



HAL
open science

Identités culturelles et prérogatives des communautés

Youssef Guenzoui

► **To cite this version:**

Youssef Guenzoui. Identités culturelles et prérogatives des communautés. Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, 2018, 2. hal-02132307

HAL Id: hal-02132307

<https://hal.science/hal-02132307v1>

Submitted on 11 Dec 2024

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.

■ Identités culturelles et prérogatives des communautés : des rondes paysannes péruviennes à la communauté kanak

Youssef Guenzoui

*Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, HDR en délégation à l'Université de la Polynésie française, rattaché à GDI - EA 4240
Chercheur associé à l'Institut Français des Études Andines (Lima, Pérou) - UMIFRE 17*

Résumé

La reconnaissance juridique d'une identité spécifique des communautés va à l'encontre des principes traditionnels du droit français. Partant, envisager de confier des prérogatives à ces communautés est encore plus problématique. Face à ces deux questions, le traitement juridique que le droit français réserve à la communauté kanak peut être comparé avec celui que le droit péruvien réserve aux communautés andines, spécialement aux rondes paysannes. Cette confrontation permet alors de porter un regard critique sur certaines solutions du droit français et de suggérer une approche plus ouverte du multiculturalisme.

Abstract

The recognition of formal and legal identity for specific communities goes against the basis of French law general principles. Therefore, it becomes more of a problem yet to even consider granting those communities any prerogatives. Considering the two issues, the legal status that French legislation and rights apply to the Kanak community could be compared with the status granted to Andean communities by Peruvian law, particularly as far as peasant patrols are concerned. Such a comparison induces a critical look on certain solutions adopted by French law and also prompts suggestions on other ways the question could be approached.

* * *

Tout commence comme dans les premières pages de « Cent ans de solitude », où la possibilité d'une société sans droit est magnifiée par Gabriel Garcia Marquez¹. L'auteur nous raconte l'histoire d'habitants colombiens du village imaginaire de Macondo, qui parviennent à s'organiser et à vivre ensemble sans l'aide de l'État. Séduit par cette œuvre de fiction mise en

scène en terre colombienne, le lecteur pourra alors franchir les frontières du pays pour arriver au Pérou, où il réalisera qu'il aura également franchi les frontières de l'imagination : en terre péruvienne, et spécialement dans la région de Cajamarca, cette société sans droit est une réalité. L'invitation au voyage de Baudelaire, en somme, même si on peut douter que là, tout soit ordre et beauté...

Car la genèse vient d'un désordre : à l'origine de cette organisation sans droit, née dans cette région nord-péruvienne dans les années 1970, il y a un mal - la région était confrontée à une série de vols de bétail. Devant la passivité (et la corruption) des autorités, les habitants décident donc de réagir par eux-mêmes en constituant des rondes de nuit² : c'est la naissance des rondes paysannes. Les pratiques auxquelles les *ronderos* s'adonnent alors pour rétablir l'ordre peuvent toutefois perturber. La torture, par exemple. En effet, pour contraindre le suspect à l'aveu, des supplices physiques lui sont infligés, comme des marches nocturnes forcées, des bains d'eau froide³ ou encore des coups de fouet. Non moins violente, l'humiliation publique se pratique, comme l'inscription du délit affichée sur un papier pendu au cou du délinquant, contrevenant directement à la dignité de la personne humaine. D'autres communautés péruviennes, les *aguarunas* du Haut Marañón, font également état de la pratique des orties, ce châtiment qui consiste à obliger une personne torse nu et en short à rouler sur une couverture garnie de ces plantes à feuilles velues⁴. L'horreur atteint parfois le tabou, quand on observe que « le mariage d'un adolescent de 18 ans avec une fillette de 13 ans dans les communautés aymara et aguaruna est une pratique courante (pour ne pas dire normale) »⁵.

On peut toutefois s'étonner que l'observateur occidental s'émeuve quand on voit que même au sein du territoire de la République française, des situations sont tout aussi troublantes : la noyade de chiens pour les cuisiner peut, dans certains cas, être possible⁶ ; les courses de taureaux et les combats de coqs peuvent être autorisés⁷.

1. G. Garcia Marquez, *Cent ans de solitude*, Paris, 1973.

2. Sur cet historique, v. E. Piccoli, « Pluralisme juridique : défis de terrain et fonctionnements pratiques : le cas de Cajamarca, Pérou », REU, Sorocaba, SP, v. 35, n. 1, p. 159-170, juin. 2009, spéc. p. 161.

3. E. Piccoli, « Las Rondas Campesinas y su reconocimiento estatal : dificultades y contradicciones de un encuentro. Un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca (Perú) », *Nueva Antropología, Revista de Ciencias Sociales*, n° 71, juin-décembre 2009, 93-113, spéc. p. 102.

4. A. Peña Jumpa, *Multiculturalidad y Constitución, el caso de la Justicia Comunal Aguaruna en el Alto Marañón*, Lima : CEC, 2009, spéc. p. 87.

5. A. Peña Jumpa, « Les difficultés d'accès au système judiciaire au Pérou : la justice communautaire comme alternative », *Droit et cultures*, 62, 2011, 91-104, spéc. n° 12.

6. Papeete, 19 févr. 1998, *Dr. pén.*, avr. 1999, comm. 51, n. M. Véron.

7. Art. 521-1 al. 5 du Code pénal.

La circoncision imposée à l'enfant est admise dans son principe⁸. Toute aussi gênante pour certains, mais banale pour d'autres, la fessée peut lui être infligée⁹. Autant de solutions d'autant plus dérangeantes que les juridictions avancent inlassablement que la coutume ne saurait être considérée en dehors d'une loi pénale qui ne l'énonce expressément¹⁰. Hors ces cas, la coutume ne saurait donc être invoquée, en vertu du principe de légalité.

Malgré tout, si des tolérances peuvent avoir lieu, c'est parce qu'elle émanent de l'État en droit français. Or, au moment où les rondes paysannes sont nées dans les régions reculées du Pérou, l'État péruvien brillait par son absence, ce qui expliquait ces pratiques *a priori* non contrôlées. Si l'État était absent, c'était surtout pour des raisons géographiques : présent uniquement dans la capitale provinciale et dans quelques chefs-lieux de districts, l'administration ne s'aventurait que ponctuellement là où « l'électricité, les routes, les centres de santé et l'amélioration des écoles sont le plus souvent en projet »¹¹. Mais même sans l'État, l'ordre devait toutefois être rétabli.

La violence des pratiques auxquelles s'adonnent les rondes paysannes pour rétablir l'ordre au sein de la communauté dénierait *a priori* à celle-ci le qualificatif de droit, sauf à tirer les définitions du pluralisme juridique¹² jusqu'à ses plus lointaines extrémités¹³, bien que le sociologue soit beaucoup plus ouvert que le juriste sur la question¹⁴. Peu importe : les rondes paysannes existent et leur charisme favorisa l'extension des *ronderos* dans tout le nord du Pérou. À cette extension géographique s'ajouta une extension de leurs prérogatives : compétences en matière de développement local, exploitation minière sur les territoires locaux, régulation de l'accès au territoire par un système de « barrages », à l'instar des péages. En janvier 2014 s'est tenu le XI^e Congrès des rondes paysannes de la région de Cajamarca avec 2 045 délégués de 13 provinces. C'est aussi pour préserver leurs sources d'eau que les rondes paysannes tentent d'écarter ceux qui aspirent à l'exploitation minière dans leur territoire. La difficulté réside toutefois dans le fait qu'une identité culturelle s'est forgée dans ces régions, identité qui peut heurter celle pensée par l'État et mettre à mal son unité.

