

« 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 *structurellement* nous demeurons, nous Occidentaux, aussi traditionnels, aussi conservateurs que le reste de l'humanité » Pierre LEGENDRE<sup>1</sup>.

Maison de la Nouvelle-Calédonie Conférence du 28 juin 2012

## LA COUTUME EN NOUVELLE-CALEDONIE : LE DROIT D'ETRE SOI-MEME

Par Régis Lafargue, Juriste anthropologue

Avant tout chose, je souhaiterais remercier Anne Pitoiset qui m'a accompagné dans la rédaction du Livret « le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie » qui est présenté aujourd'hui.

Ce livret aurait pu, tout aussi bien, s'intituler « droit coutumier kanak » : car sur cette terre d'Océanie, il existe deux familles de droit coutumier avec aux côtés du droit kanak, le droit coutumier wallisien-futunien.

En effet, il y a trois groupes de population en Nouvelle-Calédonie : les 110.000 citoyens de statut de droit commun (leur loi est celle du Code civil) ; 90.000 citoyens de « statut civil coutumier kanak » (c'est le Peuple Premier de la Nouvelle-Calédonie, leur loi personnelle est la coutume kanak), et 20.000 à 30.000 citoyens de statut « particulier » wallisien futunien vivant hors du *fenua* (le pays des ancêtres) mais organisés en Nouvelle-Calédonie conformément aux règles de leur communauté<sup>2</sup>, même si rien n'est fait pour permettre l'expression de leurs normes et si l'inertie ou l'indifférence institutionnelle joue en faveur de la non visibilité de cet étrange phénomène. En effet, quelle étrangeté que de voir des gens qui ont une identité en principe constitutionnellement protégée mais régulièrement bannie de l'espace public afin d'en faire des sortes de citoyens de droit commun.

Je le souligne, car c'était cela la situation de la coutume kanak il y a 30 ans, en 1982 lorsque fut promulguée l'ordonnance instituant des assesseurs coutumiers<sup>3</sup>.

En 30 ans, certes du chemin a été parcouru, **mais avec quelle lenteur !!**

Et pourquoi cette lenteur, pourquoi cette inertie ? Elle résulte semble-t-il d'un tiraillement entre les objectifs assignés par les accords de Matignon et l'Accord de Nouméa et ce qui semble être de la nostalgie. La nostalgie d'une période révolue : une époque où les Kanak n'invoquaient pas leur singularité, pas plus qu'ils ne saisissaient le juge étatique pour régler leurs différends civils. Une époque où le droit « commun » avait le monopole de l'espace public, à défaut d'avoir le monopole de la normativité. Une époque où les Kanak vivaient dans leurs réserves en ne revendiquant rien d'autre que le droit d'avoir la paix chez soi et de pouvoir vivre sur leurs terres ancestrales.

<sup>1</sup> Pierre LEGENDRE, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident*, Mille et Une Nuits, Paris, 2004, p. 45-46.

<sup>2</sup> Malia Sosefo DROUET-MANUFEKAI (dir.), *Tavaka. Lanu'imoana – mémoires de voyages*, ADCK/Tavaka, Nouméa, 2009, 213 pp.

<sup>3</sup> Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982.

Aujourd'hui, les Kanak sont des citoyens Français relevant d'un Peuple Premier, si l'on en croit la *Déclaration des droits des peuples autochtones* de 2007 signée par la France. Un peuple qui pourrait relever de la *convention de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux*<sup>4</sup> si la France y avait adhéré.

Les Kanak sont dotés d'un statut personnel garanti constitutionnellement : ils sont nos concitoyens égaux en droits, mais ils ne sont pas des sujets de droit du code civil mais des sujets de la Coutume comme l'a rappelé la Cour de Cassation dans deux avis de 2005 et de 2007.

Ils sont donc des nationaux Français à part, relevant même d'une citoyenneté particulière, la citoyenneté calédonienne.

Pour en revenir au droit coutumier qui constitue le droit civil des citoyens de statut coutumier kanak, sa mise en œuvre concrète se heurte toujours à trois obstacles cumulatifs : un défaut de visibilité, lequel alimente toujours chez certains juristes le doute soigneusement entretenu sur un défaut de légitimité, le tout couronné par l'incapacité de nos institutions à assurer la transmission du savoir en cette matière.

Certes il existe des assesseurs coutumiers pour expliquer au magistrat professionnel ce que Coutume veut dire et ce que cela recouvre exactement – mais cela suffit-il toujours ?

