



HAL
open science

La non codification de la coutume kanak

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. La non codification de la coutume kanak. L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale, Editions Bruylant, 2012. hal-03386982

HAL Id: hal-03386982

<https://hal.science/hal-03386982v1>

Submitted on 21 Sep 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.

La non-codification de la coutume kanak

Étienne CORNUT

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

L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale pose une question de méthode : comment réaliser cette intégration pour qu'elle soit la plus efficiente pour les deux normes – la norme intégrante et la norme intégrée – sans que leur nature respective n'en soit atteinte ?

Intégrer, c'est faire entrer dans un ensemble plus vaste. L'intitulé du colloque le sous-entend : c'est la coutume dont on présuppose qu'elle doit être intégrée à la norme environnementale, et non l'inverse. Cette dernière est l'ensemble alors que la première n'est que partie – éventuelle – de cet ensemble. Il n'est pas utile ici de discuter ce parti pris, qui correspond à l'esprit de la loi organique du 19 mars 1999, laquelle circonscrit le domaine de la coutume kanak en tant que phénomène juridique, par référence au droit étatique, dit commun, alors que la coutume est perçue par les Kanak comme un tout qui ne peut être catégorisé et qui a vocation à appréhender l'ensemble.

Le droit l'environnement ne figure pas parmi les compétences que l'État reconnaît à la coutume kanak. Elle n'est donc pas à cet endroit la norme de référence, comme elle l'est, toujours par délégation de l'État, pour tous les droits civils des Kanak de statut civil coutumier.

Le droit de l'environnement calédonien est un droit dans l'ensemble aujourd'hui codifié. Il s'agit, pour l'essentiel, du Code de l'environnement de la Province Nord, adopté le 24 octobre 2008, celui de la Province Sud, adopté le 20 mars 2009, du Code de l'environnement métropolitain, dont certaines dispositions s'appliquent en Nouvelle-Calédonie, ainsi que du Code pénal qui contient quelques articles relatifs aux atteintes à l'environnement.

À l'inverse, la coutume kanak n'est pas codifiée, elle n'est pas non plus rédigée. Elle est orale. La coutume n'est pas non plus unique, elle est plurielle, différente selon les endroits coutumiers. La loi organique du 19 mars

1999 vise tour à tour « les coutumes » (233), « la coutume » (234) ou encore « les usages reconnus par la coutume » (235). Signe de l'appréhension difficile d'un phénomène à l'aune des concepts juridiques propres au droit étatique.

Car malgré l'emploi de ce terme, la coutume kanak ne se réduit à la notion de coutume telle qu'admise par le droit étatique. Il ne s'agit pas seulement d'usages ou de comportements de nature ou ayant une valeur juridique et qui seraient sanctionnés. Il s'agit plus globalement de « règles d'organisation sociale, d'origine mythique, d'usage divers, transmises de père en fils au sein d'un clan » (236).

Il y a alors un problème méthodologique, qui doit être dépassé. La norme intégrante est une norme écrite, donc figée mais certaine, également générale, abstraite et impersonnelle. À l'inverse la norme – si on peut l'appeler ainsi – à intégrer est non écrite, elle est alors plus incertaine mais évolutive, également particulière, concrète et personnelle.

Il en découle, a priori, que l'intégration de la coutume dans la norme environnementale ne pourra se réaliser que par emprunt, par la norme intégrée, des formes et caractères de la norme intégrante. À tout le moins, pour être intégrée, la coutume kanak devrait donc être rédigée. Plus largement, elle pourrait même être codifiée, et alors la norme intégrante renverrait à certaines dispositions de ce « code de la coutume ».

Une précision terminologique s'impose. Les termes de « codification » et de « rédaction », s'ils sont parfois employés comme synonymes, sont différents, en ce que la première suppose une finalité de systématisation, de réunion rationnelle en un même corps de règles censées complètes, alors que la rédaction désigne une simple transcription. Sous cette réserve, ils seront parfois, ici, tenus pour équivalents.

Codifier la coutume, la coutume kanak. De prime abord l'entreprise paraît incongrue tant les deux notions s'excluent l'une et l'autre.

Le recul montre que la coutume a pu être codifiée sinon rédigée. La rédaction des coutumes des provinces de l'Ancien régime du royaume de France en est l'exemple le plus connu en droit français. Depuis le Code civil, des coutumes et usages locaux ont été portés par écrit, ainsi

(233) Art. 7 sur le domaine matériel du statut civil coutumier.

(234) Art. 18 à propos des terres coutumières

(235) Art. 137 à propos de la désignation des sénateurs coutumiers.

(236) *Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie*, par le Conseil coutumier du Territoire de la Nouvelle-Calédonie, in *Coutume autochtone en évolution du droit dans le Pacifique sud*, ss. la dir. de P. de DECKKER, éd. LHarmattan, 1995, p. 80.

les usages agricoles ou les appellations d'origine contrôlée (237). Le droit international public, régi essentiellement par la coutume internationale, a également été l'objet de rédaction, bien que parcellaires (238).

L'idée de codifier la coutume kanak n'est pas récente.

Depuis la fin de l'indigénat en 1946, des projets de rédaction ont été initiés (239). Dans les années 50 (1953 à 1956), une commission des collectivités calédoniennes s'est plusieurs fois réunie. Les résultats de ce travail ont cependant été jugés « parcellaires et d'une valeur juridique contestable ». En 1969, puis en 1971 fut évoquée une reprise de ces travaux. Cependant, ces initiatives reçurent un écho peu favorable du monde judiciaire qui préféra l'institution d'un « magistrat spécialement chargé des questions de droit coutumier ».

Par la suite, c'est davantage cette forme d'intégration de la coutume par la voie judiciaire qui prévalut. En 1974 fut proposée la création d'un tribunal de droit coutumier mélanésien, puis en 1981 l'institution de consultants mélanésiens auprès des juridictions administratives et judiciaires. Ces propositions aboutirent en 1982 par l'institution des assesseurs coutumiers, effectivement mis en place en 1990.

Depuis quelques années ce mouvement de codification de la coutume kanak renaît, sous l'impulsion de certaines autorités et institutions coutumières. Ainsi le Conseil coutumier de l'aire *Drehu* aurait déjà rédigé un corpus de règles coutumières. Le Sénat coutumier encourage également ce travail de compilation des règles coutumières actuelles, afin de rendre « visible et compréhensible le système coutumier, pour que ses principes soient respectés par tous, des nouvelles générations à l'administration » (240).

La coutume kanak est donc orale. Elle n'est pas codifiée ni rédigée, même s'il en existe certaines manifestations écrites (I). On pourra se demander s'il est opportun d'aller plus loin et d'envisager une rédaction de la coutume (II). Cependant, aux obstacles techniques et conjoncturels, qui peuvent être dépassés, s'ajoute un obstacle qui, parce que logique, paraît fondamental (III).

(237) P. DEUMIER, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002, n° 388.

(238) V. not. J.-Cl. Dr. inter, fasc. 13-3 : La coutume – codification, 1991, Y. DAUDET.

(239) G. AGNIEL, *Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie*, Aspects, n° 3, 2008, p. 81 s., spéc. p. 84 et s.

(240) *Le Sénat coutumier. Les dix ans d'une Institution*, publication interne, 2009, p. 14. Ce souhait a été de nouveau formulé lors du séminaire « Droit coutumier et pluralité des ordres juridiques », organisé par le Sénat coutumier les 14 et 15 mars 2011. Une synthèse des actes est publiée à la RJPENC n° 18, 2011/2.