Car le droit est la manifestation d'une culture et les règles élaborées par l'ordre juridique traduisent peu ou prou la culture d'un peuple qui a élu son législateur, nonobstant les travers de

la démocratie représentative. Cette culture peut être définie comme « l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances »¹⁵. L'individu appartenant à une culture différente de celle envisagée par l'État peut alors se sentir désemparé dans certaines situations.

Les internationalistes, recherchant notamment la loi applicable à cet individu, se sont évidemment emparés de la question. Ainsi, Mme Muir-Watt compare la loi de la nationalité et la loi du domicile en ces termes : « la nationalité, rattachement fondé sur ses valeurs culturelle et laïque, peut conduire à méconnaître une appartenance vécue ; mais imposer aux étrangers la loi du domicile, n'est-ce pas aussi refuser le dialogue, décourager cette redéfinition de l'appartenance qui permet aux étrangers de trouver au sein de leur propre héritage de quoi faire face aux exigences de la vie dans un milieu qui ne partage pas leur culture d'origine ? »¹⁶. En matière de statut personnel, même si le choix a peut-être porté sur la loi de la nationalité en droit français, le débat sur l'unité de la République n'a toutefois eu de cesse de se renouveler, notamment au regard des questions liées à l'immigration.

Mais c'est surtout le droit d'outre-mer qui force le droit français à se poser à nouveau la question, le pluralisme des ordres juridiques et la coexistence de la coutume et de la loi s'y manifestant avec une profonde acuité. La méthode entreprise sera alors la suivante : l'analyse des rondes paysannes sera confrontée au traitement juridique que le droit français réserve à la communauté kanak en Nouvelle-Calédonie, territoire qui, à l'heure où nous écrivons ces lignes, est à seulement quelques semaines de son scrutin d'auto-détermination. Cette confrontation permettra en effet de croiser les regards que les États français et péruvien portent sur le multiculturalisme. Ce sont alors des thèmes tels que la généralité de la loi et l'égalité de tous devant elle, les rapports entre l'individu et l'État ou encore la place de la coutume qui seront discutés. Dans tous les cas, le problème porte sur la consécration d'une communauté distincte de celle du peuple (I), problème amplifié lorsque l'on souhaite confier des prérogatives à cette communauté (II).

8. V. notamment Lyon, 2^e civ., 25 juill. 2007, *JCP* 2007. IV. 1028. Le débat a toutefois été rouvert avec une décision rendue le 7 mai 2012 par le tribunal de grande instance de Cologne (*D.* 2012, chron. p. 2044, R. Libchaber) interdisant la circoncision sauf justification médicale.

9. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré la loi « anti-fessée ». Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, l'article présenté ayant été considéré comme un cavalier législatif.

10. Une cour d'appel a ainsi condamné un individu ayant installé un « temple vaudou » pour exercer une profession de « prêtre, thérapeute, guérisseur » auprès d'une clientèle afro-antillaise, et qui se livrait à des sacrifices de volailles et d'ovins par égorgement ou décapitation (CA Paris, 24 nov. 1999 : *JurisData* n° 1999-108559). Comp. toutefois la décision précitée ayant admis la noyade de chiens, justifiant la relaxe par « tradition ancestrale de la Polynésie ».

11. E. Piccoli, « Justice et citoyenneté dans les Andes péruviennes : histoire et rôle des Rondes paysannes en contexte minier », <http://www.alterinfos.org/spip.php?article6715>.

12. J.-G. Belley, V° Pluralisme juridique, in : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, dirigé par A.-J. Arnaud, J.-G. Belley, J. A. Carty, M. Chiba, J. Commaille, A. Devillé, E. Landowski, F. Ost, J.-F. Perrin, M. van de Kerchove et J. Wróblewski, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 446 : « existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, des règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ».

13. En ce sens, D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux, Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2018. V. déjà S. Romano, *L'ordre juridique*, rééd. 2002, Dalloz, spéc. p. 89-90, §30.

14. Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, J. Vrin, 1946 ; Weber, *Économie et société. L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Pocket, 1995.

15. Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles, 1982.

16. H. Muir-Watt, Compte-rendu de « Le sentiment d'identité » (D. Gutmann), *RCDIP* 2000, p. 947.

I - Une identité spécifique en question

C'est d'abord en tant que groupe social que les rondes paysannes peuvent surprendre. En effet, admettre l'existence d'une communauté distincte du peuple ne va pas de soi, tant cette démarche met à l'épreuve les canons traditionnels de la pensée française (A). Mais même si les principes avancés par les théoriciens ont la vie dure, ils peinent à résister face à une réalité qui prend le pas sur toute philosophie (B).

A/L'approche dogmatique

Reconnaître l'existence de groupes distincts heurte le principe d'indivisibilité de la République. C'est un héritage de la Révolution et du jacobinisme que de ne pas prendre en compte les groupements intermédiaires, conséquence d'une conception rousseauiste de la loi. En effet, la loi ne peut être perçue que comme l'expression de la volonté générale, la volonté de tous. Cela explique d'ailleurs la réticence de principe du droit français à l'égard des lobbies et groupes de pression¹⁷. Partant, seule la culture d'un peuple est prise en compte, non celle de la fraction du peuple, quitte à arbitrer les intérêts divergents en son sein. Ce principe d'indivisibilité est consacré par la Constitution française en son article 1^{er}. Il a pour conséquence de nier l'existence de groupes culturels hétérogènes à l'intérieur de la République. C'est pour cette raison que la reconnaissance de langues régionales a pu être déniée par le Conseil constitutionnel¹⁸, considérant que l'on ne peut pas revendiquer des critères tenant à l'origine, la culture, la langue et les croyances. Dans cette perspective, seule une absorption du groupe minoritaire au sein de la nation serait concevable, son effacement devant s'opérer au profit de la République indivisible. Le nouveau projet d'article permettant

à la Corse d'avoir une place dans la Constitution fait d'ailleurs renaître le débat, même si en réalité il a toujours eu lieu.

Mais peut-on vraiment penser que la France est bien une et serait un tout ? Ne s'est-on pas intéressé à l'identité régionale¹⁹, tuant à petit feu l'unité nationale et morcelant l'Etat-nation²⁰ ? N'avait-t-on pas consacré l'existence de « pays » à l'intérieur de l'État²¹ ? Certaines cultures locales, intérêts locaux doivent être pris en compte²². Il n'en reste pas moins que cette conception révolutionnaire des rapports entre l'individu et l'État dure et perdure²³.

