



autochtom.hypotheses.org



Note de synthèse

Décembre 2016

Faire de la coutume kanak un droit ***Enjeux, histoire, questionnements***

Rapport de recherche pour le compte de la Mission de recherche Droit et Justice

Coordination : Christine Demmer, anthropologue, Centre Norbert Elias, UMR 8562.



Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP « Mission de recherche Droit et Justice » (convention n° 13.38) Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Problématique

Les années 2010 sont marquées en Nouvelle-Calédonie du sceau de la réflexion sur l'avenir institutionnel du pays avec comme horizon la tenue du référendum d'autodétermination prévue dans l'accord de Nouméa entre 2014 et 2018. Elles ont vu également le transfert de la compétence en matière de droit civil. C'est dans ce contexte que le Sénat coutumier, chargé depuis sa création en 1998 des questions concernant l'identité kanak, - entre autres de formaliser les normes en matière foncière et familiale - s'est associé avec des juristes de l'Université de la Nouvelle-Calédonie ou venus d'autres universités (Paris-X-Nanterre, Perpignan voire Ottawa au Québec) pour imaginer un ordre juridique kanak pouvant être incorporé dans l'ordre juridique étatique. Déjà, depuis le milieu des années 2000, il avait interagit avec des magistrats siégeant dans les tribunaux civils coutumiers qui tentaient d'y appliquer des principes destinés à la rédaction d'un recueil de jurisprudence coutumière.

Souhaitant dépasser les positions de principe concernant la reconnaissance en droit d'une altérité culturelle que plus de 160 ans de colonisation a forcément atténuée, notre recherche visait à interroger la signification du processus discursif de définition de la coutume engagé par le Sénat coutumier. Notre équipe s'est attelée en premier lieu à analyser les enjeux politiques de l'incorporation d'un droit civil kanak dans le droit français et/ou néo-calédonien. Nous avons cherché à situer les débats actuels sur le droit coutumier dans une perspective plus vaste d'institutionnalisation de la culture kanak depuis la colonisation jusqu'à nos jours en nous efforçant d'explicitier les raisons de l'actualité récente de cette question pourtant mise à l'agenda des nationalistes depuis les années 1980. En historicisant ainsi le processus contemporain d'écriture d'un droit coutumier kanak nous avons voulu donner à comprendre la diversité des approches kanak aujourd'hui. Notre recherche s'est également attachée à décrire les énoncés normatifs du Sénat coutumier. Pour ce faire, nous avons pris soin de déconstruire les choix opérés dans le corpus des références kanak en nous demandant quelles règles sont mises en exergue et pourquoi, tout en décrivant les pratiques concrètes du droit. Notre ambition à cet endroit était de mesurer la pertinence, pour les intéressés, du projet contemporain mené par le Sénat coutumier. Cela supposait par conséquent d'enquêter auprès des usagers du droit et auprès de ceux qui, dans les instances dédiées (tribunal civil coutumier, aires coutumières, Offices Publics Coutumiers - OPC -, cabinets de notaires) fabriquent au jour le jour des normes (puisque rien ou presque n'est fixé) en cherchant à répondre aux besoins concrets des Kanak en matière civile et foncière.

Méthodologie

C'est en formulant l'hypothèse que la manière dont on envisage le droit ne peut s'appréhender en dehors d'un projet politique plus global de définition de l'Etat que notre équipe de sept chercheurs (des anthropologues, un sociologue et un historien du droit) a tâché de replacer la perspective d'écriture d'un droit coutumier kanak dans son histoire (ou plutôt ses histoires) : celle coloniale qui a vu se mettre en place des statuts civil et foncier différenciés reconduits après l'indigénat, celle des revendications (et du projet de société) des indépendantistes kanak à partir des années 1980 mais également celle, plus récente de l'introduction des idées propres à l'autochtonie internationale qui réclame, au sein des Etats concernés, la reconnaissance de droits différenciés. Fort de cette volonté d'historiciser un processus qui n'est pas encore stabilisé pour déterminer ce qui doit être intégré dans le droit étatique et pour quel type d'Etat (unitaire ou multiculturel), nous avons cherché à spécifier la démarche normative entreprise actuellement par le Sénat coutumier. Il nous a fallu par conséquent identifier le projet politique sous-jacent à la démarche d'instauration d'un « pluralisme juridique institutionnel ». Cela nous a conduit à analyser en particulier deux documents-manifestes : la *Charte du Peuple kanak* promulguée en 2014 et celui intitulé « Plan Marshall » rédigé début 2016 où s'énoncent des valeurs kanak (plus que des normes) et un projet politique différentialiste. Nous sommes revenus ensuite sur les racines coloniales de cette approche. Afin de saisir en quoi la démarche initiée par le Sénat coutumier aujourd'hui se rattache et en quoi elle se démarque des perspectives antérieures des nationalistes kanak, nous avons mis en lumière les grandes orientations sociétales défendues tout en menant l'enquête sur ce qui fut demandé à l'institution du Sénat, lors de sa création, en matière de mise en forme d'un droit. Enfin, soucieux de mesurer l'adéquation des énoncés normatifs produits par le Sénat coutumier avec les expériences de vie contemporaines concrètes des Kanak, nous avons choisi d'observer la manière dont ces derniers se saisissent du droit commun ou coutumier – voire le fabriquent aussi bien dans les tribunaux civils coutumiers que dans les aires coutumières ou encore auprès des Offices Publics Coutumiers et des notaires. En interrogeant des professionnels du droit et leur public, nous avons cherché à mettre en lumière la diversité de la nature des référents actuels, bien loin des images sociales le plus souvent véhiculées, axées sur des référents anciens datant de la période coloniale et sur des référents hérités des missionnaires.