I. – Les manifestations écrites de la coutume kanak

Elles sont de deux ordres : un droit coutumier d'une part, né de la pratique des juridictions en formation coutumières. L'acte coutumier d'autre part, d'origine plus récente, qui préfigure peut-être l'avenir de la coutume vivante écrite.

A. Le droit coutumier

Le préambule de l'ordonnance du 15 octobre 1982 instituant les assesseurs coutumiers (241), qui reconnaît expressément l'existence de « règles coutumières », regrette « le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire ». Cette difficulté justifia la création des assesseurs coutumiers, lesquels serviront de relais entre les magistrats chargés d'appliquer la coutume, et les « sachants coutumiers » qui peuvent délivrer la parole coutumière. D'aucuns ont pu voir dans cette mesure l'intention du législateur de parvenir à terme à une codification de la coutume, au moins des principales règles coutumières (242).

Depuis 1990 et la mise en place effective des assesseurs auprès des juridictions calédoniennes, s'est créé et se crée un droit coutumier écrit, aux côtés de la coutume traditionnelle orale. Il s'agit d'un droit prétorien, issu des décisions rendues par le Tribunal de première instance, essentiellement des deux sections détachées, installées au cœur du pays kanak, à Koné en province nord, et à Wé, Lifou, dans les îles Loyauté, ainsi que par la Cour d'appel de Nouméa. La Cour de cassation a parfois été saisie et a rendu quelques arrêts et avis riches d'enseignements.

La juridiction étatique statue en formation coutumière lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier et que le litige est de nature civile. Seuls les litiges mettant en cause des droits civils relèvent, selon la loi organique, de la coutume. Ainsi le droit pénal, les relations commerciales ou sociales, le droit de l'environnement – quoique la question se pose pour la réparation civile des dommages environnementaux – relèvent du droit commun et donc échappent aux juridictions en la formation coutumière. Au moins la Cour de cassation a-t-elle

(241) JORF du 17 oct. 1982, p. 3106 et s.

(242) G. AGNIEL, *op. cit.*, p. 87.

rappelé, conformément à la lettre et l'esprit de la loi organique, que la coutume régit « l'ensemble du droit civil » (243), et non pas seulement le droit des personnes et de la famille comme il a longtemps été considéré localement.

Le droit coutumier tel qu'il se forme concerne donc uniquement le droit civil, tel qu'il est défini par le droit français étatique, alors que la coutume ne catégorise pas les matières ni les droits, elle est un tout, ce qui ne laisse pas de poser des confrontations de logiques (244). Ainsi les notions civiles de la coutume – puisqu'il faut les qualifier ainsi – ne sont pas toujours identiques à celles du droit civil dit commun (245).

Un exemple simple qui intéresse le droit de l'environnement. Les atteintes à l'environnement sont, en droit non coutumier, vues comme des atteintes à la faune, à la flore, au milieu de vie, c'est-à-dire des atteintes objectives. Pour le monde coutumier kanak, l'atteinte est également subjective. La terre est sacrée, vivante, c'est d'elle que vient l'homme, il y fonde son identité et il a un devoir sacré à sa protection (246). L'atteinte se double ici d'une atteinte à l'environnement culturel, identitaire, mythique, parce que l'homme n'est pas seulement dans la nature, il est une part de celle-ci. L'atteinte porte aussi aux conditions d'équilibre du groupe, à ses croyances, ses valeurs, ses symboles (247). Ce qu'ignore le droit de l'environnement classique. Par extension la réparation ne sera pas la même et la réparation en nature, par la remise en état des lieux, et/ou en argent, sera certainement insuffisante sinon dénuée de sens.

De cette confrontation de logiques, il en découle que les solutions issues des juridictions coutumières, qui appliquent la coutume telle qu'elle est rapportée par les assesseurs coutumiers, n'est pas le reflet exact de la coutume traditionnelle. Comme l'écrit R. Lafargue, de cette collaboration entre les juges et les assesseurs naît ce droit coutumier,

(243) Cass., avis, 16 déc. 2005, n° 0050011 P : Bull. inf. C. cass. 1^{er} avr. 2006, n° 637 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FREZET et p. 42, note L. SERMET.

(244) É. CORNUT, *La juridicité de la coutume kanak*, Dr. & Cult. 2010/2, p. p. 151 et s. ; É. CORNUT, *La mise en œuvre de l'expulsion coutumière et le juge pénal*, RJPENC 2009/2, n° 14, p. 82.

(245) Par exemple le passage à l'âge adulte, le mariage, la faute, le risque, le dommage, la réparation ne s'apprécient pas de la même façon. V. not. G. NICOLAU, *Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie*, Dr. & cult., 37, 1999/1, p. 53 et s. ; A. BENSA, Ch. SALOMON, *Nouvelle-Calédonie. Les Kanaks face à l'appareil judiciaire*, Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2003, spéc. pp. 15-16, pp. 47-48.

(246) F. TROLUE, *Le Kanak, le clan et la terre*, in *La terre*, 6^e colloque Corail, 1993, pp. 158-159.

(247) R. LAFARGUE, *Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socioculturelles : interdépendances et interdisciplinarité*, communication présentée au colloque « La réparation des atteintes à l'environnement », Cour de cassation, 24 mai 2007.

c'est-à-dire « un droit jurisprudentiel inspiré des normes traditionnelles, mais nécessairement modernisé puisque réapproprié par les juridictions qui l'élaborent. C'est une « reconstruction » jurisprudentielle du droit traditionnel » (248).

Il y a là, néanmoins, une manifestation écrite directement inspirée de la coutume qui, à terme, pourrait constituer le ferment de sa codification.

B. L'acte public coutumier

Une deuxième manifestation écrite de la coutume réside dans l'acte public coutumier, prévu par la loi du pays du 15 janvier 2007 (249), dressé par les officiers publics coutumiers depuis le 1^{er} septembre 2008. Auparavant, les gendarmes avaient compétence pour dresser les procès-verbaux de palabre. L'acte public coutumier est défini par la loi comme un « acte juridique de nature conventionnelle » qui « se caractérise par un concours de volontés interdépendantes qui en détermine les éléments et les effets. Sa portée peut être individuelle ou collective » (art. 3 al. 1^{er}). Il retranscrit la décision coutumière adoptée à l'issue d'un palabre coutumier, défini comme une « discussion organisée selon les usages de la coutume kanak » (art. 1^{er}), sous l'autorité du chef de clan, du chef de la tribu ou du grand chef ou, à défaut, du président du conseil des chefs de clans (art. 2).

Un temps, il a été proposé d'utiliser les procès-verbaux de palabres afin de dégager des solutions admises dans des litiges se posant fréquemment et de poser les bases d'une rédaction coutumière. Néanmoins, il a été relevé que l'on peut « s'interroger sur la valeur à accorder en droit au contenu des procès-verbaux dressés par des représentants de l'État qui ne font que retranscrire la version des faits énoncée par des coutumiers dont la mission est avant tout de préserver les intérêts du groupe au nom duquel ils s'expriment » (250).

La critique est-elle identique pour l'acte public coutumier ? S'il est encore trop tôt pour se convaincre de l'une ou l'autre des alternatives, certains caractères de l'acte public coutumier, par rapport à ceux des anciens procès-verbaux de palabre, sont le signe d'une évolution.

