



HAL
open science

Démocratie et pluralisme juridique en Mélanésie

François Féral, Raphael Mapou, Anne-Lise Madinier

► **To cite this version:**

François Féral, Raphael Mapou, Anne-Lise Madinier. Démocratie et pluralisme juridique en Mélanésie. Maison de la Mélanésie. Diversité de la démocratie Théorie et comparatisme : les pays de la Mélanésie, LGDJ-Lextenso, pp. 301-316, 2016, 978-2-9558903-1-8. hal-04671767

HAL Id: hal-04671767

<https://hal.science/hal-04671767v1>

Submitted on 16 Aug 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Démocratie et pluralisme juridique en Mélanésie

François Féral¹ Anne-Lise Madinier², Raphaël Mapou³

Introduction en forme de prolégomènes	1
I. La démocratie et la discrimination juridique	3
A. La démocratie et l'inégalité de régime juridique des personnes	3
a. Compatibilité des Discriminations juridiques et démocratie	3
b. Le fondement des discriminations positives en Nouvelle-Calédonie	4
B. La démocratie et l'identité vécue des peuples autochtones	4
a. La démocratie et l'article 8 de la CEDH	5
b. La démocratie et la production du droit autochtone	5
II. La démocratie et le contenu du droit autochtone	6
A. La compatibilité des droits autochtones avec les institutions démocratiques	6
a. Une représentation démocratique discutée dans les institutions contemporaines	6
b. Une représentativité autochtone faisant consensus interne	7
B. Les réserves émises vis-à-vis des droits fondamentaux individuels	8
a. Les doutes sur la capacité des sociétés autochtones à concevoir les droits fondamentaux	8
b. Le patriarcat un des nœuds de la question démocratique	9
c. Une lecture non essentialiste des coutumes	9
Conclusion	11

Introduction en forme de prolégomènes

Démocratie(s) ?

La démocratie est cette énigme qui conduit notre démarche aujourd'hui à la recherche d'un système politique idéal pour la Mélanésie. Cette notion ne répond pas aujourd'hui à ce qu'elle fut hier et c'est à l'infini que nous pouvons la définir à partir de différentes manières de l'aborder : elle s'est construite ici et là dans des processus toujours différents. La démocratie reste donc un mystère si nous avons l'illusion de vouloir la conceptualiser uniquement comme un système politique sur la base de référents métaphysiques car elle s'inscrit dans des contextes et des représentations, repose sur des valeurs instables, se fonde sur des institutions politiques ou juridiques mortelles. La démocratie illustre le danger d'une démarche scientifique dogmatique. Or, nous avons beaucoup de difficultés en France à nous libérer d'une métaphysique de la démocratie : avec la foi du croyant, nous pensons que nous en sommes les créateurs et les concepteurs modernes et que nous en avons le label par référence en particulier à la Révolution.

Il semble cependant que la démocratie ne peut être conçue que comme une construction dialectique qui s'inscrit dans l'Histoire et dans des histoires. C'est l'équilibre établi en un lieu donné et dans des circonstances particulières entre d'une part la liberté et l'égalité des personnes et d'autre part entre les droits et devoirs de l'individu vis-à-vis de la société. Chez les Grecs, la démocratie s'incarne d'abord dans l'organisation de la vie politique dans la citoyenneté et dans l'Agora. En Angleterre, le libéralisme et le régime parlementaire ont construit un des premiers modèles de gouvernement des économies modernes. En France, la nuit du 4 août et la République ont ouvert un chemin différent

¹ Professeur émérite, Directeur d'Etudes Honoraire à l'EPHE, Directeur du Groupe Pacifique du programme LEGITIMUS de l'Université d'Ottawa

² Docteure de l'Université de Perpignan Via Domitia chercheuses associée eu CDED

³ Docteur de l'Université de Perpignan Via Domitia, chargé de mission au cabinet du président du sénat coutumier de Nouvelle-Calédonie chercheur associé au CDED

où l'individu est en relation avec un État omniprésent, centralisé et unilatéral. Nous avons étudié dans des manuels savants les « démocraties populaires » de la Chine et de l'Union soviétique... et nous commentons sous la direction de Georges Frêche « la démocratie en Amérique » d'Alexis de Tocqueville qui décrivait un pays où les noirs devaient rester durant encore plus d'un siècle et demi des esclaves puis des sous-citoyens.

Il n'est pas aisé dans ces conditions d'aborder la démocratie à partir de la seule question du pluralisme juridique en Mélanésie car nos modèles s'imposent à nous insidieusement pour interroger des systèmes de droit et des sociétés qui ne correspondent ni à nos pratiques, ni à nos institutions, ni à notre Histoire.

Si nous devons la contextualiser, la question démocratique se pose en terme postcolonial quant au fait de savoir comment une démocratie importée intègre les peuples colonisés dans le projet politique. Le « droit d'avoir son droit » interroge notre démocratie et la met à l'épreuve. La question du reliquat des systèmes de droit de ces peuples est au centre de la vie politique et sociale des territoires mélanésiens. En Nouvelle-Calédonie, le droit autochtone s'incarne dans plus de 1500 chefferies, s'applique à 40% de la population et à près de 30% du territoire : le fait autochtone est une question politique incontournable quel que soit le résultat de la consultation référendaire sur l'indépendance.

Pluralisme juridique ?

