitant les conflits,

sans nécessairement créer de véritable domaine commun juridique, lequel serait le résultat d'une acculturation réussie : c'est-à-dire d'une acculturation à double sens.

En effet, c'est parce que l'on est incapable de concevoir cette acculturation juridique qui supposerait de mettre sur un pied d'égalité les normes juridiques et sociales des Kanak et celles des Européens que l'on ne peut véritablement envisager un droit commun (unique) : le droit des Occidentaux, qui s'auto-proclame « droit commun », a toujours la prétention de se substituer au droit des anciens colonisés. Les deux avis rendus par la Cour de Cassation, les 16 décembre 2005 et 15 janvier 2007³⁷ en faveur du respect du domaine de compétence coutumière, traduisent cette obstination aveugle du droit commun à vouloir occuper toute la place, au motif qu'il aurait une légitimité supérieure, en ce qu'il serait le seul véritable garant des « droits de l'homme ».

En fait, lorsqu'on s'interroge sur le dialogue des cultures, on se rend assez vite compte que le droit n'est peut-être pas

37 Cour de Cassation, saisie pour avis, 16 décembre 2005, avis n°05 0011, *Bulletin civil* 2005, Avis n°9, p. 13 ; *BICC* n° 637 du 1^{er} avril 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 516, obs. Pascale DEUMIER ; *Droit et Cultures* n°51, 2006/1, p. 229 à 232 ; *RJPENC* n° 7, 2006/1, p. 40, note Pierre FREZET, et, p. 42, note Laurent Sermet ; *LPA* n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. POMART.

Cour de Cassation, saisie pour avis, 15 janvier 2007, Avis n° 007 0001, *Bulletin criminel* 2007, avis, n°1 ; *RJPENC*, n°9, 2007/1, note Laurent SERMET ; *Droit et Cultures*, n°54, 2007/2, note Pierre FREZET. La doctrine de ce second avis a été confirmée par un arrêt : Cass. Crim., 30 juin 2009, pourvoi n°08-85.954, *Bulletin criminel* 2009, n° 139 (cassation partielle).

l'instrument le plus adapté pour faire dialoguer les cultures. En effet, si le Droit est une expression dogmatique, comment en situation de dualisme juridique faire dialoguer deux expressions dogmatiques ?

Le pluralisme est donc un fait incontournable alors pourquoi ne pas l'organiser ?

C'est précisément la vocation du système des statuts personnels qui en tant que technique juridique est très ancien, puisqu'il remonte à l'empire romain. Mais il peut s'avérer un système novateur en devant l'instrument « *d'un principe d'autonomie personnelle* », selon l'expression de Karl Renner.

À l'aube du XX^{ème} siècle, ce jurisconsulte austro-hongrois théorise l'État multinational comme alternative au modèle de l'État-nation. Il envisageait le statut personnel sous un angle politique pour faire cohabiter la mosaïque des nations qui composait alors l'empire des Habsbourg en s'inspirant de l'équivalent ottoman de notre statut personnel : *le millet*. Ce juriste, Karl Renner³⁸, concevait le *principe d'autonomie personnelle* comme une alternative à la solution classique du *principe*

d'autonomie territoriale, qui devait permettre de concevoir un nouveau type de société politique qui distinguerait — au lieu de les confondre comme c'est le cas avec l'État-nation — l'État et les nationalités qui vivent sur son sol. Visionnaire, il avait compris que la théorie de l'État-nation, défendue notamment par Carré de Malberg, qui suppose une parfaite coïncidence entre un État et une Nation, le premier personnifiant la seconde (quitte à réduire à l'unité plusieurs entités nationales) ne pouvait qu'aboutir, tôt ou tard, à l'implosion de cette structure unitaire forcée. C'était aussi la condition pour permettre le respect de l'identité nationale (et donc juridique) de chacun, en quelque endroit qu'il se trouve de ce vaste empire, au lieu de conditionner le respect de cette identité nationale (et donc de ce statut personnel juridique et politique) à la présence de celui qui s'en réclame sur une portion déterminée de ce territoire. La problématique dans les pays neufs, qui comprennent en leur sein des Peuples premiers, pousse à envisager l'intérêt de ce principe d'autonomie personnelle, comme moyen de faire coexister sur un même territoire des individus appartenant à des peuples ou des nations différents³⁹.

38 Karl RENNER, *La nation, mythe et réalité*, trad. fr. Stéphane PIERRÉ-CAPS et Claude TIXADOR, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 1998 ; voir aussi : Stéphane PIERRÉ-CAPS, «Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbricolios politiques contemporains», *Droit et Société*, 27-1994, p. 421-441 ; Stéphane PIERRÉ-CAPS, «Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ?» dans Alain DIECKHOFF (éd.), *La Constellation des appartenances : nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Presses de Sciences-Po, Paris 2004, pp. 371-383.

39 Ghislain OTIS, «Personnalité, territorialité, et gouvernance autochtone», *Cahiers du Droit*, Faculté de droit de l'Université Laval (Canada), vol. 47, 2006/4, p. 781-814. L'auteur, évoque l'expérimentation canadienne du principe d'autonomie personnelle comme solution complémentaire à celle du principe d'autonomie territoriale (laquelle aboutit à sanctuariser l'autochtone en l'enfermant dans son territoire).

Dans cette optique, notre système des statuts personnels (souvent tenu pour archaïque) pourrait bien s'avérer une piste intéressante pour l'avenir : puisque le défi est de respecter une appartenance voire même plusieurs appartenances à la fois tout en permettant à ces groupes minoritaires ou autochtones de coexister au sein de plus grands ensembles au contact de groupes de population majoritaires, tout en prévenant la tentation de domination des uns sur les autres.

Le système des statuts personnels fournira un recours utile chaque fois que le projet de société (et la citoyenneté calédonienne est de ceux-là) visera à faire cohabiter dans le respect de la dignité de chacun — c'est-à-dire dans le respect de sa différence, en s'écartant du principe majoritaire qui lamine les identités mal représentées en terme de suffrages — plusieurs Peuples au sein d'une même structure étatique.