Outre ces conceptions politiques, ce sont des considérations philosophiques qui justifieraient cette hostilité à l'égard d'une reconnaissance juridique des communautés. Au-delà du cloisonnement que la consécration de communautés au sein d'un peuple pourrait engendrer²⁴, venant heurter un « vivre-ensemble » nécessaire²⁵, c'est la poursuite individuelle du bonheur qui pourrait être menacée. Si l'on devait forcer le trait, l'homme ne serait plus un « en soi » mais un membre d'une communauté, fongible, interchangeable et noyé dans la masse communautaire, ayant perdu son individualité propre et freiné dans toute possibilité d'épanouissement personnel²⁶. Être membre d'une communauté serait donc, selon certains, annihilateur d'une liberté²⁷.

Des nuances s'imposent évidemment. Les racines de l'individu ne sauraient en effet être ignorées²⁸. Pour l'Unesco, l'appartenance culturelle est « *le noyau vivant de la personnalité individuelle et collective : elle est le principe vital qui inspire les décisions, les conduites, les actes perçus comme les plus authentiques* »²⁹. De même, le bureau de l'*American Anthropological Association* énonçait, dans son projet de déclaration soumis aux Nations Unies, que « *l'individu réalise sa personnalité par la culture : le respect des différences individuelles entraîne donc un respect des différences culturelles* ».

17. Principe émué car, par la suite, l'État les a reconnus et accueillis, P. Deumier, *RTDCiv.* 2010, p. 62.

18. Décision n° 99-412 DC 15 juin 1999, *JO* 18 juin, p. 8964 ; *D.* 1999, Jur. p. 598, n. J.-M. Larralde.

19. C.-G. Deubois, « La région comme symbole de médiation : l'exemple aquitain », in : *L'identité régionale*, CNRS, 1991, p. 11, spéc. p. 16.

20. P. Fraisseix, « De l'État-nation à l'État "groupusculaire" : chronique d'un dépérissement engagé », *D.* 2000, chron. n° 61.

21. Création des « pays » par la loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, art. 22 et 23 aujourd'hui abrogés.

22. M. Verpeaux, « L'unité et la diversité dans la République », *Nouv. Cab. Cons. const.* 1er janv. 2014, n° 42, p. 7 et s.

23. V. surtout P. Fraisseix, *op. cit.* ; v. également, A. Finkielkraut, *La défaite de la pensée*, Folio/Essais, Gallimard, 1987.

24. A. Touraine, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992, spéc. p. 344 : « *autant il est impossible de se satisfaire d'un universalisme abstrait, autant sont évidents les dangers des appels à la différence, à la communauté définie de telle manière qu'elle n'entretient plus avec d'autres sociétés ou cultures que des rapports d'éloignement, de rejet ou d'agression* ».

25. Comp. G. Haarscher, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH* 1990, p. 231 et s., spéc. p. 233 : « *les communautés linguistiques ou religieuses doivent être "domestiquées" par l'État de droit et ne peuvent en aucun cas investir la sphère publique. Si elles le faisaient, la société se tribaliserait, laissant les individus soumis à autant de règles différentes qu'on leur attribuerait d'appartenances. Il faut savoir que les droits de l'homme n'ont aucun sens dans l'existence d'un espace public au sein duquel les individus s'arrachent au moins partiellement à leurs enracinements particuliers pour communiquer – se reconnaître en tant qu'égaux – par delà ce qui les distingue. Si de telles distinctions devaient investir la sphère publique, c'est l'idée même de coexistence entre individus d'origines diverses qui se trouverait menacée* ».

26. A. Finkielkraut, *op. cit.* spéc. p. 104 : « *au moment même (...) où l'on rend à l'autre homme sa culture, on lui ôte sa liberté : son nom propre disparaît dans le nom de sa communauté, il n'est plus qu'un échantillon, le représentant interchangeable d'une classe d'être particulière. Sous couleur de l'accueillir inconditionnellement, on lui refuse toute marge de manœuvre, toute échappatoire, on lui interdit l'originalité, on le piège insidieusement dans sa différence ; en croyant passer de l'homme abstrait à l'homme réel, on supprime entre la personne et la collectivité dont elle est issue, le jeu que laissait subsister et que s'efforçait même de consolider l'anthropologie des Lumières* ».

27. P.-A. Taguieff, *La force du préjugé*, Gallimard, La découverte, 1992, spéc. p. 482, qui fait état d'un « *penchant à faire de chaque type d'appartenance ethno-culturelle un château-fort et une prison* ».

28. A. MacIntyre, *After Virtue. A study in Moral Theory*, Duckworth, London, 1981, p. 205 : « *l'histoire de ma vie est toujours ancrée dans l'histoire des communautés dont je dérive mon identité. Je suis né avec un passé : et essayer de me couper de ce passé, à la façon individualiste, c'est déformer mes relations présentes* ». V. également A. Honneth, « Les limites du libéralisme. De l'éthique politique aux États-Unis d'aujourd'hui », *Rue Descartes*, n° 5-6 novembre 1992, p. 145 et s., spéc. p. 154 : « *la réalisation de soi du sujet individuel est liée à une précondition sociale au fait que la communauté qui s'est constituée soit liée à un système de valeurs communes* ».

29. *Conférence de Mexico sur les politiques culturelles*, Unesco, 1982, p. 20.

En outre, c'est faire peu de cas du libre-arbitre de l'individu que de penser que la communauté pourrait l'emprisonner³⁰ : l'épanouissement personnel n'est peut-être pas promu, il n'en est pas moins inaccessible, l'individu ayant toujours le choix de quitter la communauté, tant « *la loyauté envers soi-même entre en conflit notamment lorsqu'il y a une opposition marquée entre ce que l'on aimerait faire et ce que nous impose la tradition communautaire* »³¹. Mais l'herbe n'est pas toujours plus verte ailleurs, comme en témoignent certaines communautés péruviennes. En effet, « *les personnes ont quitté le droit coutumier de leurs communautés d'origine pour s'insérer dans le système juridique étatique dans lequel ils sont totalement marginalisés* »³². La question est importante et ne saurait être éludée³³, tant on réalise que la société, parfois, est bien cette « terre étrangère »³⁴ pour tout individu qui décide d'y entrer, devant laisser derrière lui toutes les spécificités qui l'ont construit. À l'inverse, c'est un leurre que de penser que, dans tous les cas, l'appartenance à une communauté soit aussi peu salubre. Chaque individu construit son bonheur comme il le souhaite et la zone de confort qu'offre la communauté peut, en tant que telle, rassurer et permettre un certain épanouissement. Autant de considérations qui invitent à remettre en question la position du droit français, tant le choix de la prise en compte des identités communautaires semble, sous de nombreux aspects, inéluctable.

B/L'approche empirique

Certes, comparaison n'est pas raison. Il n'en reste pas moins que la démarche comparatiste peut faire vaciller tout postulat. Or, la conception française de l'appréhension des communautés n'est pas partagée par tous, loin s'en faut. D'autres pays ne s'alignent pas sur elle, la Constitution française apparaissant dès lors comme une véritable *exception culturelle* : l'art. 2 de la Constitution italienne du 27 déc. 1947 prévoit par exemple que « *la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité* » et l'art. 6 énonce que « *la République protège par des mesures convenables les minorités linguistiques* » ; en Espagne, l'art. 2 de la Constitution du 27 déc. 1978 énonce que « *la Constitution a pour fondement l'unité*

indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles »³⁵.

