



HAL
open science

RÉFLEXIONS SUR L'INTÉGRATION DE LA COUTUME AUTOCHTONE DANS L'ÉLABORATION DE LA NORME À PARTIR DU CAS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. RÉFLEXIONS SUR L'INTÉGRATION DE LA COUTUME AUTOCHTONE DANS L'ÉLABORATION DE LA NORME À PARTIR DU CAS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE. Le développement durable en Océanie – Vers une éthique nouvelle?., 2015. hal-02117022

HAL Id: hal-02117022

<https://hal.science/hal-02117022v1>

Submitted on 1 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RÉFLEXIONS SUR L'INTÉGRATION DE LA COUTUME AUTOCHTONE DANS L'ÉLABORATION DE LA NORME À PARTIR DU CAS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Carine DAVID

Maître de conférences à l'Université de Nouvelle-Calédonie
Laboratoire de Recherches Juridiques et Économiques (LARJE)

E. EHRLICH, sociologue du droit allemand du début du XX^e siècle estimait de façon particulièrement pertinente que : « *Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque, comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même* » (353). En effet, selon l'auteur, la validité et l'effectivité des normes dépendent plus de leur reconnaissance et de leur respect par les gens que de leur exécution par l'État et son personnel (354).

Cette citation est particulièrement intéressante car elle appelle le juriste (chercheur ou praticien) à faire preuve d'humilité. Celui-ci ne doit pas faire ou dire le droit à partir de concepts et de constructions abstraites, mais pour répondre aux besoins exprimés par la société, via leurs représentants politiques le plus souvent. Ces derniers, quant à eux, ne doivent pas oublier qu'ils sont élus pour représenter non seulement leurs électeurs mais toute la population du territoire de leur circonscription.

Or, à bien regarder les modalités de production du droit en Nouvelle-Calédonie, il semble que nous sommes éloignés de cette conception humaniste, sociétale du droit. Outre le fait que la règle de droit est rarement conçue à partir des caractéristiques propres de la Nouvelle-Calédonie (elle est généralement un « copier-coller » des règles métropolitaines, le plus souvent inadaptées aux réalités locales), on constate également la faible prise en compte de la coutume dans le processus de décision, alors même que près de 40 % de la population voit une bonne

(353) E. EHRLICH, *Principes fondamentaux de la sociologie du droit*, 1967, Préface.

(354) T. RAISER, *Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques*, *Revue Droit et société*, 1989, n° 11/12, p. 125.

partie de sa vie quotidienne régie par les règles et pratiques coutumières. En cela, la parole de G. Mandaoue, alors Sénateur coutumier de la Nouvelle-Calédonie, paraît toujours d'actualité. Il disait : « *Il ne faut pas se contenter du partage de compétences édicté par la République. Il faut également tenir compte d'un homme qui est à côté : le kanak. Il faut lui reconnaître des compétences. Il ne demande qu'à contribuer et à agir* » (355).

En effet, les pratiques actuelles d'élaboration des règles ne peuvent pas perdurer dans un pays qui se veut en quête d'un « destin commun ». Il paraît difficile de réussir un processus de construction nationale en ne tenant compte que marginalement des règles régissant une partie substantielle de la population, à savoir la coutume kanak (I). Il faut dès lors réfléchir à de nouvelles pratiques de gouvernance et d'élaboration des textes pour mieux prendre en compte l'ensemble de la population (II).

I. – Un système d'élaboration de la norme sourd à la construction d'un destin commun

Partons d'un raisonnement syllogistique : la Nouvelle-Calédonie est actuellement dans un processus de construction nationale (A). Or, on ne peut que constater la place minimale laissée à la coutume mélanésienne dans l'ordre juridique local (B). La conclusion ne peut dès lors être que de reconnaître la nécessité de donner une place aux règles et pratiques coutumières lors de la prise de décision pour construire un destin commun.

Reprenons les différentes propositions de ce raisonnement.

A. Le processus de construction nationale

L'Accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998, par l'État et les principaux représentants loyalistes et indépendantistes du territoire, met en exergue, dans son préambule, la nécessité de construire un destin commun (356).

(355) G. MANDAOUÉ, *Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation*, RJE 2007, n° spécial, p. 48.

(356) L'expression « destin commun » est utilisée à 3 reprises dans les points 3 et 4 du préambule de l'accord. Ainsi, dans le point 3, il est déclaré : « *La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de*

Cette affirmation est particulièrement symptomatique de la situation de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi le point 4 du Préambule de l'Accord dispose que : « *Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun.* »

Cette nécessité de construire un destin commun est aujourd'hui présente non seulement dans les discours de tous les partis politiques locaux, mais est également devenu un leitmotiv pour beaucoup de citoyens calédoniens, toutes ethnies confondues.

Je reprendrai là encore des propos de G. Mandaoue pour qui : « *Il est temps désormais que le droit serve à unifier la population calédonienne plutôt qu'à la diviser* »... De « *faire que le droit soit moins rigide et qu'il participe à la construction d'un destin commun entre les populations de la Nouvelle-Calédonie* » (357).