L'Accord de Nouméa reconnaît à côté du Peuple Français un Peuple Kanak, et illustre un phénomène de pluri-appartenance en dessinant trois cercles concentriques d'appartenance, soit (du plus restreint au plus large) : le « statut coutumier kanak » ; la « citoyenneté néo-calédonienne » ; la citoyenneté ou nationalité française. Le Français de métropole ne relève que du dernier cercle ; le citoyen néo-calédonien de statut « civiliste » (ou de droit commun) appartient aux deux derniers cercles ; le citoyen néo-calédonien de statut coutumier kanak appartient aux trois à la fois.

Cette configuration se trouvera renforcée par le transfert des compétences législatives au Congrès de la Nouvelle-Calédonie en matière de droit civil et d'état civil, qui verra inévitablement apparaître trois statuts civils personnels recoupant ces trois cercles d'appartenance :

il en résultera l'apparition d'un statut civil néo-calédonien (droit commun calédonien ou statut « civiliste » néo-calédonien) à côté du statut civil coutumier kanak, et du statut civil métropolitain (droit commun-national ou statut « civiliste » métropolitain).

A cela il faut ajouter un cas particulier : celui des citoyens de statut personnel wallisien-futunien qui peuvent être citoyens néo-calédoniens sans être de statut « civiliste » néo-calédonien, puisqu'ils sont toujours, en dépit de leur installation en Nouvelle-Calédonie, des citoyens de statut coutumier wallisien-futunien.

La Nouvelle-Calédonie offre, ainsi, au travers de l'accord de Nouméa et des transferts progressifs de compétence, une application du principe d'autonomie territoriale, tout en approfondissant et en complexifiant, avec le concept de citoyenneté néo-calédonienne, son expérience du principe d'autonomie personnelle. Cela confirme que ces deux principes, loin de constituer les deux branches d'une alternative, peuvent (et devraient au contraire) se combiner, pour se conforter mutuellement.

Alors que conclure ?

D'abord, l'accord de Nouméa crée une dynamique qui dépasse le débat sur la seule reconnaissance du Peuple Kanak, pour embrasser les rapports entre toutes les composantes de cette société. Ce n'est pas seulement un contrat social qui validerait rétrospectivement l'entrée de populations venues d'ailleurs sur la terre des premiers occupants Kanak, c'est probablement autre chose : un exemple d'alliance qui se construit dans un processus à l'océanienne. La Nouvelle-Calédonie offre, à mesure que s'opèrent les transferts de compétence, une application du *principe d'autonomie territoriale*, tout en approfondissant et en complexifiant son expérience du principe d'autonomie personnelle, avec les concepts de *statut personnel* et de *citoyenneté néo-calédonienne*.

Cette expérience n'aurait pas de sens sans la reconnaissance d'une réalité qu'est le pluralisme culturel, qui impose de faire du Droit en se souciant d'ethnologie et en doutant toujours de l'efficacité des réponses que nous dicte notre propre culture de juristes formés à l'école occidentale – un peu imbus (il faut l'avouer) du droit des « Universités » et condescendants et à l'égard du droit que l'on disait autrefois « vulgaire ».

Ensuite, partout, les droits endogènes évoluent pour concilier des apports nouveaux avec un système, une philosophie, des références culturelles préexistantes.

C'est ainsi que se fabrique une culture. Elle se construit à partir de cette dialectique permanente entre « les catégories reçues et les contextes perçus » par les individus⁴⁰. L'identité se veut l'expression contemporaine de la liberté.

La Coutume que notre civilisation occidentale a voulu cantonner au passé « *si elle impose des cadres, n'empêche aucunement ces sociétés d'envisager de façon dynamique les changements, les adaptations, les mutations* » soulignent Paul de Deckker et Laurence Kuntz⁴¹ ; et malgré toutes ces adaptations elle demeure « coutume ». De la même façon, en Nouvelle-Calédonie, la propension est toujours forte (chez les tenants de l'assimilation et des conceptions évolutionnistes, si fortement représentés parmi les juristes) de voir dans des transformations superficielles les signes de changements de fond. Mais le pluralisme juridique existe — c'est une réalité — et lorsqu'il n'est pas reconnu par l'État, le droit de la minorité s'exprime autrement : ne serait-ce que par le déni de légitimité de « *l'Etat-juge* »⁴² et le recours à la « *stratégie d'évitement* ». C'est contre cela qu'a tenté de remédier

40 Marshall SAHLINS, *Au cœur des sociétés. Raison utilitaire et raison culturelle*, Gallimard, Paris, 1980, p. 105.

41 *La Bataille de la coutume ...op. cit.*, p. 41.

42 Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident, op. cit.*, p. 117. La justice institution est une invention de l'Occident : un élément de notre «culte de l'État» comme le montre Étienne LE ROY, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Dalloz, Paris, 2005, introduction, n°5.

l'Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers.

En définitive, il faut parier, moins sur les institutions que sur l'élément humain : le défi n'est pas de changer les lois mais de créer les conditions pour faire évoluer les consciences, d'arriver à se reconnaître mutuellement en exprimant son point de vue et ses valeurs sans chercher à convertir quiconque ; sans chercher à faire prédominer un héritage sur l'autre, car « *S'il y a un trait commun entre toutes les sociétés, c'est bien que chacune construit son propre univers mental, porteur de modèles fondamentaux et dispensateur de sens, qui révèlent à la fois la vision du monde visible et invisible de chacun de ses membres* »⁴³.

Ceci m'amène à considérer que la coutume demeure incontournable. Elle évoluera sûrement — c'est dans sa nature d'évoluer. Et parce que la coutume est réinvention et adaptation permanente, point n'est besoin de rechercher d'autre explication à l'attachement dont elle fait l'objet, et au symbole de résilience qu'elle incarne dans toutes les sociétés qui interrogent leur rapport au monde, et donc leur identité.