Cela répond au premier défi : rendre la coutume visible en la faisant entrer dans les enceintes judiciaires. Mais ne résout pas les deux autres obstacles évoqués plus haut : d'abord, la suspicion quant à la légitimité du droit coutumier – ne parle-t-on pas à mi mots de « l'intégrisme de la coutume », chez les intégristes du code civil ? Et surtout cela ne résout pas le second obstacle : celui de la transmission du savoir mise à mal par une gestion des personnels qui ne tient pas compte de ce que la Nouvelle-Calédonie comporte deux composantes majeures qui font du droit civil la loi d'une seule communauté à peine majoritaire par rapport à celle de la coutume, qui j'y insiste représente le loi civile de l'autre communauté.

Mais pour nous en tenir à la question de la visibilité du droit coutumier, c'est de cet objectif que participe ce livret. Son objet n'est pas de tout expliquer mais de fournir quelques éléments de départ pour faire comprendre à ceux qui ne relèvent pas de cette coutume que l'on peut être Français avec un statut personnel respectueux d'une identité océanienne ; que l'on peut avoir fréquenté les bancs de la même école sans adhérer forcément à l'individualisme exacerbé de notre époque ; que l'on peut incarner des façons d'être et véhiculer des savoir-faire qui font la spécificité de cette culture. Car le plus difficile c'est d'admettre que la coutume n'est pas réductible à des langues, des danses, des arts et un folklore. **La coutume c'est l'homme.** La coutume c'est l'homme qui la porte et la perpétue en la modifiant probablement aussi. La coutume c'est une identité personnelle et collective. Elle a en commun avec la monarchie britannique ce parfum de permanence, et plus profondément cette vertu de continuité qui permet de s'assurer qu'un peuple n'est pas mort, qu'il a encore des rêves et des projets qui ne se confondent pas avec les ambitions et les vérités des autres peuples. Et je ne peux m'empêcher un parallèle entre la situation des Kanak en termes de démographie et en terme de vitalité culturelle : je renverrai à l'anecdote bien connue du maire de Nouméa qui voyant arriver Maurice Leenhardt, en 1902, lui demanda : *“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

<sup>4</sup> Convention n° 169 de l'OIT de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux.

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. Le Doyen Carbonnier écrivait 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* »<sup>5</sup>.

\* \* \*

Intéressons-nous à cette « écume » juridique à la surface de la société autochtone. Qu'est-ce que la coutume alors ? C'est une normativité sociale qui traduit un savoir être et donc des manières de se comporter et faire société. Cette écume juridique n'est donc que l'expression d'un ensemble de principes, de manières, d'attitudes, de gestes, de conceptions qui construisent une façon originale de faire société et qui constituent collectivement une identité unique en son genre.

**D'abord, la coutume comme savoir être :** c'est le respect d'une culture vivante et non d'un ensemble d'expressions culturelles parfois folklorisées, comme le montre la prise en compte des normes sociales, et donc, des normes juridiques.

C'est bien sûr le respect d'un héritage. Mais il s'agit plus encore du respect d'une vision du monde qui imprègne les discours et fonde la revendication identitaire. Car qu'est-ce qu'un Kanak aujourd'hui ? Politiquement un citoyen français ; juridiquement un citoyen assujéti à un droit coutumier ; culturellement un homme d'Océanie. En somme le Kanak aujourd'hui n'a rien à voir avec le « sujet » d'autrefois qui se trouvait enfermé dans sa réserve par des textes d'exception (l'indigénat).

Sa « réserve » est devenue « terre coutumière » régie par un statut d'inaliénabilité, lequel confirme que la terre n'est pas un bien mais **un capital social**, et donc un élément de l'identité personnelle de ceux qui y vivent. Cette terre appartient à des clans dont la personnalité morale a été reconnue pour la première fois par deux arrêts du 22 août 2011<sup>6</sup>, soit un siècle et demi après la prise de possession...

Ce Kanak, est doté d'un statut personnel dit « statut coutumier kanak », déterminé par sa filiation, et qui pose problème à ceux qui voudraient anéantir cette singularité au nom d'une certaine conception de l'égalité/uniformité devant la loi. Pourtant, ce statut personnel dont nul n'est prisonnier est selon nous l'élément central de l'état de la personne : il renvoie au respect de l'identité individuelle et peut se prévaloir du droit au respect dû à la vie privée (garanti par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme), ainsi que l'a affirmé un arrêt du 29 septembre 2011, rendu en matière d'accession au statut coutumier kanak<sup>7</sup>.

Etre kanak aujourd'hui, j'imagine ne doit pas être simple : c'est partager et s'interroger. C'est avoir en partage avec d'autres communautés une citoyenneté calédonienne ; mais c'est aussi s'interroger car le Kanak expérimente de toutes les façons possibles et imaginables un univers fait d'interdépendances et d'identités partagées. Il sait

<sup>5</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, p. 23-24.