Or, que constate-t-on lorsque l'on étudie la place que le droit occupe en tant que vecteur ou outil pour construire un destin commun ? On constate sans aucune hésitation possible que la place laissée à la coutume mélanésienne est minime. C'est le 2^e temps de notre raisonnement.

B. La place minimale laissée à la coutume mélanésienne dans l'élaboration de la norme

Comme le soulignait P. Deumier, le rapport entre droit et coutume mélanésienne peut être caractérisé sous trois rapports :

1. Le droit protège la coutume (généralement par le biais de dérogations) ; ici, l'objectif n'est pas une intégration de la coutume au moment de l'élaboration de la norme puisque dans ce cas précis, la coutume n'inspire pas la norme, elle en est l'objet.
2. Le droit délègue à la coutume (c'est l'exemple du statut civil ou encore du droit foncier), permettant ainsi la coexistence de deux systèmes

*de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un **destin commun** ».* Au point 4, il est précisé qu'« *Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son **destin commun** » et que « *Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un **destin commun**.* »*

(357) G. MANDAOUÉ, Coutume et environnement : de l'appréhension à la participation, RJE 2007, n° spécial, p. 45.

juridiques distincts. On parle ici de pluralisme juridique. Ici, la coutume n'est pas non plus intégrée au moment de l'élaboration de la norme.

3. La communauté kanak en tant que telle participe à la prise de décision, par le biais de représentants dans diverses institutions. Cela peut aboutir à une intégration de la coutume et implique de réfléchir à l'ingénierie institutionnelle permettant d'associer la communauté mélanésienne à l'élaboration de la règle de droit.

Globalement, l'étude de la place de la coutume dans l'ordre juridique calédonien laisse peu de doutes. En effet, alors même qu'on reconnaît officiellement en Nouvelle-Calédonie le pluralisme juridique dans certains domaines comme celui du statut civil, l'influence de la coutume reste très marginale dans l'ordre juridique local. Certes, la loi organique prévoit la consultation des autorités coutumières (Sénat coutumier, conseils d'aires) lorsque le texte concerne la coutume... En effet, on « daigne » consulter le Sénat coutumier lorsqu'on légifère sur la matière coutumière. Il s'agit d'une simple saisine pour avis dans le cadre réglementaire et d'un système de navette dans le cadre législatif local, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie ayant en tout état de cause le dernier mot.

À cet égard, la procédure d'adoption de la seule loi du pays ayant fait l'objet d'une procédure de navette législative depuis 1999 est assez symptomatique.

Si cette loi du pays est encourageante en ce qu'elle a entraîné un travail collaboratif entre le Sénat coutumier et le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, puisque le Sénat a été étroitement associé aux travaux de la commission *ad hoc* créée à cette occasion, elle est également caractéristique des difficultés liées à la matière coutumière puisqu'il a fallu près de 3 ans pour l'adopter (358). En effet, le projet de texte proposé

(358) Un projet de loi du pays relatif aux procès-verbaux de palabres coutumiers du 1^{er} avril 2004 avait été déposé sur le bureau du Congrès. Conformément à l'article 142 de la loi organique, celui-ci avait alors été transmis au Sénat coutumier par le Président de l'assemblée. Dans les deux mois qui lui était imparti par le texte statutaire, l'institution coutumière avait ensuite totalement réécrit le projet de loi du pays. La loi organique statutaire et le règlement intérieur du Congrès ne fixant aucun délai pour contraindre ce dernier à intervenir, il a fallu attendre le 31 mai 2006 pour que le projet de loi du pays relatif aux procès-verbaux de palabres coutumiers soit examiné par le Congrès, alors que le Sénat coutumier s'est prononcé deux ans plus tôt, les 27 et 28 mai 2004. Le Sénat coutumier, dépassant de quelques jours le délai de deux mois qui lui était alors imparti pour statuer sur la nouvelle mouture du texte, rendit son avis le 7 août 2006. Enfin, le Congrès se prononça sur les dernières modifications introduites par le Sénat coutumier et adopta définitivement une loi du pays sur les actes coutumiers le 13 décembre 2006. La loi du pays fut finalement promulguée le 15 janvier 2007, soit près de trois ans après son introduction dans le processus législatif local...

par le Gouvernement a, lors de sa 1^{re} lecture par le Sénat coutumier, été totalement réécrit. Après un travail approfondi par une commission *ad hoc* du Congrès associant le Sénat coutumier et les services du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le texte a été substantiellement remanié. Lors de la 2^e navette, toutes les propositions du Sénat ont été repoussées par le Congrès.

Si des difficultés sont rencontrées par les autorités coutumières pour faire prévaloir les règles coutumières en matière coutumière, que dire des domaines non spécifiquement coutumiers où peuvent se rencontrer droit commun et coutume. À cet égard, deux textes sont pour moi symptomatiques et représentatifs de la situation actuelle.

Le premier est la loi du pays sur le domaine public maritime. Elle symbolise à elle-seule les difficultés rencontrées par les élus pour prendre en compte la coutume au moment de l'élaboration de la règle de droit.

