



HAL
open science

Droit et identité, conclusions en forme d'ouverture

Hugues Fulchiron

► **To cite this version:**

Hugues Fulchiron. Droit et identité, conclusions en forme d'ouverture. L'identité et le droit : perspectives calédoniennes, nationales et internationales, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, pp.179-188, 2020, Collection LARJE, 979-10-91032-15-5. <hal-05595864>

HAL Id: hal-05595864

<https://hal.science/hal-05595864v1>

Submitted on 18 Apr 2026

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 CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License

Droit et identité, conclusions en forme d'ouverture¹

Hugues Fulchiron

Université Jean Moulin – Lyon 3, Centre de Droit de la Famille (CDF), Équipe Louis Josserand,
Institut universitaire de France

179

« L'identité se réduit moins à la postuler ou à l'affirmer qu'à la refaire, la reconstruire. » C'est par ces mots que Claude Levi-Strauss concluait le séminaire sur l'identité qu'il avait organisé au Collège de France au milieu des années 1970². Certes, le contexte intellectuel était alors bien différent de ce qu'il est aujourd'hui et le sens que Levi Strauss donnait au mot « identité » n'est peut-être que l'un des sens qui ont retenu notre attention au cours de ces deux journées de colloque. Mais cette formule aux subtiles nuances illustre bien la complexité des questions qui nous ont réunis. Grâce soit donc rendue aux organisateurs de ce colloque et tout particulièrement à Christine Bidaud, d'avoir choisi d'aborder l'identité dans ses multiples dimensions, la dimension juridique étant mise en résonance avec des dimensions politiques, sociologiques et anthropologiques. De même faut-il la remercier d'avoir élargi notre réflexion à d'autres mondes tant il est vrai que le singulier ne se comprend vraiment que par le pluriel. Cette approche était d'autant plus intéressante qu'elle forçait les juristes qui comme moi venaient de métropole à dépasser les problématiques « européenocentrées » ou « globalocentrées » (si je peux risquer ce néologisme), qui constituent le cœur des réflexions contemporaines sur l'identité. Bien sûr, devions-nous nous interroger sur ces nouvelles formes d'identités qui, transcendant les appartenances politiques, ethniques et culturelles traditionnelles, provoquent la dilution des identités anciennes tout en donnant naissance à de nouvelles revendications « identitaires » que nos sociétés ont d'ailleurs de plus en plus de mal à gérer. Mais il nous était aussi proposé de revenir aux sources de l'identité, celle qui naît d'un lien à une terre, à une famille, à un clan. Notre réflexion en a été revivifiée, j'allais dire, réanimée.

Que la notion d'identité soit une notion complexe dans sa dimension individuelle comme dans sa dimension collective, les deux dimensions étant d'ailleurs étroitement liées en ce que l'identité collective est le substrat des identités individuelles et réciproquement, est une évidence. Bernard Rigo rappelait hier que l'identité naît de la combinaison de l'*ipse* et de l'*idem* : je suis le même (*idem*), c'est-à-dire qu'au-delà de mes perpétuelles métamorphoses et de la diversité des éléments qui me composent ; je suis moi (*ipse*), en ce sens que je suis un être unique et que je suis le seul à être moi. Mais, à partir de là, les approches sont diverses, comme l'ont montré les interventions d'hier et aujourd'hui. Au-delà de divergences, se sont cependant dégagées, me semble-t-il, trois constantes :

- **1^{re} constante.** L'identité n'est pas un donné mais un construit, et un construit en perpétuelle construction et reconstruction : c'est l'idée de l'ancrage et du chemin qu'évoquait hier Emmanuel Tjibaou, ou, pour reprendre une formule de Bernard Rigo,

1 - Contribution rédigée en décembre 2016, le style oral a volontairement été conservé par l'auteur.

2 - *L'identité*, 2010, PUF, coll. Quadrige.

« l'identité est moins une question de substance que de vie ». L'identité figée serait une identité morte et peut-être mortifère : négation de la vie, négation de ce que je suis mais aussi négation de l'autre.

