



HAL
open science

Du "métrorcentrisme" du droit pénal, à propos de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie

Sabrina Lavric

► **To cite this version:**

Sabrina Lavric. Du "métrorcentrisme" du droit pénal, à propos de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie. Bruno Py; Jean-François Seuvic; Matthieu Martinelle. Le droit pénal des affaires, du singulier au pluriel, EDUL, pp.617-632, 2023, Collection Prestige, Série Mélanges, 978-2-38451-052-8. hal-04313178v1

HAL Id: hal-04313178

<https://hal.science/hal-04313178v1>

Submitted on 25 Mar 2024 (v1), last revised 23 Apr 2024 (v2)

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.

**Le droit pénal des affaires,
du singulier au pluriel**

Le droit pénal des affaires, du singulier au pluriel

Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Stasiak

sous la direction de
Bruno Py
Jean-François Seuvic
et Mathieu Martinelle



2023

Éléments de catalogage :

Le Droit pénal des affaires, du singulier au pluriel. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Stasiak /
sous la direction de Bruno Py, Jean-François Seuvic et Mathieu Martinelle – Nancy : Éditions de
l'Université de Lorraine, 2023 .- 1 vol. (734 p.) ; 24 cm .- (Prestige) (Mélanges).

ISBN (br.) 978-2-38451-052-8

ISBN (PDF) 978-2-38451-053-5

ISBN (ePub) 978-2-38451-054-2

Ouvrage publié avec le concours de l'Institut François Géný (Université de Lorraine)

Photographie de couverture : Maëlle Meziani

Mise en pages : Atelier Congard

Suivi éditorial : Pierre Peraldi-Mittelette

Droits de reproduction réservés pour tous pays.

Éditions de l'Université de Lorraine, 2023

42-44 avenue de la Libération – BP 50858

54011 Nancy cedex

France

Site web : editions.univ-lorraine.fr

Courriel : editions-contact@univ-lorraine.fr

Sommaire

Publications de Frédéric Stasiak 13

Préface. Les mots, les étoiles et le temps : du singulier au pluriel 21
Bruno PY , Jean-François SEUVIC et Mathieu MARTINELLE

I. La délinquance d'affaires

A. Approches globales et extensions du champ du droit pénal des affaires

Retour sur l'économie du droit pénal..... 29
Bruno DEFFAINS

L'influence française sur le droit pénal des affaires luxembourgeois 43
Florent KIRMANN

Le droit pénal des affaires face à la santé..... 61
Chloé LIÉVAUX

La privatisation du droit pénal des affaires 75
Mathieu MARTINELLE et Pierre ESCHBACH

Repenser Frédéric Stasiak à l'aune du droit pénal de l'environnement
contemporain..... 93
Patrick MISTRETTA

B. Incriminations ou situations spécifiques

Qui parle trop ou mal abuse..... 107
Amélie BELLEZZA

Du pouvoir de l'agent public en matière de manquements au devoir
de probité : entre singularité et pluralité..... 125
Jean-Marie BRIGANT

La répression des médicaments falsifiés : quand le droit pénal
des affaires participe à la protection de la santé publique 141
Julie LEONHARD

De la fongibilité des objets des infractions contre les biens
Pour une (re)lecture des incriminations du Livre 3 du Code pénal 157
Romain OLLARD

De la nécessité de (re)faire du délit de prise illégale d'intérêts
(art. 432-12 C. pén.) un véritable délit de partialité 175
Marc SEGONDS

Réflexions sur le nouveau droit applicable aux lanceurs d'alerte :
quand transposition devrait rimer avec précaution..... 185
Marie-Christine SORDINO

C. *Varia* criminologiques

Quelques observations criminologiques sur la fraude fiscale..... 203
Philippe BONFILS

Inégalités de genre dans la délinquance d'affaires 211
Catherine MÉNABÉ

II. La responsabilité pénale personnelle et la responsabilité pénale des personnes morales

La personne morale en droit pénal des affaires..... 225
Julie GALLOIS

L'imputabilité de la faute pénale aux personnes morales,
pluralité de réponses à une question singulière. De quelques propositions
d'évolution du droit français à la lumière du droit canadien 239
Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER

De l'articulation des responsabilités pénales de la personne morale
et de ses dirigeants : à qui la faute ? 255
Xavier PIN

La responsabilité fonctionnelle du chef d'entreprise appréciée à l'aune
de la responsabilité fonctionnelle du directeur de publication :
unité ou dualité ? 275
Evan RASCHEL

Du raisonnement économique en droit pénal des affaires :
l'exemple de la responsabilité pénale des personnes morales..... 289
Laurent SAENKO

Retour sur la responsabilité pénale d'une société absorbante pour une infraction
commise par une société absorbée (à la lecture du professeur Stasiak) 299
Jean-Christophe SAINT-PAU

Conformité et responsabilité pénale des entreprises
Une « architecture globalisée » d'un droit pénal en recomposition 307
Julien WALTHER

III. Les sanctions et la répression

La responsabilité pénale « pécuniaire »
Quand Mammon se fait trop présent en droit pénal..... 327
Guillaume BEAUSSONIE

Les sanctions provisoires (paradigme et jalons en droit pénal des affaires)... 345
Nicolas CATELAN

Infraction de conséquence et autonomie de la peine. L'exemple du recel .. 367
Audrey DARSONVILLE

L'affaire du Mediator est une faute lucrative 383
Nathalie FOURNIER DE CROUY

Négocier et punir. Les nouveaux outils de la répression des infractions d'affaires.. 425
Jean-Baptiste PERRIER

IV. De quelques aspects procéduraux

A. Pour des infractions d'affaires

La répression des délits commis à l'étranger de corruption d'agent public
étranger ou international. À propos du nouvel article 113-14 du Code pénal... 447
Delphine BRACH-THIEL

La prescription du blanchiment ou comment freiner la course du temps ?.. 459
Jocelyne LEBLOIS-HAPPE

Le parquet européen : des intérêts financiers à l'environnement 465
Céline MÉNA

Connecter les juridictions compétentes en matière de délinquance économique et financière et en matière de criminalité et de délinquance organisées 479
Raphaële PARIZOT