La question du pluralisme juridique s'est progressivement imposée auprès de la doctrine juridique lors de la décolonisation progressive des îles du Pacifique. Un phénomène tardif et laborieux car, dans le cadre colonial, l'idée même qu'il puisse exister plusieurs droits sur un même territoire ne se posait pas puisque le droit colonial constituait alors le seul système juridique légitime. Légitime d'abord parce qu'imposé par la domination coloniale civilisatrice, mais légitime surtout parce qu'il était « le droit de l'État », détenteur du monopole de la contrainte légitime. Dans la pensée de Kelsen et de Weber, « il n'est de droit que de l'État » et c'est cette conception moniste qui a construit la mythologie dogmatique du positivisme⁴. L'idée même de pluralisme juridique n'est donc pas facile à définir et elle peut n'avoir aucun sens puisque, par principe, la norme juridique n'émane que de l'État. Ainsi dans la pensée dominante, s'il existe des régimes de droits différenciés pour certaines catégories de personnes, c'est que l'État en a décidé ainsi dans le cadre de sa souveraineté : à charge pour ses institutions d'accommoder ces différences. A fortiori le positivisme ne peut imaginer que coexistent deux systèmes de droit.

Ce point fait donc question dans une posture doctrinale où les normes sociales des peuples colonisés ne sont pas réellement considérées comme du droit. Peut-on dès lors réellement parler de pluralisme juridique ? Est-ce que les reliquats du « droit des Kanaks » qui sont tolérés aujourd'hui constituent réellement un système de droit ? Certes, ce que nous appelons la *coutume* fait les délices des ethno-anthropologues pour lesquels elles sont définies comme des traditions, des rites, des habitus... Ces normes relèvent donc d'une *démarche culturaliste*, en excluant leur dimension politique et en niant qu'ils puissent constituer des systèmes juridiques.

Si nous prenons l'exemple de la Nouvelle-Calédonie, l'organisation des sociétés kanakes a été interprétée comme un ensemble de normes claniques ou familiales constituant un statut civil personnel, applicable à certaines personnes physiques : la doctrine parle donc de coutume autochtone pour ne pas utiliser le terme de droit autochtone. D'aucuns s'ingénient d'ailleurs à distinguer le droit coutumier qui donnerait juridicité à la coutume, ainsi que le droit de la coutume qui se distinguerait de la coutume elle-même⁵. Si le droit français a toléré des reliquats de droits

⁴ Dès la première année de droit, l'enseignement des facultés mouline aux oreilles des étudiants la certitude par laquelle le droit se distingue fondamentalement et par sa nature même de toutes les autres normes sociales : coutume, religions, conformisme social, politesse, courtoisie, rites, traditions ... qui seraient à l'évidence sans aucun rapport avec la norme juridique... quoique l'histoire et l'anthropologie nous démontrent tous les jours le contraire.

⁵ Cf. Comme archétype de ces catégorisations essentialistes, O. Le Meur "Customary Law and Custom in New Caledonia: Legal Pluralism Citizenship and the External/Internal Sovereignty Issue", S O A S Law Journal Volume 2 , February 2015 – Issue p. 230/258... et évidemment les travaux d'Etienne Cornut

autochtones, c'est avec des périmètres limités établis et remodelés selon les contextes et les commodités initiales de la domination coloniale. La situation de la coutume kanake illustre ainsi la situation dialectique du droit kanak précolonial : d'abord nié dans son principe, il fut admis à travers la mise en place pragmatique d'un statut particulier des biens et des personnes kanaks pour évoluer récemment vers la reconnaissance constitutionnelle d'un statut personnel.

Plutôt que de parler de coutume, il est donc préférable que notre attention soit retenue par l'existence aujourd'hui en Océanie d'un *ensemble de droits autochtones* qui constitue le champ de ce que l'on désigne désormais sous le terme de pluralisme juridique océanien : la doctrine le définit comme un ensemble de normes coutumières. En réalité, l'existence d'un dualisme juridique en Mélanésie est le résultat d'un rapport de force de près de deux siècles noué entre le droit colonial et le droit autochtone... dont nous venons de rappeler qu'aujourd'hui, au terme de plus d'un siècle et demi de cohabitation, le reliquat de ce droit n'est ni complet ni accepté à équivalence de dignité et d'effectivité juridique. Dans les îles anglophones la cohabitation de ce droit fait l'objet de nombreux efforts jurisprudentiels et doctrinaux pour rendre compatible avec la modernité juridique de ces jeunes États indépendants⁶.

C'est dans ce contexte de doute conceptuel sur la démocratie et sur l'existence même d'un pluralisme juridique que nous abordons ce sujet. Si nous admettons malgré tout l'existence de cette notion parce qu'elle a été récemment réhabilitée par la des Nations-Unies, en quoi contribue-t-elle au débat sur la diversité de la démocratie qui est le thème fédérateur de notre rencontre ? De ce vaste sujet nous ne retenons que deux questions abordées d'une manière très générale :

- celle d'une part du pluralisme juridique proprement dit comme épreuve imposée à la démocratie ;
- celle ensuite du contenu des droits autochtones dont la compatibilité avec la démocratie est souvent discutée.

I. La démocratie et la discrimination juridique

L'inventaire des discussions relatives au pluralisme juridique induit une différenciation du régime de droit applicable à certaines catégories de personnes dans une même société et dans le cadre du même État. Paradoxalement, ce principe discriminant peut apparaître soit comme une atteinte à l'idée de démocratie, soit comme étant au contraire une nouvelle contribution à approfondir celle-ci.