(248) R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, éd. PUAM, 2003, p. 27. Du même auteur, voy. *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, éd. LGDJ, Droit et société, 2010.

(249) JONC du 30 janv. 2007, p. 647.

(250) P. de DECKKER, L. KUNTZ, *La bataille de la coutume et ses enjeux pour le Pacifique Sud*, éd. L'Harmattan, 1998, p. 150.

La loi du pays prévoit expressément que « l'acte coutumier est destiné à produire des effets de droit à l'égard des personnes relevant du statut civil coutumier ou de statut civil de droit commun [...], ou à conférer des prérogatives dans le cadre de la propriété coutumière » (art. 4). D'autant que l'acte coutumier, lorsque il est pris en matière de statut civil coutumier ou de propriété coutumière, à la valeur juridique de l'acte authentique (Art. 3 al. 2). Valeur que n'avaient pas les procès-verbaux de palabre. De plus, le fait que le palabre coutumier soit transcrit par un officier public coutumier, sélectionné et formé à cette fonction, et non plus par un gendarme, représentant l'autorité de l'État, laisse penser que la parole coutumière exprimée est plus libre, plus fidèle. En effet, la coutume n'a pas, par nature, à être connue de ceux qui en sont extérieurs.

Par nature donc, la décision coutumière retranscrite dans l'acte, productrice de droit et d'obligation, peut éclairer avec force la teneur de la règle coutumière source de l'effet de droit.

Néanmoins la décision coutumière n'échappe pas aux mêmes critiques, selon lesquelles elle ne reflèterait que la défense des intérêts du groupe qui l'a prise. D'autant que l'officier public est neutre, il ne peut intervenir dans le palabre et n'a pas pour fonction de dire la coutume, ni d'arbitrer ou de veiller à l'harmonie coutumière des décisions. Il ne peut être membre du conseil coutumier de son aire d'affectation (art. 20).

L'autre limite, surtout, tient aux mentions obligatoires de l'acte. Outre celles, classiques, d'identification, l'acte contient à peine de nullité « l'objet du palabre et le dispositif de la décision des parties au palabre ». Les motifs, en revanche, ne sont pas exigés à peine de nullité. Cette absence éventuelle de motivation, qui surprend de prime abord, est en réalité logique. La coutume étant orale et prononcée par les sachants coutumiers, elle n'a pas à être connue de l'extérieur. Elle peut alors demeurer secrète. La coutume, surtout, se dit, elle ne s'explique pas, ne se justifie pas. La solution coutumière exprime l'évidence (251).

Les motifs peuvent cependant être transcrits à l'acte, les mentions exigées n'étant pas exclusives de toutes autres mentions. À défaut, ils pourraient être obtenus par un recours en interprétation. Celui-ci peut être exercé devant le conseil coutumier de l'aire concernée, en « cas de contestation portant sur l'interprétation d'un acte coutumier » (art. 21

(251) V. R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, éd. Dalloz, 2007, p. 246, à propos du délibéré avec les assesseurs coutumiers.

al. 1^{er}). S'il ne porte pas sur la légitimité coutumière de la décision transcrite, ce type de recours peut, à terme, permettre l'émergence d'une interprétation commune de la règle coutumière de l'endroit concerné. Allant plus loin, il serait possible d'imaginer, à terme, un « Conseil coutumier suprême », représentatif des Conseils d'aire, compétent, par exemple, pour harmoniser des actes coutumiers contradictoires, à l'intérieur d'une aire ou entre aires.

Orale, la coutume développe ainsi des ramifications écrites. Elle glisse progressivement vers l'écrit par le biais de la création irrésistible d'une coutume judiciaire, de l'institution des actes coutumiers qui, en permettant l'extériorisation et la fixation de la règle coutumière issue d'un palabre et surtout en en garantissant la valeur juridique, offre une image, certes particulière, d'un droit coutumier écrit.

Il serait donc envisageable d'aller plus loin et de consolider cette évolution par la rédaction de principes coutumiers directeurs, voire de règles coutumières précises.

II. – L'opportunité de la codification de la coutume kanak

L'opportunité de codifier la coutume kanak est souvent relevée. Cependant, plusieurs raisons, techniques ou conjoncturelles, permettent encore d'en douter, qui tiennent au moment de la codification, à la détermination de son auteur, et aux buts qu'elle s'assigne.

A. Le moment de la codification

Le moment choisi pour procéder à une codification doit être propice, car il conditionne son intérêt et donc sa réussite. Son intérêt au regard du passé comme de l'avenir. Du passé : la codification doit avoir un socle, une base qu'il s'agira de réformer ou de reprendre, mais une base. Un intérêt pour l'avenir en ce que la codification doit répondre à un besoin qui n'est plus assuré par la norme prise dans sa forme actuelle. Sa réussite, qui dépend d'une volonté politique autant que populaire et qui ne pourra être acquise que si elle fondée sur un intérêt général justifié et accepté.

Malgré l'ancienneté de la coutume kanak, sa rédaction semble encore prématurée. Il est en effet à craindre qu'elle n'a pas encore atteint le degré de maturité suffisant pour être portée par l'écrit. Deux

domaines peuvent être distingués, pour lesquels la question se pose en des termes différents.

D'un côté, il apparaît de prime abord que les règles coutumières en matière familiale peuvent être rédigées. En effet, les conditions comme les conséquences du mariage coutumier, le rapport entre les enfants, les parents et le clan, l'adoption coutumière, le don d'enfant, le passage à l'âge adulte, les relations entre les époux et avec le clan, la gestion des richesses du ménage, les conditions du divorce et ses conséquences à l'égard des époux, des enfants, du clan, des richesses, de la terre, ainsi que les successions, sont depuis longtemps assez bien connues et appliquées. Les jugements sont nombreux. Ici d'aucuns pourraient estimer qu'il n'est pas trop tôt, que la coutume a une maturité suffisante et qu'elle pourrait être rapportée par écrit.

Ce n'est toutefois pas aussi évident. Avant d'être rédigées et donc figées, ces règles doivent être acceptées. Or, au moins pour certaines d'entre elles, elles le sont moins aujourd'hui qu'auparavant. Ainsi des relations de famille qui placent la femme kanak dans une position de subordination à l'égard de son mari. L'emprise du clan également semble parfois moins bien acceptée. Le mariage coutumier étant organisé par le clan, les époux n'en sont pas maîtres, sa dissolution doit également être décidée par le clan. Ces questions ont, ces dernières années, suscité le plus de renonciation au statut civil coutumier, de femmes plus que d'hommes, marquant, peut-être, le souhait d'une évolution.

D'un autre côté, pour tout ce qui n'est pas de l'ordre des relations familiales, pour tout ce que le droit étatique qualifie de droit civil économique, comme les contrats, les délits, les biens, il n'est pas certain que la coutume soit assez avancée pour être rédigée. Malgré l'évidence de l'Accord de Nouméa et de la loi organique, ce n'est que depuis 2005 qu'il est acquis, à défaut d'être encore bien accepté, que la coutume kanak régit « l'ensemble du droit civil » (252), et non pas seulement le droit familial. La coutume est-elle apte à relever ce défi ? Certainement, mais toujours est-il que sur ces questions la coutume judiciaire est encore rare sinon inexistante, comme les écrits.

Il est possible d'objecter qu'en tout état de cause l'évolution des idées ne peut jamais se voir assigner un terme (253) et que ce serait là

(252) Cass., avis, 16 déc. 2005, n° 0050011 P : Bull. inf. C. cass. 1^{er} avr. 2006, n° 637 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FREZET et p. 42, note L. SERMET.