B. Autres

« Les patrouilles de police » 491
Coralie AMBROISE-CASTÉROT

De la saisie pénale des immeubles vis-à-vis des tiers..... 501
Caroline HOUIN-BRESSAND

V. Varia

A. Histoire

De Nancy à Sigmaringen : le combat d'Henri Lalouel (1888-1966)
en faveur d'une *Europe Nouvelle* 519
Antoine ASTAING, Nicolas CHOLEY et Julien FLORÉMONT

Vie et mort : la justice militaire sous la Révolution française 591
Sébastien EVRARD

Les recours en garantie de paiement du porteur d'une lettre
de change aux XVII^e et XVIII^e siècle 605
Marta PEGUERA POCH

B. Pénal

Du « métrocentrisme » du droit pénal, à propos de la compétence pénale
en Nouvelle-Calédonie..... 621
Sabrina LAVRIC

Chicken's crime (les gallinacés en droit pénal)..... 637
Véronique TELLIER-CAYROL

Grandes affaires sur petit écran : à propos de *L'affaire Dreyfus*
et de *L'affaire Salengro*, de Yves Boisset 653
Jean-Baptiste THIERRY

C. Autres

Frédéric au pays des travaillistes. De l'autorité de la chose jugée
au pénal sur le social 663
Patrice ADAM

L'incidence sur le cautionnement de la modification du temps
de l'obligation principale..... 675
Séverine CABRILLAC

La souveraineté à l'épreuve du déploiement des réseaux 5G
Retour sur la loi n° 2019-810 du 1^{er} août 2019 visant à préserver les intérêts
de la défense et de la sécurité nationale de la France dans le cadre
de l'exploitation des réseaux radioélectriques mobiles 687
Olivier CACHARD

La fraternité 701
Édouard VERNY

VI. Témoignages d'amitié et d'expériences partagées avec Frédéric Stasiak

Atypique... Frédéric Stasiak était atypique 717
Annette GANZER

Non aux plans « plan-plan » !..... 719
Xavier HENRY

La force d'une méthode : sonder le général par le particulier 723
Kévin MAGNIER-MERRAN

Sous la direction de Monsieur le Professeur Frédéric Stasiak..... 727
Guillaume ROYER

Fred, mon Ami, mon Pote, mon Copain, mon Poteau... 731
Yves SCHERER

Du « métrocentrisme »¹ du droit pénal², à propos de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie

Sabrina LAVRIC

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université de la Nouvelle-Calédonie, Laboratoire de recherches juridique et économique ; Université de Lorraine, Institut François Génys

« Ses frères sont là comme des migrants dans leur propre pays, à chercher une terre d’asile sur leurs propres terres. C’est vertigineux [...] Et ce n’est plus, depuis longtemps déjà, de colonisation qu’il s’agit. La colonisation n’est plus le problème. Ses dégâts sont irréversibles et le monde n’est plus binaire. [...] L’Histoire n’a pas laissé le temps aux populations envahies de construire un système spécifique issu de la pensée ancestrale pure. Il n’aurait peut-être pas été meilleur, mais il aurait été compris de tous. Alors, puisqu’il n’existe pas, il est aisé de l’imaginer juste. Maema fait partie de ceux qui le croient. Même si elle sait toute la vacuité de cette pensée. [...] Elle en veut à l’État tutelle. [...] A cette gestion romaine du pays. Tout est centralisé ailleurs, loin, dans un univers à des années-lumière de la réalité locale [...] »³. Patrice Guirao, *Rivage obscur*, Robert Laffont, p. 82

En Nouvelle-Calédonie, une petite musique⁴ se fait entendre dès qu’il est question, dans le cadre de colloques scientifiques ou même de conférences « grand public », de droit pénal. Son refrain, souvent porté par la voix

-
1. Qu’on nous pardonne ce néologisme, substituant le « métro » (du surnom donné en Nouvelle-Calédonie aux personnes venant de métropole) à l’« anthropo », inspiré de notre modeste expérience calédonienne...
 2. Il s’agira d’évoquer le droit pénal en général, mais ces brèves réflexions sont inspirées d’échanges relatifs à la lutte contre les atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie ; v. *La lutte contre les atteintes au devoir de probité*, dir. S. Lavric, Actes de la journée d’étude organisée le 20 mai 2022 à Nouméa, à paraître aux PUNC.
 3. Et qu’on nous pardonne aussi cette référence qui n’emprunte pas aux classiques de la littérature mais au polar « noir azur » de Patrice Guirao, qui dépeint une Polynésie bien loin des clichés habituels et qui nous paraît ressembler, par certains traits, à la Calédonie.
 4. Ce n’est pas une musique des Beatles mais une musique aux consonances mélanésiennes que nous avons choisie pour rendre hommage au Professeur Frédéric Stasiak, qui fut notre professeur puis notre collègue à l’Université de Lorraine. C’est aussi une manière de partager avec lui cette aventure universitaire extraordinaire outre-mer, qu’il nous a encouragé à vivre.

des « coutumiers »⁵, consiste à questionner la légitimité de l'application de la loi pénale « française » en « pays » calédonien. La réponse qui leur est apportée, généralement par des autorités incarnant l'État, est invariable, réaffirmant l'appartenance de la Nouvelle-Calédonie au territoire de la République française et la portée générale de sa loi pénale.

La question est éminemment politique. Évidemment, il ne nous appartient pas de la trancher sous cet angle. Pour le juriste, elle conduit à s'interroger sur au moins deux des aspects qu'elle sous-tend : la réalité de la compétence étatique, d'abord, ce qui revient à définir l'exercice de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie (I), et l'efficacité de cette compétence ainsi définie, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence (la légitimité ?) de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie (II).

I. L'exercice de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie

Le « métrocentrisme » du droit pénal est-il une réalité ? Le droit pénal en Nouvelle-Calédonie se résume-t-il à un « droit pénal du lointain »⁶ ? Pour y répondre précisément⁷, il est nécessaire de rappeler le cadre constitutionnel (A) et la répartition des compétences qui en découle (B).