Sur le fond, le texte mettait en présence deux conceptions diamétralement opposées de la propriété foncière (359) et la loi du pays est à cet égard une occasion manquée de faire prévaloir le consensus sur les intérêts particuliers d'un groupe. Certains diront qu'il est impossible de concilier l'inconciliable... Le problème est que la loi du pays sur le domaine public maritime n'a non seulement pas tenté une quelconque conciliation, mais encore s'est-elle refusée à prévoir une consultation des autorités coutumières pour les opérations les plus importantes sur le domaine public maritime, à savoir la délimitation et le déclassement de la zone des pas géométriques, les autorisations d'occupation temporaire, y compris celles constitutives de droits réels ou encore les concessions d'endigage (360).

Le Sénat coutumier avait d'ailleurs considéré que la conception coutumière des espaces terrestres et maritimes du bord de mer n'avait pas été prise en compte par le projet de loi du pays.

(359) Il n'existe en effet pas de différenciation, par le droit indigène, entre la terre et la mer. Là où le droit français opère une différenciation entre la terre et la zone littorale d'une part (composée du rivage, de la zone des pas géométriques, des estuaires des fleuves, des ports et installations sur le rivage) et la mer (eaux intérieures, eaux territoriales, plateau continental et zone économique exclusive) d'autre part, la culture mélanésienne n'en fait aucune. En effet, la mer fait partie du foncier et obéit aux mêmes règles d'appropriation. En conséquence, opérer une distinction entre la terre susceptible d'appropriation et la mer qui en est insusceptible n'a aucun sens pour un mélanésien.

(360) La consultation des autorités coutumières a seulement été imposée s'agissant de la délimitation transversale de la mer aux embouchures, de la détermination du tracé d'une servitude transversale de passage et de l'attribution d'indemnité suite à l'institution d'une telle servitude et des transferts de gestion de dépendances du domaine public maritime.

Sur la forme, la procédure de navette avec le Sénat coutumier seule envisageable dans le cadre de l'adoption d'une loi du pays (361), n'a pas été utilisée, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ayant à l'époque considéré que ce texte ne concernait en rien la coutume (362). Toutefois, sachant que dans la culture mélanésienne, la mer est la continuité de la terre et que le domaine public maritime fait partie intégrante des terres coutumières, et ces dernières n'étant pas totalement exclues de la réglementation édictée par la loi du pays, il est possible de s'interroger sur l'absence de saisine du Sénat coutumier dans le cadre d'une navette.

Le deuxième exemple est le Code de l'environnement de la province Sud. Peu d'articles du Code de l'environnement de la province Sud utilisent le mot « coutume ». La plupart des articles l'employant prévoient soit la présence d'un représentant du Sénat coutumier ou des aires coutumières concernées dans une instance le plus souvent consultative, quelquefois force de proposition, soit la possibilité de saisir ses autorités coutumières pour avis pour certains actes de gestion (création et gestion des aires protégées, classement d'un site naturel), soit des dérogations liées aux pratiques coutumières (accès à des réserves naturelles intégrales, pêche et chasse). Aucune disposition ne vise à prendre en compte les pratiques coutumières ou ne prennent en compte les pratiques.

(361) L'article 142 de la loi organique dispose que « *tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières... est transmis au Sénat coutumier par le Président du Congrès* ».

(362) À noter toutefois la saisine opérée par M. Roch Wamytan, alors membre du Gouvernement chargé des affaires coutumières qui avait saisi pour avis le Sénat coutumier de sa propre initiative, alors même que les textes ne le prévoyaient pas. L'avis rendu par l'institution coutumière avait toutefois été lu en assemblée générale devant le Conseil d'État, qui avait pu en prendre connaissance. Et ce alors même qu'au départ, le Gouvernement, conscient de la sensibilité de la matière, avait souhaité saisir les membres du Congrès de l'avant-projet. Cette consultation a donné lieu à la réunion de la commission de l'agriculture et de la pêche, d'une part mais également de la commission des affaires coutumières. Les deux commissions ont émis un certain nombre de remarques quant au contenu de l'avant-projet et ont souhaité que les consultations se poursuivent. L'objet de la réunion résidait dans la meilleure appréhension possible, par les élus, du contexte « concernant les règles de vie quotidienne des tribus du littoral, afin d'éviter d'éventuelles incompréhensions qui pourraient déboucher sur des situations délicates opposant, par exemple, des gens du clan de la mer à des personnes extérieures à la société mélanésienne » (Rapport n° 053 du 17 juillet 2001 de la commission de la législation et de la réglementation relative aux affaires coutumières, p. 3). Malheureusement, cet esprit de concertation n'a pas duré et, contre toute attente, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a saisi le Conseil d'État quelques semaines plus tard et a déposé le projet de texte sur le bureau du Congrès à la fin de l'année 2001. Le texte final ne tient pas compte du point de vue des autorités coutumières, et notamment du Sénat coutumier saisi pour avis. Il a été adopté tard dans la soirée, après trois jours de séance extrêmement chargés, suite au refus du Gouvernement local de faire droit à la demande du groupe F.L.N.K.S. de reporter l'examen du texte au début de l'année 2002.