• **2^e constante.** L'identité se construit à partir d'une pluralité d'éléments. C'est ce qu'ont notamment souligné Patrice Godin et Jone Passa : pluralité des composants de l'identité (et à écouter Amélie Panet et Amélie Dionisi-Peyrusse le juge de la Cour EDH et celui de la CJUE rejoignent l'anthropologue...), pluralité des appartenances dont la combinaison forme l'identité de chacun et qui fait qu'aucun homme n'est identique aux autres.

• **3^e constante.** L'identité se construit dans le rapport à l'autre, par le rapport à l'autre, et ce en un double sens. D'une part, l'identité se construit dans la relation avec l'autre : comme l'expliquait Patrice Godin à propos de l'identité kanak (mais la réflexion vaut à un degré ou à un autre pour l'identité en général), la relation est constitutive d'identité. D'autre part, l'identité se construit dans la confrontation avec l'autre, en ce sens que c'est le rapport à l'autre qui me révèle mon identité (je ne suis pas l'autre) et qui me conduit à me définir comme étant ce que je suis (quitte à ce que ce « je » ne soit qu'une partie de moi). C'est vrai pour un individu comme pour une communauté (cf. les remarques d'Amélie Panet qui soulignait que, au sein de l'Union européenne, l'identité des États membres s'affirmait (« s'éprouvait », pourrait-on dire), dans la confrontation avec le droit de l'Union). Mais si, comme le disait Bernard Rigo, l'un ne va pas sans l'autre, les rapports entre identité et altérité se partagent entre deux pôles opposés : le rapport à l'autre permet de se construire, mais si l'autre est construit comme un double antinomique, l'affirmation de l'identité aboutit au rejet de l'autre, voire à sa négation : l'homme et le barbare, le fidèle et l'infidèle, l'homme civilisé et le sauvage, le blanc et l'indigène... Pointe extrême de ce processus, l'autre est, de chaque côté, construit comme le double maléfique dans lequel sont englobés indistinctement « les autres », dans une dérive identitaire qui peut aller jusqu'à la destruction de l'autre, des autres, i.e. de tout ce que n'est pas identique, de tout ce qui n'est pas « nous ». Les forces qui travaillent notre temps nous rappellent sans cesse la réalité de ce danger.

Dans le monde complexe des identités, quelle peut être la place du droit ? Quel peut être le rôle du droit en tant qu'instrument de régulation des rapports sociaux ? Telle était au fond la question sur laquelle les organisateurs de ce colloque nous invitaient à réfléchir. À l'évidence, les liens entre droit et identité sont étroits, ne serait-ce que parce que, comme le rappelait hier le Président Lagadec, le droit est à la fois le produit de l'identité d'un pays et un élément constitutif de cette identité. Mais au-delà de cette réalité, quelle fonction remplit le droit ? À entendre les orateurs d'hier et d'aujourd'hui, il me semble que cette fonction est double :

- d'une part, le droit est le garant du respect des identités ;
- d'autre part, le droit permet d'assurer la coexistence des identités.

I. LE DROIT, GARANT DU RESPECT DES IDENTITÉS

Le souci de garantir le respect des identités vaut pour les identités individuelles comme pour les identités collectives. Même si elle n'a pas été abordée directement au cours de ce colloque, il convient de rappeler la multiplicité des textes internationaux qui reconnaissent et protègent les identités collectives à travers la protection des minorités, des peuples autochtones,

des langues et des cultures : le droit international est un droit qui protège les identités contre les tentatives hégémoniques des peuples, des communautés ou des idéologies dominantes. Ursula Basset et Bill Atkin en ont donné une belle illustration en montrant la complexité des questions liées à la reconnaissance de la place des communautés indigènes.

Si, avec les orateurs d'hier, on se penche de façon plus approfondie sur les identités individuelles, il apparaît que les systèmes juridiques occidentaux ont connu une profonde évolution que l'on peut résumer en deux mots (aussi réductrice et ambiguë que soit cette formule) : individualisation et subjectivisation.