A. La démocratie et l'inégalité de régime juridique des personnes

Si nous flattons nos préjugés démocratiques nationaux, le pluralisme juridique heurte nos principes républicains. Il implique en effet que, sur un même territoire, les personnes n'y soient pas soumises à un même régime de droit et que des catégories de populations y aient des capacités juridiques différentes. Cependant, si nous nous libérons de la paranoïa jacobine, ce débat sur l'incompatibilité des différences statutaires avec la démocratie ne résiste pas à l'analyse.

a. Compatibilité des discriminations juridiques et démocratie

Le dualisme entraîne de facto des discriminations statutaires sur les personnes. Ainsi n'est-il pas antidémocratique que les Kanaks puissent jouir de deux propriétés, l'une commune et l'autre coutumière, alors que les autres personnes n'y peuvent pas accéder?... bénéficier de « tribunaux d'exception » en droit foncier et de la famille ? La boîte de Pandore de la différenciation s'ouvre alors pour mettre en cause le principe d'égalité de droit et de statut qui semble être un des éléments constitutifs de la démocratie telle que nous la concevons en France⁷. Nous revient alors en mémoire la nuit du 4 août où furent mis à bas les privilèges de l'Ancien-régime.

⁶ Cf. Pour illustration les travaux de notre collègue et amie Jennifer Corrin sur les îles Salomon. L'adaptation des deux systèmes de droit est réglée pragmatiquement par le juge du Common Law dans un jeu subtil de reconnaissance/limitation.

⁷ Cf. L'article premier de la Déclaration de 1789 qui prévoit que : « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». L'article 6 de la déclaration des droits de 1789 dispose que « *[la loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant*

Au *niveau territorial* d'abord. Globalement dans les différents pays considérés comme des démocraties le statut de la liberté et de l'égalité est toujours en balance. Entre la liberté de l'individu et ses devoirs vis-à-vis de la société étatisée, nous observons des équilibres très différents qui s'inscrivent dans des contextes et dans des trajectoires dialectiques originales. Ainsi dans un l'État fédéral tel que les Etats-Unis d'Amérique, le régime de droit des Etats fédérés est harmonisé par la Court suprême... mais le statut des citoyens à mille égards est très différent que l'on soit dans l'État de New-York, au Texas ou en Californie. Et cette différence n'est pas mince : la peine de mort s'applique ici et non pas là et, dans leurs rapports avec l'autorité publique des différents Etats fédérés, les droits individuels sont à géométrie variable⁸ ... peut-on dire pour autant que les Etats-Unis ne sont pas une démocratie ?

La discrimination juridique *rationae personae* ne semble pas non plus incompatible avec la démocratie. Au contraire la discrimination est démocratique si nous faisons référence au projet social-démocrate par lequel l'État aménage les rapports de forces (et tout particulièrement le marché) pour que les droits de chacun ne soient pas des libertés virtuelles inaccessibles mais prennent corps effectivement. Les jurisprudences du Conseil d'État ont très tôt conçu l'égalité « à identité de situation » en excluant une vision mécanique des droits de chacun. Constitutionnellement, le débat est clos : en 1996, le Conseil constitutionnel développait que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Ainsi l'égalité n'est pas un droit inconditionnel, mais un principe ouvert à la discussion autour de l'idée d'intérêt général. Dès lors sans méconnaître les effets pervers de la discrimination juridique, il faut la considérer comme inhérente à l'action politique.

b. Le fondement des discriminations juridiques en Nouvelle-Calédonie

Dès lors, en référence aux accords de Matignon et de Nouméa où apparaissent de nombreux arguments d'intérêt général, l'existence de deux régimes de droit en Nouvelle-Calédonie ne compromet pas l'idée de démocratie. Pour le peuple kanak on peut analyser l'organisation du statut personnel comme une *discrimination réparatrice* d'une colonisation brutale, injuste et raciste qui a persécuté la population autochtone pendant plus d'un siècle et demi. Il est clair en outre que ces deux régimes s'appliquent à deux populations bien différentes et que les droits des populations autochtones sont bien antérieurs au système de droit imposé par la colonisation au 19^{ème} siècle. En particulier en Nouvelle-Zélande, au Canada, en Amérique du Sud, la discrimination positive vis-à-vis des autochtones est reconnue et la protection des minorités dans la plupart des Etats constitue le creuset d'une nouvelle façon de concevoir la démocratie. Ses fondements juridiques apparaissent compliqués, reposant en particulier sur l'idée d'une antériorité des droits autochtones voire sur la constitutionnalisation des « traités coloniaux »⁹.

B. La démocratie et l'identité vécue des peuples autochtones

Dans ses récents développements en particulier en Europe, la dynamique de la démocratie se confond avec la protection et l'approfondissement des droits fondamentaux et elle dépasse ainsi la seule question des institutions politiques. C'est dans ce domaine que le pluralisme juridique peut être interprété comme contribuant à de nouvelles avancées de la démocratie.

égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents » ; la Constitution de 1958 met en application formelle ces principes par l'article premier selon lequel : « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances (...)* ».

⁸ Ainsi un juge de l'Utah vient-il de déclarer que mariage Mormon polygame n'était pas anticonstitutionnel.