Enfin, l'Amérique latine en général, et le Pérou en particulier, reconnaissent sans ambages l'existence des communautés diverses au sein de l'État. Ainsi, l'article 2 - §19, de la Constitution politique du Pérou affirme que « *toute personne a le droit (...) à son identité ethnique et sa culture. L'État reconnaît et protège la pluralité ethnique et culturelle de la Nation (...)* ». Quant aux rondes paysannes, le texte constitutionnel péruvien leur consacre un chapitre VI. L'art. 89 énonce ainsi que « *les communautés paysannes et natives ont une existence légale et sont des personnes juridiques (...). L'État respecte l'identité culturelle des communautés paysannes et natives* »³⁶. De même, la loi péruvienne n° 27908 reconnaît, en son art. 1^{er}, l'existence des rondes paysannes³⁷. Mais de vite, dans l'art. 2, soumettre ces rondes à l'État. Un auteur a pu qualifier ce phénomène de « pluralisme romantique »³⁸, l'État affirmant sa préséance face à ces communautés.

Outre les consécutions nationales, c'est également à l'échelon international qu'une identité tribale et indigène a été reconnue juridiquement par le Pérou. Pour rappel, ce mouvement n'est pas propre au Pérou mais à l'Amérique latine, bien que la présence indigène soit différente d'un État à l'autre³⁹. Il n'est ainsi pas étonnant que la majorité des États de cette région du monde, Pérou inclus, aient ratifié la convention n° 169 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) relative aux peuples indigènes et tribaux : Brésil, Argentine, Mexique, Colombie, Bolivie, Équateur, Venezuela, Guatemala... Le Pérou a ratifié cette convention le 2 février 1994. L'art. 1^{er} de la convention énonce qu'elle s'applique « *aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale* ». La France aurait pu ratifier cette convention, notamment au regard des populations amérindiennes et bushinenge de Guyane ; il aurait cependant fallu réviser la Constitution française, au regard du principe d'indivisibilité de la République et du principe d'égalité des citoyens devant la loi⁴⁰. On peut toutefois regretter une telle

30. W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

31. F. Ibanez, « Sur le multiculturalisme au Pérou », *Droit et cultures*, 62, p. 29-43, spéc. n° 28.

32. A. Peña Jumpa, « Les difficultés d'accès au système judiciaire au Pérou : la justice communautaire comme alternative », *op. cit.*, spéc. n° 23.

33. F. Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, 1991, New-York, Nations Unies, spéc. p. 103 : « *on ne peut pas admettre que l'individu soit obligé de se conformer au choix fait par la plus grande partie du groupe minoritaire dont il est membre (et au sein duquel les individus n'ayant pas le désir de préserver leur culture, leur langue et leur religion sont eux-mêmes en minorité)* ».

34. F. Tonnies, *Communauté et société. Catégories fondamentales de la sociologie pure*, introd. et trad. De J. Leif, Retz-C.E.P.L., Paris, 1977, p. 48.

35. Sur ce dernier cas, v. M. Vervin, « L'État autonome espagnol et la problématique constitutionnelle des faits différentiels », IVe Congrès français de Droit constitutionnel, atelier n° 2, communication n° 4.

36. Les communautés paysannes sont les communautés des Andes ; les communautés natives sont celles d'Amazonie.

37. Loi promulguée le 6 janvier 2003, publiée au Journal officiel *El Peruano* le 7 janvier 2003. <https://www.deperu.com/legislacion/ley-27908-pdf.html>

38. V. Robin Azevado, « La Constitution à l'épreuve du multiculturalisme en Amérique latine. Réflexions d'une anthropologue à partir des cas péruvien et bolivien », communication à la journée d'études : *Perceptions extra-juridiques de la Constitution*, organisée par Lauréline Fontaine à La Sorbonne, le 15 octobre 2015, <http://www.ledroitdelafontaine.fr/wp-content/uploads/2016/06/La-Constitution-et-lanthropologue.pdf> : « *un pluralisme romantique qui ne signifie qu'un simple travestissement de la domination juridique du droit officiel sur d'autres droits considérés complaisamment comme coutumiers – c'est, me semble-t-il, la situation du Pérou* ».

39. C. Gros, « Métissage et identité – La mosaïque des populations et les nouvelles demandes ethniques », *Pouvoirs*, 1998, 2001, p. 147 et s., spéc. p. 148.

40. Réponse ministérielle n° 09601, *Journal officiel*, Sénat, 26 décembre 2013, p. 3716 : « *en vertu du principe d'indivisibilité de la République et conformément au principe d'égalité, des droits collectifs ne peuvent prévaloir sur les droits individuels. Les dispositions du droit constitutionnel avancées dans cette déclaration sont celles qui font obstacle à la ratification de la convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT). En effet, l'inscription dans la Constitution de 1958 d'une disposition spécifique visant à octroyer à la Nouvelle-Calédonie le statut de collectivité sui generis lui permettant de bénéficier d'institutions originales ne modifie pas les dispositions constitutionnelles plus générales. L'obstacle juridique reste donc entier, et seule une modification de la Constitution permettrait à la France de ratifier la convention de l'OIT* ».

position, dans la mesure où l'art. 3 de la convention énonce que « l'emploi du terme *peuples* dans la présente convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international ». L'indivisibilité aurait été sauvegardée sur le plan pratique, mais non, certes, sur le plan platonique...⁴¹.

D'ailleurs, en droit français, le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à admettre, sans surprise, que les « principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français, s'opposent à ce que soient octroyés "des droits spécifiques" à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées ». Le Conseil a d'ailleurs rappelé la *summa divisio* qui prévaut en ce domaine : « le droit à pratiquer une autre langue que le français, s'il peut être reconnu dans la "vie privée", ne saurait l'être dans la "vie publique" »⁴². En effet, l'unité du peuple se manifeste également par l'existence d'une seule langue. Or, la Constitution politique du Pérou dans l'article 48 énonce que « sont des langues officielles : le castillan et dans les zones où elles prédominent le quechua, l'aymara et toutes les autres langues aborigènes ». De même, l'art. 17 al. 4 du même texte énonce que l'État « préserve les diverses manifestations culturelles et linguistiques du pays » et « promeut l'éducation bilingue et interculturelle, selon les caractéristiques de chaque zone »⁴³. Une telle consécration ne fait que favoriser l'existence de cultures distinctes au sein de l'État, sans pour autant s'en détacher. Par exemple, « l'hymne national inaugure souvent les réunions »⁴⁴ au sein des rondes paysannes. Le lien avec l'État n'est donc pas rompu.