A. Individualisation de l'identité

Parler d'individualisation de l'identité peut paraître à première vue tautologique : l'identité n'est-elle pas ce qui fait qu'un individu est indivisible et individualisé (on retrouve là les deux dimensions de l'*idem* et de l'*ipse*) ? Ce que tend à dire cette formule c'est que l'identité en droit est reconstruite à partir de l'individu et plus précisément à partir de ses droits et libertés. Émerge ainsi, comme l'ont bien montré les organisateurs de ce colloque à travers la structure même de nos débats, un droit au respect de son identité et au-delà un droit à l'identité.

De ce point de vue, l'évolution est radicale. Au risque de forcer le trait, on serait tenté de dire que traditionnellement la fonction essentielle du droit en la matière était d'assigner à chacun « son » identité, *i. e.* celle que la société lui reconnaissait, et, par là même, d'attribuer à chacun un statut individuel, social et familial. C'est ainsi que le droit garantissait le respect des identités : des identités « préconstituées », des identités en grande partie imposées à l'individu. En fait, l'identité était surtout appréhendée par le droit dans sa fonction « identificatoire ».

Pour parvenir à cette identification, d'ordre à la fois personnel et social, le droit dispose d'un certain nombre d'éléments qui varient à la fois dans l'espace (selon les systèmes juridiques) et dans le temps (pour un même système juridique) : nom, sexe, rattachement à un lieu, appartenance à une famille ou, au moins, lien avec un ou plusieurs « auteurs », nationalité, ainsi que, parfois, religion, race, couleur, appartenance ethnique, etc. À ces caractéristiques, prises séparément ou combinées les unes avec les autres, était attaché un statut social qui se traduisait en statut juridique. Et, parce que les liens étaient étroits entre identité et statut, la matière était dominée par l'idée d'indisponibilité des éléments constituant l'identité juridique de l'individu et, globalement, par le principe d'immutabilité de l'état des personnes. Ce qui était vrai pour des éléments considérés comme des invariants (sexe, race, couleur) l'était aussi pour les éléments qui « par nature » auraient pu faire l'objet d'une modification (le nom, par exemple), toute modification étant juridiquement complexe et, parfois interdite, voire sanctionnée (on pense à la religion dans certains systèmes juridiques).

La perspective est aujourd'hui radicalement différente. Deux phénomènes se sont en effet conjugués.

Premier phénomène : la reconnaissance des droits et libertés de l'individu. Comme l'a montré hier Amélie Dionisi-Peyrusse à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour EDH, l'individu est aujourd'hui placé au centre du droit : c'est à partir de lui que se construit ou se reconstruit, notamment en matière de statut personnel, la règle de droit. Dès lors, la dimension « identificatoire » s'efface au profit de la dimension « personnelle » de l'identité, dans la diversité de ses composantes, telles que les construit, les reconstruit et les combine

l'individu. Même des éléments que l'on considérait comme des éléments « objectifs », quand bien même il s'agirait également de constructions sociales (ne serait-ce que par le fait qu'ils ont été sélectionnés pour définir l'identité de l'individu), s'ouvrent à la subjectivité du sujet : tel est notamment le cas du sexe. Comme on le verra, la dimension subjective de l'identité (je suis ce que je pense être, je suis ce que j'ai la conviction d'être), conduit à réinterpréter l'identité à partir du sentiment d'identité.

D'autre part, les éléments constitutifs de l'identité juridique de l'individu ont perdu de leur importance en tant que support d'un statut juridique et social. En conséquence, il n'est plus besoin de garantir l'immutabilité de l'état ou d'affirmer, sinon de façon purement rhétorique, l'indisponibilité de l'état.

Comme l'a montré Philippe Guez, le nom offre un très bel exemple de cette évolution. À travers le nom, ce fut longtemps la filiation qui était en jeu donc un statut social. Donner le nom, c'était donner un statut à l'enfant en l'intégrant dans une lignée. Tel n'est plus vraiment le cas aujourd'hui, du moins en droit. C'est ce qui explique en grande partie la liberté qui prévaut désormais en la matière, liberté que la récente loi sur la justice du *xxi*^e siècle a porté à son aboutissement. Il est d'ailleurs significatif que l'objectif de cette loi ait été de « recentrer le juge sur ses missions essentielles » : le contrôle des noms (le contrôle de l'individu par son nom) n'est plus une mission que la société considère comme si « essentielle » qu'elle le confie au juge.