⁹ Ainsi au Canada des mesures de police concernant en particulier l'accès des autochtones à certains biens publics ne sont pas opposables à certaines communautés dans des conditions très particulières.

a. La démocratie et l'article 8 de la CEDH

Les récentes évolutions de la doctrine des droits de l'homme reconnaissent à l'individu le droit à une « identité vécue »¹⁰. « [L'identité vécue] est d'abord établie sur la perception que l'individu en a et sur un droit qu'il aurait à être identique à lui-même, c'est-à-dire unifié psychologiquement et socialement »¹¹. Sur la base des articles 1 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est dans les domaines de la liberté religieuse et plus intimement de la transsexualité que la jurisprudence a façonné ce droit. Dans cette veine, l'identité, qui repose sur des habitus, sur des croyances, des traditions ou sur l'origine est considérée comme constitutive de la personne. Le droit de s'identifier individuellement à une « façon d'être » et au groupe qui s'y réfère est alors désormais reconnu comme une liberté fondamentale.

C'est dans ces conditions protectrices qu'est reconnu le droit d'exercer une religion et même de donner à celle-ci les moyens et les droits de s'exprimer y compris dans l'espace public. Dans ce cadre, le pluralisme juridique peut-être un des moyens d'expression du particularisme se traduisant par droit à une identité. Il contribue à ce titre à la démocratie en reconnaissant à l'individu le droit de relever d'un système de normes sociales exprimant les valeurs particulières d'un groupe d'appartenance. Pour des raisons liées au processus de décolonisation, l'appartenance au groupe autochtone des Kanaks donne droit, à chacun des Kanaks qui le composent, d'exercer un droit des biens et de la famille dans des conditions particulières.

b. La démocratie et la production du droit autochtone

La coutume fait donc partie de l'identité kanak ou, plus exactement, des personnes s'identifiant à la civilisation kanake. C'est dans ce sens que la cour d'Appel de Nouméa argumentait en 2011 : « (...) au regard du comportement social du requérant, le principe du respect dû à la vie privée, posé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, justifie de faire droit à cette demande, (...) dès lors que le statut personnel constitue un élément essentiel, sinon le plus important, de l'identité et donc de l'état de la personne.¹² »

Cependant, ni en droit français ni en droit européen, ce droit à l'identité ne repose sur un droit collectif autochtone¹³ : il est exclusivement attaché à la personne et ce n'est qu'à travers l'individu qu'il est reconnu, sans constituer une institution. La loi organique de 1999 ne défend que les droits subjectifs des personnes qui s'identifient au statut personnel... mais elle ne défend qu'indirectement les droits objectifs constitutifs de ce statut. C'est d'ailleurs cette doctrine hyper-personnaliste qui soulève la question d'un « droit atomisé » qui menace le vivre ensemble de la démocratie¹⁴.

Vis-à-vis de notre problématique, la dimension collective du droit kanak peut être considérée comme un progrès démocratique : un droit autochtone autonome constituant un système de droit kanak et

¹⁰ Cf. Pour un point complet sur cette question M. Greco « *La reconnaissance de l'identité vécue : une confrontation entre jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit positif français* » Mémoire de Master 2 2012 Université de Perpignan, service des ressources documentaires de l'UPVD 92 p.

¹¹ *ibidem* p.7 : « Il s'agit alors de la reconnaissance juridique d'une identité vécue, subjective, fruit de l'expérience psychologique intime ou des choix de la personne et qui se manifeste par un certain nombre de droits dévolus à l'individu : droit au nom, liberté d'expression, droit à l'orientation sexuelle, droit à la conversion sexuelle, etc. Ici, l'identité n'est plus seulement identifiante, distinctive, différenciatrice. Elle est d'abord établie sur la perception que l'individu en a et sur un droit qu'il aurait à être identique à lui-même, c'est-à-dire unifié psychologiquement et socialement. Elle procède de l'« effet qu'on ressent à être soi-même et reconnu par autrui comme doté d'une personnalité »

¹² C.A Nouméa 29 septembre 2011-11/0046. L'attendu s'est appuyé sur la décision de Cassation du 11 décembre 1992 sur la transsexualité considérée comme identitaire ; dans cette décision de la cour d'appel de Nouméa la pratique de la coutume est considérée comme identificatrice de l'individu.

¹³ Cf. Les travaux du colloque de Rennes sur l'intégration régionale de la coutume autochtone « *Peuples autochtones et intégrations régionales : Pour une durabilité repensée des ressources naturelles, de la biodiversité et des services écosystémiques* » et en particulier les communications de Aurélie Laurent « *La reconnaissance des droits et des ordres normatifs autochtones en droit européen* » et de Antoni Pigrau Sole et Mar Campins Eritja, « *Union européenne et droits des peuples autochtones de l'Arctique : identification des priorités* » à paraître aux actes du colloque en 2016

¹⁴ M. Greco op. cit. p. 83 « (...) le droit à une identité vécue (...) se présente comme une possible atomisation du droit. Mesuré à son aune, le droit semble se fragmenter, devient de plus en plus subjectif et particulier, se fait moins objectif, moins général. »

permettant aux Kanaks de vivre selon leurs valeurs et leurs habitus. En effet depuis la conquête coloniale de la Nouvelle-Calédonie, les Kanaks ont surtout été des « objets de droit », de politiques publiques décidées sans leur accord¹⁵. La reconnaissance sociopolitique du fait autochtone, notamment par le biais de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, revient à accepter la possibilité d'un « processus d'auto-transformation pris en charge par les personnes elles-mêmes¹⁶ ». La démocratie progresse avec les représentants de l'objectivisme juridique français : « (...) le droit ne procède pas seulement d'une volonté étatique souveraine et absolue mais (...) il est avant tout une manifestation de la vie sociale collective »¹⁷. En devenant des sujets de droit, les autochtones acquièrent la possibilité de se définir eux-mêmes et de produire leur droit, échappant ainsi aux injonctions et au contrôle d'un État dominant¹⁸.