Cependant, même en droit français, « le refus du principe de la différence, jamais démenti, coexiste de plus en plus nettement avec une gestion pragmatique des différences, qui sont désormais non plus seulement tolérées mais reconnues, voire institutionnalisées. Si la revendication d'un droit à la différence se heurte encore à une conception de l'égalité assimilée à l'uniformité, on n'en voit pas moins

apparaître un véritable droit de la différence »⁴⁵. La Nouvelle-Calédonie offre d'ailleurs de superbes exemples de pluralisme juridique, la réalité prenant le pas sur les principes traditionnels du droit français.

En effet, le choix de se soumettre à la loi de sa communauté plutôt qu'à la loi étatique est possible dans cette partie du monde, où les habitants de Nouvelle-Calédonie peuvent modifier leur statut civil de droit commun au profit du droit coutumier – le statut kanak. Cela est d'autant moins un cas d'école que ces demandes constituent le contentieux le plus important en Nouvelle-Calédonie⁴⁶. La force de l'identité communautaire y est d'ailleurs telle que « les demandes de changement de statut se font quasi-exclusivement dans un seul sens, pour aller vers le statut civil coutumier. Seules cinq décisions sont en sens inverse »⁴⁷. Surtout, et alors que les conditions posées par le texte constitutionnel français étaient particulièrement draconiennes pour transiter du statut de droit commun vers le statut coutumier⁴⁸, la technicité juridique va céder devant la réalité sociologique : le vécu au sein du clan kanak suffira à permettre au requérant d'accéder au statut coutumier. « Cette reconnaissance est fondée sur la volonté d'être le plus proche possible de la réalité factuelle des individus »⁴⁹. La possibilité de modifier son statut personnel en arguant d'une possession d'état – le vécu – s'imprègne notamment d'une logique pluraliste, pour ne pas dire communautariste, particulièrement forte, dans la mesure où c'est l'appartenance à un clan qui va permettre de prouver l'existence de cette possession d'état, condition prétorienne de modification du statut. Ainsi, « la preuve d'une possession d'état non équivoque (*nomen, fama et tractatus*) se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale »⁵⁰. La jurisprudence a donc consacré cette position : la possession d'état peut suffire pour se voir appliquer le statut coutumier⁵¹.

Le multiculturalisme apparaît comme une réalité que l'État français ne peut donc plus nier, ni repousser derrière un

41. Comp. Décision 91-290 DC, JO 14 mai 1991, p. 6350, qui censure le texte consacrant la notion de « peuple corse ».

42. Décis. n° 99-412 DC du 15 juin 1999, RJ const. 2000, p. 824, spéc. p. 826.

43. Comp. l'avant-projet de loi français, qui prévoyait que l'enseignement de la langue corse serait dispensé à tous les élèves des écoles maternelles et élémentaires, sauf volonté contraire des parents.

44. E. Piccoli, « Les rondes paysannes au Pérou », *op. cit.*, spéc. p. 105.

45. D. Lochak, « les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, (dir. A. Fenet, G. Soulier), L'Harmattan, 1989, spéc. p. 111. V. également du même auteur, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010.

46. P. Dalmazir, P. Deumier, « Le contentieux préalable du changement de statut » in : *l'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie* (dir. E. Cornut, P. Deumier), [Rapport de recherche] Mission de Recherche Droit et Justice. 2016. <halshs-01592950>, p. 21 et s., spéc. p. 24.

47. *Ibid.* spéc. p. 25. L'art. 13 al 2 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoit que « dans le délai de cinq ans qui suit la promulgation de la présente loi, toute personne qui justifie que l'un de ses ascendants a eu le statut civil coutumier peut renoncer au statut civil de droit commun au profit du statut civil coutumier ». Selon les travaux préparatoires, « on considère en effet que, pour permettre à un certain nombre de personnes de mieux s'intégrer dans les tribus où elles vivent, il faut leur laisser la possibilité de revenir au statut coutumier qui régit le fonctionnement de la communauté. Cet alinéa vise les enfants de parents kanak ayant, par exemple pour divorcer, renoncé à leur statut coutumier. Si ces enfants, devenus adultes, continuent à vivre au sein d'un clan, il paraît logique qu'ils puissent être soumis à ses règles coutumières ». En outre, cet article « avait pour vocation d'ouvrir une période transitoire permettant de réparer les abus des politiques assimilationnistes menées auparavant » (P. Dalmazir, P. Deumier, *op. cit.*).

48. L'art. 11 de la loi organique du 19 mars 1999 indique qu'une demande de se voir appliquer le statut civil coutumier peut être faite au bénéfice d'un mineur par la personne qui dispose de l'autorité parentale ; l'art. 12 de la loi organique du 19 mars 1999 pose les conditions suivantes : avoir 21 ans au plus (avoir donc entre 18 et 21 ans), avoir le père ou la mère de statut kanak, et jouir pendant 5 ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier. V. également l'article 13 al. 1 aux termes duquel « toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier ».

49. P. Dalmazir, P. Deumier, *op. cit.*, spéc. p. 35.

50. V. par exemple CA Nouméa, 19 avril 2012, n° 11/384 et 11/383.

51. Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, D. 2013, 2092, n. I. Dauriac, JCP G 2013. 986, n. E. Cornut.

universalisme de façade. Certes, il s'agit de véritables avancées pour la France en termes de prise en compte des communautés. Mais bien qu'étant déjà un immense pas, cette reconnaissance n'est que le premier, le second étant de confier des prérogatives au groupe communautaire.

II - Un régime juridique en question

Soumettre une communauté à des règles *à part* peut soulever des difficultés : reconnaître une identité spécifique au groupe est en effet une chose ; soumettre les membres de ce groupe à des règles différentes en est une autre (A). La question est d'autant plus épineuse que le contenu de certaines règles peut heurter aussi bien l'ordre juridique national que l'ordre juridique international (B).

A/La spécialité du régime discutée

Les choses se font en deux temps : d'abord consacrer l'existence de la communauté ; ensuite lui octroyer des prérogatives. En effet, « la question de la reconnaissance, symbolique dans l'ordre du discours comme dans celui du droit, est souvent au premier rang de la revendication des minorités. En d'autres termes, leur demande porte d'abord sur la reconnaissance de leur être, soit encore de leur dignité, indépendamment de la consécration de prérogatives juridiques précises »⁵². Mais d'emblée, une précision s'impose : dans la plupart des cas, ces prérogatives existent déjà, quand bien même le principe de leur légitimité est discuté. En effet, en Nouvelle-Calédonie, « ce pouvoir de sanction des autorités coutumières existe et est exercé (...). Il s'agit donc bien plus de savoir comment prendre en compte ce pouvoir de sanction et comment le concilier avec notre droit que de le reconnaître à proprement parler »⁵³.