Données recueillies

Un travail bibliographique et archivistique destiné à identifier les étapes majeures de l'institutionnalisation de certaines pratiques kanak au sein de l'Etat a été mené par Christine Salomon. Cette recherche est restituée ici en s'attachant à la période charnière des années post indigénat, où de vifs débats animaient la sphère politique néo-calédonienne quant au maintien d'un statut civil et foncier à part ainsi qu'au sujet de l'instauration d'une citoyenneté différenciée.

Toujours dans l'optique de bien cerner le projet politique, des entretiens ont été conduits par Christine Demmer auprès des principaux protagonistes de la négociation de l'accord de Nouméa de 1998 et plus spécifiquement au sujet des discussions portant sur les modalités de la reconnaissance identitaire. Une attention particulière a été portée au débat sur la création du Sénat coutumier, chargé de mettre en norme la coutume, afin de situer son statut dans la lutte nationaliste.

Une autre enquête a porté sur la publicisation de la notion de pluralisme juridique, débattue lors de divers colloques organisés depuis les années 1990 par des juristes de l'Université de Nouvelle-Calédonie, ouverts aux élus locaux comme nationaux. Elle a conduit Eric Soriano à rencontrer des juristes et d'autres universitaires ainsi que des journalistes et des élus conviés à intervenir lors de ces colloques.

Outre les travaux réalisés dans le cadre d'une contextualisation du droit coutumier, nous avons profité de notre bonne connaissance de plusieurs localités pour étudier d'une part les soutiens au projet du Sénat coutumier dans les conseils coutumiers, les conseils de districts voire les conseils des chefs de clans qui désignent les « coutumiers » à l'échelon de la Nouvelle-Calédonie (et identifier leurs initiatives propres). C'est ainsi qu'Alban Bensa et Benoît Trépied qui mènent traditionnellement leur travaux en zone Paicî (Koné, Poindimié, Ponérihouen, Pouembout, Touho) ont pu observer les élaborations identitaires dans cette région. Quant à Michel Naepels et Christine Salomon ils ont enquêté à ce sujet dans l'Aire Ajië-Arhö (qui englobe Bourail, Houailou, Moindou et Poya) et Christine Demmer dans l'aire Xârâcùù, à cheval entre la Province Sud et Nord (englobant Farino, Kouaoua, La Foa, Sarraméa et Thio) .

Concernant la fabrique du droit, Benoît Trépied a réalisé des observations au sein du tribunal civil coutumier de Nouméa et enquêté auprès des magistrats en poste en Nouvelle-Calédonie ainsi que des assesseurs coutumiers. De son côté, Jean-Louis Halpérin a principalement mené des entretiens auprès des notaires tout en complétant son enquête en

s'entretenant avec des juristes de l'Université de Nouvelle-Calédonie ainsi qu'avec des OPC (comme Christine Salomon et Christine Demmer) et également (toujours à l'instar de Christine Demmer) auprès de responsables de l'ADRAF et de la Direction de la Gestion et de la Réglementation des Affaires Coutumières - DGRAC. Pour informer le volet « pratique concrète du droit », C. Demmer a également enquêté sur la médiation pénale coutumière, dispositif encore peu répandu mais mis en œuvre dans l'aire Xârâcùù (ce qui l'a conduit à rencontrer la Procureure de la République).

La pratique du droit coutumier telle qu'elle se dessine depuis quelques années ayant suscité des inquiétudes concernant le droit des femmes et des enfants, Christine Salomon a rencontré à ce sujet des personnes œuvrant en milieu associatif : au sein de l'Association *SOS violences sexuelles*, au sein de l'Association d'aide aux victimes (ADAVI), de l'Association de gestion des tutelles (AGTNC). Elle a interrogé également des travailleuses sociales et un médecin chargés de la reconnaissance du handicap. Elle s'est entretenue aussi avec des responsables kanak des services gouvernementaux et provinciaux (du Nord) chargés de la condition féminine. Ces entretiens ont été complétés par des observations sur le statut des enfants de couples mariés dans lesquels l'homme est kanak de statut coutumier et la femme de droit commun.

