

**COUTUME, DROIT, SOCIETE EN NOUVELLE-CALEDONIE:  
UN POINT DE VUE SOCIO-ANTHROPOLOGIQUE  
A propos des juridictions civiles coutumières**

**Patrice Godin et Jone Passa**

La question de la coutume, du droit et de leur articulation fait aujourd'hui l'objet de nombreux débats tant au sein du monde kanak que dans la société calédonienne dans son ensemble. Les raisons en sont multiples, et nous ne prétendons pas les analyser dans le cadre nécessairement limité d'un colloque. Pour situer notre propos nous nous contenterons de dire que si le problème des rapports de la coutume kanak et du droit français est ancien, peut-être aussi ancien que la colonisation française elle-même, il se pose de manière spécifique et avec une très forte acuité depuis 1998, c'est-à-dire depuis la signature de l'Accord de Nouméa. La raison en est que, de fait, c'est cet Accord qui fixe les termes actuels du débat en posant dans un même texte de loi les bases d'une citoyenneté calédonienne et la reconnaissance d'un statut spécifique pour le peuple kanak et ses ressortissants, un « statut civil coutumier kanak ». Un statut fort différent au moins dans son principe du statut de droit particulier qui existait jusque-là même s'il puise à la même source juridique. Dans cette communication, nous limiterons notre propos au débat entourant les juridictions coutumières qui, en Nouvelle-Calédonie, ont en charge le règlement de litiges et de conflits impliquant des personnes de statut coutumier mais qui n'ont pu être réglés à l'amiable par les autorités coutumières concernées. Deux raisons à ce choix. La première est que si, au plan institutionnel, la mise en place des juridictions coutumières apparaît comme une indéniable réussite, il n'en va pas de même sur le terrain, notamment dans le monde kanak. Loin d'avoir fait progresser la confiance dans la justice, l'action des chambres coutumières semble au contraire avoir suscité un regain de méfiance et même de ressentiment des ressortissants kanak vis-à-vis de la justice en général. Il y a là un paradoxe, voire une contradiction, qu'il importe de comprendre.

La seconde raison de notre choix est la publication dans le n° 64 de la revue *Vacarme* daté de juin 2013 d'un article dénonçant avec vigueur l'élaboration jurisprudentielle d'un code du « droit coutumier » en Nouvelle-Calédonie. Cosigné par deux anthropologues françaises Christine Demmer et Christine Salomon, mais explicitement rédigé en collaboration avec d'autres chercheurs et enseignants chercheurs spécialistes de la Nouvelle-Calédonie<sup>1</sup>, cet article interroge l'analyse que l'on peut faire des débats actuels sur les rapports de la coutume et du droit. Nous nous demanderons notamment dans cette communication si cet article et les réponses critiques qui lui été opposées fournissent une analyse recevable des attitudes de méfiance observées sur le terrain.

### **L'article de la revue *Vacarme*.**

Commençons par examiner les arguments développés par l'article de la revue *Vacarme*. Dès l'introduction, on peut lire : « ...la mise en œuvre d'un « droit coutumier » en matière civile - voire en matière pénale via une « médiation pénale coutumière » s'appliquant exclusivement aux Kanak » serait avant tout le projet de « certains juristes et quelques magistrats » désireux d'inscrire « le pluralisme juridique au niveau étatique ». Au delà de la contravention des lois républicaines que représenterait un tel projet, celui-ci serait « discutable » au moins sur deux points : il n'est « pas explicitement souhaité par les indépendantistes » et ses « implications » seraient préjudiciables à « certaines catégories de Kanak ».

Examinons brièvement ces deux chefs d'accusation.

---

### **1**

Alban Bensa, Christine Hamelin, Michel Naepels, Marie Salaün, Benoît Trépiéd et Eric Wittersheim, comme il est indiqué en « post-scriptum » après la bibliographie. L'article est accessible en ligne et autorise le téléchargement : <http://www.vacarme.org/article2263.html>, version non paginée. Les citations qui suivent en sont tirées, dans l'ordre du déroulement du texte. La référence de la version imprimée est : « Droit coutumier et indépendance kanak », Christine Demmer et Christine Salomon, *Vacarme* 64, été 2013 : 63-78.

1) *Les juridictions coutumières et plus largement l'élaboration jurisprudentielle d'un code du « droit coutumier » ne sont pas souhaitées par les indépendantistes kanak.*

Pour Demmer et Salomon, on l'a dit : elles seraient avant tout l'œuvre de juristes et magistrats non kanak, avant tout inspirées par une idéologie conservatrice et un différentialisme culturel qui n'auraient rien à envier à celui des administrateurs et des magistrats de la période coloniale, puisque pour les uns comme pour les autres il ne s'agit en définitive que d'intégrer les « indigènes ». Citons un passage :

« [...] dans la filiation d'une ethnologie juridique préoccupée par les conditions d'intégration des indigènes à l'Empire colonial qu'elle entendait réaliser grâce à l'écriture de codes coutumiers, ces juristes, assimilés aux yeux de leurs pairs aux « sachants de la coutume » que seraient les assesseurs kanak, proposent une expertise conservatrice sur la culture dont le projet s'inscrit résolument dans cette lignée réformiste. »

« Pour les indépendantistes » kanak au contraire, disent Demmer et Salomon,

« maintenir le statut civil particulier et, de ce fait, le statut des terres des « réserves » dans lesquelles la colonisation a cantonné les Kanak, répond à la volonté de protéger le capital foncier, davantage que cela ne vise à faire reconnaître une identité spécifique. »

Par ailleurs, ajoutent les auteures :

« Les leaders du FLNKS ont très rarement été défenseurs d'une tradition fétichisée et de politiques de l'identité qui entendent faire reconnaître des particularismes en droit ; celles-ci sont plutôt assumées par des partis qui sont rapidement sortis du Front tels le LKS (Libération kanak socialiste) ou le FULK (Front uni de libération kanak) ou plus récemment par le mouvement « autochtone » avec des associations comme le Caugern ou Rhébuu Nuu dont les positions n'excluent pas de demeurer au sein de la République française ».