II. La démocratie et le contenu du droit autochtone

Si au regard de la démocratie le principe d'une catégorisation de statuts juridiques sur des groupes de personnes n'est pas vraiment discuté, l'autre volet de notre analyse concerne la compatibilité avec la démocratie de ce qui aujourd'hui peut être regroupé sous le terme de *droits autochtones*. Il paraît légitime de s'interroger sur leur compatibilité non seulement avec les institutions politiques démocratiques mais également avec droits fondamentaux.

A. La compatibilité des droits autochtones avec les institutions démocratiques

La question des institutions démocratiques est évidemment au cœur des doutes que l'on peut avoir vis-à-vis des systèmes de droits autochtones. Dans la déclinaison de la démocratie les nations occidentales considèrent que le droit de suffrage, l'équilibre et la séparation des pouvoirs, les institutions représentatives, l'État de droit sont les piliers d'un système représentatif.

a. Une représentation démocratique discutée dans les institutions contemporaines

La représentation des personnes organisée sous forme d'organes délibérants est un marqueur démocratique des sociétés occidentales. C'est dans ce cadre que s'est établi le principe du suffrage universel pour désigner les organes de gouvernement. Ainsi est rédigé l'article 3, alinéa 3 de la constitution de 1958 : « *Le suffrage (...) est toujours universel, égal et secret* ». Cependant comme nous l'avons souligné en entame, ce modèle ne s'est que très progressivement mis en place. En France la Révolution choisit le suffrage censitaire et le suffrage universel n'est établi qu'en 1848... mais ce n'est qu'un siècle plus tard que les femmes y seront admises. Les députés de la 3^{ème} République n'étaient désignés que par les hommes et les sénateurs sont encore élus au suffrage indirect par un collège de notables. En 1974 la majorité est abaissée à 18 ans. Les étrangers et les personnes sans domiciles fixes sont exclus du suffrage... Les études politiques établissent que le système majoritaire à deux tours ne permet plus désormais de représenter qu'une minorité du corps électoral.

Notons enfin qu'en Belgique le vote est obligatoire alors qu'il est libre dans notre pays. La désaffection pour les consultations et la prédilection pour les sondages d'opinion constituent les nouveaux dilemmes de l'expression populaire.

¹⁵ I. Bellier, « *La performativité des la Déclaration des droits des peuples autochtones* », *Cultures-Kairós*, paru dans *Les numéros* mis à jour le : 11/11/2014, URL : <http://revues.mshparisnord.org/cultureskairos/>

¹⁶ M. Wiewiorka, *Neuf leçons de sociologie*, Robert Laffont, Paris, 2009, p. 39.

¹⁷ A.-L. Madinier, 2015 « *La problématique de l'essentialisme dans la reconnaissance du droit des peuples autochtones* », Montréal, Canada, Colloque LEGITIMUS des jeunes chercheurs, Internormativité et pacification des rapports sociaux : Réflexions sur la gestion du pluralisme juridique autour de la terre, de la famille et de la justice. p. 2

¹⁸ B. Capitaine, T. Martin, « *La Déclaration des nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Le dilemme canadien face à la reconnaissance du « sujet » autochtone* », *Etudes canadiennes*, n°69, 2010, p. 147.

Sur le plan organique, dans le registre de la démocratie, la séparation des pouvoirs et les modes de représentation font discussion. Le présidentielisme est critiqué en raison de la personnalisation du pouvoir et la représentativité des assemblées est elle-même mise en question sur le plan sociologique. Le fonctionnement de la séparation des pouvoirs est également étudié avec circonspection en raison de la domination des exécutifs sur les systèmes de gouvernements démocratiques. La représentation parlementaire ou présidentielle par le suffrage n'est donc pas sans vices comme l'illustre les déboires de ces deux dernières décennies vis-à-vis de la question du suffrage. Enfin la démocratie d'opinion, les dérives technocratiques par lesquelles les experts prennent le pouvoir sont autant de phénomènes qui déstabilisent les représentations que nous ont données nos pères en matière de représentativité ou de modèles d'action publique.

La représentation n'est donc pas une notion scientifique, elle fait consensus populaire à un moment donné, elle est formatée par les élites et le système électoral apparaît en filigrane comme une machine oligarchique et ploutocratique. Ainsi, si les démocraties s'incarnent dans des institutions juridiques leur fonctionnement politique n'est pas sans ambiguïtés. A travers les débats sur le suffrage et sur l'équilibre des pouvoirs, s'illustre la dimension dialectique de la démocratie que nous avons soulignée en entame de notre contribution.

b. Une représentativité autochtone faisant consensus interne

Si nous regardons maintenant le fonctionnement politique des chefferies nous observons des pratiques institutionnelles qui ne se conforment pas aux modèles construits par les systèmes de pouvoir européens et nord-américains. Cependant la diversité des modes de représentation autorise une approche également dialectique de ces organes et de leur fonctionnement. La désignation des chefs n'est pas le résultat d'un suffrage universel, mais elle est le résultat d'interminables consultations, de recherches de consensus auxquelles sont associés tous les membres des clans. Certes, le processus de désignation n'est pas le résultat d'un suffrage mais il aboutit à une adhésion sur la représentativité du chef désigné à la suite d'interminables palabres. On pourra objecter que les jeux d'influences, les manœuvres obscurcissent cette nomination... mais nous pourrions faire la même remarque pour les campagnes électorales, le financement des campagnes ou pour l'État-spectacle de nos sociétés modernes.