Ce qui est vrai pour le nom l'est aussi pour le sexe : dans des sociétés qui comme les sociétés occidentales affirment l'égalité des sexes et où, par conséquent, l'appartenance à l'un ou l'autre sexe n'assigne plus de statut particulier (du moins en droit), les principes d'immutabilité et d'indisponibilité de l'état perdent leur signification. On passe ainsi, de l'immutabilité à une mutabilité encadrée par le respect des exigences de l'intérêt collectif.

À l'inverse, si tel ou tel élément constitutif de l'identité d'un individu a conservé une forte dimension statutaire, le cadre juridique dans lequel il s'inscrit demeure strictement défini : tel est le cas de la nationalité ou de la citoyenneté néocalédonienne.

Le phénomène d'individualisation des éléments constitutifs de l'identité se double d'un deuxième phénomène : la subjectivisation.

B. La subjectivisation

Parler de « subjectivisation » de l'identité rend compte d'une évolution aussi profonde que l'individualisation. Il est généralement admis que l'identité est faite d'éléments objectifs mais aussi d'éléments subjectifs : le sentiment d'identité. Ce qui est nouveau, c'est l'attitude du droit (révélatrice bien sûr de l'attitude de la société qui « produit » ce droit) vis-à-vis de cette part de subjectivité : cette part est désormais pleinement assumée.

Là encore, le phénomène est lié à la reconnaissance de droits et libertés de l'individu, et, notamment, à la dynamique des droits fondamentaux. Dès lors en effet que l'on reconnaît à l'individu des droits sur son identité (le droit au respect de son identité), voire, comme on l'a dit, un droit à l'identité, les éléments constitutifs de l'identité s'ouvrent à la subjectivité, y compris les éléments que l'on considérait jusqu'ici comme des « invariants ». La dimension subjective de l'identité (je suis ce que je pense être) conduit ainsi à réinterpréter, voire à

reconstruire l'identité à partir du sentiment d'identité. Le sexe est, bien sûr, le meilleur exemple de cette subjectivisation. Mais on peut se demander ce qu'il en sera demain de ce qui apparaît aujourd'hui comme l'invariant par excellence, l'identité génétique, dès lors que le séquençage des gènes en fera une identité complexe...

Alors que les droits nationaux restaient souvent prisonniers de leurs traditions et de leurs principes (on n'ose dire, de leurs mythes), il est revenu à la Cour EDH d'explorer les différentes facettes de l'identité et, comme l'a montré Amélie Dionisi-Peyrusse, de mettre en valeur son caractère multiple et évolutif, à travers une conception de plus en plus large de la vie privée, allant de l'identité physique à l'identité génétique, en passant par l'identité culturelle et l'identité sociale. Bien plus, la Cour entend garantir le droit de chacun au développement de son identité, condition de l'épanouissement personnel de l'individu. Et la Cour d'imposer aux États l'obligation de respecter la part de subjectivité de l'individu dans la définition de son identité.

Ce qui a été dit de la Cour EDH pourrait l'être aussi, dans une large mesure, de la CJUE, comme nous l'a montré Amélie Panet : sur la base des droits et libertés appartenant au citoyen européen, la Cour a laissé à celui-ci une grande marge d'autonomie dans la construction de son statut personnel et par conséquent dans la gestion des éléments de son identité.

Le phénomène de subjectivisation dispose d'un champ d'expansion d'autant plus large que la dynamique des droits fondamentaux se conjugue là encore avec une forme de « redéploiement » du droit : l'identité de l'individu dans sa pluralité et sa subjectivité, ne constitue plus un enjeu social essentiel. La priorité devient au contraire la protection de cette identité appréhendée du côté du sujet. D'autant que, c'est une évidence, les sociétés contemporaines disposent d'autres moyens pour assurer l'identification, j'allais dire la « traçabilité » des individus : elles usent désormais de moyens purement objectifs infiniment plus efficaces d'ailleurs, des plus simples, comme les numéros d'immatriculation, aux plus complexes, comme l'empreinte génétique.

La double évolution vers l'individualisation et la subjectivisation de l'identité étant ainsi retracée, il convient de préciser trois choses.