-
5. Ou autorités coutumières ; le terme désigne non seulement les membres des institutions kanak créées par l'État colonial mais aussi d'autres individus considérés de haut rang selon les hiérarchies sociales kanak héritées de la période précoloniale, v. C. Demmer (dir.), *Faire de la coutume kanak un droit – Enjeux, histoire, questionnements*, Rapport GIP « Rapport de recherche Droit et justice », déc. 2016 ; on précisera qu'il existe huit aires coutumières et un Sénat coutumier qui constitue l'interlocuteur kanak institutionnel unique.
 6. I. Dauriac et N. Tagliarino Vignal, « Présentation de la question de la répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 122.
 7. Au moins au regard des principes qui gouvernent la répartition des compétences, car la question de la mise en œuvre de la compétence étatique par le biais du principe de spécialité pose d'autres difficultés, liées notamment à l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 (préc.), créé par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, qui prévoit une série d'exceptions au principe de mention expresse d'applicabilité à la Nouvelle-Calédonie pour les lois et règlements pris par l'État dans les matières qui relèvent de sa compétence (notamment en matière de lutte contre la circulation illicite et le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ; et même l'applicabilité de plein droit « de toute autre disposition législative ou réglementaire qui, en raison de son objet, est nécessairement destinée à régir l'ensemble du territoire de la République ») sur la mise en œuvre du principe de spécialité, v. M. Redon, *Outre-mer : départements et régions, territoires, collectivités et pays*, Rép. pén. Dalloz, 2016 ; v. égal. E. Gindre, Pénal (compétence pénale des Outre-mer), in : G. Giraudeau, M. Maisonneuve (dir.), *Dictionnaire juridique des outre-mer*, LexisNexis, 2021

A. Le cadre constitutionnel

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité d'outre-mer dotée d'un statut *sui generis* prévu au Titre XIII de la Constitution du 4 octobre 1958 (art. 76 et 77), issu de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie⁸. Cette spécificité constitutionnelle en fait « un satellite encore plus éloigné de l'astre français »⁹ que les autres collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 de la Constitution¹⁰, dont ses « voisines » du Pacifique que sont la Polynésie française et les îles Wallis et Futuna¹¹.

L'article 76 de la Constitution renvoie à l'accord de Nouméa et prévoit l'organisation d'un référendum local (avec un corps électoral restreint)¹² pour l'acceptation de ce dernier. Quant à l'article 77, il donne compétence à la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie et après approbation de l'accord de Nouméa, pour déterminer les règles nécessaires de nature à « assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre », dans les domaines pour lesquels cette mise en œuvre implique une dérogation à des règles et principes constitutionnels, à savoir : « **le transfert définitif de certaines compétences** aux institutions de la Nouvelle-Calédonie ; les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie ; les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ; et les conditions et délais pour la consultation, à la fin de l'accord, sur la pleine souveraineté »¹³.

L'article 77 confère valeur constitutionnelle à l'accord de Nouméa, dont les orientations doivent guider l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. L'autonomie de la Nouvelle-Calédonie est dérogatoire au droit commun constitutionnel à la condition néanmoins que les dérogations soient intrinsèquement prévues par l'Accord de Nouméa et strictement nécessaires à sa mise en œuvre. À la suite de l'approbation de cet accord par référendum (le 8 nov. 1998), la loi organique

8. JORF 21 juill. 1998.

9. M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie : institutions politiques et administratives*, SCEREN-CDP Nouvelle-Calédonie, 2011, Collection Université, p. 18.

10. Depuis la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République française (JORF 29 mars 2003).

11. Les autres collectivités d'outre-mer étant Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy et Saint-Martin.

12. Aux personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 nov. 1988 (soit les personnes installées en Nouvelle-Calédonie avant les accords de Matignon et celles arrivant à leur majorité).

13. Dans un dernier alinéa, l'article 77 dispose « Les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi. »

n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie¹⁴ a fixé le régime statutaire de la collectivité et défini une clé de répartition des compétences.

B. La répartition des compétences

L'Accord de Nouméa pose dans son préambule (pt. 5) : « Le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation. »

La répartition des compétences est spécialement visée au point 3 de l'Accord de Nouméa, qui fait apparaître trois catégories : les compétences nouvelles conférées à la Nouvelle-Calédonie (soit immédiatement, soit dans un second temps ; parmi les premières se trouvent notamment **la médiation pénale coutumière et la définition de peines contraventionnelles pour les infractions aux lois du pays** ; parmi les secondes, **la législation relative à l'enfance délinquante et à l'enfance en danger**) ; les compétences partagées (incluant notamment **le maintien de l'ordre**) ; les compétences régaliennes, au sujet desquelles l'Accord énonce « **La justice, l'ordre public**, la défense et la monnaie (ainsi que le crédit et les changes), et les affaires étrangères resteront de la compétence de l'État jusqu'à la nouvelle organisation politique résultant de la consultation des populations intéressées. Pendant cette période, des néo-calédoniens seront formés et associés à l'exercice de responsabilités dans ces domaines, dans un souci de rééquilibrage et de préparation de cette nouvelle étape. »

La répartition des compétences doit encore être précisée à l'aune des provinces et communes qui composent la Nouvelle-Calédonie¹⁵. Le Titre II de la loi organique du 19 mars 1999 concerne « la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes ». Son article 20 prévoit ainsi que « Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie »¹⁶. Puis ses articles 21 et 22 fixent respectivement les domaines de compétence de l'État, d'une part, et de la Nouvelle-Calédonie, d'autre part.

14. *JORF* 21 mars 1999

15. Art. 3 de la loi organique : « Les provinces et les communes de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République. Elles s'administrent librement par des assemblées élues au suffrage universel direct ».

16. Les provinces (Nord, Sud et îles Loyauté) se trouvent au centre du dispositif institutionnel depuis la signature des accords Matignon-Oudinot en 1988 ; chacune dispose d'une assemblée délibérante, dont les membres réunis forment le Congrès de la Nouvelle-Calédonie.

C'est ainsi que l'article 21, I, 2°, de la loi organique prévoit **la compétence de l'État en matière de « Justice, organisation judiciaire, organisation de la profession d'avocat, frais de justice pénale** et administrative ; procédure pénale et procédure administrative contentieuse ; **commissions d'office et service public pénitentiaire** ». L'article 21, II, 5°, dispose quant à lui que **l'État est également compétent**, sous réserve le cas échéant de l'application des dispositions mentionnées aux articles 28 à 38 (qui concernent les compétences partagées en matière de relations internationales, d'entrée et de séjour des étrangers, de jeux de hasard, de communication audiovisuelle, d'enseignement supérieur et de recherche), **en matière de « Droit pénal, sous réserve des dispositions prévues aux articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157 »**.