Les institutions autochtones, telles que les chefferies et les royautés ne sont pas démocratiques d'un point de vue institutionnel car leurs désignation ne repose ni sur des processus électoraux ni sur des majorités. Cependant la représentation ne se limite pas à valider dans son principe un processus de désignation. La question de la représentativité des représentants au suffrage universel est désormais très discutée et s'il n'était consolidé par un processus juridique, le « turn-over » des élus serait dramatique établissant la faible adhésion des électeurs à leur propre choix. Par comparaison l'interminable processus de désignation des chefs de clan ou des grands chefs dans le monde kanak ne provoque pas beaucoup de contestation des personnes désignées par la tradition.

Pour illustrer cette curieuse « démocratie coutumière » prenons comme exemple l'élaboration et l'adoption de la charte du peuple kanak. Ce document est le fruit d'une consultation *in situ* de l'ensemble des chefs des Pays kanaks. Un processus interminable, ouvert totalement aux discussions des hommes des femmes et des jeunes à l'occasion de centaines de réunions. Processus sanctionné enfin par le vote unanime des chefferies lors d'une immense cérémonie coutumière. Certes il n'y a rien de conforme à notre modèle mais lorsqu'on parle de démocratie participative nous voyons que l'adoption de la charte n'en est guère éloignée.

B. Les réserves émises vis-à-vis des droits fondamentaux individuels

Nous avons vu que le champ des droits individuels est un marqueur démocratique récent sur lequel en particulier les démocraties européennes investissent. Ils sont devenus le champ de développement de la démocratie et cette seconde question engage le débat plus large des conflits ouverts entre la démocratie et les droits autochtones.

a. Les doutes sur la capacité des sociétés autochtones à concevoir les droits fondamentaux

La doctrine juridique et anthropologique s'interroge sur *le contenu des règles* qui constituent les modes de vie des populations autochtones, des habitus qui heurtent les conceptions humanistes de l'Occident. Nous pouvons illustrer ces préjugés à travers la présentation d'un récent colloque organisé à Bordeaux sur cette question : « *C'est sur ces limitations éventuelles aux droits de l'homme, par une norme, une règle ou un principe d'essence coutumière que ce colloque entend se pencher; règles coutumières au sujet desquelles on peut s'interroger, ab initio, sur leur légitimité à défier un droit fondamental* »¹⁹. La messe est dite... Et elle signifie implicitement l'incapacité des sociétés traditionnelles à considérer l'individu dans ses droits. L'État cherche ainsi à « *dé légitimer les demandes d'autonomie des peuples autochtones, sous prétexte que ces dernières mettraient en danger les droits individuels* »²⁰.

L'idée qu'il n'y ait pas de droit individuel en droit autochtone est souvent mise en avant par les anthropologues et les juristes. Cependant, dans le chapitre premier de la charte du peuple kanak, la référence aux valeurs kanakes ne soulève aucune réserve et la république pourrait faire sienne ses références morales: le texte leur attribue d'ailleurs une portée universelle. Luc Wema, ancien président du Sénat coutumier indiquait pour sa part que « *la mise en place du socle commun des valeurs de la coutume kanak, prend en compte les droits fondamentaux et la nature évolutive de la coutume* »²¹. Cette position répondait aux nombreuses critiques qui, alimentées par des faits divers, stigmatisaient les modes de vie des tribus et des clans kanaks : gérontocratie, place infériorisée des femmes, châtiments corporels, dons inter-claniques de femmes et d'enfants²², spoliation des veuves ou des divorcées...

La charte précise en ce sens que « *Les individus Kanak vivent leurs droits individuels dans le respect des principes et des droits collectifs portés par leurs clans et chefferies dont ils connaissent les fondements* »²³ ou « *Les droits individuels s'expriment dans les droits collectifs du groupe (famille/clan). C'est parce que la personne est reconnue dans sa famille et dans son clan qu'elle peut s'épanouir dans la société* »²⁴. Il s'ensuit une *fonctionnalisation de la personne* en relation avec son genre, son rang, son âge ou de sa naissance, selon une prédétermination sociale ici encore peu compatible avec l'idée de démocratie. Cette inégalité juridique est donc revendiquée explicitement

¹⁹ « *Pluralisme juridique et Droits fondamentaux* » Université de Bordeaux et Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones de l'Université d'Ottawa 16-17 décembre 2014 actes du colloques à paraître en 2015.

¹⁵ A. Morales-Hudon, « *La voix des femmes autochtones sur les débats entre droits individuels et droits collectifs au Mexique* », Sociologie et sociétés, vol. 44, n° 1, 2012, p. 297.

²¹ L.Wema, *Allocution du Président* La Parole, Journal d'informations du Sénat coutumier, trimestriel, août 2013, n° 18, p. 2.