A noter que certains entretiens ont été soumis à autorisation. De ce fait, les séances de réception des familles, en mairie, par l'Officier public coutumier (qui dépend de la DRGAF) n'ont pas été accessibles à l'observation. Quant au contact avec le personnel OPC, il n'a pas pu être toujours établi au nom du devoir de réserve exprimé par leur hiérarchie. Mais dans l'immense majorité des cas, nous avons pu rencontrer les personnes avec lesquelles nous souhaitons nous entretenir.

Principales conclusions de la recherche

La première clarification apportée par nos enquêtes concerne les lieux de réflexions consacrés à l'identité kanak. Au sein du Centre Culturel Tjibaou et de l'ADCK, s'exprime bien une certaine vision de la société kanak, mais celle-ci ne s'incarne pas dans un discours sur les normes. Très clairement aujourd'hui le Sénat coutumier détient le monopole d'une telle production. Cependant si sa légitimité lui est en principe conférée par « le bas » – les conseils des chefs de clans, les districts et les aires coutumières, ces instances se sentent souvent écartées des prises de décisions « nationales » - bien qu'elles aient été conviées aux « Etats généraux » dont est issue la *Charte du Peuple kanak*.

Notre recherche montre à quel point l'actualité de la question de l'incorporation d'un droit kanak dans le droit étatique est due à l'activisme du Sénat coutumier, allié à des juristes dont certains ont médiatisé la problématique par leurs publications et leurs communications. Notre analyse des discours et des écrits du Sénat coutumier montre que la volonté d'écrire le droit coutumier s'inscrit dans un projet de société particulier – différentialiste - qui implique l'autonomisation de la sphère politique coutumière. Il s'agit pour cette institution de faire reconnaître la coutume comme droit – un droit civil mais également pénal – à égalité avec le droit commun afin que sur terres coutumières les Kanak de droit coutumier soient gouvernés par des autorités politiques coutumières. Celles qui sont parties prenantes de ce projet attendent qu'on leur confère des pouvoirs de répression, mais davantage de police que de justice, dans la lignée des revendications formulées par les associations missionnaires au sortir de l'Indigénat. L'argument mobilisé pour obtenir gain de cause s'appuie sur l'existence d'une délinquance juvénile kanak présentée comme grandissante - qui mériterait d'être informée par une recherche dédiée concernant l'étendue du phénomène, les populations concernées, ses ressorts et ses modalités d'expression.

Nos enquêtes soulignent qu'en s'inscrivant dans la lignée des revendications des mouvements autochtones onusiens qui militent pour des droits différenciés, et en Nouvelle-Calédonie pour une autonomie interne des Kanak, le Sénat coutumier s'éloigne dans le même temps des objectifs des indépendantistes attachés à un Etat unitaire. Pour les signataires kanak de l'accord de Nouméa, la codification du droit civil – et uniquement ce dernier - engageait la fin d'une rupture d'égalité entre les deux statuts civils ; l'harmonisation de règles foncières et familiales distinctes d'une aire à l'autre devait ouvrir la voie à leur reconnaissance pleine et entière avec l'espoir, concernant le foncier, d'atténuer les conflits par l'énoncé de règles claires auxquelles se conformer désormais. Ce n'est donc pas la mission conférée au Sénat coutumier qui a changé depuis 1998, mais bel et bien la perspective politique dans laquelle il agit, faisant apparaître un clivage au sein du monde kanak quant à la société voulue pour demain. Si ses revendications étaient actées, une division du champ politique se ferait jour entre, d'un côté, des élus (kanak et non-kanak) gouvernant les ressortissants du pays de droit commun et, de l'autre, des chefs ou autres coutumiers gouvernant les ressortissants de statut coutumier, renvoyant au second plan la question de l'indépendance voire l'excluant.

Concernant le contenu des principes normatifs proposés par le Sénat coutumier notre travail met en exergue plusieurs points. D'une part, nous alertons sur le fait que le droit tel qu'il se dessine comporte des risques pour les plus dominés dans les hiérarchies kanak. Tout en affirmant une solidarité fondée sur l'interdépendance entre alliés matrimoniaux, entre clans