(253) A. FERRER-CORREIA, *Les problèmes de codification en droit international privé*, RCADI 1975-II, t. 145, p. 58 et s., spéc. p. 111.

le moyen de modifier ou de créer la coutume. Certes, mais l'obstacle alors change de forme, il sera bien temps d'y revenir.

B. L'auteur de la codification

Un autre obstacle réside dans la détermination de l'auteur et, par extension, de l'unité territoriale de la codification. La coutume est un phénomène populaire, elle se crée parce qu'un ensemble de personnes, presque inconsciemment, soumet son comportement à des règles qui forment, par habitude, une coutume. La coutume est également diverse selon les aires coutumières et peut-être encore selon les endroits coutumiers, c'est-à-dire ces endroits de la terre, pour reprendre les termes du préambule de l'Accord de Nouméa, avec lesquels chaque Kanak, chaque clan, se définit « par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière » et dont le lien fonde l'identité kanak et, partant, son expression quotidienne.

Qui aura alors la légitimité de rédiger un tel corpus ? On se souvient que les coutumes des provinces de l'ancien royaume de France, qui par définition provenaient de tous, ont été rédigées par des commissions composées du clergé, de la noblesse et des bourgeois, de juristes appartenant le plus souvent au monde judiciaire, qui ne connaissaient de la coutume que celle qui leur parvenait par contentieux, et que l'accord sur le texte définitif revenait à des conseils du Roi. À l'inverse, le tiers État, qui constituait la masse, fut sous-représenté, si bien que nombre d'usages ruraux ne furent pas pris en compte (254).

En ce sens, seuls sont légitimes à dire la coutume kanak, « à dire la Parole, ceux qui « sont de cet endroit », ceux qui ont la « connaissance coutumière », et sa « reconnaissance » : ceux qui ont la légitimité parce qu'ils sont habilités à parler dans la Case » (255).

Il y a quelques années, G. Agniel écrivit que la consultation de ces sachants coutumiers, nécessaire à la connaissance des règles coutumières, se heurtait « à la difficulté de déterminer avec suffisamment de précision la structure des organes coutumiers réels. » (256). Il est difficile

(254) J. BART, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, éd. Montchrestien, 1998, p. 120 s. ; N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, éd. Puf, 1998, n° 273.

(255) P. FREZET, *Justice française en Nouvelle-Calédonie : la fin du rêve tropical*, Dr. & Cult. 2006/1, p. 229, spéc. p. 231.

(256) G. AGNIEL, *Les adaptations juridiques des particularismes sociologiques locaux, in Coutume autochtone et évolution du droit dans le pacifique sud*, sous la dir. de P. de DECKKER, éd. L'Harmattan, 1995, p. 52 et s., spéc. p. 65.

en effet de définir les autorités coutumières légitimes à porter la parole et donc, plus encore, à la rapporter par écrit.

Car la notion même d'autorités coutumières est contestée : certaines, parce qu'elles ont été créées, délimitées et organisées au temps de la colonie, ne sont pas légitimes pour certains coutumiers et Kanak. Elles se distinguent également des institutions coutumières que sont les conseils coutumiers et le sénat coutumier, lesquelles souffrent parfois de leur origine légale, non coutumière.

La rédaction des coutumes supposera donc de définir quelles autorités et/ou institutions coutumières auront compétence et surtout légitimité à le faire. Par extension, c'est l'unité territoriale coutumière de référence qu'il faudra définir : tribu, district, aire, territoire ?

A priori, ces autorités et unités seront celles vers lesquelles se dirigent les assesseurs coutumiers, lorsqu'ils vont recueillir la coutume applicable au litige dont est saisie la juridiction étatique. Ici encore l'évidence est trompeuse. Car entre la solution d'un litige personnel, qui oppose un clan à un autre, une tribu à une autre, et la rédaction d'une règle générale, qui dépasse ces entités, on comprendra aisément que l'enjeu n'est pas le même comme devra donc l'être le rédacteur coutumier.

Sur ce point, les conseils coutumiers auront certainement un rôle important à jouer, au moins de coordination. La loi organique de 1999 leur donne déjà compétence pour interpréter des règles coutumières (257), ainsi que les actes coutumiers lors de recours en interprétation (258). Le Conseil coutumier, au sein de chacune des aires, pourrait donc avoir, au moins, un rôle de coordination dans la rédaction des coutumes de son aire. Quant aux autorités coutumières légitimes, il pourrait s'agir de celles qui, notamment, sont habilitées à diriger un palabre coutumier au sens de la loi du pays de 2007, et dont chaque conseil coutumier tient un registre (art. 2 al. 2).

Au préalable à toute rédaction il faudra donc définir l'unité territoriale coutumière de référence, ce qui ne manquera pas d'entraîner la disparation de certaines coutumes. Ainsi pour les rédactions des coutumes médiévales et « alors que chaque châteltenie avait sa coutume, l'unité coutumière prise en compte pour la rédaction fut le baillage ou la sénéchaussée, circonscriptions administratives plus vastes. Beaucoup

(257) Art. 150, I. al. 2 : « Le conseil coutumier peut être consulté par toute autorité administrative ou juridictionnelle sur l'interprétation des règles coutumières ».

(258) Art. 150 II de la loi organique et art. 21 al. 1^{er} de la loi du pays de 2007 sur les actes coutumiers.

d'usages locaux disparurent ainsi au profit de règles pratiquées dans les capitales administratives ou judiciaires » (259). Outre la disparition de certaines coutumes d'endroits non retenus comme unité coutumière, il y aurait alors non pas un code, mais plusieurs codes de la coutume, un pour chacune des unités coutumières retenues. Pourquoi pas, mais ce serait ajouter encore au grand capharnaüm du droit applicable – ou non – en Nouvelle-Calédonie.

C. La réalisation des buts de la codification

Pourquoi codifier ? La codification du droit répond à plusieurs objectifs, parfois opposés (260). Le premier est d'établir un ordre ou un État nouveau, faire table rase du passé, au moins formellement, et poser le socle d'une nouvelle Nation, d'un nouveau régime politique. Ce n'est pas de cela dont il s'agit dans l'hypothèse de la codification de la coutume kanak. L'identité kanak est constitutionnellement reconnue, et codifier la coutume n'y changerait rien. Il en irait bien sûr différemment dans une optique d'indépendance.

Si elle n'a pas pour but d'établir un ordre nouveau, la codification répond alors à un objectif de rationalisation, de consolidation ou de clarification de l'acquis. Il s'agirait, ici, « de rassembler dans une compilation cohérente des solutions jusqu'à lors dispersées ou qui paraissent manquer de fermeté, dans le but aussi bien d'en faciliter la connaissance que d'en asseoir l'autorité » (261). La codification concourt à la simplification des règles, à leur certitude, elle en facilite la connaissance, les rend accessibles.

De ce point de vue, la codification de la coutume kanak paraît utile. Il lui est en effet reproché son obscurité et elle est souvent présentée comme jalouse de son contenu. Ainsi la juridiction en formation coutumière doit l'appliquer, mais bien souvent le juge autant que les parties et leurs représentants l'ignorent. Pour y remédier et garantir la contradiction, la juridiction « a mis en œuvre une pratique purement prétorienne qui consiste à rendre un premier arrêt préparatoire qui a pour objet d'écrire et de faire connaître aux parties la règle coutumière qui

(259) N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, op. cit., n° 273.