²² CPK, chapitre 2, section 3 : « 11. *La donation coutumière (adoption) d'un enfant correspond en général à un geste d'harmonie et de renouvellement d'alliance. Cet acte se fait sous l'autorité des parents et des chefs de Maison/clan. Le nom coutumier donné régulièrement à l'enfant lors de l'adoption permet la transmission de tous les droits de l'adoptant à l'adopté.* 12. *Les clans se perpétuent et assurent leur descendance grâce aux alliances ou mariages qui procèdent d'échanges coutumiers d'une famille/clan à l'autre, quel que soit la chefferie ou le Pays Kanak. C'est le clan de l'homme qui organise le mariage et reçoit le clan de la femme. »*

²³ CPK Chapitre 2, section 2, §1, 8.

²⁴ CPK chapitre 2, section 3 3.

par les Kanaks dans les discours des *vieux* et dans le texte même de la CPK, ce qui ne correspond pas évidemment à l'égalité des droits des personnes qui sont un des fondements de la démocratie.

b. Le patriarcat un des nœuds de la question démocratique

En fait le principal reproche implicite qui est fait à la société autochtone, c'est son caractère patriarcal non dissimulé : « *La société Kanak est une société patriarcale. Son système social fonctionne à partir d'une transmission des droits, des pouvoirs et des responsabilités basées sur l'homme* »²⁵. Le système patriarcal repose sur la hiérarchie des genres et des âges au sommet duquel se trouve le *père* descendant des ancêtres²⁶. Il s'ensuit un statut social d'infériorité des femmes et des jeunes qui paraît incompatible avec l'idée d'égalité des personnes en démocratie.

Le patriarcat est-il l'apanage des sociétés mélanésiennes et les sociétés démocratiques en sont-elles exemptes ? En droit français, le principe d'égalité est un principe révolutionnaire qui depuis 1789 n'a jamais été remis en cause et c'est pour nous un marqueur de notre démocratie républicaine²⁷. Pourtant, ce n'est qu'avec l'alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 qu'est garanti « *à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». L'accès au droit de suffrage des Kanaks ne sera possible qu'à partir de la 4^{ème} République. De même, les femmes n'eurent la possibilité de travailler sans l'accord de leur mari qu'avec la loi du 13 juillet 1965, la dépénalisation de l'adultère de la femme et de l'avortement ne sera réglée que dans les années soixante-et-dix ; le terme « chef de famille » ne disparaît du Code civil qu'en 1970. Ces évolutions juridiques sont le fruit d'un véritable combat mené par les femmes françaises qui, à travers la confrontation et le questionnement, ont négocié à l'interne, au fil des années, leurs droits individuels.

Le patriarcat peut alors être vu comme une maladie universelle des sociétés car les pratiques discriminatoires vis-à-vis des jeunes et des femmes remplissent les colonnes de faits divers. Faut-il ici rappeler la démocratie patriarcale des constitutions révolutionnaires et de la 3^{ème} République... ou les inégalités coloniales élaborées par les démocraties occidentales ? Il est donc convenu que l'égalité des genres, des âges mais également des classes est un long combat historique qui contribue depuis des siècles à améliorer et approfondir une démocratie dont nous rappelons encore la dimension dialectique.

c. Une lecture non essentialiste des coutumes²⁸

De fait, le reproche patriarcal vis-à-vis des sociétés autochtones n'a de sens que s'il se combine avec l'essentialisme dans lequel l'enferment ceux-là mêmes qui les défendent selon une théorie postulant que « *les identités sont sur des noyaux durs, sur des propriétés ou des caractéristiques qui ne sont pas altérées par le passage du temps* »²⁹. Cette conception essentialiste influence encore les définitions présentes dans certains dictionnaires juridiques français de référence. Ainsi, selon Gérard Cornu, la coutume s'entend comme « *une norme de droit objectif fondé sur une tradition populaire (consensus utentium) qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant* »³⁰. Il est

²⁵ C.P.K. : Chapitre II, section 3 *Du cycle de la vie et de la personne*, 1- .

²⁶ C.P.K. : Chapitre II, section 3 *Du cycle de la vie et de la personne*, 4. « *Dans la conception Kanak, les relations entre les membres aînés, cadets et benjamins sont fondées sur les valeurs de respect de la hiérarchie, de cohésion, de complémentarité et de solidarité. Ces principes sont indissociables. La notion de contre-pouvoir est inscrite dans les procédures décisionnelles et dans les rôles de l'aîné et du benjamin.* »

²⁷ Cf. les travaux de A. Levade, « *Discrimination positive et principe d'égalité en droit français* », *Pouvoirs*, 4/2004, n° 111, p. 56.

²⁸ Cf. Madinier A.L op.cit. p. 6 et s.

²⁹ J. Maclure, « *La reconnaissance engage-t-elle à l'essentialisme ?* », *Philosophiques*, Vol. 34, n°1, 2007, p. 79.

³⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, Association Henri Capitant, 10^{ème} édition, Paris, 2014, p. 283.

alors légitime de s'interroger sur la persistance de ce « *fixisme structural* »³¹ qui écarte toute représentation dynamique et autonome de la coutume.