Permettez-moi enfin de citer le propos conclusif de mon livre : « *La coutume n'est pas ce soleil qui jetterait ses dernières fulgurances sur un monde kanak*

en voie d'extinction. La coutume vit et se renouvelle »⁴⁴. « *La notion de coutume prend de nos jours un sens nouveau. Loin de tout enfermement dans le passé, elle se pense comme un moyen d'affirmer et porter haut une identité. Alors que nos lois s'évertuent (souvent en vain) à traduire le vœu du législateur d'imposer son empreinte ; loin de toute agitation inutile, et parce qu'elle exprime la vie d'une société, la Coutume se voit et se vit comme un destin.* »⁴⁵

43 Michel ALLIOT, «Anthropologie et juridique», dans *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édités par Camille KUYU, Karthala, Paris, 2003, p. 287.

44 *La Coutume face à son destin*, p. 337.

45 *Ibid.*, p. 348.



CONFÉRENCE - DÉBAT

Case Eman

4 septembre 2010

DEUXIÈME PARTIE :

JURIDICTIONS COUTUMIÈRES MODE D'EMPLOI

*Vice-Président du Tribunal de Première Instance de Nouméa
en charge de la section détachée de Koné
Président de la Chambre coutumière de Nouméa*

Créées par l'ordonnance du 15 octobre 1982, puis renforcées par la création des sections détachées, les juridictions composées des assesseurs coutumiers ont vu leur fonction symbolique et réelle renforcée par les termes de la loi organique du 19 mars 2009, qui faisait écho aux accords de Matignon et de Nouméa.

Après une période embryonnaire, 10 ans à l'échelle du droit ne représente pas un grand espace temps, ces juridictions sont appelées à prendre leur essor, elles sont et seront amenées à rendre des décisions de plus en plus importantes, autant en termes qualitatif que quantitatif.

Dans ce contexte, chacun est légitime à s'interroger sur cet « objet juridique endémique », sur ses fondements et ses fonctionnements, tout comme sur sa production et ses sources : car la mise en œuvre des juridictions coutumières implique l'émergence d'un droit coutumier.

Mise en œuvre des juridictions coutumières:

Avant d'examiner la production de ces juridictions, il convient de s'interroger sur leur apparition dans l'univers juridique local, et sur leur fonctionnement: si celles-ci constituent aujourd'hui des juridictions à part entière, elles restent entièrement à part, dans l'univers judiciaire français.

Des juridictions à part entière

L'apparition de ces juridictions dans notre organisation juridique ne peut se comprendre que par quelques rappels historiques, qui permettront en particulier de comprendre que les droits du peuple autochtone sont peu à peu passés d'une ignorance totale à la reconnaissance.

Une ignorance totale : De la prise de possession à l'organisation coloniale.

Avant la colonisation française, les Kanak occupaient le territoire et vivaient sous le régime d'un ensemble de principes de codes de vie que le colonisateur baptisa « coutume » lors de la prise de possession. La coutume constitue le fondement du lien social mélanésien à l'instar des autres sociétés océaniques. Elle désigne le code oral qui régit la société kanak.

La prise de possession s'accompagna de différents mouvements de protestations de la part des kanak, dont les plus célèbres sont la révolte d'Ataï et la révolte de 1917. Après cette phase d'occupation grégaire, l'état français a peu à peu organisé le statut des autochtones, la conception et la mise en application du code de l'indigénat n'étant que la partie la plus importante de cette uniformisation des colonies, dont un des corollaires était le statut personnel kanak qui fut reconnu par un arrêt du tribunal supérieur d'appel de Nouméa du 28 février 1920 puis complété par différents textes dont en particulier les constitutions de 1946 puis de 1958.

Le « code de l'indigénat » qui en fait n'est pas un code mais plutôt un ensemble de textes rédigés à la fin du XIX^{ème} siècle, créait un cadre dérogatoire du droit commun pour ceux que l'on appelait à l'époque les « indigènes ». Ces textes organisaient ce que Dominique SCHNAPPER a appelé une « *nationalité sans citoyenneté* »,

soit une catégorie de sujets de la République, astreints à un ensemble d'infractions spécifiques, dont le traitement était différent, cette justice répressive étant exercée par l'autorité administrative.

Dans le même sens, la puissance publique a réorganisé l'espace géographique, regroupé les Kanak dans des villages, parfois loin de leurs terres d'origine, les spoliations sur la grande terre ayant facilité ces migrations. Celle-ci a en outre créé les chefferies administratives, confiant aux chefs des pouvoirs de coercition et une responsabilité collective de la tribu. Enfin l'état civil coutumier, qui a permis de recenser les populations a été mis en œuvre et les terres de réserve ont été instituées.

Le mode de vie des Kanak, s'est donc trouvé peu à peu modifié, altéré par ces mutations. Des phénomènes de rupture dans les transmissions se sont mis à jour, l'acculturation et la déculturation ont fait leur apparition, entraînant des pertes de sens ou de valeurs : La « paix blanche » a initié des processus d'ethnocide.

Ainsi durant quasiment un siècle la colonisation imposée aux populations kanak a nié toute reconnaissance de leur culture et de leurs droits, ce qui faisait dire au grand chef NAISSELINE « *Pour les peuples d'Océanie, c'est le don qui est prétexte à relations et non le contraire... C'est en donnant sans rien attendre des autres peuples que l'Occident a pu dominer le monde.* »

La seconde guerre mondiale avec l'arrivée des américains, puis le boom du nickel et les conséquences du mouvement de mai 1968 ont créé les conditions pour une nouvelle émergence des revendications du monde kanak, ce mouvement aboutissant à ce que d'aucuns appellent les « événements », qui mobilisèrent la décennie des années 80, pour aboutir à la signature des accords de Matignon et d'Oudinot qui ont consacré la reconnaissance des droits du peuple autochtone et la nécessaire mise en œuvre d'outils adaptés à cette reconnaissance.