Fétichiser l'identité kanak, expliquent les auteures,

« C'est oublier que dans le contexte de cette ancienne colonie « non décolonisée » [qu'est la Nouvelle-Calédonie] la revendication identitaire des indépendantistes, bien qu'importante, reste subordonnée aux aspirations à la pleine souveraineté politique et à davantage de justice sociale. »

## 2) Les implications du projet sont préjudiciables à certaines catégories de Kanak

Les arguments sur ce point précis portent sur le fait que l'essentialisation de l'identité kanak dont seraient coupables les juridictions coutumières empêcherait de reconnaître l'existence pour les individus d'appartenances multiples. Autorisons nous là encore une longue citation :

« Institutionnaliser, par et dans le droit, une définition de l'identité revient à une forme d'assimilationnisme, mais à une échelle inférieure à celle de l'Etat. Une fois légalisées, les affirmations identitaires de type « ethnique » rendront suspectes toutes les autres identifications possibles (de genre, de classe, de profession, d'obédience politique ou religieuse etc.). Or, en Nouvelle-Calédonie, comme ailleurs, le refus de se penser en termes d'appartenance culturelle existe, surtout quand cette dernière est associée à un phénotype donné. Pour preuve, le dernier recensement de 2009 dans lequel il était demandé l'affiliation « ethnique » et où 9% de la population s'est déclarée « métis-se » (avec une proportion plus grande encore chez les jeunes). Le clan, la chefferie, la langue, la commune de résidence voire, en ville, le quartier, sont autant de modes d'appartenances revendiqués. Déjà, dans les années 1980, une étude montrait que les jeunes kanak, au-delà de ces attachements qui contribuent à donner contour à leurs identités collectives, tenaient aussi à des espaces personnels d'autonomie (Kohler, Pillon et Wacquant, 1985). Toutes générations confondues, on ne voit d'ailleurs pas pourquoi les Kanak échapperaient aux principes d'identifications analysées par les sciences sociales qui les montrent multiples, ne cessant de se construire et de se reconstruire. C'est pourquoi, faire reconnaître dans l'Etat, *via* l'élaboration d'un droit coutumier, *une* identité kanak qui surdéterminerait les autres revient à une assignation identitaire qui peut devenir liberticide. »

Liberticide pour qui ?

Demmer et Salomon s'appuient sur quelques événements ayant défrayé la chronique pour étayer leur propos. En premier lieu, les châtiments corporels infligés à des femmes kanak par un chef et ses « policiers coutumiers » parce que, étant Témoins de Jéhovah, elles rejetaient certains aspects de « la coutume ». En 2000, celles-ci ont porté plainte pour coups et blessures et le chef s'est vu condamné en première instance puis en appel.

Un jugement qui a été confirmé par la Cour de Cassation au nom du principe constitutionnel de la liberté de religion. « Les violences exercées, commentent Demmer et Salomon, ont toutefois été présentées par les partisans de la justice pénale coutumière comme une réaction légitime face à une inadmissible mise en danger de la coutume ». Nous reviendrons plus loin brièvement sur ces évènements.

Ailleurs dans leur article, Demmer et Salomon évoquent le projet de « code coutumier », élaboré dans un « district » de Lifou en 2009 « qui prévoyait des peines d'amendes pour les femmes qui avortent, le renvoi chez leur mari de celles le quittant, qualifiées d'adultères en fuite, ou encore des bastonnades, des amendes et le bannissement définitif des homosexuels. » Commentaire des auteures :

« La rhétorique des experts juristes dont le discours essentialiste défavorise systématiquement certaines catégories de justiciables kanak aboutit à sanctionner essentiellement les « sujets » (à savoir les personnes de rang inférieur) et les jeunes ; pour les femmes victimes de violences, ces juristes entendent exiger une procédure d'indemnisation qui les renvoie au civil devant des assesseurs coutumiers qui sont presque tous des hommes de plus de 45 ans, pas forcément enclins à les soutenir. »

Et plus loin : « Globalement les principes inégalitaires du système sociopolitique kanak ancien sont confortés par les tenants de la « coutume judiciaire » ».

Restons en là et laissons de côté d'autres aspects de l'article de *Vacarme* qui ne touchent pas directement le propos de la présente communication, tels que les considérations sur « la culture comme étant une construction plus qu'une évidence sociale à appréhender par le droit »— et surtout à écrire.

### **Les réponses à l'article**

L'article de *Vacarme* a donné lieu à quelques réponses, principalement en Nouvelle-Calédonie, mais la direction de la revue a refusé de les publier, affirmant partager pleinement la position des auteurs. Nous résumerons ici trois de ces réponses, en insistant davantage sur la première.