D'une part, les risques de cette évolution ne doivent pas être sous-estimés, pour l'individu comme pour la collectivité à laquelle il appartient. Pour l'individu, elle peut conduire à la perte de l'identité ou du sentiment d'identité : à laisser l'identité aux hasards de la volonté, on peut favoriser les crises d'identité, avec des identités « flottantes » pour lesquelles il n'est plus ni « ancrage » ni « chemin ». Pour la collectivité, elle peut entraîner un délitement des liens.

D'autre part, cette évolution se développe sous deux réserves. Tout d'abord, il faut tenir compte de la force des mythes juridiques qui font que les règles qui encadrent les éléments constitutifs de l'identité d'un individu constituent un élément constitutif de l'identité d'un système juridique. Nombre d'étoiles mortes continuent à éclairer le ciel du droit. Philippe Guez en a donné de beaux exemples avec les « principes » d'immutabilité et d'indisponibilité de l'état des personnes.

Ensuite, il faut tenir compte des hypothèses dans lesquelles l'identité d'un individu croise les intérêts particuliers d'une société donnée. C'est ce qu'évoquait hier Amélie Panet lorsqu'elle nous parlait des liens complexes entre identité individuelle et identité nationale, le respect de

l'identité nationale venant contrarier ou contrebalancer le respect de l'identité individuelle. De même, lorsque des éléments de statut sont attachés à telle ou telle composante de l'identité, le cadre légal dans lequel sont enserrés ces éléments demeure. Tel est le cas, on l'a dit, en matière de nationalité, tel est aussi le cas, comme nous l'expliquait hier Lisa Kibangui, en matière de statut coutumier.

Reste enfin à s'interroger sur l'ampleur et sur les conséquences de cette évolution. Est-elle propre aux sociétés occidentales ? Si tel était le cas, on pourrait craindre que le fossé ne se creuse entre des sociétés que l'on qualifierait un peu vite de postmodernes et les sociétés que l'on qualifierait tout aussi rapidement de « traditionnelles ». Dans une société comme la société kanak, l'identité, comme l'ont montré hier Thierry Xozame et Patrice Godin, ne reste-t-elle pas marquée par l'appartenance au clan : un clan au sein duquel une place est assignée à chacun en fonction de son rang, par le lien à la terre et par des relations d'échange ? Thierry Xozame rappelait les formules très fortes utilisées par la cour d'appel de Nouméa dans son arrêt du 22 avril 2016 : « Les individus n'ont d'identité qu'au travers du clan ». On en trouve un écho dans les décisions que j'ai étudiées à l'occasion de la recherche dirigée par Étienne Cornut et Pascale Deumier³ : dans ses décisions sur la filiation et les relations entre parents et enfants, la conciliation entre droits fondamentaux et statut coutumier se réalise à travers l'affirmation pour le moins abrupte, selon laquelle le respect des droits fondamentaux passerait par le respect des principes qui gèrent la société kanak dans laquelle vit l'individu.

En réalité, l'opposition doit être nuancée. Lisa Kibangui a évoqué hier les incertitudes ressenties par certains de ses clients sur leur identité et dans sa communication, Jone Passa a souligné qu'alors que dans les mentalités traditionnelles kanak, le *je* est dans le *nous* et le *nous* dans le *je*, dans les mentalités contemporaines, le *je* tend à prendre le pas sur le *nous*, ce qui montre que le mouvement que je décrivais tout à l'heure touche bien, à des degrés divers, l'ensemble des sociétés, au risque de fracture des identités.

Surtout, le respect des identités peut conduire à des conflits entre identités : conflits entre identités individuelles, conflits entre identités individuelles et identités collectives, conflits entre identités collectives. Et c'est là la seconde mission du droit : tout en garantissant le respect des identités, il lui revient d'assurer la coexistence des identités.