La reconnaissance de l'identité kanak

« Jusqu'en 1982 et dans une certaine mesure jusqu'en 1990 les juridictions calédoniennes n'ont pas appliqué le droit des sujets de statut personnel kanak, ce droit coutumier étant oral et donc quasiment impossible à connaître » soulignait M. CHAUVIN dans un rapport auprès de la Cour de Cassation en date du 1^{er} avril 2006.

Comme le précisait ce magistrat, soit les plaideurs saisissaient l'autorité coutumière, qui ne constituait en aucune façon une juridiction de droit local, soit ils saisissaient la juridiction étatique, qui faute de connaître le droit coutumier, soit se déclarait incompétente, soit appliquait le droit civil à la demande des parties, ou parce que le défendeur ne soulevait pas l'incompétence du tribunal, ce sans s'interroger sur le renoncement par les parties à leur statut personnel, en dépit des dispositions de l'article 75 de la constitu-

tion, qui précise rappelons le que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun(...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. ».

L'ordonnance du 15 octobre 1982 a créé le principe des juridictions coutumières, en instituant les assesseurs coutumiers et en précisant que ces juridictions devaient statuer dans les litiges opposant les personnes relevant du statut particulier.

La loi du 13 juin 1989 modifiant l'organisation judiciaire en Nouvelle Calédonie a doté le tribunal de première instance de Nouméa de deux sections détachées, l'une à Kone et l'autre à Lifou, et a conféré une compétence générale aux juges des sections détachées en matière civile et pénale.

Ainsi comme le soulignait R. LAFARGUE « *en faisant des sections détachées de véritables juridictions de proximité, cette loi rendait pour la première fois accessible la justice de la République aux Kanak et réactivait l'ordonnance du 15 octobre 1982* ».

Mais la pierre d'angle de cette construction juridique a été apportée par la loi organique du 19 mars 1999 qui a précisé les dispositions de l'ordonnance de 1982, et plus particulièrement l'article 7 de cette loi qui expose: **les personnes dont le statut personnel au sens de l'article 75 de la constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.**

En outre l'article 19 de la même loi précisait « la juridiction civile est seule compétente pour connaître des litiges et requête relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi ».

Enfin la Cour de Cassation a eu l'occasion à plusieurs reprises de définir les contours de la loi et de préciser plusieurs points :

Dans un avis rendu le 16 décembre 2005, celle-ci a précisé le champ d'application des dispositions prévues par la loi, exposant « *il résulte de l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil par leurs coutumes... En conséquence, en application de l'article 19 de la loi, lorsqu'elle statue en matière d'assistance éducative à l'égard de parents et d'enfants de statut civil coutumier kanak, la juridiction civile de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers.* »

En complément de cette décision, la Cour dans un avis rendu le 15 janvier 2007 a précisé que « *la juridiction pénale était incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak* », renvoyant ainsi l'examen des demandes de réparation civile, après une condamnation pénale, devant les juridictions civiles composées des assesseurs coutumiers.

Enfin, précédemment la Cour avait clairement délimité le champ d'application de la coutume en matière pénale

dans une décision en date du 10 octobre 2000, en précisant qu'« *aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut coutumier. L'état reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public et de garanties des libertés publiques.* »

Dès lors au regard de ces éléments, le domaine de compétence des juridictions coutumières défini par la loi a peu à peu été précisé, affiné par la Cour de cassation. Ainsi l'article 7 de la loi organique fondé sur l'existence de deux statuts civils d'égale valeur, affirme s'agissant des personnes de statut coutumier, que seul le droit coutumier peut régir leurs rapports de nature civile.

Cette disposition, tout en réaffirmant le rejet d'un statut pénal dérogatoire, pose le principe de la plénitude de compétence de la norme coutumière pour régir au delà du droit des personnes l'ensemble des rapports de droit privé.

Autrement dit, la juridiction appelée à trancher un litige civil opposant des parties relevant du statut de droit coutumier, doit être composée des assesseurs coutumiers et doit appliquer les principes de la coutume pour trancher le litige dont elle est saisie.

Si ces tribunaux, créés par le législateur, sont des juridictions à part entière, leur origine, la matière qu'elles traitent et leurs fondements en font des juridictions particulières et dont il convient maintenant d'examiner la spécificité.

Des juridictions entièrement à part

Issues des dispositions de l'accord de Nouméa, ces juridictions sont donc marquées par le poids de l'histoire et répondent au souhait d'ouvrir selon l'article 4 de ce texte « *une nouvelle étape marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak* ».

Une nouvelle étape

Pour parvenir à répondre aux objectifs de la loi organique et du mouvement initié par les accords, ces juridictions sont dotées de mécanismes particuliers : en effet, elles fonctionnent en échelonnement. Elles sont donc composées d'un juge professionnel, occidental et de représentants des autorités coutumières.

Le corollaire de cette situation réside dans le fait que ces juridictions prononcent des décisions en application des principes issus de la coutume et ce, même quand les parties renoncent d'un commun accord à la présence des assesseurs coutumiers, en application des dispositions de l'article L562.24 du code de l'organisation judiciaire.

Ainsi le principe posé par l'article 7 de la loi organique qui affirme la généralité de compétence de la coutume pour tout ce qui touche les rapports de nature civile, n'est que la conséquence logique de l'égalité proclamée entre les deux statuts. L'article 7 et le principe d'égalité qui le sous-tend, interdisent de considérer le Droit Civil comme la norme de principe applicable à tous et le droit coutumier comme une norme cantonnée à certains domaines.