et/ou chefferies, le Sénat coutumier défend des principes de masculinité et de séniorité induisant pour les femmes, les jeunes et les cadets sociaux le risque de ne pas avoir les mêmes droits que les hommes et/ou les aînés hiérarchiques. Ceci a été mis en lumière notamment par l'association *SOS violences sexuelles* à l'occasion d'un combat menée entre 2007 et 2013 contre une procédure mise en œuvre par le magistrat Régis Lafargue, un des principaux acteurs de la médiatisation du droit coutumier. Cette procédure, dénoncée par nombre de femmes victimes de violence, renvoyait ces dernières, pour l'obtention de dommages et intérêts, devant les juridictions coutumières avec assesseurs coutumiers (majoritairement masculins) plutôt que leur demande ne soit examinée directement à l'issue du procès pénal. Nous soulignons que la contestation des personnes défendant les droits des victimes et plus largement les droits des femmes qui s'en est suivie - accusées de vouloir dénigrer la culture kanak - participe du constat de la difficulté, dans ce contexte de décolonisation, de rendre audible tout autre discours que celui portant sur la seule défense de l'identité culturelle. Par ailleurs, notre recherche indique que sous couvert de « sécuriser » les enfants nés de mères célibataires ou d'unions non coutumièrement reconnues (cas fréquents), l'approche des tribunaux civils coutumiers qui préconise l'adoption au sein du groupe maternel sans prendre en considération l'existence possible de rapports de domination intrafamiliaux ou la place du père biologique lorsque ce dernier la revendique, peut aboutir à fragiliser ces enfants. Notre étude met encore en lumière le fait que un certain nombre de principes que lors de nos enquêtes les tribunaux coutumiers tendaient à appliquer ne correspondent pas aux attentes des justiciables kanak parce qu'ils ne sont pas en adéquation avec les situations et pratiques concrètes. Ceci conduit d'ailleurs les praticiens du droit à développer *de facto* dans certains cas un droit plus hybride que coutumier à proprement parler et que nous nommons « mixte ». Ce droit est inspiré à la fois des normes coutumières et du droit commun et/ou néo-calédonien ; il concerne des litiges confrontant des ressortissants de statut civil coutumier à des personnes de droit commun (les couples mixtes par exemple) voire traite des fonds de commerce kanak soumis en principe à la succession coutumière. Ainsi, les Officiers Publics coutumiers qui, dans chacune des huit aires coutumières existantes valident les adoptions, changements de noms et projets de construction sur terres coutumières, bâtissent, par leurs actes coutumiers, une jurisprudence jugée coutumière essentiellement parce qu'elle relève de décisions prises par des autorités coutumières, mais dont les référents s'inspirent du droit français (sur la notion de propriété en particulier ou pour la délégation de l'autorité parentale). Les études notariales, quant à elles, qui ont une clientèle kanak (entre 10% et 20%) intéressée le plus souvent à l'achat d'immeubles dans le domaine privé constatent que la transmission du

patrimoine par d'autres voies que la répartition coutumière est une préoccupation grandissante. Dans ce contexte, les notaires doivent composer avec des successions doubles (sur terres privées et coutumières) ou inventer des normes pour ce qui concerne des commerces acquis par des personnes de statut coutumier dont le bien ne dépend plus du statut civil commun à la mort de l'acquéreur.

Dans les tribunaux civils coutumiers, l'observation des audiences révèle que des juges en poste lors de nos enquêtes, connus pour leur activisme en faveur du pluralisme juridique, passent outre les situations concrètes des familles pour promouvoir la vision défendue par le Sénat coutumier sur la société kanak : une vision avant tout communautariste. En stigmatisant par exemple les Kanak qui sont passés dans le droit commun ou ceux qui ont opté pour une reconnaissance de paternité sans faire de « geste coutumier » adéquat - ce dernier étant seul censé sceller l'accord du clan de la mère - ce sont les jeunes couples kanak urbains ayant adopté un mode de conjugalité et de parentalité « à l'occidentale » qui se trouvent ici disqualifiés sur le mode d'un renoncement à ce qui serait ou devrait être leur « véritable identité ». Ceci montre le poids des présupposés des juges en poste sur la définition de l'identité kanak, à laquelle participe forcément les tribunaux coutumiers par leurs décisions jurisprudentielles.

Pistes de réflexions ouvertes

En explicitant l'existence de deux approches kanak du droit coutumier au regard de la nature attendue de l'Etat après 2018 et en révélant la production concrète d'un droit mixte, notre recherche souligne que les images sociales produites par le Sénat coutumier, défendant une forte altérité culturelle, nécessitent d'être questionnées. Nos enquêtes plaident pour ajuster le droit civil coutumier à la réalité des expériences liées à l'exode rural déjà ancien puisqu'aujourd'hui la moitié des Kanak sont urbains ainsi qu'à l'existence de formes familiales hybrides et diverses de nos jours. Notre recherche en ce sens peut servir à alimenter la réflexion sur l'élaboration d'un droit néo-calédonien qu'une bonne partie des indépendantistes appellent de leurs vœux en continuant à prôner le « destin commun » inscrit dans l'accord de Nouméa, conscients d'entretenir des relations et de partager depuis longtemps déjà des expériences de vie proches ou même communes avec les personnes des autres communautés présentes en Nouvelle-Calédonie.