(260) Sur l'ensemble de la question, v. R. CABRILLAC, *Les codifications*, éd. Puf, 2002, spéc. p. 136 et s.

(261) V. HEUZÉ, *Recodifier le droit international privé ?*, in *Code civil, Livre du bicentenaire*, éd. Litec, 2044, p. 403.

sera appliquée dans le cas d'espèce et à rouvrir des débats » (262). Il s'ensuit un allongement du procès qui pourrait être évité par la rédaction des coutumes.

La codification permet de moderniser le droit, de l'adapter car, à moins d'être purement à droit constant, elle autorise souvent une modification des règles (263). Or il est souvent lu et entendu que la coutume est inadaptée à l'évolution du monde économique, qu'elle est lacunaire, qu'elle est un frein à la mise en valeur des terres coutumières. Ces reproches, à les supposer fondés, constituent un danger pour la coutume parce que ses sujets, n'y trouvant pas la sécurité juridique qu'ils sont en droit d'attendre d'elle, risquent à terme de s'en détourner et de s'en remettre au droit commun. Or une coutume qui n'est plus respectée, qui n'est plus vécue, est une coutume en désuétude. Et la désuétude abroge la coutume, alors qu'elle n'abroge pas la règle écrite.

De ce point de vue, tout postule à la codification de la coutume kanak.

Encore une fois, ce n'est pas évident. S'il n'est pas possible de sérieusement contester que toute codification est utile, elle n'est en revanche pas indubitablement indispensable. L'argument des lacunes, par exemple, est un faux argument.

D'une part, rien ne dit que la coutume kanak est lacunaire. Ceux qui stigmatisent les lacunes de la coutume et son incapacité à appréhender l'ensemble des situations de fait et des questions de droit, raisonnent par découpage, en distinguant selon les droits et les matières, à la manière du droit étatique. La coutume serait lacunaire parce qu'elle n'apporte pas une réponse à chaque problème envisagé par chacun des articles du Code civil ! En réalité, la coutume est un tout cohérent et complet (264) ; elle est par nature évolutive, elle peut donc être dirigée vers, et intégrer des questions nouvelles.

D'autre part, les lacunes permettent une certaine souplesse du droit. Une codification réussie n'est pas une codification complète, qui ne

(262) G. FEY, *Les réponses de l'institution judiciaire à la pluriculturalité de la Nouvelle-Calédonie : la participation des citoyens à la justice par l'échevinage*, in *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, ss. la dir. de P. de DECKKER et J.-Y. FABERON, éd. Bruylant, 2003, p. 429 s., spéc. p. 438. Adde R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, op. cit., p. 273.

(263) V. not., sur le rôle de la codification pour la reconstruction d'un nouvel état de droit, B. CORNUT-NAN, *La construction du droit international privé cambodgien (Conflits de lois)*, thèse dact., Lyon 3, 2007.

(264) R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, op. cit., pp. 268-269.

laisse rien au hasard. Une telle œuvre n'est d'ailleurs pas possible. Le serait-elle qu'elle se révélerait rapidement obsolète, incapable de s'adapter. Portalis l'avait compris. Pour lui la loi écrite devait être féconde en principes et en conséquences, ne pas cultiver le détail mais prévoir les directives et orientations de nature à combler les lacunes, le plus souvent volontaires, « et d'assurer ainsi son ajustement permanent et véritablement organique à ces “mille questions nouvelles” » qu'il évoquait (265).

Reste les arguments d'accessibilité, de clarification. Ils sont incontestables, mais ils peuvent être relativisés et, on l'a vu, l'oralité de la coutume n'empêche pas sa manifestation écrite et certaine.

La coutume kanak n'est donc pas codifiée, ni même rédigée, bien qu'il en existe des manifestations écrites à la base d'un droit coutumier. Elle gagnerait à être codifiée, à tout le moins rédigée. Les arguments sont forts mais peuvent être relativisés. Les obstacles existent. Néanmoins, ces obstacles, purement conjoncturels ou structurels, peuvent ou pourront être dépassés. À ce stade, la dispute n'est donc pas close.

Néanmoins, il semble que toute codification ou rédaction doive être rejetée.

III. – Le rejet de la codification de la coutume kanak

L'obstacle fondamental à la codification de la coutume kanak tient à la nature de la règle à codifier. Il est épistémologique : il tient à la façon dont la coutume kanak est pensée. Ceux qui pensent la coutume kanak sont aussi bien les sujets de cette coutume et les coutumiers, que les juristes formés au droit étatique, extérieurs à son emprise comme souvent à sa connaissance profonde. Si chacun pense la coutume différemment, il y a une façon de penser la coutume qui est commune, partagée, qui dépasse les clivages de la pensée juridique, et qui s'oppose à la codification. La codification est contre nature et crépusculaire.

A. Une codification contre nature

La rédaction des coutumes est contre nature, parce qu'elle se heurte à un paradoxe fondamental, et parce que l'écriture permet une réécriture.

(265) H. MUIR-WATT, *La codification en droit international privé*, Droits, n° 27, 1998, p. 149 s., spéc. p. 157.

1. Le paradoxe de la codification de la coutume

Le paradoxe de la codification de la coutume kanak n'est pas idéologique, conjoncturel ou technique. Il est d'ordre logique, ce qui le rend supérieur. Les rapports qu'entretient la coutume kanak avec le fait et le temps, en témoignent.

Coutume et fait – La coutume, par définition, est liée au fait. À partir d'un fait précis il est donné une réponse coutumière. En ce sens, une rédaction précise, détaillée voire pointilleuse semblerait plus conforme à l'esprit de la coutume. Alors que la rédaction de principes communs de la coutume, dégagés des faits qui l'ont inspirée, serait incompatible avec elle.

Pourtant une rédaction détaillée, qui serait respectueuse de la nature même de l'objet de la rédaction, outre qu'elle se muerait rapidement en une traque titanesque des subtilités que la coutume peut recouvrir, serait peu conforme à l'esprit de la codification et à la mission du juge.

C'est pourquoi à l'inverse, pour être efficace, la règle écrite doit s'abstenir de cultiver les détails. Elle s'en tient aux « principes féconds », par des règles générales, abstraites et impersonnelles, dégagées des pesanteurs des faits et des détails qui figeraient la règle et enfermeraient son interprète. L'interprète peut alors, au besoin, adapter la règle écrite à l'évolution de la société.

Un parallèle est possible avec l'échec de la codification du droit anglais. René David nota que « l'esprit anglais est mal préparé à admettre la codification ». Il n'aime pas établir les « principes féconds » en conséquence, et préfère « descendre dans le détail des questions qui pourraient naître sur chaque matière » (266). Comme la Common Law anglaise, la coutume kanak apparaît « comme un ensemble de recettes destinées à résoudre les litiges, des recettes que l'on peut écrire sur des feuilles volantes et ranger dans un tiroir ou un classeur » (267).

En ce sens, et quelle que soit la méthode, cette démarche de rédaction « reste profondément dépourvue de sens dès lors qu'il s'agit de détacher ces solutions des faits qui leur ont donné naissance » (268).

(266) *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, avec H.-C. GUTTERIDGE et D.-A. WORTLEY, 1948, p. 72, cité par D. TALLON, *La codification dans le système de Common Law*, Droits, n° 27, 1998, p. 43.

(267) D. TALLON, *op. cit.*, p. 43.