II. LE DROIT, INSTRUMENT DE LA COEXISTENCE DES IDENTITÉS

On l'a souvent dit au cours de ces deux journées, les identités individuelles comme les identités collectives sont multiples et complexes. Parfois, elles se chevauchent et s'interpénètrent. De fait, en des temps où les relations interindividuelles se développent sans cesse, qu'elles soient « réelles » ou virtuelles, et en des temps où la globalisation fait interagir les identités les unes avec les autres, les hypothèses de multi-appartenances se multiplient, avec de nouvelles

3 - « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, Rapport de recherches collectives », GIP Mission de recherche – Droit et Justice, décembre 2016 (dir. É. Cornut, P. Deumier), <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication>. Voir aussi É. Cornut, P. Deumier (dir.), 2018, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC).

formes d'appartenances parfois dématérialisées, en tout cas déterritorialisées, qui se superposent aux identités ancrées dans un territoire ou dans une histoire communs. De nouvelles identités se construisent ainsi, complexes à gérer pour les individus comme pour les sociétés dans lesquelles ils vivent.

Une des missions du droit est de contribuer à la gestion de cette diversité, au niveau individuel et au niveau collectif : gérer la diversité afin de maintenir les conditions du vivre ensemble, ou, pour reprendre la formule des accords de Nouméa, pour réunir les conditions permettant la construction d'un destin commun.

Gérer la diversité, réunir les conditions du vivre ensemble, telles sont les deux pistes qu'il convient d'explorer.

A. Gérer la diversité

Une fois la diversité garantie (non sans difficultés parfois, comme l'ont rappelé Ursula Basset et Bill Atkin), encore faut-il la gérer. Le problème se pose pour les identités individuelles comme pour les identités collectives.

Pour les identités individuelles. On a dit que le droit, dans son souci de respecter les identités individuelles avait abandonné une grande partie de sa rigueur : il n'enferme plus l'individu dans une identité « imposée ». Vraie en interne (on l'a vu avec les interventions de Philippe Guez et Amélie Dionisi-Peyrusse), cette évolution se vérifie également au niveau international, avec la création de nouvelles méthodes permettant de gérer la diversité. Comme l'ont montré ce matin Christine Bidaud et Éric Fongaro, l'identité d'un individu n'est plus assurée par le rattachement de son statut à la loi d'une nationalité ou à la loi d'un territoire, l'unité du statut, donc la permanence de l'identité du sujet, étant garantie par l'application d'une loi unique censée correspondre le mieux à cette identité. Aujourd'hui, nous disait Christine Bidaud, l'unité du statut personnel est assurée par une combinaison de méthodes. Elle passe notamment par la méthode de la reconnaissance qu'évoquait aussi Amélie Panet, *i. e.* par la reconnaissance par les autres États des situations personnelles et familiales (attribution d'un nom, mariage, établissement d'une filiation...), nées valablement dans un autre État. Le statut personnel peut ainsi devenir un statut composite, constitué par application de règles appartenant à des systèmes juridiques différents applicables selon les circonstances changeantes de la vie de l'intéressé (ce qui rejoint l'idée d'identités multiples qui se chevauchent), mais sa permanence est assurée dans l'espace et dans le temps par sa reconnaissance transfrontière.

Cette nouvelle façon de gérer la diversité, qui renonce à réduire celle-ci à l'unité par le rattachement à une loi unique (une loi identique, une loi identitaire ?), fonctionne bien dans un espace qui, comme l'espace de l'Union européenne, est construit sur des bases communes : ces principes et valeurs communs qui, comme le rappelait hier Amélie Panet, constituent le socle de l'identité européenne et par conséquent le cœur de l'identité du citoyen européen. Mais, à travers le respect des droits fondamentaux, elle prend une dimension universelle. En témoigne la jurisprudence de la Cour EDH sur la reconnaissance, comme nous l'ont expliqué Christine Bidaud et Éric Fongaro.

La seule limite à cette reconnaissance des identités semble devoir être, comme le rappelaient Christine Bidaud et Amélie Panet, le respect de l'identité des États, *i. e.* des principes essentiels sur lesquels les États se sont construits.

Au niveau collectif, le respect des identités passe parfois par l'édiction de corps de règles distincts applicables aux différents groupes vivant sous une même souveraineté. La Nouvelle-Calédonie en offre un magnifique exemple, avec une pluralité d'identités reconnue par le droit et transcrite dans les règles juridiques propres à telle ou telle communauté, étant entendu, comme l'a expliqué Étienne Cornut, que ces communautés comme ces corps de règles ne sont pas étanches et que des passages sont possibles de l'un à l'autre.