Il est par ailleurs dommage que nulle mention ne soit faite de la coutume et des pratiques coutumières dans les principes généraux du droit de l'environnement édictés par ce Code.

À titre d'exemple *a contrario*, on peut citer les très intéressants principes généraux contenus dans le Code de l'environnement de la province Nord, lesquels précisent, d'une part, au dernier alinéa de l'article 110-3 que « *la Province nord s'efforce d'adopter des procédés de consultation adaptés, notamment à l'organisation coutumière, en vue d'une participation effective des populations dans l'élaboration de la réglementation en matière d'environnement et dans sa mise en application* ». D'autre part, l'article 110-4 dispose que « *la Province nord prend en compte l'existence de gestions spécifiques, notamment coutumières, de l'environnement, et souhaite poursuivre le travail engagé dans le but d'intégrer ces modes de gestion dans la réglementation. Celle-ci reconnaît, de plus, dans les limites qu'elle établit, des modalités de gestions spécifiques, plus contraignantes, qui pourront se superposer à la réglementation commune* ».

D'aucuns diront qu'il est normal que la province Nord intègre plus volontiers les pratiques coutumières dans sa réglementation eu égard à la composition ethnique de sa population, comme si un kanak du Nord avait plus droit au respect de sa culture qu'un kanak du Sud...

Globalement donc, soit l'autorité de droit commun ignore la coutume, soit elle prévoit des mesures dérogatoires, mais il n'est jamais question d'intégrer les pratiques coutumières lors de l'élaboration de la règle de droit.

Pourtant, il paraît difficile, dans le cadre de construction nationale que connaît aujourd'hui la Nouvelle-Calédonie de continuer à nier les références de 40 % de la société. Ainsi, intégrer la coutume dans l'élaboration de la norme apparaît comme étant une piste concrète pour construire un destin commun en Nouvelle-Calédonie.

Il faut donc réfléchir aux modalités de cette intégration.

II. – Quelques éléments de réflexion sur les modalités d'intégration de la coutume autochtone dans l'élaboration de la norme

Au moment de réfléchir à l'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme de droit commun, un certain nombre de questions récurrentes émergent rapidement.

Tout d'abord, qu'entend-on par « intégrer la coutume » ? Cela signifie-t-il une quête inconditionnée de l'unicité de l'ordre juridique, dans le sens où destin commun serait synonyme de règles communes, pour ne pas dire identiques ? Cela implique-t-il une solution uniforme, commune à tous les domaines du droit ?

Ensuite, une autre question se pose : « De quelle coutume parle-t-on ? » Il s'agit notamment ici d'évoquer les difficultés liées à l'hétérogénéité de la coutume mélanésienne.

Enfin, comment procéder à cette intégration ? Nous évoquerons ici les questions d'ingénierie institutionnelle, en nous interrogeant sur la forme de l'instance à même de faire connaître les règles et pratiques coutumières. En d'autres termes, il s'agira de réfléchir sur l'évolution du Sénat coutumier, dans son rôle et sa composition, voire sa mutation vers une institution différente, en gardant à l'esprit la nécessité de légitimité de l'institution.

A. Intégration de la coutume et ordre juridique : unicité ou pluralisme des ordres ?

Qu'entend-on par « intégrer la coutume » ? Cela nécessite de revenir sur les deux éléments de la proposition : l'intégration et la coutume.

1. L'intégration : éventualité ou nécessité ?

Cette question nous amène nécessairement à nous interroger sur la problématique déjà évoquée par d'autres intervenants de l'interpénétration ou la coexistence de deux ordres juridiques distincts, l'un étatique, l'autre coutumier. En effet, intégrer signifie-t-il qu'il faut nécessairement et systématiquement mêler les règles issues de chaque ordre juridique pour n'en faire qu'une ?

Une telle solution aurait pour objectif le maintien d'un seul ordre juridique qui au nom du destin commun s'appliquerait à toute la population, conforme à la vision kelsenienne de l'ordre juridique, un ordre

juridique unique, théâtre du monopole étatique de la création du droit. Cela aurait pour principale conséquence la nécessité de transposer un certain nombre de concepts certainement inadaptés tels que le principe d'égalité et entraînerait un risque d'assimilation.

Or, il est nécessaire de prendre en considération les valeurs de chaque groupe, tout en respectant le droit de chacun d'entre eux à la différence. Une assimilation de toutes les composantes de la population n'est pas une solution acceptable dans le cadre d'un processus de construction nationale puisque ce serait reproduire les erreurs du passé. L'assimilationnisme ne peut en effet pas convenir à une société plurielle. Elle ne peut pas devenir la règle à privilégier. D'autant plus que l'assimilationnisme va généralement toujours dans le même sens, en l'occurrence au détriment de la coutume.

Pour autant, est-il satisfaisant de prendre le contrepied de cette constatation et de systématiquement tendre vers le pluralisme juridique ? Faut-il en effet par réaction privilégier invariablement la coexistence de deux ordres juridiques distincts ? Il me semble que cela mettrait en péril le processus de construction nationale en laissant des communautés cohabiter sans règle à même de cimenter le sentiment national. Il est nécessaire, me semble-t-il, d'arriver à créer un socle de règles communes, notamment dans la sphère publique.