(268) H. MUIR-WATT, *La codification en droit international privé*, Droits, n° 27, 1998, p. 149 et s., spéc. p. 154.

Coutume et temps – La coutume, en ce qu'elle traduit un phénomène populaire, n'existe que si elle reflète la réalité vécue par ses sujets. Le juge doit « pour appliquer la norme, la comprendre en la replaçant dans son contexte à la fois culturel et juridique et, parfois aussi, historique » (269). On conviendra facilement que les pratiques ont pu évoluer depuis les études du Père Lambert, du Pasteur Leenhardt, d'É. RAU, et même plus récemment d'A. Bensa. Il ne servirait à rien d'appliquer aujourd'hui une coutume « qui serait tenue pour ineffective ou contestée par le justiciable contemporain » (270). La règle coutumière doit donc constamment être appréciée, pour son application, à l'aune de son environnement social immédiat et actuel. Elle ne peut s'en abstraire.

Or, la règle coutumière écrite sera temporellement figée. Elle correspondra – par une hypothèse *a priori* évidente mais qu'il faudra nuancer – à l'état de la coutume traditionnelle à l'instant de sa rédaction. Dès lors, à mesure que le temps s'écoulera la règle coutumière écrite s'éloignera de la coutume orale qui l'a inspirée, provoquant le déclin de l'une d'elles. Il sera temps d'y revenir.

Clause de réserve d'effectivité coutumière – En ce sens, vouloir exprimer par des règles abstraites, générales et figées la détermination du champ d'application spatial, temporel, personnel et matériel de la coutume revient à trahir nécessairement ce qui est à sa source, puisque la rédaction conduit à déconnecter la règle coutumière du fait coutumier dont pourtant elle s'extrait.

Pour remédier au risque de rigidité et de déconnexion de la règle coutumière écrite par rapport à la coutume telle qu'elle est vécue, la coutume écrite pourrait prévoir un renvoi à la coutume vivante, par une « clause de réserve d'effectivité coutumière ». La coutume écrite ne s'appliquerait que si elle correspond toujours à la coutume vivante, à défaut cette dernière primerait. La rigidité des solutions prédéterminées, leur inadaptation aux circonstances de l'espèce et leur décalage à l'aune de la coutume vivante pourraient ainsi être assouplis. Ce type de clause d'exception existe dans certaines codifications du droit international privé, matière réputée allergique à la codification, justement pour remédier à la rigidité des règles de conflits de lois et permettre la

(269) R. LAFARGUE, *in* G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, op. cit.*, p. 237.

(270) *Ibid.*

désignation d'une loi autre que celle désignée par la règle, mais ayant les liens les plus étroits avec la situation particulière soumise au juge.

Cependant, en prévoyant ce type de clause, c'est le code qui est dénaturé et la sécurité juridique qu'il promet qui est défiée. Or, quelle que soit la forme adoptée – rédaction des seuls principes communs et généraux ou rédaction de règles spéciales – cette part de liberté laissée au juge sera inévitable en raison de l'objet même de la codification.

2. La coutume écrite pour être réécrite

La rédaction des coutumes s'opèrent généralement en deux temps.

Le temps de la mise au jour – Le plus souvent, la rédaction des coutumes part d'une intention louable, au moins officiellement à défaut de l'être toujours officieusement. La coutume est obscure, elle n'est pas connue de ses sujets, et donc est vouée à l'oubli. Or, on l'a dit, la désuétude abroge la coutume. En ce sens, les tenants de la rédaction des coutumes expriment le désir qu'elle ne dépérisse pas ; le désir, en somme, que cette fille du temps n'en subisse pas les atteintes (271). Les usages sont rédigés « pour les rendre pérennes, pour leur donner un support en tout cas plus solide (moins « labile ») que la mémoire des hommes » (272), qui est aussi chancelante que leur vie est courte. L'écrit demeure alors que la parole se perd. Et la désuétude n'abroge pas l'écrit.

Ainsi l'ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454, prise par le roi Charles VII et ordonnant la rédaction des coutumes provinciales, en donna pour motif officiel l'intérêt des justiciables face à la variété des coutumes et les difficultés de leur preuve. L'entreprise est louable, en cela seule elle devrait être approuvée. Mais la coutume kanak a-t-elle vocation par nature à être portée à la connaissance de tous et ne plus rester derrière les chambranles de la Case de la chefferie ? Interrogé sur la création d'un droit coutumier commun, le grand chef Nidoish Naisseline expliqua que « La parole coutumière, c'est celle que la chefferie, le clan, la tribu s'adressent à eux-mêmes. Ce n'est pas une parole destinée à être communiquée à l'extérieur » (273).

(271) J.-M. CARBASSE, *Coutume, temps, interprétation*, Droits, n° 30, 2000, p. 15 et s., spéc. p. 26.

(272) *Ibid.*

(273) MWA VÉE (Revue culturelle kanak), *Statut coutumier, statut commun. L'heure du choix*, n° 41, 3^e trim. 2003, p. 27.

Vient alors le second temps, celui de la réécriture.

Le temps de la mise à jour – Ce désir de sauvegarder par l'écrit des coutumes anciennes et en voie de déshérence cache cependant, souvent, une « véritable manipulation ». La rédaction des coutumes médiévales le montre. Les « coutumes rédigées (...) contiennent assez souvent des dispositions nouvelles introduites dans le corpus local justement à la faveur de la procédure de rédaction, laquelle autorise en même temps (...) l'élimination de dispositions anciennes jusque-là attestées » (274). Ainsi en 1498 puis en 1506 fut ordonné expressément aux baillis, sénéchaux et représentants des états, de mettre par écrit les coutumes selon ce qu'ils leur sembleront devoir être corrigé, ajouté, diminué et interprété, de modifier ce qu'il y aurait de trop rigoureux ou déraisonnable (275).

L'histoire se répéta aux temps des colonies avec la rédaction des coutumes de pays d'Afrique, décidée et effectuée par les juges français sur place, « avec le concours des tribunaux indigènes », selon la directive du gouverneur Roume de 1905. La rédaction fut ethnocentriste et finalement peu coutumière. Ainsi le coutumier de l'Afrique Occidentale Française (AOF) de 1937 offre l'image de la table des matières d'un manuel français de droit civil (276). De même en Algérie où la codification des droits locaux autant que la limitation de la compétence du *cadi* furent des moyens pour renforcer l'emprise du droit français au détriment du droit local (277). Le droit mahorais connaît depuis quelques années le même sort, accentué par la départementalisation de Mayotte.

De fait, la mise au jour de la coutume laisse apparaître, outre la qualité de ses solutions, ses défauts, son archaïsme éventuel, ses contradictions, les usages mauvais qui étaient masqués par l'oralité (278). L'écrit permet en effet de prendre du recul sur la norme et, surtout, de la comparer. Or, il est souvent dit que certains aspects de la coutume kanak pourraient être adaptés, notamment en ce qui concerne la place et les droits des femmes kanak au sein de la famille et du groupe, les sanctions coutumières physiques. Nul doute que la règle coutumière rédigée ne sera pas la même si des femmes pouvaient participer à la transcription.

(274) J.-M. CARBASSE, *Coutume, temps, interprétation*, *op. cit.*, p. 27.

(275) J.-L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, *Droits*, n° 26, 1997, p. 71 et s., spéc. pp. 75-76.

(276) N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, *op. cit.*, n° 218.