Les articles 86, 87 et 88 de la loi organique attribuent des **compétences au Congrès** de la Nouvelle-Calédonie en matière pénale (pouvant être exercées par les **assemblées de province** dans les matières de leur compétence, comme le prévoit l'article 157, alinéa 2)¹⁷ : possibilité d'assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes et de peines complémentaires – respectant le « cadre » posé par les lois et règlements de la République en matière de contraventions et délits (art. 86) ; possibilité, sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, d'édicter des peines d'emprisonnement respectant la classification des délits et n'excédant pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République (art. 87) ; possibilité de prévoir des transactions qui, lorsqu'elles portent sur des faits constitutifs d'infractions pénales, doivent être homologuées par le procureur de la République (art. 88).

Comme l'a énoncé le Conseil d'État dans son avis relatif à la délibération n° 2020-46/API du 30 juin 2020 relative au code de l'environnement de la province des îles Loyauté¹⁸, « si l'État est compétent en matière de procédure pénale et en matière pénale, respectivement en vertu du 2° du I et du 5° du II de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, il résulte des dispositions des articles 86, 87 et 157 de la même loi organique qu'en matière de protection de l'environnement [domaine de compétence des provinces], les assemblées de provinces peuvent assortir les infractions à leur réglementation, d'une part, de peines d'amende dès lors qu'elles respectent la classification des contraventions et délits et, d'autre part, sous réserve de l'homologation de leurs délibérations par la loi, de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits. [...] Par ailleurs, il est loisible aux

17. Confirmant la compétence des provinces pour édicter des sanctions en matière d'environnement et permettre aux fonctionnaires et agents assermentés de rechercher et constater les infractions, v. CE, avis, 18 juill. 2022, n° 462438, *Assemblée de la province des Îles Loyauté*, RSC 2022, p. 918, obs. S. L. et E. G.

18. Note précédente.

provinces de rappeler que, conformément à l'article 86 de la loi organique, les fonctionnaires et agents assermentés des provinces peuvent constater les infractions à cette réglementation dans les conditions fixées par la loi sans préjudice du pouvoir général de constatation des infractions des officiers de police judiciaire et des agents de police judiciaire ou du pouvoir spécial de constatation des infractions douanières par les agents des douanes ».

La formule est très claire et elle révèle une situation moins monolithique (et centralisée) qu'elle n'y paraît à première vue : si l'État est compétent par principe en matière pénale, la Nouvelle-Calédonie et ses assemblées délibératives sont compétentes pour définir des infractions dans les domaines visés par la loi organique et même confier des pouvoirs d'investigation à leurs fonctionnaires et agents assermentés. La compétence pénale se trouve donc prise dans l'enchevêtrement des compétences résultant de la loi organique.

À l'instar des autres collectivités ultramarines, la Nouvelle-Calédonie n'a pas, à proprement parler, de compétence pénale, au sens d'une compétence pénale principale. Elle dispose néanmoins d'une compétence pénale accessoire liée à ses autres compétences (principales), qui lui permet d'en assurer la mise en œuvre¹⁹. Cette compétence pénale est donc strictement délimitée par la loi organique, qui impose en outre le respect du *quantum* maximum prévu par le droit pénal français pour les amendes contraventionnelles et délictuelles ainsi que l'homologation par la loi (nationale), préalable à toute entrée en vigueur, des peines d'emprisonnement (elles-mêmes soumises au *quantum* maximum prévu par les lois nationales pour les infractions de même nature)²⁰.

Ces deux limites – qui concernent également la Polynésie française²¹ et Saint-Pierre-et-Miquelon²² – découlent directement de la nature accessoire de la compétence pénale de la collectivité, qui doit se fondre dans le moule de la compétence pénale principale appartenant à l'État. Mais l'obligation d'homologation, en particulier, pose certaines difficultés (nécessité de la demander puis délai variable pour l'obtenir) qui peuvent priver d'effectivité le dispositif local

19. J.-B. Perrier, « La répartition des compétences de droit pénal en droit comparé », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 132.

20. Pour la censure de dispositions polynésiennes instituant des peines correctionnelles plus lourdes que la législation nationale, v. Cons. const. 14 mai 2021, n° 2021-906 QPC [rétention de précompte en Polynésie française].

21. Art. 20 et 21 de la loi organique n° 2004-192 du 27 févr. 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ; pour l'homologation des peines d'emprisonnement dans le code polynésien de l'environnement par la loi opérée par la loi « climat et résilience » du 21 août 2021 par ex., v. RSC 2022, « Droit des outre-mer, chronique de droit pénal, procédure pénale, droit pénitentiaire, politique criminelle », p. 912, obs. E. G.

22. CGCT, LO 6414-1 et 6461-4.

de répression pendant un certain temps²³. Pour ces motifs, certains proposent de l'abandonner purement et simplement²⁴.

La compétence pénale de la collectivité s'est déjà accrue et s'accroîtra encore « mécaniquement », par l'effet des transferts de compétences (dont la dynamique est inscrite dans l'Accord de Nouméa). Mais faut-il aller au-delà et revoir la clé de répartition ainsi décrite ? Dans la perspective où, la Nouvelle-Calédonie n'ayant pas fait le choix de l'indépendance, son avenir continue de s'inscrire dans celui de la France, la question peut être posée. Il s'agit dès lors d'interroger la pertinence de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie.

II. La pertinence de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie

Dans un territoire ultra-marin à l'histoire coloniale tourmentée, se trouvant à quelques 17 000 kilomètres de la métropole, la compétence pénale principale reconnue à l'État pose nécessairement la question de l'adéquation du système répressif métropolitain au contexte local, même si, on l'a démontré, la situation actuelle, qui consacre la coexistence d'une compétence pénale principale et d'une compétence pénale dérivée, est plus nuancée²⁵.