Dès lors, intégrer ne pourrait-il pas signifier concilier le conciliable, tout en permettant à chacun de garder ses propres règles lorsque les conceptions de chacun sont par trop éloignées. En effet, pourquoi imposer une conciliation qui demanderait des efforts tels de part et d'autre qu'aucun groupe ne serait satisfait de la solution médiane ?

Ainsi, lors de l'élaboration de la règle de droit, le raisonnement idéal et donc certainement utopique pourrait être le suivant :

1. Dans le domaine à réglementer, existe-t-il des règles et/ou pratiques coutumières ?
2. Si non, le processus normal d'élaboration de la règle prend le dessus.

Si oui, il conviendrait alors de s'interroger sur la possibilité de concilier les pratiques coutumières et les aspirations de la société dans son ensemble, c'est-à-dire de véritablement utiliser la coutume comme source du droit.

3. En cas de conciliation possible, une règle unique pourrait alors être édictée. Au cas contraire, on laisserait la place au pluralisme juridique.

Ainsi, alors qu'à l'heure actuelle, le rapport entre loi et coutume est principalement un rapport de « *protection* », dans la mesure où lors de l'élaboration de la norme, sont prévues des mesures dérogatoires lorsque les pratiques coutumières sont considérées comme étant ou risquant d'être en conflit avec la règle de droit commun ainsi édictée, il pourrait être envisagé d'étudier ces pratiques pour s'en inspirer dans la règle de droit. C'est-à-dire que la coutume serait utilisée comme source du droit local, permettant ainsi une plus grande adhésion à la règle de droit par la société dans son ensemble.

D'un point de vue de la théorie du droit, le principe de cette prise en compte ne pose pas de difficulté dans la mesure où la coutume est reconnue comme source du droit. Le pluralisme des sources du droit est depuis longtemps accepté, bien qu'il entraîne un désordre dans la pyramide des normes telle que conçue par Kelsen.

L'avantage de considérer la coutume comme une source est d'éviter de confronter la coutume à l'ordre juridique étatique dans le cadre d'un rapport hiérarchique qui est toujours au désavantage de la première.

Pour autant, certains objecteront qu'il existe une hiérarchie des sources. On se retrouve là face à un problème de référent et comme l'on suggéré un certain nombre d'intervenants depuis lundi, il y a nécessité d'abandonner le raisonnement qui consiste à appréhender les relations entre normes systématiquement en termes de hiérarchie. D'ailleurs, la doctrine ne s'accorde ni sur la nomenclature des sources du droit ni sur la manière de les classer. Il est par conséquent possible de s'interroger, comme d'autres auteurs, sur la pertinence du maintien d'une hiérarchie des sources (363).

Plus concrètement, et en l'absence de difficulté juridique, le défaut d'utilisation de la coutume comme source du droit dans la pratique est révélateur d'un manque de volonté politique. Le politique, vecteur de la revendication sociale et de sa conversion en règle de droit, se doit pourtant de faire des propositions innovantes, quitte à bousculer la tradition juridique. Le droit doit s'adapter à l'évolution de la société. C'est sous cet angle qu'il convient de s'intéresser à l'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale.

Pour autant, la conciliation peut parfois se révéler non souhaitable car entraînant une dénaturation de la volonté sociale de chaque

(363) Avec V. LASSERRE-KIESOW, on peut toutefois se poser une question fondamentale : « *toutes les sources du droit doivent-elles nécessairement prendre place dans la hiérarchie des normes ?* », in *L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit*, Dalloz 2006 p. 2279.

groupe. Dans ce cas, il serait plus convaincant d'adopter un cadre juridique assoupli laissant sa place au pluralisme juridique.

En effet, la construction d'un destin commun n'a pas nécessairement pour conséquence l'unicité de la règle et le maintien de deux ordres juridiques distincts pourra parfois être la solution. C'est ni plus ni moins ce que suggère P. Deumier en proposant une sorte de partage de compétences entre ordres.

Dès lors, on pourrait envisager un certain nombre de domaines dans lesquels il y aurait une prise en compte nécessaire des pratiques et règles coutumières lors de l'élaboration de la norme et d'autres domaines dans lesquels il serait plutôt procédé par délégation de compétences avec un maintien de deux ordres juridiques distincts, l'un coutumier, l'autre dit « de droit commun » ou étatique. Enfin, quelques domaines tels que le droit des assurances ou le droit bancaire par exemple semblent exclus de ce raisonnement dans la mesure où ils ne relèvent pas de la coutume.

La détermination de ces domaines nécessiterait un travail approfondi et pourrait être déterminée au cas par cas (364).

On peut par ailleurs proposer certaines pistes en termes d'ingénierie institutionnelle pour travailler sur ces questions à l'avenir. Il convient toutefois avant d'aborder la question de l'hétérogénéité de la coutume mélanésienne, et plus particulièrement de la coutume kanak.