<sup>6</sup> Nouméa 22 août 2011, RG n° 10/00531 et RG n° 10/00532.

<sup>7</sup> CA Nouméa 29 septembre 2011, RG n°2011/46 Procureur Général contre Saïto : Pascal Gourdon, L'accession au statut civil coutumier kanak, note sous Nouméa 29 septembre 2011, *Recueil Dalloz*, 1<sup>er</sup> septembre 2011, n°42, p. 2904.

d'où il vient, mais il appartient aussi à une société ouverte, et ne sait pas nécessairement où cela le conduira. Ce qui explique l'importance que revêt pour lui son ancrage identitaire, l'identité n'étant pas un prétexte au repliement sur soi mais un moyen d'affronter l'avenir, comme le souligne le propos du sociologue Raimundo Pannikar : *« Plus nous osons cheminer sur de nouveaux sentiers, plus nous devons rester enracinés dans nos traditions et ouverts aux autres, à ceux qui nous font savoir que nous ne sommes pas seuls et nous permettent d'acquérir une vision plus ample de la réalité ».*

Ainsi, l'ouverture sur le monde rend nécessaire de ne pas oublier d'où l'on vient, et donc qui l'on est.

**En second lieu, la coutume, c'est aussi le respect de savoir-faire, et sa reconnaissance la base d'un projet de société original**

On atteint ici une dimension prospective. C'est un projet de modèle de société euro-océanienne que l'on ébauche aujourd'hui lorsque l'on évoque la problématique de la reconnaissance d'une propriété intellectuelle autochtone ; ou l'idée que le statut personnel pourrait fonder une société des communautés tolérante ; ou lorsque l'on pose pour postulat que l'homme et sa culture ne sont pas dissociables d'un environnement naturel donné, et sont le reflet de celui-ci.

De ce fait, la question « autochtone » est la question primordiale : celle qui renvoie dos-à-dos les tenants de l'indépendance et les autres, parce que la préservation de l'identité est transversale et se posera quel que soit le devenir institutionnel du territoire.

La coutume prend un aspect plus pratique pour nous juristes : c'est ce que j'ai appelé la « coutume judiciaire ». C'est-à-dire l'appréhension par le juge d'une réalité. L'appréhension et la compréhension de règles sociales à l'occasion des litiges qui lui sont soumis. Récemment un sociologue, caricaturant cet exercice d'ethnologie juridique, a prétendu y voir des « élucubrations néo-traditionalistes ».

J'apprécie la caricature, mais celle-ci s'engage sur un terrain dangereux : celui qui tend à voir la modernité en Occident et l'archaïsme chez tous les autres : en somme celui des *théories évolutionnistes*, qui conduisent à établir une hiérarchie entre les civilisations. Puis-je vous donner un exemple de résurgence néo-traditionaliste dans l'environnement de la société française d'aujourd'hui ? Un exemple : le mariage, institution dénoncée comme cléricale et « bourgeoise », il n'y a pas si longtemps, pour certains épris de liberté individuelle, mais aujourd'hui revendiquée par tous et pour tous ? Un autre exemple : le droit à l'enfant conçu comme le moyen d'insérer sa vie personnelle dans un projet familial, pour ne pas dire une généalogie, y compris lorsque le projet ne repose que sur une filiation sociale et juridique (l'adoption) et non sur une filiation biologique, alors même que la vérité biologique a de plus en plus d'adeptes. Pourtant, en Nouvelle-Calédonie certains juristes ne comprennent pas que le lien qui unit l'enfant au clan paternel est de nature sociale et non une question de filiation biologique, ce qui justifie de ne pas ordonner d'examen comparé des sangs pour savoir qui est le véritable père d'enfant. Cette décision (un jugement du 28 novembre 2011) a été critiquée par ceux qui décrivent le droit kanak comme archaïque, en privant l'enfant du droit à connaître ses origines.... A y regarder de près elle nous montre seulement qu'il existe des filiations entièrement fondées sur la volonté de vivre ensemble et non sur les lois de la biologie. En d'autres termes, la filiation adoptive serait-elle avant-gardiste en Europe, alors que la paternité sociale des Kanak, qui

en est si proche, serait une survivance archaïque ?<sup>8</sup>

Ces exemples ne sont pas uniques. Ils montrent que la société kanak nous tend un miroir : l'occasion de nous découvrir nous-mêmes en même temps que nous découvrons la singularité de l'autre.

Alors à ceux, parmi les juristes positivistes qui nous disent que la coutume n'est pas du droit je réponds que c'est de la norme : une norme sociale, une norme morale dont il advient du droit quand un organe extérieur rappelle la règle à ceux qui l'ignorent ou feignent de l'ignorer.