Reste à articuler des différents corps de règles les uns avec les autres. Et là, les choses ne sont pas toujours aisées, comme nous l'ont montré Me Jacqueline Calvet-Lèques et Me Catherine Lillaz à travers l'exemple des successions. À les écouter cependant, on a le sentiment que des règles d'articulation sont plus efficaces que des règles matérielles unifiées : malgré ses défauts, la proposition de délibération du 2 juillet 2015 semble mieux adaptée aux réalités que la délibération de 1980. De même, dans un tout autre cas de figure, les États de l'Union européenne, soucieux de respecter les identités nationales, ont opté non pas pour une unification des règles matérielles mais pour la construction de règles de conflit communes, Éric Fongaro, nous a expliqué que la place laissée à la volonté individuelle peut permettre de corriger l'éclatement des rattachements et de rétablir l'unité.

Étienne Cornut nous l'a dit : le chantier est immense. Certes, le respect des identités conduit à rejeter le mythe d'une unification/harmonisation grâce à la construction d'un *jus commune*. Mais il nous a aussi montré que, dans certains domaines, l'unité partielle était possible dès lors que les finalités poursuivies dépassaient, « transcendaient » nous a-t-il dit, les identités : et de citer notamment le droit de l'environnement. Quitte à prévoir des adaptations, afin de mettre le droit en adéquation avec les spécificités locales. La gestion de la diversité dans le respect des identités passe cependant essentiellement par des règles de coordination : des règles de coordination entre les statuts qui sont dépourvues de toute idée de hiérarchie et qui laissent une certaine marge de liberté aux individus afin de mieux respecter leurs identités lorsque celles-ci sont multiples. Quand bien même les options ouvertes entraîneraient un certain nombre de difficultés techniques (Me Kibangu en faisait état à propos du divorce et Me Calvet-Lèques et Me Lillaz s'en faisaient l'écho en matière de successions), un tel système permet d'apaiser les tensions qui peuvent surgir entre identités traditionnelles et identités nouvelles : des tensions nées de l'interaction entre les identités présentes sur le territoire et entre lesquelles se partage un même individu.

Reste également à ne pas enfermer les individus dans une identité imposée par une appartenance, avec le statut lié à cette appartenance : c'est tout le problème évoqué hier à travers le débat sur la *vie* de la coutume. De même que l'identité n'est pas figée, la coutume, qui traduit cette identité ne doit pas être « gelée » : gelée par une rédaction qui, en la cristallisant, risquerait de la « pétrifier » (cf. la confusion évoquée hier par Patrice Godin entre coutume et droit coutumier), gelée par un usage excessif du précédent qui, dans le raisonnement du juge, ne serait plus un tremplin, mais une prison.

Assumer la coexistence des statuts passe donc en premier lieu par des règles qui permettent de gérer la diversité. Mais elle passe aussi, et je serais tenté de dire surtout, par la définition des principes qui permettront d'assurer le vivre ensemble.

B. Définir les conditions du vivre ensemble

Il ne s'agit plus seulement de ménager la coexistence des identités dans le cadre d'un pluralisme juridique « communautaire » (on serait tenté de prendre l'exemple du Liban), mais de

construire un pluralisme qui constitue l'un des moteurs du « destin commun » dont parlent par exemple les accords de Nouméa. Le problème ne se pose pas seulement en Océanie. Il se pose aussi en Europe : on le voit à travers les interrogations évoquées hier par Amélie Panet autour de l'identité européenne ; et je suppose que le souvenir des débats si mal engagés en métropole à propos de l'identité nationale est encore dans toutes les mémoires.

Si je reprends ce qui a été dit hier et aujourd'hui, assurer les conditions du vivre ensemble suppose un double effort : il s'agit tout d'abord de définir le socle commun de valeurs et de principes qui transcendent la diversité des identités, et, à partir de là, de fixer les équilibres entre respect des identités et exigences du vivre ensemble.