1--- Cette première réponse, sans aucun doute la plus remarquée, est celle émanant d'Elie Poigoune, président de la Ligue des Droits de l'Homme de Nouvelle-Calédonie, militant

indépendantiste de vieille date, membre fondateur du PALIKA, le Parti de Libération Kanak (Lettre ouverte signée par « Elie Poigoune, Président de la LDH-NC », datée du 9 juillet 2013)<sup>2</sup>. Elie Poigoune est cité dans l'article de Demmer et Salomon comme

« un Kanak qui espère aboutir à la création d'un même droit pour tous dans son pays » et soucieux que « les droits des femmes et des enfants kanak soient mieux respectés (<http://www.youtube.com/watch?v=AUASh9Ophn4>). A l'encontre de la sacralisation de la différence culturelle, ceux qui luttent pour l'égalité des droits dans de tels systèmes hiérarchisés, commentent Demmer et Salomon, doivent être entendus. » .

Dans sa réponse, Elie Poigoune déplore que ses propos aient été cités « de manière décontextualisée, afin d'illustrer une thèse contraire à celle de la Ligue des Droits de l'Homme sur la question du droit coutumier. »

« Tout d'abord, écrit-il, la LDH-NC a publié en NC, en juin 2012, une lettre ouverte à La Procureure Générale de Nouméa, qui cite la création des juridictions coutumières en premier lieu comme le prolongement de la reconnaissance par le préambule de l'Accord de Nouméa de l'existence d'une civilisation kanak, et d'autre part comme un dispositif cherchant à respecter le mode de régulation kanak des conflits, passant avant tout par la recherche du retour à l'équilibre dans le groupe. »

Quant à la citation des propos d'Elie Poigoune, tirés d'une interview télévisée, s'ils soulignent qu'effectivement

« le système coutumier a des efforts à faire qui aillent dans le sens du « droit commun », dans la prise en compte des statuts « de la femme et de l'enfant »,

ces propos avaient une suite qu'Elie Poigoune rappelle lui-même dans sa lettre ouverte :

« Mais je mentionne également les valeurs de pardon et de réconciliation, très fortes chez le peuple kanak, qui sont des outils de régulation sociale que l' « on

---

<sup>2</sup> Non (encore) publiée ; elle a largement circulé en Nouvelle-Calédonie. Elle est accessible sur le site de la Ligue des Droits de l'Homme de Nouvelle-Calédonie, ainsi que d'autres textes directement liés au débat : <http://www.ldhnc.nc/documentation/7-documentation/72>, ainsi que sur le site du LARJE (UNC) : <http://larje.univ-nc.nc/index.php/15-analyses-arrets-decisions/droit-de-la-nouvelle-caledonie/429-droit-coutumier-justice-coutumiere-et-emancipation-un-debat>

devrait partager avec tout le monde ». En somme, dans la société kanak comme dans toute autre société, les systèmes de contrôle comportent des aspects positifs comme des faiblesses. Je ne défends pas le recours au châtiment corporel, comme je le suppose vous ne défendez pas les atteintes quotidiennes aux droits et à la dignité des personnes perpétrées dans les prisons françaises. Et si j'exprime l'espoir que nous puissions aboutir en Nouvelle Calédonie à un droit qui soit commun à tous, tout en précisant que le chemin sera encore long avant d'y parvenir, cela ne signifie pas pour autant qu'il devra s'agir d'un système juridique pré-existant, livré clé en main. »

De fait, pour Elie Poigoune et la LDH-NC, comme Elie Poigoune le dit dans sa lettre ouverte, « la recherche de référentiels communs » à toutes les communautés du Pays ne peut passer par la simple reprise de « modèles importés, quand bien même ils ont été déclarés universels par ceux qui en détiennent les codes ». L'attitude qui doit présider à cette recherche doit être « pragmatique, s'intéressant aux pratiques de dialogue interculturel » aux formes possibles d'« hybridation des systèmes de références » en présence dans la Nouvelle-Calédonie d'aujourd'hui. Au-delà de ces rappels, la principale critique adressée par Elie Poigoune à Demmer et Salomon est de confondre ce qui ne peut l'être.

« Sur le plan idéologique, écrit Elie Poigoune, il semble que vous confondiez cette initiative issue de l'ordonnance de 1982 et renforcée par la loi organique de mars 1999 consolidant des acquis gagnés de haute lutte par le peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie<sup>3</sup>, avec des discours ou actes marginaux reposant sur des thèses culturalistes, conservatrices voire fondamentalistes, baptisant le tout « réseau néo-coutumier ». La Ligue des Droits de l'Homme et moi-même nous devons de vous alerter sur les risques de tels amalgames. Vous désignez à plusieurs reprises les Kanak comme une « communauté ». Mais les Kanak sont un peuple. Et le « repli communautaire » dont vous agitez le spectre, c'est la négation de l'identité de ce peuple et les tentatives pour la dissoudre dans un prétendu universalisme qui en feront le lit. »

---

<sup>3</sup> La juridiction avec assesseurs coutumiers, instaurée en 1982, n'a été installée dans les faits que huit ans plus tard. Pour démultiplier son action, deux sections détachées du tribunal de première instance de Nouméa ont été créées à Koné (Province Nord) et Lifou (Province des Îles Loyauté).