Devrons-nous être essentialistes vis-à-vis des droits autochtones alors que tout démontre leur évolutivité ? Le droit positif républicain est-il si différent qui comme « *une girouette exprime les directions successives des forces qui s'exercent sur lui à un moment donné* »³²? Car en effet, si l'on examine l'évolution des pratiques coutumières, c'est à nouveau leur dimension dialectique qui nous apparaît.

Ainsi en est-il par exemple la question du consentement des époux au mariage kanak. Le mariage est dans la tradition kanake (et comme dans la plupart des civilisations...) une alliance entre deux clans : « *Pour un clan, dans la tradition, le mariage a pour finalité d'assurer une descendance, de perpétuer le nom et d'assurer la prospérité de la famille, de la Maison, du clan, de la chefferie* »³³. La fonction clanique est pourtant transformée dans la charte par un liminaire : « *Le mariage coutumier est, aujourd'hui, un choix accompli par un homme et une femme* »³⁴.

Cette nature évolutive est confirmée par une étude anthropologique des mariages coutumiers effectuée par Raphaël Mapou sur la région de la commune de Yaté en 2014³⁵. Celle-ci porte sur l'institution du mariage, du consentement jusqu'au divorce et révèle les valeurs et principes coutumiers en découlant. Dans le cadre de l'enquête, trois périodes historiques et donc trois générations ont été successivement étudiées³⁶, ce qui a permis de constater, dans les faits, l'adaptation de la coutume aux évolutions de la société kanake.

De 1940 à 1960, période dite de la première génération, le choix des époux dépend presque exclusivement des décisions du père et du grand-père (chef de clan) dont la préoccupation est avant tout de conclure une alliance clanique. Les parents de la future épouse se préoccupent principalement d'assurer la sécurité du clan en créant de nouvelles alliances. Le choix collectif est donc déterminant pour valider l'éventuel choix individuel. En revanche, dans la troisième génération, les choix opérés proviennent presque exclusivement des individus eux-mêmes et les parents ainsi que le clan suivent la volonté de l'individu et viennent, par le biais de l'acte de mariage, concrétiser une situation déjà existante. La coutume légitime donc ici *a posteriori* une situation de fait, construite à partir de décisions individuelles. Nous observons donc une progression des choix individuels, notamment ceux de la femme qui choisit désormais librement son conjoint.

Dès lors à quoi sert le mariage coutumier s'il s'aligne sur un mariage républicain ? Si le mariage coutumier a acquis cette dimension consensualiste, il permet également de jouir des biens coutumiers, ce qui suffirait à lui donner un fondement patrimonial et une dimension collective. Nous pouvons nous interroger en contrepoint sur la portée et la signification de la plupart des mariages célébrés « à l'église » par des époux qui n'y mettent les pieds que pour les enterrements et les baptêmes. L'importance de ce rite, en relation avec des liens familiaux, rappelle la dimension institutionnelle et non exclusivement interpersonnelle du mariage que l'onction républicaine de la mairie ne suffit pas à combler. Le mariage kanak n'est donc pas en contradiction avec les rites identitaires qui sont compatibles avec la république et la démocratie.

31 É. Wittersheim, *Des sociétés dans l'État : anthropologie et situations postcoloniales en Mélanésie*, éditions Aux lieux d'être, Montreuil, 2006, p. 23

32 Louis Constans « Paradoxes » PUP 2009

33 CPK Chapitre 2, section 3, point 14.

34 *ibidem*.

35 Rapport d'intégration n° 1 du Groupe Pacifique, « *Étude anthropologique des mariages à Yaté* », dans la cadre du projet LEGITIMUS *État et cultures juridiques autochtones : un droit en quête de légitimité*, 2015, 34 p.

36 La première génération s'intéresse aux mariages ayant eu lieu entre 1940 et 1960. La deuxième génération comprend les mariages s'étant déroulées ente 1961 et 1980. Enfin, la troisième et dernière génération porte sur les mariages de 1981 à 1995.

Conclusion

La coutume kanake et l'idée de pluralisme juridique sont une occasion de revisiter la notion de démocratie en la mettant à l'épreuve de la dialectique et de l'histoire. Si étrange que puisse nous apparaître la société kanake et si éloignée qu'elle puisse être du modèle démocratique, l'observation des pratiques coutumières et leur évolutivité nous rappelle la singularité des formes de la démocratie. Il n'y pas d'élection démocratique aux fonctions de chef, le patriarcat inspire les traditions kanakes et les droits individuels ne sont interprétables qu'à travers la culture clanique. Le dualisme juridique auquel sont confrontés la Nouvelle-Calédonie et l'ensemble des pays de la Mélanésie impose un élément de complexité dans leur fonctionnement démocratique et institutionnel.

En revisitant l'histoire des institutions et la relativité du contenu de la démocratie au fil des siècles et des expériences, l'anthropologie nous renseigne sur l'évolutivité des pratiques juridiques et sur leur influence sur le contenu des notions écrites ou même des notions orales du droit autochtone.

Dès lors, si on considère que la démocratie n'est pas un monument mais qu'elle est d'abord *un chemin* qui se trace dans des contextes et des histoires, les droits autochtones n'apparaissent pas incompatibles avec ses progrès. En particulier sur cette terre kanake, la démocratie de la France doit assumer son passé colonial : le pluralisme juridique apparaît comme un des outils de reconnaissance des identités persécutées et c'est ce que l'accord de Nouméa exprime avec clarté. A ce titre et à notre avis il ne peut que contribuer à approfondir l'idée démocratique.