Pour R. LAFARGUE, « *notre code civil a cessé d'être le droit commun applicable à tous l'article 7 ramène le droit civil à n'être lui aussi qu'une norme catégorielle applicable à une seule catégorie de citoyens; les citoyens de statut civiliste, comme on dit coutumier pour les autres.* »

Enfin il précise « *ce rappel des principes interdit au juge de procéder par référence aux valeurs incarnées par le code civil à une appréciation de ce qui dans le droit coutumier mérite ou non considération. Procéder à partir d'un a priori de la sorte reviendrait à nier l'existence de la coutume.* »

la pleine reconnaissance de l'identité kanak

Il convient dès lors de s'interroger sur la pratique de ces juridictions qui oblige le juge occidental à travailler en commun avec des assesseurs afin de trancher un litige, alors même que la décision doit être rendue en application de principes issus de la coutume que le juge ne connaît ab initio en aucune façon... Situation qui n'est pas le moindre des paradoxes.

Ainsi en est-il par exemple de la demande de dissolution des liens du mariage ou de la garde d'un enfant naturel. Dans ce cas par exemple, en fonction de quel principe le tribunal va-t-il attribuer la garde de l'enfant au père ou à la mère ? Tenté de se référer aux principes du droit commun, le juge occidental souhaitera confier l'enfant à la mère, surtout si celui-ci est extrêmement jeune.

Or si cet enfant a fait l'objet d'une reconnaissance paternelle et que de plus des gestes ont été échangés entre clans afin de « réserver » l'enfant, ce dernier, en application des principes coutumiers « appartient » au clan du père.

Ce principe signifie que la place coutumière de celui-ci se trouve chez les paternels. Dès lors, le risque est grand si le tribunal confie l'enfant à sa mère, de le faire grandir en un lieu où il n'a pas de place. Une fois adulte, celui-ci risque d'être chassé du clan maternel et ne pourra probablement pas aller vivre chez les paternels, faute de n'avoir pas été « nourri par eux ».

Si de surcroît la place de cet enfant se trouve dans un clan particulier, comme celui d'une chefferie, ou de terriens, cette orientation peut avoir de graves conséquences sur l'ordre public coutumier dans l'avenir.

L'évocation de ce principe que l'on pourrait qualifier « d'appartenance au clan », éclaire la situation et permet de comprendre que dans la coutume, des équilibres sociaux existent, et que le simple fait de perturber ces équilibres peut être lourd de conséquences, cependant les juridictions coutumières doivent s'adapter.

Cet exemple pose la question de l'office du juge, du sens de la décision rendue et donc de son acceptation par les parties. En d'autres termes, dans le contexte culturel kanak, il est préférable que la décision judiciaire soit comprise par les individus et le groupe afin de pouvoir être acceptée, sinon il y a tout lieu de craindre que celle-ci ne sera pas respectée, étant incomprise par les parties.

Le juge occidental qui siège dans ce type de juridiction doit donc se méfier de l'ethnocentrisme dont il est nécessairement empreint. A l'opposé, il doit tenter d'utiliser des outils ethnographiques afin de comprendre les mécanismes en jeu pour pouvoir prendre une décision éclairée et comprendre les raisons qui poussent les assesseurs à choisir telle solution plutôt que telle autre. Il doit en quelque sorte prendre en compte un ordre public local de conception et d'essence différent de ses valeurs habituelles, qui évoque plus l'opposition entre la société et l'état évoquée par Pierre CLASTRES.

Cet exercice nécessite donc de la part du juge non seulement l'abandon de ses réflexes et habitudes professionnels, mais surtout une plongée dans l'univers coutumier, une acceptation du fonctionnement de cet univers qui lui permette de devenir un juge coutumier et non un juge de la coutume.

Parallèlement, le fonctionnement de ces juridictions impose aux assesseurs une gymnastique intellectuelle inhabituelle: ceux-ci sont en effet condamnés à énoncer une règle de droit, des principes et à les décliner au cas d'espèce qui leur est soumis. Or cette pratique est quasiment antinomique à la coutume : les principes qui président le fonctionnement coutumier ne sont pas conçus pour être posés sur la place publique, disséqués ou détaillés comme ce peut être le cas dans un jugement qui énonce un principe de droit. En témoignent les propos tenus par le grand chef NAISSELINE

quand il expliquait que « *la parole coutumière est celle que la chefferie, le clan, la tribu s'adressent à eux mêmes. Ce n'est pas une parole destinée à être communiquée à l'extérieur* ».

Au sein de la juridiction coutumière cette parole sacrée doit être justement posée, explicitée, éventuellement débattue, puis écrite et ainsi rendue publique.

Révolution dans les pensées de ces juges, professionnels ou assesseurs, nécessaire choc culturel frontal pourrait on dire. De ces confrontations doit surgir une décision qui tranche un litige entre des parties, qui se trouve à la croisée des chemins et, sur la nature de laquelle il convient de s'interroger.

L'apparition d'un droit coutumier

La mise en œuvre, la généralisation des décisions coutumières, pose la question du « droit coutumier », en effet comme l'avance Régis LAFARGUE « *en une décennie la Cour de Cassation et le législateur ont fait du droit coutumier mélanésien un droit s'intégrant dans le système juridique français sans avoir à renier sa spécificité* »

De la coutume aux palais de justice: apparition d'un droit coutumier

Les juridictions composées des assesseurs coutumiers produisent une matière unique sur le territoire national qui représente les bases du droit coutumier.

Production des juridictions coutumières

En la forme, les juridictions de droit commun composées des assesseurs coutumiers se répartissent aujourd'hui sur le territoire dans les deux sections détachées de Lifou et Koné, et à Nouméa où depuis deux ans, une chambre coutumière a été mise en place qui centralise toutes les affaires mettant en cause des parties de statut civil coutumier.

Par ailleurs le code de procédure civile applicable en Nouvelle-Calédonie pose le principe de l'oralité des débats devant ces juridictions : en dehors de la requête qui saisit le tribunal, les parties ne sont pas astreintes à déposer des écritures.

Ces juridictions interviennent dans diverses matières dont en particulier le droit de la famille, les problèmes fonciers, la dévolution successorale, l'assistance éducative, ou encore l'indemnisation des victimes d'infractions pénales.