Du droit à l'identité de ces communautés, émane dès lors la question de la reconnaissance juridique de leurs prérogatives. Faut-il notamment leur confier un « bras armé », l'État ayant en principe, selon Weber, le monopole de la coercition légitime⁵⁴ ? Faut-il confier un pouvoir d'autorité et de sanction au groupe social ? L'État pourrait être jaloux de cette justice ouverte à la concurrence, les modes alternatifs de règlement des conflits n'existant en général que lorsqu'ils sont délégués par l'État. Ainsi, s'agissant des rondes paysannes, elles n'ont guère été accueillies

à bras ouverts par les autorités étatiques : lors de la première rencontre entre les rondes paysannes et les agents de l'État, il a ainsi pu être observé que ces derniers « n'ont pas l'habitude d'entrer dans une dynamique de dialogue sur un pied d'égalité avec les ronderos. Le simple fait d'être assis à la même table de discussion, en étant considérés tous deux comme des opérateurs de justice a ainsi posé problème à certains »⁵⁵. De la même manière, des juges français ont eu quelques difficultés à siéger avec des assesseurs de statut kanak, alors même que la loi les y oblige parfois, si bien que la Cour de cassation a dû rappeler les juges récalcitrants à l'ordre...⁵⁶.

Le principe même d'une consécration de prérogatives est donc lui-même discuté. Ainsi, pour un auteur, « on pourrait (...) croire que les communautariens ont pour objectif de conférer aux groupes d'appartenance une forme d'autorité ou de contrainte sur leurs adhérents : cela serait erroné (...); reconnaître un droit de contrainte du groupe culturel sur ses propres membres serait contraire aux principes d'autonomie et d'égalité que la philosophie communautarienne n'entend absolument pas abandonner »⁵⁷. Et de proposer des solutions plus nuancées : « reconnaissance constitutionnelle d'un droit général des communautés à la préservation de leur culture ; (...) reconnaissance implicite moyennant l'adoption de lois relatives au développement culturel de certaines communautés »⁵⁸. Une consécration limitée à l'identité sans les prérogatives pourrait toutefois paraître platonique. Ne s'agirait-il pas d'une victoire à la Pyrrhus si le groupe communautaire était reconnu en tant que tel, mais démuné en termes de prérogatives ?

Il est vrai, toutefois, que soustraire certaines communautés à une règle censée s'imposer à tout un peuple jure avec le principe de généralité de la loi : la loi s'applique de la même manière pour tous. Générale, la loi serait aussi abstraite : elle s'applique à tout un chacun, sans considération aucune pour les diversités. Héritée des Lumières, cette conception des juristes voit dans l'individu un être désincarné. En droit français, le principe d'égalité devant la loi est alors souvent invoqué pour faire obstacle à des lois qui soustraient certaines personnes de leur domaine d'application⁵⁹. Mais à y regarder de plus près, la généralité de la loi, matrice de ce principe d'égalité devant elle, relèverait presque du mythe. On avait déjà pointé du doigt le vice de certaines « lois régionales » ou « lois de groupes »⁶⁰. Les lois sont de plus en plus spéciales, pour ne pas dire corporatistes⁶¹. Mais peut-être ne s'agirait-il pas alors de vraies lois...⁶².

52. G. Soulier, « Droit des minorités et pluralisme juridique », *RRJ* 1993, p. 625 et s., spéc. p. 633.

53. V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie* (dir. E. Cornut, P. Deumier), préc., p. 211 et s., spéc. p. 222-223.

54. M. Weber, *op. cit.*, spéc. p. 13-14

55. E. Piccoli, « Pluralisme juridique : défis de terrain et fonctionnements pratiques : le cas de Cajamarca, Pérou », *op. cit.*, spéc. p. 163.

56. Sur cette question, v. E. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures*, 60 | 2010, 151-175, spéc. n° 4 : « Les juges refusaient de statuer, en se déclarant incompétents, lorsque toutes les parties étaient de statut civil particulier, les renvoyant aux autorités coutumières. Par deux fois la Cour de cassation intervint pour y remédier et rappeler l'obligation pour le juge de s'adjoindre les assesseurs coutumiers » ; Cass. civ. 2e, 6 février 1991, Bull. civ. II, n° 44 ; D. 1992, jur., p. 93, note G. Orfila ; Cass. civ. 1re, 13 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 248.

57. D. Gutmann, *op. cit.*, spéc. p. 438, n° 530 où l'auteur développe la position de W. Kymlicka (« The rights of minority cultures, reply to Kukathas », *Political Theory*, vol. 20, n° 1, 1992, p.140 et s., spec. p. 142).

58. *Ibid.*

59. V. s'agissant des personnes pratiquant la tauromachie, CCCel, n° 2012-271-QPC, *AJ Pénal* 2012, p. 597, argument rejeté par le CCCel.

60. Duguit, *Les transformations du droit public*, 1923, Armand Colin, rééd. 1999, La Mémoire du droit, p. 85-86.

61. Dupeyroux, « Sur la généralité de la loi », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, Sirey, p. 137 s. V. également, Zoller, *Introduction au droit public*, 2^{ème} éd., 2013, Dalloz, nos 173 s., spéc. nos 183 s., n° 191.

62. Domat, *Traité des lois*, chapitre XII, § 16, « les volontés des princes, qui sont bornées à des personnes particulières, et à des faits singuliers [...] sont des grâces, des concessions, des privilèges, mais non pas des lois ».

Toujours est-il qu'il faut mesurer l'ampleur du problème si le phénomène venait, sans mauvais jeu de mots, à se *généraliser* : parce qu'il est de culture différente, l'individu serait autorisé à rayer des articles de lois à son endroit. Parfois même, il choisirait les règles qui lui sont applicables. *À chacun son droit, donc ?* Cela peut gêner : « *Est-il légitime de permettre à des individus de demander au droit civil de se retirer en faveur d'autres normes, en alléguant que leurs convictions religieuses ou philosophiques, leurs cultures ou leurs traditions, exigeraient qu'ils dérogent à la règle commune ? En d'autres termes, est-il possible d'offrir aux individus une option entre droit civil classique et norme culturelle au sens large ?* »⁶³. En Nouvelle-Calédonie, le choix est fait : concrètement, lorsque l'individu ne souhaite plus être rattaché au statut de droit commun mais au statut kanak, il demande que lui soit désormais appliquée la coutume dans des matières particulièrement importantes, telles que le droit de la famille, le droit des contrats ou les droits fonciers⁶⁴. À ce titre – et il faut le répéter –, il est remarquable que l'art. 15 de la loi organique ait pu être manié avec autant de souplesse et d'audace par la Cour de cassation, permettant à des citoyens kanak de se voir écarter des codes entiers au profit de la coutume, *a fortiori* lorsque maints arguments s'opposaient à une telle consécration⁶⁵. Sur le plan sociologique, cette audace est toutefois justifiée, l'individu se voyant appliquer des règles en conformité avec sa propre identité. On pourrait même y voir une défaite du droit face au fait.

Confrontée au fait, la Constitution péruvienne, à l'instar de la Cour de cassation française, s'est d'ailleurs très vite inclinée. Ainsi, c'est dans un chapitre (VIII) de la Constitution relatif au pouvoir judiciaire que les rondes paysannes se sont vues reconnaître de véritables prérogatives : l'art. 149 du texte énonce que « *les autorités des Communautés paysannes et natives, avec l'appui des rondes paysannes, peuvent exercer les fonctions juridiques sur leurs territoires en conformité avec le droit coutumier tant que les droits de la personne sont respectés* »⁶⁶. La consécration est d'autant plus grande que les notions de « fonctions juridiques » et de « droit coutumier », par le flou qu'elles contiennent, peuvent repousser les limites de leurs prérogatives, difficiles à tracer.