Dans la suite de sa lettre ouverte, Elie Poigoune répond aux inquiétudes formulées quant au traitement réservé aux femmes de statut coutumier. Effectivement, les assesseurs ne comptent parmi eux que quatre femmes et il est possible de faire mieux. Effectivement, les femmes rencontrent des difficultés dans leur parcours judiciaire, la LDH-NC a elle-même constaté des ruptures d'égalité dans l'accès des femmes à leurs droits, mais celles-ci ne résultent pas du statut coutumier, ni même du fonctionnement des juridictions coutumières, mais de l'application des procédures par le Tribunal de Nouméa. Et Elie Poigoune d'évoquer deux situations.

« Premièrement à Nouméa, les démarches nécessaires à la saisine de la juridiction civile complétée des assesseurs coutumiers, dite « juridiction coutumière », sont souvent une suite normale au renvoi pour incompetence de la juridiction pénale ; elles sont longues et complexes. En revanche, au tribunal de Koné les victimes reçoivent une convocation pour une audience civile coutumière dès la fin de l'audience pénale, d'où une unité de procédure qui évite les délais, les démarches et les frais inutiles.

Deuxièmement, l'article 12 de la délibération n°482 de 1994 réformant l'aide judiciaire prévoit que « si la juridiction saisie d'un litige pour lequel le bénéfice de l'aide judiciaire a été accordée est incompétente, ce bénéfice subsiste devant la nouvelle juridiction appelée à connaître du litige sans qu'il soit besoin d'une nouvelle admission ». Pourtant, la pratique du bureau d'aide judiciaire, en cas d'incompétence de la juridiction pénale et de renvoi devant la juridiction civile complétée des assesseurs coutumiers, consiste à demander une nouvelle admission à l'aide judiciaire. C'est ainsi que les démarches des personnes sont bel et bien allongées et rendues plus complexes, et ce en dépit des textes existants. »

La situation est à bien des égards paradoxale :

« le droit fondamental à bénéficier des mêmes droits universels, en respectant pourtant les distinctions juridiques qui trouvent leur fondement dans la loi organique, et au-delà dans la constitution, se trouve objectivement remis en cause ».

« Pour conclure, écrit Elie Poigoune, en réponse à votre crainte que de la reconnaissance dans l'état d'une identité kanak résulte pour la population concernée une « assignation identitaire », et à votre assertion selon laquelle « en Nouvelle-Calédonie, comme ailleurs, le refus de se penser en termes d'appartenance culturelle existe », je vous dirai simplement que c'est le propre des minorités (femmes, immigrés, enfants d'immigrés, autochtones, homosexuels...) que de devoir faire reconnaître institutionnellement leur existence et leurs spécificités. Et c'est celui des groupes dominants que de pouvoir - et trop souvent vouloir - s'en dispenser. »

2--- La deuxième réponse faite à l'article publié par *Vacarme* émane d' Isabelle Merle, une historienne proche du groupe rédacteur de l'article, en 2013 maître de conférence à l'Université de la Nouvelle-Calédonie (UNC/CNEP), détachée du CNRS (IRIS)<sup>4</sup>. L'auteure en donne elle-même un résumé explicite. Les institutions et la justice qu'on appelle coutumières en Nouvelle-Calédonie sont historiquement

« le résultat d'une reconnaissance tardive par l'Etat français d'une place effective faite à la coutume et à ses représentants kanaks dans l'ordonnement juridique néo-calédonien. Le processus a été lancé en 1982 avec l'introduction d'assesseurs coutumiers dans les chambres civiles mais n'a pris un véritable effet qu'avec l'Accord de Nouméa en 1998 et la loi organique en 1999 qui reconnaissent pleinement le rôle d'institutions nouvelles comme le Sénat coutumier et donnent une effectivité à la « coutume » au travers du statut civil coutumier kanak. L'article proposé ici, discute de la vision très négative qui est renvoyée par les anthropologues spécialistes de la Nouvelle-Calédonie de ces institutions nouvelles et de leur mode de fonctionnement actuel en plaidant pour une lecture plus nuancée appuyée sur un recul historique nécessaire. »

Pour ne pas alourdir la communication, nous taisons l'analyse plutôt fine des conditions historique de l'émergence des questions liées à la reconnaissance des structures coutumières et d'un statut civil coutumier ou les réflexions pertinentes sur le

---

<sup>4</sup> Le texte d'Isabelle Merle, inédit mais qui a circulé en Nouvelle-Calédonie, est en accès libre sur les mêmes sites que la lettre de Elie Poigoune (voir ci-dessus note).

fonctionnement de la justice à Nouméa ou la formation des juges, pour ne retenir que l'examen du transfert du droit civil et de ses enjeux.

« L'Accord de Nouméa ainsi que la loi organique de 1999 ont, écrit Isabelle Merle, consolidé le principe que « les individus de statut coutumier sont régis par la coutume ». La création des sections détachées en 1989, aux îles et en Province Nord, avaient permis déjà de donner corps à l'ordonnance de 1982 qui n'était pas appliquée jusque là, en introduisant les assesseurs coutumiers dans les chambres civiles coutumières. Enfin, le transfert de compétence en matière de droit civil a été réalisé au 1<sup>er</sup> juillet 2013.

Tous ces éléments constituent un nouveau défi qui ne peut être réduit à une simple question de « traduction juridique », puisqu'il s'agit en vérité d'inaugurer un droit civil local qui pourra progressivement s'émanciper du droit commun métropolitain. Les auteurs sont d'ailleurs d'accord sur ce point lorsqu'ils appellent de leurs vœux « l'invention d'un autre droit, calédonien, qui ne serait pas la reproduction du droit colonial ni un droit simplement « coutumier ».