Si, à l'évidence, « aucune norme pénale ne se conçoit “hors sol” » mais « en considération de données sociologiques, culturelles, voire criminologiques »²⁶, l'existence même d'une compétence pénale dérivée permet d'ores et déjà d'ancrer certaines normes répressives dans leur environnement spécifique. Mais est-ce suffisant ? Le droit pénal qui découle de l'exercice partagé de la compétence pénale en Nouvelle-Calédonie est-il adapté aux réalités locales ? (A)

Au-delà de la définition des comportements interdits et de leur sanction, la question de la légitimité de la « réponse pénale » apportée peut être posée (B) au regard, notamment, de sa possible imprégnation par la coutume.

23. RSC 2022, chron. préc., p. 914, obs. E. G. ; par ailleurs, la procédure de constatation des infractions et les pouvoirs des agents assermentés relèvent de la compétence de l'État, ce qui ajoute de la complexité.

24. V. not. J.-B. Perrier, préc., p. 133.

25. Parlant de « compétence partagée », mais évoquant un « paradoxe » (« c'est à la fois une compétence régaliennne et c'est en même temps une compétence partagée ») ; B. Deladrière, « Allocution de clôture », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 149.

26. I. Dauriac et N. Tagliarino Vignal, art. préc., *ibid.*

A. L'adaptation du droit pénal

L'histoire de la Nouvelle-Calédonie est marquée de souffrances et d'espoirs à l'origine de son problème d'identité²⁷. La négation puis la lente reconnaissance du peuple autochtone, mais également le passé de colonie pénitentiaire de l'archipel et les vagues successives d'immigration, volontaire ou non, imprègnent encore profondément les rapports sociaux et, d'une certaine manière aussi, les règles de droit. Le pluralisme culturel se traduit en un pluralisme juridique qui, au nom du respect de l'identité restaurée du peuple premier, assure la sauvegarde d'intérêts coutumiers. Aussi l'adéquation du droit pénal de fond pourrait-elle se mesurer à l'aune du degré d'intégration de ce pluralisme culturel et de l'identité kanak dans la norme répressive.

La prise en compte des intérêts coutumiers légitimes se fait par le biais de la compétence pénale dérivée. A cet égard, le code de l'environnement de la province des Îles Loyauté déjà évoqué, en instituant un régime de servitudes écologiques et coutumières²⁸ assorti de sanctions pénales dans l'objectif, notamment, de préserver l'environnement²⁹, illustre l'incorporation de la norme culturelle dans la réglementation provinciale³⁰. Le droit pénal permet donc de garantir l'ordre public coutumier dans le cadre des compétences transférées à la collectivité. En outre, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2021-906 QPC du 14 mai 2021³¹, a peut-être ouvert une brèche dans l'unité du droit pénal (dont découle l'exigence d'équivalence de répression maximale entre les faits punis localement et nationalement). Devant statuer sur la conformité à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 des dispositions homologuant des peines correctionnelles pour les faits de rétention de précompte commis en Polynésie française, le Conseil a, et alors même que les termes de la loi organique (polynésienne) paraissaient des plus clairs, énoncé que « la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi » (§5), jugeant en l'occurrence que la différence de traitement résultant des dispositions contestées n'était

27. V. C. Bidaud (dir.), *L'identité et le droit, perspectives calédoniennes, nationales et internationales*, PUNC, 2020.

28. Définies comme des « zones d'accès à la nature situées sur le domaine public maritime et/ou sur terres coutumières mises à disposition de la province à cette fin » (C. envir. des îles Loyauté, art. 233-1, al. 2).

29. Le dispositif juridique vise « la préservation de la biodiversité, l'exercice d'activités traditionnelles et coutumières, la valorisation et la diffusion de la culture kanak ou la régulation des activités touristiques et récréatives » (C. envir. des îles Loyauté, art. 233-1, al. 3).

30. E. Gindre, « Norme culturelle et droit pénal : les voies d'un pluralisme normatif », in Y. Guenzoui (dir.), *La norme culturelle dans l'ordre juridique. Réflexions sur le vivre ensemble*, LGDJ Lextenso, coll. « contextes culture du droit », 2020, p. 239.

31. Cons. const. 14 mai 2021, préc.

« pas en rapport direct avec l'objet de la loi » (§10). La question se pose donc de savoir si, dans un autre contexte, une telle différence de situation pourrait être caractérisée et justifier une territorialisation de la répression...³²

La prise en compte du pluralisme culturel dans le cadre de la compétence pénale de l'État est, pour sa part, quasi nulle. Il résulte des principes d'unité et de territorialité du droit pénal que la loi pénale s'applique à l'ensemble du territoire de la République, dont fait partie la Nouvelle-Calédonie, et à tous ceux qui s'y trouvent, indépendamment de leur statut ou de leur nationalité. Ainsi, la loi pénale est la même pour tous quelle que soit la nature du statut personnel, et elle s'oppose par exemple à ce qu'un régime d'immunité puisse profiter aux dignitaires de la coutume³³. De même, l'intervention d'une coutume de pardon ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action publique³⁴. En somme, la coutume n'est prise en compte ni comme source de droit pénal pouvant fonder une incrimination, ni en matière d'interprétation du droit pénal (« contexte » coutumier). Elle n'a aucun effet sur la responsabilité pénale : le respect des règles coutumières n'est pas considéré comme une cause d'irresponsabilité, objective³⁵ ou subjective³⁶. C'est un monde complètement à part, et les hypothèses de perméabilité d'un ensemble à un autre sont rarissimes et toujours très circonstanciées³⁷, alors même que le préambule de l'Accord de Nouméa affirme la « pleine reconnaissance de l'identité kanak » comme « préalable à la refondation du contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie ». La « posture autarcique du droit pénal »³⁸ est-elle surmontable ? Rien n'est moins sûr. L'ordre public étatique et l'ordre public coutumier présentent chacun leur