Du fait des sanctions physiques exercées sur les membres de la communauté, et malgré le rappel constitutionnel sur l'impératif de respect des droits de l'homme, les rondes paysannes ont toutefois eu à se confronter à la présence étatique. Ainsi, « *le ministère de l'Intérieur a signé un accord (à Cajamarca) avec les rondes paysannes permettant de réaliser des activités conjointes de sensibilisation aux droits de l'homme, de résolution de conflits et de vigilance* »⁶⁷. Partant, du fait de l'incapacité de certaines rondes paysannes à identifier les limites de leurs prérogatives, un *contre-pouvoir* – l'avis de l'État – leur permet de légitimer leur action, sans compter les bienfaits des procédures d'avis et de collégialité dans la prise de décision. De telles procédures ont d'ailleurs été institutionnalisées en droit français, l'avis du chef du clan kanak ou la présence d'assesseurs ayant été consacrés par les textes⁶⁸. De même, un pouvoir de consultation des communautés est consacré par la Convention n° 169 ratifiée par le Pérou. Il n'en reste pas moins que confier un pouvoir de sanction aux communautés peut poser problème lorsque la nature de la sanction s'éloigne du schéma étatique.

B/Un régime au contenu discuté

Il existerait en droit français des lois de souveraineté, celles qui s'appliquent quand bien même le territoire se trouverait à des milliers de kilomètres de la métropole. Ainsi, « *ces lois sont celles qui, en raison même de leur objet, sont destinées à régir l'ensemble du territoire de la République. Une circulaire du 24 avril 1988 relative à l'applicabilité des textes législatifs et réglementaires outre-mer les énumère : elles interviennent dans le domaine de l'organisation de l'État, des libertés publiques ou du droit pénal* »⁶⁹. La coutume, ainsi que les « lois du pays » votées dans ces territoires, auraient alors une compétence résiduelle s'agissant des autres domaines. Toutefois, la répartition opérée heurte le caractère structurel de la norme coutumière, ordre unitaire, donc rétif aux scissions auxquelles le droit français est attaché : la coutume est une et ne connaît pas de classification, le principe même d'une répartition des compétences lui étant étranger⁷⁰. Dans cette perspective,

63. D. Gutmann, *op. cit.*, spéc. p. 446.

64. C. Capitaine, obs. sur Cass. Civ. 1e, 26 juin 2013, D. 2013. 2050, n° 4 (« Accession au statut civil coutumier kanak : conditions »).

65. Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410, considérant 12 : réserve d'interprétation considérant que « *les articles 10 à 13 déterminent les modes d'acquisition du statut civil coutumier* ». L'article 15 n'en ferait donc pas partie. En outre, « *les articles 14 à 17 concernent davantage le régime juridique de ce changement de statut (requête, pouvoir du juge, opposition éventuelle par des tiers)* », dont fait donc partie l'art. 15 (E. Cornut, « L'accession au statut civil coutumier kanak par voie de possession d'état coutumier », *JCP G* 2013. 986).

66. En Bolivie, le phénomène est encore plus fort, le multiculturalisme et les prérogatives des peuples indigènes étant au cœur de la constitution bolivienne. Sur cette question, v. V. Robin Azevedo, *op. cit.*

67. E. Piccoli, « Les rondes paysannes au Pérou », *op. cit.*, spéc. p. 103-104.

68. V. notamment article L. 562-20 du Code de l'organisation judiciaire.

69. S. Sana-Chaillé de Néré, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil - Réflexions sur l'élaboration d'une règle de conflit », *JDI* 2014, doct. 2, spéc. n°1 : ces lois dérogent au principe de spécialité législative, qui « *suppose que les lois votées en métropole n'ont effet en Nouvelle-Calédonie que si une mention spéciale d'application a été portée dans les textes ou si, par une loi ultérieure, le principe de l'extension à la Nouvelle-Calédonie de telle ou telle disposition votée en métropole est adopté. Conçu comme une manière de préserver l'identité propre des terres d'outre-mer, le principe de spécialité législative permet ainsi de n'imposer à ces zones géographiques que les règles qui leur sont nécessaires ou, à tout le moins, celles qui leur sont adaptées* ».

70. Comp. G. Nicolau, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Droit et Cultures* 1999-1, spéc. p. 62, qui évoque l'« *impérialisme des subdivisions propres au droit français* », pour faire état de l'exportation de concepts propres au droit français, parfois inappropriés dans la région Pacifique. V. également, sur cette question, V. Parisot, S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien » in : *l'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie* (dir. E. Cornut, P. Deumier), préc., p. 409 et s., spéc. p. 440 : « *Un tel impérialisme est manifeste en droit pénal. La négation du droit coutumier kanak en la matière, alors que sa reconnaissance s'impose en matière civile, repose sur la distinction – métropolitaine – entre le droit civil et le droit pénal, distinction qui ne semble guère avoir de sens au regard de l'ordre coutumier* ».

le renvoi en bloc aux rondes paysannes opéré par la constitution péruvienne est plus respectueux du caractère systémique de la coutume⁷¹. En tous les cas, il aurait été matériellement impossible d'opérer une répartition précise des compétences entre l'État et les rondes paysannes au Pérou car, nous l'avons vu, l'État ne s'aventurerait pas dans ces zones reculées du pays : il était contraint de tout leur laisser.

Une limite aux prérogatives de la communauté est toutefois commune au Pérou et à la France : les droits de l'homme. Ainsi, le respect des droits fondamentaux est évoqué dans le préambule de la Charte du peuple kanak⁷². Une telle limite n'est pas sans poser de difficultés, notamment au regard de la matière pénale, à même de heurter les droits de l'homme, les communautés sanctionnant parfois leurs membres par des procédés passibles de sanction pénale au regard du droit étatique.

Ainsi, la bastonnade, l'astiquage ou l'incendie de bâtiments, pratiques de la communauté kanak⁷³, tombent sous le coup de la loi pénale française et sont alors sanctionnées⁷⁴. Cela est d'ailleurs une pure application de l'art. 21, II, 5° de la loi organique n° 99-209, le droit pénal relevant des compétences de l'État⁷⁵. La jurisprudence va d'ailleurs dans ce sens : la loi pénale française s'applique « aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle-Calédonie »⁷⁶. De même, « aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier »⁷⁷. La punition est chose trop grave ; seul l'État peut l'exercer. Ainsi, même en Nouvelle-Calédonie, où l'autonomie est particulièrement avancée, le code pénal français conserve encore toute sa souveraineté. Dès lors, dans une décision de la Cour d'appel de Nouméa, les juges ont sanctionné les autorités coutumières ayant procédé à une expulsion par la destruction de bâtiments. En effet, les individus ont mis « le feu aux bâtiments dans lesquels se trouvaient encore des personnes qui ont pu sortir à temps, (et) ont brûlé les meubles et vêtements » des personnes expulsées. La Cour relève ainsi que la décision coutumière d'expulsion devait être « mise en œuvre dans des conditions dignes du respect des droits de l'homme et non en brûlant notamment leurs

meubles et leurs vêtements ». Pour les juges de la Cour d'appel de Nouméa, l'infraction pénale a été constituée.