(277) E. SAADA, *La loi, le droit et l'indigène*, *Droits*, n° 43, 2006, p. 165 s.

(278) V. not. R. CABRILLAC, *Les codifications*, *op. cit.*, p. 23.

Il est alors tentant de l'amender. Mais ce faisant la coutume est trahie, car le rédacteur se transforme en créateur, en législateur. La règle écrite n'est plus coutumière parce qu'elle est, dès l'instant de sa rédaction, déconnectée des pratiques, du fait, du temps, de l'espace, des mythes coutumiers.

Cette mise à jour de la coutume par sa rédaction traduit ainsi, en creux, une volonté de main mise du rédacteur sur une norme qui, avant cela, lui échappe (279). Les rédactions du Moyen-âge n'ont-elles pas été ordonnées par les rois ? Cette volonté traduisait une nouvelle conception de l'État vers plus d'unité, par une exaltation du pouvoir législatif du souverain (280). Voulant aller plus loin que Charles VII, Louis XI souhaita pour son royaume une seule coutume (281).

En Nouvelle-Calédonie, la codification de la coutume pourrait apparaître comme un moyen pour les autorités coutumières de s'approprier l'expression quotidienne de l'identité kanak. La coutume rédigée est un droit exproprié. Cette expropriation signe le crépuscule de la coutume.

B. Une codification crépusculaire

Loin de les préserver, la rédaction des coutumes signe leur crépuscule. Crépuscule parce que rédigée la coutume change de nature, elle ne relève plus de ceux qui la construisent – *i.e.* le peuple – mais du souverain. Crépuscule car en pratique, si elle est rédigée, elle peut être appliquée sans avoir recours aux autorités coutumières. De cachée, la coutume devient publique. D'aucuns s'en réjouiront. Mais pour assurer son effectivité, gage de l'intérêt de la codification, ce qui sera figé devra être respecté, marquant, à terme, la disparition des juridictions coutumières dans leur configuration actuelle, comme de la coutume en tant que phénomène reconnu par le droit.

1. Le crépuscule des juridictions coutumières

Pour assurer son effectivité, la coutume rédigée aura un caractère obligatoire, les autorités chargées de l'appliquer ne pourront y déroger sous peine de nier l'œuvre réalisée.

(279) J. BART, *Histoire du droit privé*, *op. cit.*, p. 121.

(280) J.-L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, *op. cit.*, p. 77.

(281) J.-L. GAZZANIGA, *Le code avant le code*, in *La codification* ss. la dir. de B. BEIGNIER, éd. Dalloz, 1996, p. 21 et s., spéc. p. 22.

Sous l'ancien droit, avant la rédaction des coutumes, celles-ci étaient prouvées par l'enquête par turbe, ou en « forme de tourbe », c'est-à-dire par appel à un groupe (*turba*), diligentée par le juge en cas d'incertitude sur le droit applicable. Le juge devait appeler des hommes sages, usagers et coutumiers, à qui la règle coutumière en cause était soumise. Ces hommes prêtaient serment, se retirent et délibèrent à part, chacun devant rapporter les conditions d'application de la coutume « entre qui, dans quel cas, en quel lieu, s'il y a eu jugement, et dans quelles circonstances ». L'avis de la turbe, s'il était unanime, liait le juge sur l'interprétation de la coutume. Sans être identique, le système rappelle celui des assesseurs coutumiers qui donnent à la juridiction étatique sa formation coutumière.

En donnant corps aux coutumes, la rédaction rendit inutile l'enquête par turbe. Elle en interdit même le recours, avant que l'enquête ne soit supprimée. Le juge dut désormais appliquer la coutume rédigée et non une autre coutume. Il était interdit, sous peine de sanction, à quiconque de rapporter preuve contraire ni même de proposer de le faire. L'article 125 *in fine* de l'ordonnance de Montils-lès-Tours prohiba que les avocats n'allèguent ni ne proposent d'autres coutumes, usages ou procédures que ceux qui seront écrits et décrétés, sous peine de sanction que les juges devaient prononcer. Nulle ne pouvait donc alléguer le contraire (282). Ce modèle se retrouva lors de la rédaction des usages locaux sur les poids et mesures en 1866 (283).

De fait, la force donnée à la règle nouvellement écrite est logique. Néanmoins, celle-ci peut admettre expressément qu'une coutume contraire, survenue postérieurement, puisse s'y substituer. C'est le cas de conventions en droit international public, compatibles avec l'évolution coutumière, ce dont il résulta, par exemple, que la convention sur le droit de la mer de 1958 fut désuète avant même son entrée en vigueur (284). On retrouve l'idée d'une clause de réserve d'effectivité coutumière. Néanmoins on voit que ces dérogations sont peu compatibles avec la finalité même de la rédaction.

(282) J.-L. GAZZANIGA, *Rédaction des coutumes et codification*, op. cit., p. 78. L'art. 125 *in fine* disposa que : « Et prohibons et défendons à tous les advocatz de nostre royaume qu'ils n'allèguent ni ne propose austres coutumes, usages ou stiles que ceux qui seront escripts, accordez et décrétez comme dict est ; et enjoignons auxditz juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils n'oyent et ne reçoivent aucunes personnes à alléguer proposer ne dire le contraire ».

(283) P. DEUMIER, *Le droit spontané*, op. cit., n° 390.

(284) *Ibid.*, n° 390 et 420.

L'enquête par turbe fut donc supprimée. Pas immédiatement, seulement par la grande ordonnance civile de Louis XIV (le code Louis de 1667). Mais devenue sans objet, la suppression de l'enquête était inéluctable.

Or, on l'a vu, les assesseurs coutumiers ont été institués par l'ordonnance du 15 octobre 1682 en raison du caractère très complexe des coutumes, de leur oralité, de leur accès difficile pour les magistrats.

Dès lors que les magistrats disposent d'un corpus de règles coutumières, les juges n'auront alors plus besoin des assesseurs coutumiers, de ces relais vers le monde kanak et ses prescrits, puisqu'ils trouveront dans un corpus les réponses. Qu'il y ait des lacunes, que le code coutumier ne prévoit que des principes généraux n'y changera pas fondamentalement, si ce n'est peut-être de ralentir ce crépuscule, tant le juge sait trouver dans quelques principes des solutions fines et adaptées à l'évolution.

À tout le moins, comme l'enquête par turbe, la suppression des assesseurs ne sera pas immédiate. Il faudra pendant un temps interpréter les nouveaux textes et pour cela faire appel aux autorités coutumières par l'intermédiaire des assesseurs coutumiers.

Plus loin, c'est la coutume kanak qui risque d'entamer son crépuscule.

2. La coutume kanak dépossédée de juridicité

La rédaction entrainera la création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume. La règle coutumière se fige dès qu'elle est rédigée, alors que la coutume, qui l'a inspirée, continue, elle, son évolution par les pratiques, les faits et le temps ; elle reste muable.

Le crépuscule de la coutume ne concerne que la coutume dotée de juridicité par la loi organique. On ne peut imaginer que la coutume, en tant que telle, disparaisse du monde kanak. Elle continuera très certainement à exister et à s'exprimer tant que les Kanak la feront vivre. Mais elle ne sera dorénavant plus prise en compte par le droit.

Le juge se retrouvera donc face à deux normes contradictoires, mais une seule s'appliquera. Or, la finalité même de la rédaction induit que la coutume traditionnelle orale doit s'écarter. Poursuivant son évolution, cette dernière devient ainsi, à terme, une coutume potentiellement *contra legem*. Et ce décalage ira croissant que la règle coutumière écrite sera interprétée par des juristes formés au droit écrit étatique, sans recours aux assesseurs coutumiers.