-
32. En ce sens, RSC 2022, chron. préc., obs. E. G. ; après tout, une différence territoriale est bien permise en matière de répression des sévices aux animaux selon qu'il existe ou non une « tradition locale ininterrompue », v. Cons. const. 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*.
33. À propos des autorités coutumières de Wallis-et-Futuna, v. TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80, cité par E. Cornut, « Un contentieux civil émergent : les intérêts civils » in : E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, p. 145.
34. Même jugement.
35. Pour le rejet du commandement de l'autorité légitime, v. Nouméa, ch. app. corr., 16 janv. 2003, RG n° 232430, cité par V. Malabat, « La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal », in : *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc., p. 218.
36. Pour le rejet de l'erreur de droit, Crim. 10 oct. 2000, n° 00-81.959, cité par V. Malabat, art. préc., p. 217.
37. Pour la prise en compte de la coutume dans l'appréciation du contexte, v. T. corr. Nouméa, sect. détachée de Koné, 19 mai 2010, n° A1002340, cité par V. Malabat, art. préc., p. 219 ; le fait coutumier peut être pris en compte de manière pragmatique et implicite, par la décision sur la poursuite, le choix d'une qualification ou le prononcé d'une peine adaptés au contexte coutumier, v. en ce sens, R. Lafargue, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie – Aux sources d'un droit commun*, PUAM, 2003, p. 73 (citant le procès du « boucan », cour d'assises de Nouvelle-Calédonie, arrêt n° 14-b du 20 juill. 1994, *Ministère public c/ Pebou-Polae*)
38. V. Malabat, *op. cit.*, p. 215.

légitimité, mais ils n'ont pas grand-chose en commun sur le fond et sans doute existe-il des obstacles irréductibles à l'intégration de la coutume dans le droit pénal³⁹, tenant au respect des droits fondamentaux notamment⁴⁰.

Mais les différences culturelles – et même sociétales, c'est certain, constituent un frein à l'efficacité de certaines normes pénales métropolitaines. Un exemple, tiré du droit pénal des affaires⁴¹, permettra d'illustrer notre propos : le domaine des manquements au devoir de probité. Nous emprunterons les mots de Valérie Burtet-Sarramegna, Vice-présidente de l'UNC en charge de la recherche et des relations internationales en ouverture du colloque que nous avons consacré au sujet en mai 2022 à Nouméa : « en contexte insulaire, sans aller jusqu'à dire que le sujet est tabou, il est en tous cas sensible [...] L'une des raisons [...] est certainement liée à la taille restreinte du pays et de sa société. Par beaucoup d'aspects, la Calédonie, comme on le dit souvent, "c'est petit", et en conséquence, on dit très souvent aussi qu'"ici tout le monde (ou presque) connaît tout le monde (ou presque)". Cette petitesse favorise les proximités et augmente "mécaniquement" le risque de conflit d'intérêts, que ces derniers soient intentionnels ou non. Dans le secteur privé, le tissu économique de la Nouvelle-Calédonie étant caractérisé par une prépondérance des petites et très petites structures, on retrouve encore cet effet de petite taille des marchés qui pourrait, lui aussi, favoriser les atteintes à la probité, voire les tentations ou situations de corruption »⁴².

Suivant la même idée, Sémir Al Wardi explique l'importance du clientélisme et des rapports de proximité dans la vie politique polynésienne⁴³ : l'élu polynésien (et spécialement le maire, le *Tavana*) est tenu par une obligation de redistribution envers son électorat⁴⁴ et cet échange caractérise et même légitime son rapport à ce dernier⁴⁵ ; la relation à l'édile présente également une dimen-

39. Il en va différemment en matière civile (par la reconnaissance du statut civil coutumier et celui des terres coutumières) ; d'ailleurs, le seul domaine où droit pénal et droit coutumier parviennent à s'articuler est celui de l'action en réparation née de l'infraction ; v. à ce sujet, Crim. 1^{er} juin 2021, n° 20-83,485, D. 2021. 2036, obs. Y. Guenzoui ; RSC 2022, chron. préc., obs. S. L.

40. Évoquant en ce sens la « contrainte des droits fondamentaux », v. not. I. Dauriac et N. Tagliarino Vignal, art. préc., p. 121 ; sur la question spécifique des châtiments corporels, v. E. Gindre, « La sanction corporelle en terres océanes », in : Y. Guenzoui (dir.), *Lettres d'outre-mer et d'ailleurs*, PUAM, 2022, p. 87.

41. Il était temps !

42. V. Burtet-Sarramegna, « Les atteintes à la probité, un sujet inédit (ou tabou ?) – Propos introductifs », in : *La lutte contre les atteintes à la probité en Nouvelle-Calédonie*, préc.

43. S. Al Wardi, « Vie politique en outre-mer : la question des rapports de proximité », in : S.-M. Cabon et E. Gindre (dir.) *L'efficacité des dispositifs de lutte contre les atteintes à la probité – La nécessité d'une réflexion pour les outre-mer*, LexisNexis, 2022, p. 107.

44. Qui découle de la conception même de la démocratie (*Hau Manahune*) qui implique que les dirigeants (les *ona*) doivent faire redescendre leur richesse ; *ibid.* p. 110.

45. *Ibid.*, p. 110.

sion affective, à travers les liens de parenté, entre *feti'i* (famille élargie), qui sont incontournables en Polynésie⁴⁶. Dans le domaine des atteintes à la probité, la particularité des rapports sociaux en Océanie créerait un décalage, pour ne pas dire une distorsion, entre les attentes de la loi pénale, d'une part, et celles du corps social, d'autre part, et conduirait à l'inefficacité des dispositifs de lutte mis en place depuis la métropole (l'absence de perception de l'interdit entraînant l'absence de respect spontané de la loi – les comportements sociaux entrant en contradiction directe avec les prescriptions légales, et des difficultés de mise en œuvre des sanctions – qui ne sont pas comprises). Le droit pénal métropolitain peut donc, selon les champs concernés, se révéler plus ou moins adapté aux spécificités culturelles propres à un territoire. Son efficacité dépendant de son acceptation par le corps social, il faut alors compter sur une certaine acculturation⁴⁷ pour que les populations concernées s'approprient les normes exogènes.