Le volume des décisions rendues n'est pas négligeable ; à titre d'exemple, pour l'année 2009 la juridiction de Nouméa a rendu une centaine de décisions, toutes matières confondues.

Sur le fond, ces juridictions se prononcent régulièrement sur les « correspondances » pouvant exister entre des notions définies par le droit commun et les réalités coutumières.

Ainsi, s'agissant de l'autorité parentale, le tribunal a eu l'occasion de préciser : « *il convient de préciser que cette notion correspond à une réalité du mode de vie kanak, en ce que les parents, en ce compris les paternels et les utérins,*

participent conjointement de façon habituelle à l'éducation des enfants et aux choix importants pour leur avenir... Dès lors il convient de faire droit à la demande et de dire que l'autorité parentale sera exercée de façon conjointe par les parents, en collaboration avec les clans. »

De même à propos de la notion de la délégation d'autorité parentale, le tribunal évoque la situation en ces termes : *« La notion de délégation d'autorité parentale existe dans la coutume en ce que les parents biologiques d'un enfant peuvent confier celui-ci à un membre de la famille ou à un tiers. Elle nécessite un consensus et un accord pour que l'enfant soit confié. La notion de délégation d'autorité parentale se distingue de l'adoption coutumière, en ce que les parents restent dans ce cas responsables de l'enfant. Dans la coutume, le don d'enfant correspond à l'adoption, tandis que la garde d'un enfant correspond à la délégation d'autorité parentale. »*

En agissant de la sorte, les juridictions composées des assesseurs coutumiers se livrent à un travail d'anthropologie juridique, tendant à établir des ponts, des points de rencontre entre la logique du droit commun et le mode de vie coutumier, la réalité sociologique du monde kanak. Ce faisant elles renvoient les parties aux principes et réalités qui fondent leur statut, dans une démarche qui fait sens pour ces dernières, dans le même temps, elles permettent l'émergence d'un droit coutumier.

Une matière unique

Ces décisions sont nécessairement différentes de celles rendues par les juridictions de droit commun, en ce que si elles adoptent le syllogisme juridique, étant rédigées en collaboration par les assesseurs et un magistrat professionnel, à l'opposé elles plongent leurs racines dans les principes de la coutume.

En effet, toute tentative de la part du juge occidental de recourir à un procédé d'éviction, soit le recours à un droit supplétif, ou d'évitement du droit autochtone, soit l'option de législation, est prohibé. Car le juge coutumier exerce une activité normative fondée sur l'appréciation non pas du juste et du bon, mais du possible, en fonction d'héritages juridiques disparates.

Ainsi le tribunal a eu l'occasion dans une espèce particulière de rappeler des principes et dégager une solution adaptée à la situation, de façon totalement prétorienne :

« Les époux sont mariés coutumièrement et en conséquence la procédure engagée par (...) obéit aux règles de la coutume, en application de l'article 7 de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 et des articles 40 et suivants de la délibération n°424 du 3 avril 1967 ».

L'article 44 de cette délibération prévoit que *« la déclaration de dissolution du mariage devra en être faite... dans les conditions prévues pour le mariage »*. Il affirme plus précisément en son alinéa 1, que *« la dissolution du mariage est régie par la coutume. Afin de res-*

pecter le parallélisme des formes et des compétences en ce domaine, il appartient aux clans des époux de décider ensemble de défaire le mariage qu'ils ont formé. Ce n'est qu'en cas de refus des clans de s'accorder sur la dissolution que la juridiction coutumière devra se prononcer. »

Ce rappel des éléments de droit précède l'évocation d'une situation propre au cas d'espèce :

« Or (...) avance que le mariage n'est pas « coutumier », en ce qu'aucun geste n'a été réalisé au moment de la célébration, ni à la naissance des enfants. Elle ajoute que son époux et elle même sont issus du même clan.

En l'espèce, le tribunal, composé des assesseurs coutumiers issus du district d'origine des parties, ne peut que confirmer les éléments avancés par la demanderesse, à savoir que le mariage dont s'agit n'a pas été « porté par les clans », qui n'ont pas été associés.

De plus ce mariage ne pouvait être célébré coutumièrement, car les époux sont tous deux issus du même clan et sont donc tous les deux « du même côté du tas d'ignames ». Ces éléments impliquent donc que ce mariage ne peut exister en l'état.

Dans ces conditions le tribunal ne peut que constater que la situation administrative soumise à son appréciation ne correspond à aucune réalité coutumière, en effet si les parties sont mariées au terme d'un acte de mariage

établi par l'officier de l'état civil coutumier de KOUAOUA, il n'en reste pas moins que ce mariage a été célébré en dehors des clans, et ne nécessite donc pas l'avis de ceux-ci, pour être dissout.

En conséquence il convient de prononcer la dissolution de ce mariage. »

Les jugements rendus par ces juridictions mettent donc en œuvre ce qu'il convient d'appeler un droit coutumier, qui, par nature n'est pas le droit commun, mais qui n'est plus la coutume, et relève plutôt de ce que R. LAFARGUE appelle la « coutume judiciaire ».

La lecture de la motivation ci-dessus démontre que fondées sur des principes coutumiers, ces décisions constituent un corpus jurisprudentiel à part, fondées sur « du possible, en fonction d'héritages juridiques disparates ».

En effet dès qu'elle est écrite, la coutume perd ses propriétés, elle devient en quelque sorte figée par le texte, il semble pour utiliser une image qu'elle soit en quelque sorte soluble dans l'écrit.

De plus ces juridictions sont sommées de répondre à des questions du quotidien, face auxquelles la coutume n'a pas à trancher, du moins de la même façon. Saisi d'un litige le juge doit obligatoirement répondre, il ne peut éviter la question, la différer. Ainsi un droit coutumier émerge peu à peu de ce corpus de décisions qui reste exceptionnel dans l'environnement juridique français.