2. Les difficultés liées à l'hétérogénéité de la coutume mélanésienne

Lorsque l'on parle d'intégrer ou de prendre en compte la coutume mélanésienne au moment de l'élaboration des textes, la même question est à coup sûr posée : quelle coutume ? En effet, comme le soulignait Jennifer Corrin hier, il existe une difficulté certaine à intégrer la coutume en Mélanésie plus qu'ailleurs dans la mesure où la coutume y est hétérogène. Elle diffère d'une île à l'autre, d'une tribu à l'autre, voire d'un clan à un autre.

Dès lors, comment gérer la difficulté liée à l'hétérogénéité de la coutume mélanésienne ? Je ne peux malheureusement pas répondre à cette question. Je proposerai simplement quelques pistes de réflexions

(364) À la réflexion, deux domaines pouvant faire l'objet de règles communes me sont venues à l'esprit. La 1^{re} est le droit du travail. La 2^{de}, plus problématique par rapport à l'état du droit actuel, et inspiré par un évènement personnel, a trait au délai pour déclarer un enfant à sa naissance (3 ou 30 jours ?).

et renverrai pour le reste aux interventions de mes collègues et notamment à celle d'E. Cornut.

Tout d'abord, intégrer la coutume signifie-t-il forcément intégrer des règles précises, ou plutôt du fait de l'hétérogénéité de la coutume se référer à des valeurs kanaks ? On en revient à l'opposition entre individualisme et valeurs collectives. On a également parlé de la distinction pratiques ou règles coutumières. Par ailleurs, R. Mapou évoquait une possible harmonisation de la coutume.

Il faudrait également à mon sens peut être relativiser le caractère hétérogène de la coutume en se demandant si finalement lorsque l'on parle d'intégrer la coutume, on parle d'intégrer des règles ou intégrer une façon de voir la société avec des référents culturels différents ? Sont-ce forcément des règles ancestrales ? Il ne me semble pas. Il s'agit également d'un art de vivre, d'une vision des choses, rattachée au monde invisible.

Ensuite, et notamment du fait des difficultés liées à l'hétérogénéité de la coutume, il semble indispensable de travailler sur des référents territoriaux locaux. À cet égard, le niveau provincial ou communal paraît plus adapté. Dans ce cas, les textes au niveau territorial devraient permettre la souplesse, c'est-à-dire laisser la possibilité de prendre des décisions à un niveau plus bas. La norme doit être conçue comme un outil permettant ou laissant la place à la gouvernance locale.

Enfin, il faut également trouver des formes, des mécanismes juridiques satisfaisants pour accueillir le droit coutumier. En cela, la technique du « *trust* », voire en droit de l'environnement du « *public trust* » paraissent des outils particulièrement intéressants (365).

B. Propositions pour une ingénierie institutionnelle plus adaptée aux enjeux du destin commun

Il s'agit ici de réfléchir à la question de l'ingénierie institutionnelle permettant d'intégrer la coutume au moment de l'élaboration de la règle. On l'a dit, l'intervention du Sénat coutumier dans l'élaboration des textes reste marginale et réduite à la matière coutumière. La

(365) Voir C. DAVID, « La nécessaire évolution des concepts juridiques pour une protection réaliste de la biodiversité en Nouvelle-Calédonie », V^e Colloque International sur les plantes aromatiques et médicinales (CIPAM), Nouméa, 3 au 6 novembre 2008, à paraître à la Revue Ethnopharmacologia, n° 46, décembre 2010. Voir également du même auteur, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », Les Petites Affiches, 17 août 2007, n° 165.

navette n'est prévue que pour certaines lois du pays (366), alors qu'une consultation pour avis pour certaines délibérations du Congrès et des provinces intervenant en matière coutumière est imposée par la loi organique (367), si elles interviennent en matière coutumière.

Quant au Sénat, il s'est assigné par le biais de son règlement intérieur deux fonctions principales : « *travailler dans les chemins permettant de panser les plaies profondes causées jadis et aujourd'hui à la société kanak* » [...] et « *interpeller les plus hautes instances de l'État sur les risques qu'entraîneraient l'application de dispositions contraires aux usages de la coutume* ». C'est-à-dire, selon M. Chauchat, en termes plus européens, « le rééquilibrage communautaire et la vigilance identitaire » (368).

Le Sénat coutumier a-t-il réellement les moyens de ses ambitions ? L'institution coutumière est-elle vouée à rester une instance consultative ou faut-il lui donner plus de place dans la procédure d'élaboration de la règle ? Cela impose de se poser un certain nombre de questions sur l'évolution possible du Sénat coutumier.

Il faut toutefois noter au préalable que de telles évolutions n'iront pas sans difficulté, eu égard à la population non kanak d'une part, mais également au sein de la société mélanésienne elle-même.

Eu égard à la population non kanak, la joute parlementaire récente à laquelle a donné lieu une évolution somme toute mesurée du Sénat coutumier laisse augurer de grandes difficultés pour des transformations qui iraient au-delà du texte organique.