Le droit pénal applicable en Nouvelle-Calédonie, produit de deux compétences, l'une principale, l'autre dérivée, n'apparaît que très partiellement adapté aux réalités locales⁴⁸. L'unité du droit pénal l'implique, même si des problèmes d'effectivité des normes étatiques en découlent. La compétence pénale dérivée ne permettant de corriger qu'à la marge cette situation, pour ce qui est de l'imprégnation de la norme pénale par la coutume kanak en particulier. En l'état (institutionnel) des choses, pour citer Jean-Baptiste Perrier, « l'enjeu de la répartition des compétences ne peut pas être celui de l'interdit ; en revanche, il peut être celui de la mise en œuvre de la sanction et de la répression »⁴⁹. Difficilement concevable sur le terrain du droit en lui-même (sauf hypothèse du transfert)⁵⁰, le pluralisme pourrait davantage s'exprimer du côté de son application par les juridictions, ce qui revient à questionner à légitimité de la réponse pénale.

B. La légitimité de la réponse pénale

« Aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punition, même

46. *Ibid.*, p. 115.

47. S. Al Wardi évoque « l'insularisation », « qui consiste à adapter toute réalité venant de l'extérieur pour la rendre acceptable dans l'île » (citant A. Meisterheim, « Le malentendu. Entre imaginaire insulaire et imaginaire continental », *Ethnologie française* 2006/3, vol. 36, p. 504).

48. Défendant l'idée d'une « perméabilité », v. V. Malabat, art. préc.

49. Art. préc., p. 133.

50. Qui permettrait d'élaborer un droit pénal calédonien, soumis aux standards internationaux et au modèle du procès équitable, et lui-même applicable à tous les calédoniens ; v. en ce sens, T. Drack, « Point de vue du Premier président de la cour d'appel de Nouméa », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, *RJPENC* 2017/1, n° 29, p. 140.

aux personnes relevant du statut civil coutumier »⁵¹. Seules les juridictions répressives françaises « sont compétentes pour appliquer la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle-Calédonie »⁵². Ces deux formules, parfaitement explicites, permettent de poser un cadre – seule la justice pénale étatique, à l'exclusion des autorités coutumières, est légitime à appliquer des sanctions, et ce quel que soit le statut de la personne – qu'il est sans doute possible de faire évoluer dans une logique de collaboration et non plus de stricte opposition.

La Justice est victime d'une crise de confiance – le diagnostic est posé depuis quelques années déjà, le législateur français tentant d'y remédier⁵³ – qui se double, en Nouvelle-Calédonie, d'une crise d'identité et de reconnaissance, avec la confrontation de deux ordres publics – l'ordre public coutumier et l'ordre public étatique – et de deux autorités chargées de le faire respecter – la justice coutumière et la justice étatique, une surreprésentation des jeunes kanak parmi les personnes placées sous main de justice⁵⁴ et un passé colonial encore très présent (et certainement pas guéri).

Pareil contexte appelle à construire des ponts entre justice pénale étatique et droit coutumier qui, pour l'heure, demeurent insuffisants, concernant la phase de jugement notamment. Ainsi, la présence d'assesseurs coutumiers est prévue uniquement en matière civile, quand le litige concerne deux parties dont le statut personnel est le statut civil coutumier kanak⁵⁵, de sorte que le droit coutumier n'intègre le champ pénal que par le biais de l'éventuelle action civile

-
51. Crim. 10 oct. 2000, n° 00-81.959, inédit, pour une affaire de viols sur mineures de 15 ans dans laquelle le prévenu prétendait qu'en raison de son statut civil coutumier, il ne relevait pas des juridictions pénales françaises.
 52. Crim. 30 oct. 1995, n° 95-84.322, inédit, pour une affaire de bannissement pour motifs religieux où les prévenus avaient excipé du caractère coutumier des châtiments infligés.
 53. V. par ex. la récente loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, *JORF* 23 déc. 2021
 54. « Près de 90 % des personnes détenues », d'après le rapport de la mission Imbert-Quareta sur les difficultés de prise en charge de la population pénale au centre pénitentiaire de Nouméa, nov. 2012 ; cette proportion n'a pas changé ; sur la question carcérale, v. S. Lavric, « La dignité des détenus dans la politique pénitentiaire mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie », in : E. Gindre (dir.), *La dignité des détenus dans les prisons des outre-mer à la lumière de l'expérience polynésienne*, Actes du colloque organisé à Tahiti les 28 et 29 avril 2022, à paraître aux PUPPA ; pour le Sénat coutumier, les facteurs de cette surreprésentation sont multiples : familiaux et éducatifs, économiques, psychologiques, addictologiques, culturels ; v. Sénat coutumier, « Contribution sur la prise en compte des réalités autochtones kanak dans les orientations de la politique pénale », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 134
 55. Les assesseurs coutumiers sont entrés en fonction le 1^{er} janv. 1983 et, selon l'ordonnance n° 82-877 du 15 oct. 1982 qui les a institués, leur participation au fonctionnement de la justice « est justifiée par 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 ».

et uniquement lorsque l'une des parties en fait la demande⁵⁶. La formation délictuelle du Tribunal de première instance comprend elle-aussi des assesseurs – à la différence des juridictions métropolitaines d'ailleurs⁵⁷, mais qui sont des assesseurs civils⁵⁸ et non coutumiers. Si, comme certains magistrats l'affirment, « l'apport de la coutume dans le règlement des conflits contribue efficacement à la restauration de la paix sociale »⁵⁹, pourquoi ne pas, de la même manière, « officialiser la présence coutumière dans la phase de jugement pénal »⁶⁰ ? L'actuelle composition du tribunal correctionnel certes permet la présence d'assesseurs mélanésiens mais ne la garantit pas. Se reconnaître dans la figure de son juge participe sans aucun doute de l'acceptabilité de la sanction, première pierre du long chemin devant mener jusqu'à son efficacité (« incarnée » dans la désistance de celui qui se détourne de la délinquance).

Dans l'avant-procès, la médiation pénale coutumière, visée par l'Accord de Nouméa (pt. 1.2.4 « Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale »), pourrait être développée pour articuler les actions devant les autorités coutumières et les juridictions pénales. Pour l'heure, le dispositif n'est pas effectif, faute de cadre juridique spécifique (distinct de l'article 41-1 du Code de procédure pénale qui place la mesure alternative aux poursuites – non extinctive de l'action publique au demeurant – sous l'autorité du procureur de la République) permettant sa mise en œuvre, alors même que la circulaire du 18 mars 2013 de politique pénale pour la Nouvelle-Calédonie préconisait son développement, en concertation avec le Sénat coutumier⁶¹.