Certes, mais la réalité n'est pas celle-ci puisque pour l'heure, le pays connaît un droit civil coutumier en cours de construction jurisprudentielle d'un côté, le droit civil consacré, de l'autre.

De plus, on ne peut, selon nous, qualifier de « droit colonial » le droit civil commun appliqué aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie aux personnes soumises au statut de droit commun, car d'un point de vue strictement historique, il s'agit d'un anachronisme. On ne peut, en revanche, nier l'idée persistante portée par le lexique d'une « France une et indivisible » de la supériorité de son droit écrit et de ses normes juridiques dans un pays comme la Nouvelle-Calédonie qui est encore à l'heure actuelle présente dans le débat contemporain et au sein de la magistrature locale.

Dans ce contexte, le « droit coutumier » est le produit d'un combat pour la reconnaissance d'un pluralisme juridique et pour la création d'instances comme les chambres civiles coutumières où peuvent se débattre entre assesseurs coutumiers kanaks et juges, des affaires civiles concernant des personnes de droit coutumier. »

Suivent trois remarques qu'on ne peut que résumer par quelques citations :

Première remarque :

« En revendiquant l'application d'un droit calédonien « ni colonial, ni coutumier » dans un tel contexte, sans que les auteurs ne se soucient d'apporter à la proposition un quelconque contenu »,

les auteures de l'article de *Vacarme* « nourrissent, en fait, un implicite bien connu qui consiste à perpétuer la prédominance du droit commun français ».

Deuxième remarque :

« On remarquera, cependant, si on accepte de prendre un recul historique suffisant, que Chambres civiles coutumières et Sénat coutumier sont des lieux où peuvent se discuter des modes de régulations des conflits et d'*ajustements* de pratiques coutumières au sein du monde kanak et en relation avec les évolutions rapides que connaît la société calédonienne en son ensemble, sur le plan juridique et au-delà. »

Troisième remarque :

Réfléchir « sur le mode de fonctionnement de ces institutions », sur

« leur représentativité et leur légitimité, sur les modes de nominations de leurs membres, sur l'ouverture aux jeunes et aux femmes, sur le sens qu'il faut donner au mot « coutumier », sur l'introduction d'assesseurs « non coutumiers » mais « représentants de la société civile » »

tout cela est important pour l'avenir, mais ne saurait disqualifier toute la démarche entreprise.

« Ces institutions peuvent être des leviers de réflexions positives à condition que de véritables débats contradictoires s'exercent, permettant ainsi d'en faire des lieux d'innovation et d'expérimentation juridiques intéressants ».

Conclusion d'Isabelle Merle :

« Quoiqu'il en soit, il semble complètement inapproprié de penser que l'on puisse revenir aujourd'hui en arrière en imaginant « un droit calédonien » qui ferait fi de ce qui a été mis en place par l'Accord de Nouméa. »

3) La troisième et dernière réponse n'a pas été publiée, mais a circulé dans le petit milieu des anthropologues océanistes français et elle est l'œuvre de Serge Tcherkézoff qu'il n'est pas nécessaire de présenter dans un colloque se tenant à Canberra. L'approche est ici plus théorique et déborde largement l'objet du présent article.

« La question soulevée est très large, écrit Serge Tcherkézoff, et c'est la raison qui me fait intervenir, alors que je ne suis pas un spécialiste de la société et de l'histoire du pays. Un projet politique bâti sur la « coutume » ne peut-il être qu'un archaïsme favorisant l'injustice et la domination d'une petite élite sociale (souvent masculine), comme l'article le suggère ? Si la réponse devait être positive, il faut cesser de discuter de toute marche en avant vers un « destin commun » pour une société multi-culturelle, en n'importe quelle région du monde. Le seul modèle social, politique et juridique acceptable étant alors l'individu moderne au sens moral et politique, la réflexion comparative sur les modèles sociaux ne sert plus à rien. »

Il n'est pas nécessaire de reprendre ici tout le raisonnement de la réponse qui touche à l'éthique de la profession d'anthropologues ou à la démarche réelle des juges attaqués par l'article de *Vacarme*, d'autant que Serge Tcherkézoff est présent dans ce colloque et pourra développer ces points s'il le souhaite. En revanche, il est utile de citer les passages où de manière incisive il dénonce la vision de la coutume kanak et des nouvelles institutions coutumières de la Nouvelle-Calédonie de fait développée par Demmer et Salomon. « Vous ne le saviez pas : tout organisme « coutumier », ironise-t-il, est uniquement au service d'un jeu de pouvoir où des indigènes, eux-mêmes manipulés par l'Etat colonial, oppriment d'autres indigènes ». Les auteurs y reviennent à plusieurs reprises : un Sénat qui prétend au monopole du discours identitaire, porte la voix d'hommes cooptés parmi des clans notabilisés par des procédures d'incorporation du modèle politique clanique à l'Etat ; des valeurs coutumières qui pénalisent les dominés, etc. « Globalement, écrit Serge Tcherkézoff, les principes inégalitaires du système sociopolitique kanak ancien sont confortés par les tenants de la 'coutume judiciaire. » La « coutume » serait une notion coloniale de même que l'identité culturelle qui est par ailleurs un « déni des appartenances multiples ». On croit rêver quand on sait que ces

propos sont ceux d'anthropologues professionnels. Serge Tcherkézoff parle d'aveuglement idéologique :

« Où est donc le problème ? demande-t-il. Veiller à ce que le droit « coutumier » d'une future Nouvelle-Calédonie Kanaky ne soit pas uniquement la somme jurisprudentielle des décisions des assesseurs coutumiers ? Mais c'est bien pour cela que le système combine la présence des magistrats officiels (comme Régis Lafargue et d'autres) et des assesseurs coutumiers. Mais Régis Lafargue n'a-t-il pas raison ? Il faut d'abord ouvrir une brèche dans un appareil qui ne reconnaît que le droit français métropolitain, donc « décoloniser le droit », pour ensuite combiner les points de vue. ».