De même à ceux qui dénie aux juristes toute légitimité à s'investir dans la coutume en œuvrant à la visibilité d'un phénomène qu'ils jugent archaïque et que l'on a cherché à occulter pendant 150 ans, je répondrais que notre prétendue « modernité » est aussi le fruit d'une tradition. Notre tradition, c'est celle d'un droit étatique ; celle 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 (je cite un historien du droit, le Pr. Poumarède) – on a encore cette tentation de "*refouler l'insupportable idée que des règles de droit puissent venir des profondeurs du peuple*"<sup>9</sup>.

**Des règles jaillissant des profondeurs d'un peuple, comme une civilisation jaillissant des tréfonds d'une terre. Telle pourrait être, en fin de compte, la définition du droit coutumier.** Et même si le juge a souvent le sentiment de se trouver pris entre le marteau et l'enclume (entre l'État qui défend son monopole, et la société civile qui défend une légitimité concurrente), il lui arrive aussi de se consoler de l'inconfort de sa situation en pensant à cette opportunité unique (pour un juriste) de pouvoir observer ce jaillissement – cette vie en somme ; de capter cette normativité, cette source première du droit pour en extraire des règles juridiques.

Conclusion :

---

<sup>8</sup> Ce jugement affirme que « ... dans la coutume il existe pour tout individu deux formes de parenté : la parenté par la mère qui est un lien de sang reconnu comme tel, et la paternité qui est sociale et procède de l'échange coutumier. Ainsi, est considéré légitimement comme père celui qui a accompli vis-à-vis de la mère, de ses frères, et de leur clan le geste pour prendre l'enfant. L'appartenance au clan paternel est alors manifestée publiquement par le nom. Par ailleurs, lorsque les clans ont donné leur parole, la réalité de la filiation n'est plus réversible, l'enfant qui 'appartient' à un clan par ce mécanisme relève du clan dont il porte le nom. L'échange propre à la coutume implique qu'il n'est pas permis de revenir sur la parole qui a été donnée, surtout quand cette parole scelle l'avenir d'un enfant [...] en outre, la notion de paternité selon la coutume ne revêt pas le même sens que dans le droit commun : le père est celui qui va créer le statut social de l'enfant, en lui donnant un patronyme qui l'enracine dans la terre. Ainsi, dans la société kanak, la notion de paternité n'est en rien biologique, elle est construite socialement par les échanges et non déterminée par les rapports sexuels, comme le montre le fait qu'un clan maternel peut toujours refuser de reconnaître la paternité d'un homme dès lors que celui-ci n'a pas répondu aux exigences de la coutume » (le tribunal constate que les gestes coutumiers n'ont pas été faits, qu'en conséquence l'enfant est exclusivement membre du clan maternel, ce qui conduit à rejeter la demande d'expertise génétique préalable à une action aux fins de subsides dirigée contre le père sauf à bouleverser la filiation sociale de l'enfant en tant que membre du clan maternel et méconnaître son intérêt supérieur – TPI Nouméa, 28 novembre 2011, jugement avant dire droit n°11/1452, RG n°11/811, Jewine contre Yeiwene – affaire renvoyée sur le fond au 26 mars 2012). Voir commentaire : Sandrine Sana, "Miroir d'outre-mer. La famille, le droit civil et la Coutume kanak", in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser* (à paraître).

<sup>9</sup> Jacques POUmarede, "Coutume", dans André-Jean ARNAUD (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit*, 2<sup>ème</sup> édition, LGDJ, Paris, 1993.

Je doute que soit venu le temps de prononcer l'éloge funèbre de la coutume kanak. C'est à son entrée dans le droit étatique que l'on assiste au contraire, même si elle y entre à la façon des Kanak par des chemins détournés, avec humilité, et presque en s'excusant de peur de déranger.

Il n'était que temps de lui consacrer ce livret richement illustré pour, je l'espère, donner envie d'aller au-delà. Car cette coutume est un phénomène qui ne disparaîtra pas de sitôt ainsi que je l'avais souligné en conclusion de mon livre paru en 2010 : « *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* »<sup>10</sup>. « *La coutume [...] se pense comme un moyen d'affirmer et porter haut une identité [...] et parce qu'elle exprime la vie d'une société, la Coutume se voit et se vit comme un destin* »<sup>11</sup>.

En somme, la coutume kanak participe bien d'une revendication essentielle – la revendication à un droit fondamental : **celui d'être, et de rester soi-même.**

Paris, le 28 juin 2012

---

<sup>10</sup> Régis LAFARGUE, *La Coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, coll. Droit et Société, Paris 2010, p. 337.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 348.