En effet, lors de la modification de la loi organique ayant eu lieu en juillet dernier, le rapporteur au Sénat avait proposé un article additionnel afin de conforter la place du Sénat coutumier dans l'organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie (369). Il proposait de prévoir que le Sénat coutumier puisse désigner l'un de ses membres pour exposer, devant le Congrès ou l'Assemblée de province, l'avis du sénat sur un projet ou une proposition qui lui aurait été soumis. De façon complémentaire, il était précisé que le Gouvernement, le Congrès ou une Assemblée de province, lorsqu'ils seraient saisis par le Sénat coutumier d'une proposition intéressant l'identité kanak, devraient informer

(366) Article 142 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

(367) Article 143 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

(368) M. CHAUCHAT, *Le Sénat coutumier, une « institution »* qui a 10 ans, http://larje.univ-nc.nc/images/stories/chauchat_le_senat_coutumier_a_10_ans.pdf

(369) Rapport Sénat n° 490 (2008-2009) de M. C. COINTAT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 juin 2009.

ce dernier des suites données à cette proposition, dans un délai de trois mois. Enfin, il était prévu que le président du Sénat coutumier nomme aux emplois des services de cette institution, qu'il en dirige les services et qu'il intente les actions et défende devant les juridictions au nom du Sénat coutumier.

Contre toute attente, ces quelques propositions rencontrèrent une forte opposition à l'Assemblée nationale, notamment en la personne des deux députés Pierre Frogier et Gael Yanno et les propositions votées par le Sénat furent retirées du texte par l'Assemblée nationale afin « *de respecter la prééminence du Congrès et des assemblées de provinces dans la prise de décision et la maîtrise de l'organisation de leurs propres travaux* ». Les procédures étaient notamment jugées trop contraignantes et, suprême alibi, ne correspondaient, à aucune obligation découlant de l'accord de Nouméa, ni à une demande formulée par le Congrès (et pour cause). Ce fut finalement à la Commission mixte paritaire de trancher. Celle-ci décida de revaloriser le rôle du sénat coutumier. Il est donc désormais possible aux membres du Sénat coutumier de venir présenter au congrès ses avis et d'être informés des suites que celui-ci réserve à ses propositions, le délai de 3 mois ayant toutefois été abandonné. Reste à espérer que le Congrès sera plus réactif que s'agissant de la loi du pays sur les actes coutumiers que nous avons évoqué tout à l'heure. En outre, le président du Sénat coutumier organise et dirige désormais ses services.

On le voit, les réticences quant à une évolution du rôle du Sénat coutumier sont cristallisées chez les représentants loyalistes.

Du côté mélanésien, il n'existe pas non plus un consensus sur le rôle du Sénat coutumier, principalement du fait des questions liées à la légitimité des membres de l'assemblée coutumière. Ainsi, une question récurrente a trait aux modalités de désignation des membres du Sénat coutumier.

La loi organique prévoit la possibilité de modifier les modalités de désignation de ses membres. Si la réforme a été balayée par le Sénat en 2005 (370), il apparaît que la question a refait surface à l'approche du renouvellement du Sénat coutumier.

Ainsi, la plateforme minimale du FLNKS adoptée le 31 janvier 2009 mentionne le Sénat dans les termes suivants : « *Il est temps, à présent, de faire reconnaître la véritable place du Sénat Coutumier*

(370) Sénat coutumier, Ass plénière, 24 février 2005.

en tant qu'institution pleine et entière de la Nouvelle Calédonie et lui permettre de disposer des moyens nécessaires pour assumer convenablement ses missions de manière autonome face à l'importance du volume des matières à traiter sur l'identité kanak. Nous rappelons que cette institution n'est pas destinée à être constituée par les seules « autorités coutumières ». Le mode de désignation par voie électorale devra être établi pour le renouvellement des membres du Sénat Coutumier en 2010 ». On remarquera le glissement d'une représentation coutumière à une représentation kanak, qu'il serait intéressant d'étudier.

À cet égard, l'exemple fidjien est intéressant dans la mesure où la composition ethnique du pays présente de nombreuses similitudes avec la Nouvelle-Calédonie (371). En effet, elle constitue une société plurielle avec deux populations largement majoritaires (mélanésiens et indiens), dont l'une est traditionnelle. À l'égard de Fiji, deux éléments attirent l'attention : le mode de désignation des sénateurs et le système de vote sur les questions fidjiennes.

En application de la Constitution de 1997 (372), le Sénat comprenait 32 membres nommés par le Président de Fidji :

- 14 nommés sur proposition du Bose Levu Vakaturaga (Grand conseil des chefs) (373) ;
- 9 nommés sur proposition du Premier ministre ;
- 8 nommés sur proposition de l'opposition ;
- 1 nommé sur proposition du Conseil de Rotuma.

La nomination de 14 sénateurs par le Président de Fidji sur proposition du Grand Conseil des chefs est une originalité du système fidjien. Ces sénateurs représentaient les quatorze provinces qui forment la République des îles Fidji. Alors que ce n'est pas une exigence, ces 14 sénateurs étaient généralement de grands chefs de ces provinces.

(371) V. DAVID, Sociétés plurielles océaniques et Démocratie, mémoire de DEA, 2004, Nouméa.
 (372) Elle est désormais suspendue.