Et Serge Tcherkézoff d'ajouter :

« Cependant, pour combiner, encore faut-il accepter les deux mondes, celui de l'individu moderne et celui de la « coutume ». Mais quand on rejette la notion de « culture » (et le reste), aucune combinaison n'est possible. Tout au long du texte, les auteurs ne proposent aucune piste pour combiner les points de vue, et se contentent en fait de marteler que leur critique vise essentiellement toute démarche qui consiste à mettre sous forme écrite un droit coutumier. On a peine à comprendre : comme si l'écriture entraînait une fixation éternelle, comme si les codes écrits étaient à jamais non modifiables. Qu'est-ce qui dérange à ce point nos auteurs devant le projet d'une élaboration écrite assise sur la jurisprudence des cas traités avec les assesseurs coutumiers ? La réponse demeure voilée, mais on peut la mettre en lumière.

C'est que cette perspective heurte profondément leur credo anti-sociologique. Fixer, même temporairement un droit coutumier, c'est reconnaître la réalité d'une coutume et donc d'une identité culturelle. Le reconnaître n'a rien à voir avec l'affirmation que tout doit être figé, mais c'est admettre que les membres d'une communauté se représentent leur appartenance à cette identité. Le contenu, les débats sur le contenu, l'évolution de ce qui constitue cette identité aux yeux de ceux qui revendiquent cette appartenance, tout cela change et changera constamment. Mais demeure et demeurera le fait de cette représentation de l'appartenance à un « nous ». C'est bien cela qui horripile nos auteurs. Car, pour eux, un « nous » socio-culturel n'a aucun sens, et ne peut être qu'un leurre, amené

par un discours colonial ou, dans l'émancipation, par un discours de « dominants » cherchant à asseoir le pouvoir de leur statut social, de leur classe et / ou de leur catégorie de sexe. »

### **Le malaise kanak, vers une autre lecture**

Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin dans l'exposé des réponses faites à l'article de Demmer et Salomon. La question qu'il nous faut maintenant aborder pour conclure ce papier touche au malaise que, malgré la mise en place des juridictions coutumières, les Kanak continuent d'éprouver face à la justice, y compris parfois face aux juridictions coutumières elles-mêmes. L'idée que celles-ci ont été imposées par quelques juristes et magistrats venus de l'extérieur, outre le fait qu'elle résonne bizarrement avec la théorie conservatrice de Kanak manipulés politiquement par des forces étrangères très en vogue dans les milieux anti-indépendantistes de Nouméa, ne tient pas. Pendant toute la période coloniale, l'ordre social kanak a été progressivement investi et retravaillé par le système politique, judiciaire et administratif français, sans être réellement pris en compte avant 1946. Il a fallu attendre 1982 pour que la justice française commence à incorporer la coutume dans ses réflexions et ses sources et l'appliquer aux Kanak qu'elle régit. La présence d'un indépendantiste kanak à la tête du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'y est pas pour rien<sup>5</sup>. Cette prise en compte s'est concrétisée, comme l'ont mentionné les critiques de Demmer et Salomon et ces auteures elles-mêmes, avec l'ordonnance du 15 octobre 1982. L'Accord de Nouméa et la loi organique statutaire n'ont fait que confirmer l'existence des tribunaux coutumiers en rendant effective la présence d'assesseurs coutumiers dans cette juridiction française qui applique le droit coutumier en matière civile, mais pas en matière pénale. Le seul fait que la reconnaissance du statut civil coutumier soit inscrite dans les premières pages de l'Accord de Nouméa comme de la Loi organique qui en découle suffit à montrer qu'il s'agissait bien là d'une volonté des signataires kanak et donc du FLNKS.

La thèse d'une assignation identitaire qui nierait les appartenances multiples des Kanak actuels et serait préjudiciable à certaines catégories de la population kanak n'est guère

---

<sup>5</sup> Comme il est tout aussi juste de rappeler, ainsi que le fait Isabelle Merle, « que les leaders indépendantistes, et parmi eux les plus célèbres, Yéweiné Yéweiné et Eloi Machoro, ont soutenu en 1982 l'ordonnance ouvrant la possibilité aux assesseurs coutumiers de participer aux Chambres civiles » (ATNC 818W178, Assemblée Territoriale, 27 juillet 1982).