En outre, quand bien même les châtiments corporels relèveraient d'une pratique coutumière, cela ne saurait constituer une cause de non-responsabilité, en l'occurrence une erreur de droit. Ainsi, « la tolérance alléguée ne pouvait justifier des atteintes à l'intégrité physique ni créer pour les prévenus une erreur sur le droit qu'ils ne pouvaient éviter »⁷⁸. Cette solution contraste avec la position péruvienne.

L'art. 15 du code pénal péruvien permet en effet de s'exonérer de sa responsabilité pénale en cas de « malentendu culturel ». Originale pour l'œil occidental, la solution péruvienne en serait presque séduisante : comment punir un individu qui n'était nullement conscient de son acte ? Dans un état libéral, l'homme n'est libre que s'il sait où il a pied juridiquement. Il doit en effet connaître le sort que le Droit lui réserve afin qu'il agisse au regard de son libre-arbitre. Par ailleurs, dans la confiance donnée par la communauté aux organes coercitifs, on peut retrouver la « légitimité traditionnelle » de la domination, telle que décrite par Weber, entendue comme la « croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la légitimité de ceux qui sont appelés à exercer l'autorité par ces moyens »⁷⁹. On nous rétorquera alors que « nul n'est censé ignorer la loi »⁸⁰, poncif aussi irréaliste que dépassé. Il a d'ailleurs été observé que l'avant-projet de réforme du droit australien émettait deux règles : « apprécier le degré de gravité de l'infraction par rapport aux règles sociales de la communauté traditionnelle et non pas seulement au regard des valeurs occidentales et en second lieu, tenir compte de la bonne foi du délinquant qui pourra, sous certaines conditions, invoquer l'ignorance excusable de la loi applicable »⁸¹. Certes, de par son caractère subjectif, cette cause de non-responsabilité que constitue l'erreur de droit peut être difficile à établir⁸². Des éléments objectifs peuvent toutefois corroborer la bonne foi de l'individu, telle que la répétition de la pratique au sein de la communauté, ou encore l'impossibilité manifeste pour l'organe de sanction de la communauté de connaître la règle étatique.

Une telle consécration devrait toutefois s'accommoder du respect des droits de l'homme, et c'est là que le point de friction semble être le plus sensible. En effet, comment admettre de telles

71. Comp. P. Frezet, « Juridictions coutumières : mode d'emploi », conférence de rentrée solennelle du Tribunal de première instance de Nouméa, 4 mars 2010, citant un assesseur coutumier répondant à un magistrat : « La coutume ce n'est pas un saucisson qu'on coupe en tranches (...) c'est un tout. Et on ne peut pas couper les choses comme vous le faites ».

72. Sur la question de la conciliation de la coutume et des droits fondamentaux, v. É. Cornut, *L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'Homme*, Politeia, n° 20, 2011, p. 241 et s.

73. Nouméa, 28 avril 2009, *JCP G* 2009, n° 44, 384, 1^{re} sp., n. E. Cornut.

74. Sur cette question, v. E. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *op. cit.*, spéc. n° 23.

75. V. toutefois les tempéraments énoncés par l'article. Il existe en effet une compétence pénale accessoire aux lois du pays. Sur cette question, v. V. Malabat, « La question du droit pénal » in : *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, S. Sana-Chaille de Nere (dir), Actes du colloque du 29 septembre 2011, Université de Nouvelle-Calédonie, livre électronique, ISBN 979-10-91032-00-1, 2011, p. 64 et s.

76. Crim., 30 octobre 1995, n°95-84322.

77. Crim., 10 octobre 2000, n°00-81959.

78. *Ibid.*

79. M. Weber, *Économie et société. Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 2015, p. 68.

80. R. Guillien, « Nul n'est censé ignorer la loi », *Mélanges P. Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961, p. 253.

81. R. Lafargue, *L'expérience australienne d'adaptation du droit pénal à la dimension culturelle : le principe d'unité du droit pénal et la prise en compte du fait coutumier*, Archives de politique criminelle, n° 18, Pédone, 1996, p. 137 et s. p. 151 et 152. Ce qui n'est pas sans rappeler les théories nord-américaines des « accommodements raisonnables » (au Canada) et des « défenses culturelles » (aux États-Unis).

82. V. Malabat, *op. cit.*, spéc. p. 229.

atteintes à l'intégrité corporelle lorsque l'art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par le Pérou, énonce que « nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ? De même, l'art. 4 de la Déclaration des Nations Unies du 18 décembre 1992 énonce que « les États prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture (...), leurs traditions et leurs coutumes, sauf dans le cas de pratiques spécifiques qui constituent une infraction à la législation nationale et sont contraires aux normes internationales ». L'art 8.2 de la Convention 169 de l'OIT énonce, quant à lui, que « les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international ». Quant à l'article 9 de la même convention, il énonce que « dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectées ». C'est donc un mystérieux équilibre qui doit être établi entre la préservation de la coutume d'un côté,

et le respect des droits de l'homme, de l'autre. L'équilibre est d'autant plus difficile à maintenir que les droits de l'homme pèchent à la fois par leur contenu (écueil bien connu) que par leur universalité (écueil mal reçu). Le premier travers a toujours été débattu. Nous n'y reviendrons donc pas. Le second, en revanche, mérite d'être évoqué.

Dire que les droits de l'homme n'ont peut-être pas cette prétention à l'universalité peut en effet gêner. Certains n'ont pourtant pas hésité à affirmer qu'il s'agirait peut-être des droits de l'homme « blanc »⁸³. Ainsi, comme l'avance N. Rouland, « la tradition française proclame la validité universelle de ce modèle : les droits proclamés en 1789 et depuis réaffirmés sont ceux de tout homme. Or si estimable qu'elle soit (ce qu'on n'entend pas ici nier), cette affirmation découle d'une représentation de la société parmi d'autres. (...) La prise en compte de la diversité culturelle exige qu'on tienne compte de la diversité de ses représentations. Certaines sont-elles plus estimables que d'autres (...) ? »⁸⁴. Autrement dit, on ne peut pas imposer son propre regard ; encore moins interdire à l'autre d'avoir le sien. En anthropologie, on l'a bien compris⁸⁵. En sociologie, cela relèverait même du constat⁸⁶. En droit, en revanche, de par son ethnocentrisme tenace, le chemin est peut-être encore à faire...

83. A. Supiot *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, La couleur des idées, 2005, spéc. p. 276, où l'auteur présente les différents points de vue que peut provoquer la mondialisation.

84. N. Rouland, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société* 27-1994, p. 381 et s., spéc. p. 391

85. C. Eberhard, « Prérequis épistémologiques pour une approche interculturelle du Droit. Le défi de l'altérité », *Droit & Cultures*, n° 46, 2003/2, p. 9.

86. V. notamment A. Wyvekens, « La justice et la "diversité culturelle". Au pays des aveugles ? », *Mélanges Jacques Chevallier*, 2013, Dalloz, p. 335 et s.