La définition d'un socle commun de principes et de valeurs, passe, fondamentalement, par la définition et par l'affirmation des éléments de sa propre identité. Tel était l'objectif de la Charte du peuple kanak, dans laquelle ont été affirmés les valeurs essentielles du peuple kanak et les principes fondamentaux de sa civilisation. En un sens, l'Europe a emprunté la même voie avec la Charte européenne des droits fondamentaux dans laquelle l'Union, pour donner corps, ou plutôt pour donner une âme, à l'identité européenne, affirme les principes et les valeurs communs aux peuples qui la composent. Cette démarche rejoint également celle de la France avec la Charte des droits et des devoirs du citoyen français, qui expose les principes et les valeurs à *partager* par tous ceux qui possèdent ou acquièrent la nationalité française ; sauf à faire observer qu'avec cette charte, c'est plus l'idée d'une identité exclusive que d'une identité partagée qui est mise en avant : il s'agit en effet d'un document construit unilatéralement et auquel l'étranger est sommé d'adhérer.

Car tel est bien l'enjeu : au-delà de l'affirmation de *ses* valeurs et de *son* identité, il s'agit de construire des valeurs partagées. C'est le travail qu'évoquait Étienne Cornut à propos du projet de Charte des valeurs communes : s'entendre autour de valeurs qui transcendent les identités des différentes communautés composant la société calédonienne, mais sans les effacer afin de faire émerger une *identité en partage*.

À cette seule condition pourront être levées les craintes que suscite, qu'on le veuille ou non, la valorisation d'une identité particulière, craintes dont témoigne l'extrême frilosité du Conseil constitutionnel dès lors qu'il est question de peuple et d'identité kanak et qui explique, Carine David nous la rappelait hier, les « stratégies d'évitement » mises en place par le Conseil face la reconnaissance d'une identité qui serait vraiment porteuse de droits.

La constitution de ce socle commun constitue la première étape pour pouvoir ensuite procéder aux arbitrages.

Respecter les identités ne saurait justifier que les identités individuelles et collectives envahissent la société au risque de mettre en péril la coexistence des communautés. Le risque est double : celui, d'une part, de nier les autres identités, notamment des identités juridiquement ou symboliquement « minoritaires », celui, d'autre part, de provoquer des réactions parfois violentes de la part des autres groupes qui, majoritaires ou minoritaires, se sentiraient menacés dans leur propre identité. La question ne se pose pas qu'en Nouvelle-Calédonie : elle est en Europe d'une brûlante actualité.

Le respect des identités, dans le respect du vivre ensemble, passe donc par des arbitrages : arbitrages entre des intérêts individuels et des intérêts collectifs, arbitrages entre les principes et les valeurs qui s'affrontent dans le cas particulier.

Il appartient au législateur ou au juge d'y procéder. Amélie Panet et Amélie Dionisi-Peyrusse nous en ont montré la complexité à travers la jurisprudence de la Cour EDH et de la CJUE. Ursula Basset et Bill Atkin nous en ont donné de passionnantes illustrations avec la question de la prise en compte des particularismes culturels. En la matière, il serait vain de se contenter d'invoquer les droits fondamentaux : on aurait tôt fait de relancer le débat sur l'universalisme des droits de l'homme. En un sens, ces arbitrages passent par un compromis, compromis toujours changeant, toujours mouvant, afin de s'adapter aux besoins d'une société à un moment donné de son histoire mais à condition que soit fixé un cap, sans quoi le compromis ne serait que compromissions.

Reste à faire accepter ces arbitrages. En métropole, l'exemple du voile islamique, montre qu'ils peuvent l'être lorsqu'ils sont « raisonnables », *i.e.* respectueux des intérêts de tous (c'est là précisément la différence entre la loi traitant du voile intégral et les délires estivaux sur le *burkini*).

Ce sont en tout cas à ces arbitrages que devra se livrer la société calédonienne si elle veut que « l'avenir commun » des accords de Nouméa soit vraiment un avenir partagé.

L'identité est à la fois un ancrage [je/tu reste(s)] et un chemin [je/tu avance(s)], comme le disait hier Emmanuel Tjibaou. Nul doute que ce colloque sera pour nous à la fois un ancrage, par la somme de connaissances mises en commun, et un chemin par toutes les questions qu'il aura suscitées.