plus recevable. D'abord parce qu'il est toujours possible à une personne dans le cadre juridique actuel de renoncer à son statut civil coutumier et d'opter pour un statut de droit commun si elle en manifeste clairement la volonté. Inversement, l'accord de Nouméa permet à toute personne relevant du statut de droit commun de revenir au statut coutumier. Il suffit qu'elle prouve qu'elle vit, de façon durable, conformément aux règles de la coutume kanak. Il revient au juge d'apprécier le fait qu'une personne vive de façon ancienne et continue, même si les actes de l'état civil disent le contraire. C'est important de le souligner, car le procès fait aux magistrats de vouloir assigner à chaque justiciable une identité réifiée, essentialisée, repose presque uniquement sur une interprétation fautive d'un texte du juriste régis Lafargue où celui-ci affirme (2010 : 215) qu'en matière de droit civil coutumier « les critères de la société traditionnelles priment toute autre considération, [que] le salarié kanak est Kanak et sujet de la coutume, avant que d'être un salarié ». L'interprétation est fautive car elle gomme le fait que l'affirmation est d'ordre juridique et touche à la cohérence du droit coutumier. Transposer ce texte dans un contexte français permet de très vite le comprendre : en matière de droit civil les critères de la loi française priment toute autre considération, le salarié français est français et justiciable de la loi française, avant que d'être un salarié. En quoi une telle reformulation serait-elle la négation des appartenances multiples repérées par les sociologues ? En quoi s'agit-il d'une assignation identitaire ? Le propos de Régis Lafargue ne visait qu'à affirmer un principe. Avec l'Accord de Nouméa, le système juridique français devient effectivement pluraliste, du moins en matière de droit civil.

D'où vient alors le malaise évoqué ? Nous n'avons pas le temps de restituer ici le détail des discours tenus actuellement autour de la justice dans le monde kanak. Nous pouvons néanmoins pointer le fait qu'ils mettent en évidence l'existence de trois grandes lignes de tension au sein même de la société kanak contemporaine.

1--- La première est que ce qui devait, au départ, être une reconnaissance de la coutume kanak et de sa place dans la future communauté de destin calédonienne en construction apparaît aujourd'hui le plus souvent vécu comme l'ouverture d'un nouveau front dans la lutte du peuple kanak pour sa souveraineté. Les tensions qui se dévoilent ici sont multiples : opposition entre une coutume dont on prétend reconnaître la place et un système judiciaire qui localement ne cesse dans les faits de réaffirmer la primauté du

droit français, position pour le moins inconfortable des assesseurs coutumiers qui doivent affronter la suspicion des juges, mais aussi la méfiance du justiciable de statut coutumier, difficultés pour la société kanak elle-même de se reconnaître pleinement dans le fonctionnement de tribunaux qui sont cantonnés au traitement de cas individuels et sont condamnés à ignorer les enjeux de société que suppose inmanquablement la mise en œuvre d'un projet de jurisprudence coutumière. Comme le disait très justement l'un de nous (Jone Passa) lors des discussions préparant cette communication : l'avenir se trouble, quand la dimension kanak est enfermée dans une vision passiste. En considérant, comme souvent, le droit comme un droit privé, la justice se prive d'outils de compréhension des enjeux globaux qui animent la société kanak. En enfermant le droit coutumier comme un droit secondaire, le regard juridique altère considérablement sa possibilité de répondre à l'altérité juridique, plus que nécessaire dans le contexte actuel.

L'affaire des châtiments corporels infligés à Lifou à des femmes kanak par un chef et ses policiers parce que, Témoins de Jéhovah, elles rejetaient certains aspects de la coutume peut ici servir d'illustration. Elle a débouché comme on l'a vu sur une condamnation au nom du principe constitutionnel de la liberté de religion et au rejet de toute interférence et représentation coutumières dans les affaires de droit pénal. Mais ce que ne disent pas Demmer et Salomon, mais que rappelle très opportunément Isabelle Merle, c'est

« le rôle de la gendarmerie en tribu qui a « laissé faire », autorisant ce qu'on appelle « la police coutumière » anciennement appelée la « police indigène » à exercer des sanctions illégales au regard du respect du droit en vigueur. »

Comme l'écrit Isabelle Merle,

« On doit justement interroger aujourd'hui les conditions du « maintien de l'ordre public » dans les tribus et les responsabilités et marges de manœuvres de la gendarmerie. ».

Par ailleurs ce que ne semblent pas voir les critiques du droit coutumier, c'est que le jugement laissait en suspens et sans possibilité réelle d'y répondre la question du périmètre de la coutume. Comme toutes les études anthropologiques sur le monde kanak le montrent, l'accès à la terre et le droit à vivre en tribu procèdent dans le monde kanak des relations statutaires d'échange entre familles élargies et de la participation des personnes à ces échanges. Que faire lorsque certains Kanak prétendent s'émanciper

de ces obligations sociales ? La réponse à ces questions n'est certainement pas simple dans le contexte actuel, mais on comprendra que la réponse juridique apportée ait été jugée insuffisante par beaucoup de Kanak au point de laisser un goût amer chez beaucoup. Les juridictions coutumières n'ont pas eu leur mot à dire ici. Pour beaucoup de Kanak, les deux droits, coutumier et français, se font aujourd'hui face mais pas pour regarder dans le même sens, pour reprendre l'expression d'un assesseur. Tout se passe comme si le prix de la reconnaissance de l'Autre passe par la connaissance du fait Kanak. Tout l'enjeu actuel du droit en Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans cette capacité à se donner des places, sans écarter, ou du moins minimiser l'Autre.