D'aucuns pourront objecter que la coutume judiciaire également ne traduit pas exactement la coutume traditionnelle, que le droit coutumier qui en est issu diffère que la coutume qui l'inspire.

Certes, mais le décalage est beaucoup moins important. L'élaboration du droit coutumier par la coutume judiciaire s'effectue selon un « processus de maturation des principes et des solutions dans lequel le dialogue » (285) entre les juges et le monde coutumier traditionnel, par l'intermédiaire des assesseurs coutumiers, joue un rôle qui lui est normalement refusé par la rédaction des normes. Le poids des assesseurs coutumiers dans le délibéré est assez réel pour « considérer le droit jurisprudentiel comme réellement tributaire de la coutume, à défaut d'en être le reflet parfait. Ceci est si vrai, que les assesseurs coutumiers refusent de siéger lorsque les solutions qui leur sont proposées leur paraissent contraires à la Coutume. » (286). De même la juridiction en la formation coutumière prend acte de l'avis des clans, de l'existence d'un palabre coutumier, et parfois sursoit à statuer dans cette attente, permettant un préalable coutumier, évoqué par l'ordonnance du 15 octobre 1982, s'il n'a pas déjà eu lieu.

Il y a, ici, un phénomène d'acculturation juridique réciproque, que ne permettrait pas la coutume rédigée. En ce sens, « la césure entre coutume judiciaire et Coutume n'est pas si évidente que cela » (287), alors qu'elle le sera si la coutume venait à être rédigée. À moins donc que l'évolution du droit coutumier intègre périodiquement celle de la coutume traditionnelle, ce que parvient à faire la coutume judiciaire, il se produira inéluctablement une séparation progressive entre le droit coutumier positif et la coutume réellement pratiquée.

À terme, il peut se produire deux phénomènes opposés.

La rédaction peut d'un côté tarir presque complètement cette source créatrice du droit. C'est ce qui se produit suite aux rédactions officielles des coutumes médiévales, source d'un droit commun coutumier, parce que tel était leur finalité (288).

(285) B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2^e éd. Dalloz Sirey, 1992, Avant-propos, p. XII, cité par D. BUREAU, *La codification du droit international privé*, in *La codification*, ss. la dir. de B. BEIGNIER, *op. cit.*, p. 119 et s., spéc. n° 44, p. 138.

(286) R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, *op. cit.*, p. 246.

(287) *Ibid.*, p. 248.

(288) J. BART, *op. cit.*, p. 122.

D'un autre côté, le temps avançant et le décalage allant croissant, il peut se traduire, à terme, un renversement de tendance. La coutume vivante peut se réappropriier le terrain juridique qu'elle a jadis perdu par sa rédaction non entrée dans les esprits parce que mal intégrée. Ce phénomène de droit écrit « avalé par le droit coutumier » existe dans des États africains, où les personnes réinvestissent les juridictions coutumières, délaissant les juridictions dites modernes aux normes inadaptées parce que calquées sur celles du droit occidental (289), marquant l'émergence d'un droit caché au côté du droit officiel.

C'est un autre paradoxe de la rédaction de coutumes autochtones qui expriment, à l'instar de la coutume kanak, une identité fortement ancrée dans l'esprit des personnes et du groupe.

En conclusion et à la suite de N. Rouland, il n'est pas certain « qu'une rédaction officielle des coutumes ou leur codification serait une initiative souhaitable. Elle aboutirait à figer ce droit coutumier et à le dénaturer (...), comme le montre sans équivoque l'histoire du droit français : à la fin du Moyen Âge, le roi ordonna la rédaction officielle des coutumes... ce qui les transforma progressivement en droit étatique, dont les mécanismes d'évolution n'avaient plus rien de coutumier » (290).

D'autant que la rédaction de la coutume kanak n'apparaît pas indispensable à son intégration dans l'élaboration de la norme environnementale, comme d'ailleurs d'aucune norme. Utile certes, mais ni nécessaire, ni indispensable. Pour qu'elle soit intégrée, il suffit que la norme prévoie en son sein un renvoi à la coutume, par la « technique de la délégation ». Le droit français connaît ce renvoi légal aux usages « locaux », de la « région », « des lieux », « du pays » (291).

Cette méthode n'est d'ailleurs pas inconnue de la loi organique du 19 mars 1999 (292), ni du Code de l'environnement de la province sud (293), qui prescrivent, parfois, de solliciter l'avis des institutions et

(289) É. BOSHAB, *Pouvoir et droit coutumiers à l'épreuve du temps*, éd. Bruylant, 2007, n° 236 s. Adde R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, op. cit., p. 221.

(290) N. ROULAND, *Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités*, RTD civ. 1994, p. 287 s., spéc.

(291) P. DEUMIER, *Le droit spontané*, op. cit., n° 400 et s.

(292) L'art. 46 prescrit aux provinces, lorsqu'elles réglementent et exercent les droits sur les ressources naturelles des eaux intérieures et des eaux surjacentes de la mer territoriale, de prendre « après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers ».

(293) Par ex., art. 313-2 pour l'exploitation des ressources biologiques sur des terres coutumières : « Dans l'hypothèse où la ressource se situe sur des terres coutumières, le contrat accessoire doit être accompagné d'un acte coutumier attestant de l'accord des populations concernées. ». Art. 323-1 pour l'exploitation des bois et forêts des terres coutumières, qui nécessite l'accord du conseil coutumier concerné.

autorités coutumières pour la réglementation et l'usage de droits sur les ressources naturelles. Mais il ne s'agit que d'avis et rares sont les cas où le consentement des coutumiers est exigé.

Cette délégation de la norme vers la coutume marque une intégration, non pas directe, ce qu'aurait entraîné une rédaction de la « coutume environnementale », mais une intégration indirecte, qui respecte la nature profonde de la coutume (294). Par cette intégration indirecte la coutume ne sera ni figée, ni déformée, ni trahie, ni vouée à disparaître. Bien au contraire.

Dans la mesure où la délégation se fait en aveugle, le législateur ne connaissant pas forcément par avance le contenu de la coutume, celle-ci garde sa spécificité dans son existence comme pour son évolution par rapport à la norme délégante (295). Dans le même temps, la délégation, inscrite dans la norme, donne sa juridicité à la coutume dans un domaine qui ne le lui est pas forcément reconnu aujourd'hui. Le rôle du législateur étant alors, en coordination avec les coutumiers, de déterminer le domaine, les points de cette délégation. Pour que cette délégation fonctionne, il faut également que la coutume définisse son contenu, qu'elle s'adapte aux besoins que la norme a définis ou ressentis.

La coutume peut donc exister par ce qu'elle est actuellement et les actes coutumiers peuvent donner aux solutions coutumières une certitude suffisante, qui, par recoupement comme avec la jurisprudence, peut suffire à sa connaissance et à son intelligibilité. Il serait utile que les motifs de la décision soient transcrits dans l'acte coutumier, que le rôle respectif des autorités et institutions coutumières soit plus clairement défini, et, surtout, que la coutume relève le défi de son statut de norme de référence, qu'elle a obtenu pour le droit civil, et qu'elle revendique en droit de l'environnement.

(294) P. DEUMIER, *op. cit.*, n° 403.

(295) *Ibid.*, n° 403.