(373) Le Grand Conseil des chefs, désormais suspendu, se composait de 55 membres, principalement des chefs héréditaires avec quelques personnalités hautement qualifiées de la société civile. La composition était la suivante :

- * Le Président de Fidji ;
- * Le vice-président des Fidji ;
- * Le Premier Ministre de Fidji ;
- * 6 membres nommés par le Président, sur avis du ministre des affaires fidjiennes ;
- * 42 conseillers provinciaux (3 choisis par chacun des 14 conseils provinciaux de Fidji) ;
- * 3 représentants du Conseil de Rotuma ;
- * 1 membre à vie (Sitiveni Rabuka).

Ces sénateurs étaient nommés pour protéger et sauvegarder les droits et intérêts des Fidjiens de souche et la Constitution prévoyait que 9 de ces 14 sénateurs devaient soutenir un projet de loi modifiant les lois spécifiques traitant de la gestion des affaires autochtones fidjiennes avant qu'il puisse être adopté par le Parlement.

Il apparaît donc qu'à Fiji, concernant les affaires coutumières, la 2^e chambre, la chambre Haute ne pouvait statuer qu'à une majorité qualifiée pour que le texte puisse être adopté, conférant ainsi un pouvoir de veto aux représentants coutumiers. Il suffisait à 6 des membres nommés sur proposition du Grand conseil de chefs de s'opposer à une réforme pour que le texte ne puisse pas être adopté par le Parlement. Cela revenait à un droit de veto lorsqu'il s'agissait des « affaires fidjiennes ».

Il convient toutefois de noter que le Sénat fidjien n'était pas uniquement composé de représentants coutumiers, ni même de représentants mélanésiens. Cela pose la question de la représentation des autres communautés traditionnelles, notamment wallisiennes et futuniennes. La question serait différente si l'institution représente les kanaks et non plus la coutume. Dans ce cas, il conviendrait d'envisager une chambre élue sur une base communautaire.

La Chambre des Représentants, dominée par les fidjiens sous la Constitution de 1990, a été transformée en 1997. Ainsi, elle était désormais composée de 71 membres élus dans autant de circonscriptions électorales. La répartition était la suivante :

- a) 46 membres sont élus par des électeurs inscrits sur quatre listes séparées :
 - une liste d'électeurs fidjiens qui élisent 23 représentants,
 - une liste d'électeurs indiens qui élisent 19 représentants,
 - une liste d'électeurs rotumans qui élisent 1 représentant,
 - une liste d'électeurs qui ne relevaient d'aucune des trois listes ci-dessus élisant 3 représentants ;
- b) 25 membres sont élus par les électeurs inscrits sur une liste ouverte à toutes les communautés.

Un bicaméralisme au niveau provincial pourrait également être envisagé, à un niveau de prise de décision plus bas, avec des représentants élus sur la base des circonscriptions des aires coutumières, les modalités de suffrage devant être définies.

Une autre idée pourrait être de prévoir une procédure équivalente à la Commission mixte paritaire entre Sénat coutumier et Congrès lorsque,

comme ce fut le cas pour la loi du pays sur les actes coutumiers, les chambres ne parviennent pas à un accord. Cela permettrait un dialogue entre les deux chambres qui soit plus conforme à la tradition mélanésienne, tout en étant conforme à la tradition parlementaire française puisque serait repris un mécanisme existant au niveau national...

Il est également possible de réfléchir à une évolution du Sénat coutumier (avec des commissions internes, plus de membres, un développement du personnel administratif avec des cadres (kanaks)...). Ou plus substantiellement vers une institution totalement différente, dont la conception devrait faire l'objet d'un consensus dans la communauté kanak pour être considérée comme légitime, condition nécessaire pour l'acceptation des règles qu'elle contribuera à édicter.

Une autre piste institutionnelle, beaucoup moins ambitieuse (mais il faut être réaliste...) pourrait être dans un premier temps de revoir le rôle de la commission des affaires coutumières du Congrès qui pourrait devenir transversale. Les assemblées de province pourraient également se doter d'une telle commission puisqu'aujourd'hui seule la province des Iles Loyauté dispose d'une commission des affaires coutumières et de l'aménagement foncier. Cela peut se faire par simple modification du règlement intérieur des assemblées, c'est-à-dire par la voie réglementaire.

La Nouvelle-Calédonie est inscrite dans un processus d'accession à la souveraineté et ceci est un élément fondamental. En effet, tant que la Nouvelle-Calédonie reste un territoire français, fut-il doté d'une autonomie très développée, il est certain que la logique occidentale du droit s'applique puisqu'elle est la référence du système juridique étatique, dans lequel s'inscrit nécessairement le droit local. Toutefois, il convient de ne pas occulter l'avenir et les perspectives, à plus ou moins long terme, d'évolution de la Nouvelle-Calédonie. À cet égard, il est nécessaire, pour que la transition se fasse alors en douceur, de prendre en compte la coutume.

Enfin, n'oublions pas les autres communautés. On pense particulièrement à la communauté de Wallis et Futuna, qui représenterait aux alentours de 10 % de la population et qui ne doit pas être mise de côté.