2--- La seconde ligne de tensions qui se révèle dans le discours kanak contemporain est celle qui se fait de plus en plus nette dans le combat politique. Là encore, il est intéressant de citer certains propos de Jone Passa dans la préparation de ce travail. Selon lui — nous reprenons ses notes,

« la mise en place d'une juridiction coutumière a propulsé le Kanak dans un dilemme permanent entre une identité politique et une « identité pays ». Autrement dit, l'homme kanak est face à la réalité d'un cheminement politique et la volonté de perpétuer une culture. Et cette évolution n'est pas sans conséquence pour l'avenir du pays. Entre la lecture littérale de l'accord de Nouméa et son application, et la lecture de l'esprit de cet accord et sa traduction, la justice participe activement à nourrir le contentieux colonial. »

Cette tension peut surprendre. Pour les nationalistes kanak de 1984 et 1988, la construction d'une relation différente à la justice n'était séparable ni de l'instauration de nouveaux rapports entre peuple kanak et communautés allogènes ni de la revendication d'indépendance. C'est en tout cas dans cette perspective qu'il faut comprendre l'émergence dans la Nouvelle-Calédonie des années 90 de différentes problématiques locales touchant aux droits du peuple autochtone et au développement de tribunaux coutumiers. Aux yeux des nationalistes, la création d'une « communauté de destin » ne paraissait viable que si au règlement du contentieux colonial (indépendance, rééquilibrage économique, fin des inégalités et des discriminations les plus criantes...) s'ajoutait la reconnaissance pour le peuple kanak de droits spécifiques lui permettant non seulement de préserver ses valeurs et ses institutions, mais aussi de négocier en toute autonomie ses ajustements aux réalités mouvantes du monde contemporain. Et de

fait, des préoccupations similaires semblent encore guider une partie des réflexions et des débats politiques actuels sur la sortie prochaine de l'Accord de Nouméa. Mais il est aussi vrai qu'une bonne partie de la classe politique semble aujourd'hui avoir déserté une partie du combat juridique laissé aux seuls assesseurs coutumiers et au Sénat. Or le contexte contemporain, avec ses embuscades politiques et les embûches d'une décolonisation crispée, tend peu à peu à se figer. Le développement de la juridiction coutumière est victime de ces crispations et des incohérences qui s'accroissent, lestant chaque jour un peu plus le fameux contentieux colonial. Les mutations profondes, qui traversent la société kanak révèlent de plus en plus les stigmates d'un rapport colonial, qu'on croyait relégué dans les livres d'histoire.

3--- La troisième ligne de tensions traverse les acteurs du droit coutumier eux-mêmes. Les mutations contemporaines poussent l'acteur central de la chambre coutumière, c'est à dire l'assesseur coutumier, à mélanger les genres, à dire le droit de l'endroit à un Kanak et non pas au ressortissant de l'endroit. Et, le fait politique kanak bouscule les assesseurs eux-mêmes souvent à leur dépend. Dès lors comment faire fonctionner une juridiction dont l'indépendance est le premier principe ? La tension est grande entre le Kanak politique et le Kanak « coutumier », même s'il faut nuancer quelque peu le propos. L'entrée du droit coutumier dans le droit français passe en pratique par une formalisation des rapports entre le juge et l'assesseur. Ces rapports sont à décrypter pour saisir du mieux possible les enjeux politiques qui se jouent dans le champ juridique, avec des incidences sur la société kanak et le peuple kanak tel que le définissait plus haut Elie Poigoune. Car, il faut bien distinguer, même sommairement, la société kanak et le peuple kanak si l'on veut par exemple comprendre la démarche du Sénat Coutumier qui cherche sa place hors des sillons administratifs et institutionnels, en allant par exemple interroger la place actuelle des jeunes dans la société ou en s'efforçant de rédiger à l'intention de Kanak comme des Non-Kanak un socle des valeurs communes kanak et en militant pour sa reconnaissance et sa prise en charge par l'ensemble du système politique et juridique calédonien. L'absence d'une véritable analyse des différents niveaux d'incidence du droit coutumier sur les mentalités locales, aussi bien kanak que non kanak est révélatrice des obstacles qui persistent dans la réalisation de la communauté de destin voulue par l'Accord de Nouméa.

Dans leur article, Demmer et Salomon ont raison sur un point : « si l'Accord de 1998 représente bel et bien une « feuille de route » pour l'avenir, il ne constitue pas pour autant un socle intangible ; il laisse volontairement place à des interprétations variées ». Mais *a contrario* de ce qu'elles affirment, on voit bien que ce qui a justement manqué c'est une juste interprétation du lien qu'il fallait établir entre les juridictions coutumières et le système judiciaire dans son ensemble d'une part, entre ce système et le projet politique de construction d'une vraie citoyenneté calédonienne d'autre part. Dans un langage maussien, on pourrait résumer le problème en disant que la pensée du tout a manqué à la mise en œuvre sereine de la partie. Ce sera là notre conclusion. Comment pouvait-on sérieusement imaginer que la reconnaissance d'une spécificité juridique kanak pourrait s'installer sans avoir d'effets et de répercussions sur le reste du droit calédonien ? Comment pouvait-on penser par ailleurs que le droit dans son ensemble ne serait en rien impacté par le projet d'émancipation né de l'Accord de Nouméa ? Faute d'avoir pris au sérieux la nécessité de construire cette cohérence à tous les niveaux de la communauté de destin en construction, l'Accord au moins au plan juridique a donné naissance à de nouvelles tensions et à de nouveaux conflits qui risquent fort de peser lourd dans les années cruciales qui s'annoncent.

\* \* \*