Le droit coutumier, une matière qui garde sa spécificité

La particularité du droit coutumier réside dans le fait que celui-ci est basé sur des principes oraux, et non des textes. Les sources de celui-ci ne relèvent donc pas d'une codification mais proviennent de la coutume décrite et expliquée par les assesseurs dans l'alchimie de l'audience.

La question de la codification

Aujourd'hui, comme par le passé d'aucuns appellent de leurs vœux la rédaction d'un code de la coutume, ou d'un code coutumier.

Sur ce point, comme le souligne Étienne CORNUT, la codification, outre le fait qu'elle pose la question de la légitimité du ou des rédacteurs, implique à terme la fin des juridictions coutumières, et plus loin de la coutume.

En effet, comme le souligne cet auteur, les assesseurs coutumiers ayant été institués en raison du caractère très complexe des coutumes, de leur oralité, de leur accès difficile pour les magistrats, dès lors que ces derniers disposeront d'un corpus de règles coutumières, il n'auront plus besoin de ces relais vers le monde kanak et ses prescrits.

En outre ce procédé entraînera la création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume et dépossèdera donc celle-ci de juridicité. À l'opposé un droit coutumier issu de la collaboration entre les juges étatiques et les assesseurs coutumiers peut émerger.

Ce droit jurisprudentiel inspiré des normes traditionnelles, mais nécessairement modernisé puisque réapproprié par les juridictions qui l'élaborent, représente une reconstruction jurisprudentielle du droit traditionnel.

Or ce droit apparaît comme réellement tributaire de la coutume, à défaut d'en être le reflet parfait, et la rédaction d'un code coutumier pourrait tarir cette source créatrice du droit.

Le débat entre coutume judiciaire et codification est donc ouvert et mérite que l'on s'y penche, car l'avenir des juridictions coutumières dépend des orientations qui seront prises en la matière.

Un droit issu de l'alchimie de l'audience

Le droit coutumier est de plus en plus confronté à des enjeux, liés en particulier de l'évolution sociétale : Ainsi en est-il de la prise en compte des victimes par ces juridictions en application de la jurisprudence récente de la Cour de Cassation, ou encore de l'évolution du mariage et de la dissolution des liens du mariage et de ses conséquences.

En application de la jurisprudence récente de la cour de cassation, la juridiction composée des assesseurs coutumiers a eu l'occasion à plusieurs reprises de se prononcer et d'affirmer que l'indemnisation du préjudice de la victime comprend la « coutume de pardon ».

L'intégration de cette pratique sociale démontre le pragmatisme de ces juridictions qui évoluent entre les logiques du droit commun et celle de la coutume, et prennent en compte les valeurs coutumières.

Ainsi le tribunal a précisé la portée de la coutume de pardon dans la prise en compte du préjudice de la victime, dans un attendu de principe :

« Le principe de réparation d'un dommage, personnel ou matériel, résultant d'un fait volontaire ou non, commis par une personne de statut coutumier kanak est admis dans les relations coutumières. Cette réparation a pour objectif de maintenir ou de rétablir les relations sociales coutumières rompues par un acte commis en violation des obligations coutumières de prudence et de respect, admises et reconnues.

La réparation se concrétise par un geste symbolique dit : « la coutume de pardon », par lequel l'auteur de l'acte reconnaît sa responsabilité. Ce préalable symbolique est indispensable mais, parfois, insuffisant à rétablir la victime dans ses droits et à indemniser le préjudice qu'elle a subi.

Les modalités d'indemnisation doivent donc s'adapter pour répondre aux nécessités de la société actuelle, qui impose au monde kanak une certaine monétarisation des échanges. »

S'agissant de la dissolution des liens du mariage, cette juridiction est régulièrement amenée à composer avec les réalités sociales locales et l'évolution du mode de vie des Kanak, afin d'adapter les principes coutumiers à ces situations.

Celle-ci a pu, en cas de séparation des parents, affirmer la primauté du principe d'appartenance des enfants au clan du père évoqué précédemment, mais confier dans un premier temps les enfants à la mère, compte tenu de leur jeune âge, invitant les parties à saisir ultérieurement la juridiction, pour une modification de cette organisation afin que les enfants puissent grandir ensuite dans le clan de leur père.

Ainsi à titre d'exemple le tribunal souligne cette dualité en ces termes :

« Les enfants du couple X ne sont pas des enfants ordinaires, traditionnellement, il ne peuvent vivre ailleurs que dans la chefferie, ils doivent être avec leurs papas dans la chefferie, car ils appartiennent à la chefferie de X et plus tard il faut que l'apprentissage coutumier se fasse, il faut qu'ils apprennent la coutume, ce que seuls les clans vont pouvoir faire. Les anciens ont pour habitude de dire si un cocotier est tordu, il est difficile de le redresser après ». L'épouse du grand chef a donc un devoir envers la chefferie à propos des enfants. En effet les valeurs coutumières doivent être transmises par le grand chef de génération en génération, et ce tout le temps de l'enfance. Dès lors si les enfants ne sont pas dans la chefferie il ne peuvent apprendre ces valeurs. Traditionnellement, il faut qu'ils dorment et vivent à la chefferie, car ces enfants sont à part dans la coutume. De plus l'aîné et le second sont égaux et peuvent tous deux hériter de la chefferie. Les assessseurs, garants de la coutume, tiennent à souligner ces principes, et la nécessité d'être en cohérence avec ces principes.

Le tribunal considère donc qu'il lui appartiendra de trouver un compromis entre les impératifs coutumiers et la demande de la mère de garder les enfants à son domicile, afin de préserver l'avenir des enfants. »

La souplesse de la coutume, permet ainsi une adaptation des décisions aux cas d'espèce, et à l'évolution sociétale, qui ferait pâlir bon nombre de juristes.

Le tribunal composé des assesseurs coutumiers sera probablement saisi de questions ayant trait à d'autres situations et devra, là encore apporter des réponses aux litiges qui lui seront soumis, mais ces décisions pourront être lourdes de conséquences pour l'avenir.

Enfin la connaissance par les justiciables de l'existence de ces juridictions permettra peut être d'apporter des réponses en aval à des conflits et éviter la commission d'infractions, en particulier dans les nombreux litiges foncier et les conflits qui ont trait à ces litiges.

Ces conflits qui apparaissent régulièrement sur le territoire à propos des terres, aboutissent à des expulsions, des dégradations ou encore des violences. Dans ce cadre, le recours aux juridictions composées d'assesseurs coutumiers pourrait peut-être permettre d'éviter la comparution des parties devant les juridictions correctionnelles, d'autant que souvent dans cette hypothèse, les prévenus ont agi sous injonction des autorités coutumières pour chasser les auteurs de trouble et ne comprennent pas ces poursuites.

Il est donc nécessaire que les populations investissent ces juridictions afin de nourrir la dynamique fondée sur le contact du magistrat avec le « terrain, son dialogue avec ses assesseurs, sa connaissance et son attachement pour le pays lui même » évoquée par Régis LAFFARGUE à propos des sections détachées.

L'enjeu des juridictions coutumières est donc d'arriver à gagner la confiance du public, à être connues pour et par leurs décisions.

Cet enjeu a été perçu par Régis LAFFARGUE lorsqu'il expose « *si en Nouvelle-Calédonie il s'agit de respecter l'identité kanak, cela ne signifie plus le simple maintien résigné des institutions autochtones, c'est l'affirmation du droit qu'a cette société de se construire une identité propre, différente de la notre. Ce n'est ni l'enfermement dans le passéisme que d'aucuns y voient, ni le mimétisme. C'est l'élaboration d'une voie propre telle que la définissait Jean-Marie TJIBAOU :*

« le retour à la tradition c'est un mythe (...) aucun peuple ne l'a jamais vécu. La recherche de l'identité, le modèle, pour moi, il est devant soi, jamais en arrière. C'est une reformulation permanente. Notre lutte actuelle c'est de pouvoir mettre le plus possible d'éléments appartenant à notre passé, à notre culture, dans la construction du modèle de l'homme et de société que nous voulons pour l'édification de la Cité (...) Notre identité, elle est devant nous ».

Leslie Gobbille

DISCOURS DE CLÔTURE

Je tiens à adresser mes remerciements à nos deux conférenciers, Régis Lafargue et Pierre Frézet, pour avoir bousculé aujourd'hui nos esprits, nos limites, nos représentations et nos certitudes ; et pour avoir nourri notre soif d'interrogation, de réflexion, d'ouverture et de co-construction.

Un grand merci également à Sonia Togna et à l'équipe du Centre Culturel Tjibaou, sans qui cet événement n'aurait pas été le même, et qui nous ont accueillis dans ce lieu mythique avec chaleur et professionnalisme.

Un élan tout particulier envers l'équipe de la commission transculturalité, en les personnes de Jean-Pierre Deteix, Jean-Paul Caillard, Julie Dirheimer, Jean-Brice Herrenschmidt, Jeannette Bolé, Sylvain Barfety, Joséphine Lemaire et Jemma Lala. Tous se sont saisis de ce projet qui me tenait à cœur, l'ont porté, y ont investi leurs neurones, leur temps (pourtant précieux pour certains) et leur belle énergie. Merci pour ça, j'espère que je ne vous ai pas épuisés car l'aventure continue !

Après Transculturalité et Justice, nous verrons poindre Transculturalité

et Travail, Transculturalité & soin, Transculturalité & Art...

Une pensée émue également pour Elie Poigoune et tous « nos vieux » de la LDH-NC (Jean-Paul, Jean-Pierre, Maryvonne, Gérard), pour toute la confiance et le soutien qu'ils accordent à la jeunesse bouillonnante et impétueuse qui les a rejoint ces dernières années. Merci à vous de nous montrer le chemin...

Je terminerai par une citation, qui est devenue mon credo mais qui, je suppose, ne parlera pas qu'à moi :

« Chacun de nous, à un moment donné, qu'il ait appartenu ou non à un pays colonisé, a été confronté à la nécessité de se « décoloniser », a été forcé de ne pas accepter comme un fait accompli son engoulement dans la gueule de la puissance »

Hélé Béji, *Nous décolonisés*.

Merci enfin à vous tous ici, pour être venus aujourd'hui réfléchir avec nous au-delà des normes, des évidences et des principes qui viennent parfois écraser la créativité et la liberté d'esprit contenues en chacun de nous.



**CONFÉRENCE -
DÉBAT**
Case Eman
4 septembre 2010

**LIGUE des DROITS
de L'HOMME
et du CITOYEN
NOUVELLE-CALÉDONIE**



La richesse de la LDH-NC,
ce sont des femmes, des hommes,
qui agissent au quotidien pour faire
vivre l'universalité et l'indivisibilité
des droits et pour assurer leur effec-
tivité pour tous, sans discrimination,
sans exclusion, partout dans le Pays.



www.ldh-france.org

Membre de la
fidh

www.fidh.org

Pour contacter la LDH-NC :
tél. 74 16 72
BP 18197- 98857 NOUMÉA CEDEX
Courriel : ldhnc@lagoon.nc

**Conférence-débat
du 4 septembre
2010**

TRANSCULTURALITÉ et JUSTICE

INTERVENANTS :

La coutume a-t-elle un avenir ?
Régis Lafargue

Présentation
des juridictions coutumières
Pierre Frézet

*Il est possible de concevoir
un monde commun plus respectueux
des identités individuelles et collectives*
R. Lafargue

**La commission Transculturalité
de la LDH-NC vous convie à participer
à sa première journée de réflexion,
de conférences et de débats, dans la
case Eman du Centre Culturel Tjibaou.**

LDH-NC

BP 18197- 98857 NOUMÉA CEDEX

ldhnc@lagoon.nc