-
56. L'art. 19 de la LO n° 2013-1027 du 15 nov. 2013 portant actualisation de la LO n° 99-209 dispose : « sauf demande contraire de l'une des parties, après s'être prononcée sur l'action publique concernant des faits de nature pénale commis par une personne de statut civil coutumier à l'encontre d'une autre personne de même statut civil coutumier, la juridiction pénale de droit commun, saisie d'une demande de dommages et intérêts, statue sur les intérêts civils dans les conditions prévues par la loi » ; rappelant la nécessité d'une « demande contraire », v. Crim. 1^{er} juin 2021, n° 20-83.485, Dalloz actualité, 8 juin 2021, obs. S. Lavric.
57. C'est dire qu'une certaine territorialisation est d'ores et déjà à l'œuvre que ce soit du côté des juridictions, ou de la procédure pénale (v. art. 814 C. pr. pén., en matière de garde à vue qui permet l'exercice des prérogatives dévolues à l'avocat par « une personne choisie par la personne gardée à vue » quand la garde à vue se déroule en dehors des communes de Nouméa, Mont-Dore, Dumbéa et Païta et qu'aucun avocat ne peut matériellement s'y déplacer »).
58. Depuis la loi n° 89-378 du 13 juin 1989 ; v. COJ, art. L. 562-9 s. ; v. R. Lafargue, « La justice outre-mer : justice du lointain, justice de proximité », RFAP 2002/1, n° 101, p. 102
59. T. Drack, « Point de vue du Premier président de la cour d'appel de Nouméa », art. préc., p. 141.
60. *Ibid.*
61. Circulaire du 18 mars 2013 de politique pénale pour la Nouvelle-Calédonie, NOR : JUSD1307380C, BOMJ : « Si l'expérimentation de la médiation pénale en lien avec les autorités coutumières a effectivement été tentée en 2010, il m'apparaît opportun désormais de développer cette mesure, après concertation avec le Sénat coutumier ».

La médiation pénale coutumière procède d'une logique – celle de la justice restaurative⁶², visant, en complément de la réponse pénale apportée par la justice, à rétablir le lien social et à prévenir au mieux la récidive – qui paraît se développer de manière beaucoup plus efficace dans la phase d'exécution de la peine, par le biais, notamment, de « rencontres entre des auteurs d'infractions et des victimes, permettant d'engager les premiers dans une démarche de responsabilisation et de prise de conscience de leurs actes, et les secondes de se libérer des effets de l'acte qu'elles ont subi »⁶³. Les autorités coutumières y sont associées par le biais de conventions-cadre passées avec les autorités judiciaires et pénitentiaires, qui permettent aussi « aux sénateurs coutumiers et aux membres des conseils d'aire, d'apporter un soutien et une aide aux détenus dans leurs démarches d'insertion en lien avec leurs valeurs communes »⁶⁴. Les chefferies, tribus ou clans sont également sollicités dans le cadre des ménagements de peines, pour l'exécution des peines de travail d'intérêt général (TIG). En 2017, le Sénat coutumier rappelait à ce sujet que, « dans la Coutume, le travail, au sens d'activité productive, renforce la socialisation en même temps que l'estime de soi »⁶⁵, les effets de la peine de TIG en milieu coutumier participant « de la reconstruction de la personne condamnée par une intégration dans une société qui a ses propres codes sociaux »⁶⁶. Individualiser la peine et son parcours d'exécution en fonction de la situation coutumière du condamné, favoriser des démarches de justice restaurative et de réinsertion sous l'égide des autorités coutumières en vue de « reconstruire la personnalité du détenu autochtone »⁶⁷, telles sont les actions qui devraient, *in fine*, relégitimer la réponse pénale.

Un dernier mot doit être dit de la lutte contre la délinquance des jeunes kanak (mineurs et jeunes majeurs), qui a pris une ampleur inédite en peu de

62. Aux termes de l'article 10-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, « constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de l'infraction ».

63. T. Drack, art. préc., p. 141 ; sur les mesures de justice restaurative, v. R. Cario, *Justice restaurative*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2018.

64. « Contribution sur la prise en compte des réalités autochtones kanak dans les orientations de politique pénale », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 135 ; sont encore évoqués des entretiens avec des chefs coutumiers, dans le cadre d'une démarche de préparation à la sortie, ou la célébration de la fête de l'igname en milieu carcéral.

65. *Ibid.*, p. 135 ; ce qui suppose que les pouvoirs publics « redonnent leur place » aux institutions, autorités, clans, et familles coutumiers (*ibid.*) ; sans doute aussi que l'autorité coutumière retrouve la place qui est la sienne dans sa propre communauté (en ce sens, B. Deladrière, « Allocution de clôture », in : J.-Y. Faberon et L. Wamytan (dir.) *Quelle répartition des compétences de droit pénal en Nouvelle-Calédonie*, RJPENC 2017/1, n° 29, p. 149).

66. Sénat coutumier, art. préc., p. 135

67. *Ibid.*, p. 136.

temps⁶⁸. La délinquance des mineurs, en particulier, s'est complètement transformée au fil des années, au gré de l'exode rural vers les communes du Grand Nouméa, au point que se produisent désormais des phénomènes de « bandes délinquantes » formées de très jeunes kanak, comparables à ceux observés en métropole. Pareille situation appelle elle aussi, et sans doute prioritairement, une collaboration étroite et effective entre les autorités judiciaires et coutumières⁶⁹, non seulement à tous les stades de la réponse pénale, mais également en termes de prévention, pour que cette jeunesse en perte de repères, culturels notamment, réintègre utilement la société à laquelle elle appartient⁷⁰.

* * *

« La réponse pénale participe d'un enracinement du droit par une réception des liens sociaux. [...] Cet enracinement passe par une acculturation au profit des sociétés océaniques qui dépendent de notre République, acculturation synonyme d'une prise en compte des coutumes locales qui structurent la vie sociale. Notre droit pénal s'interpénètre avec la coutume »⁷¹.

Le droit pénal applicable en Nouvelle-Calédonie relève d'un paradoxe puisqu'il est à la fois une compétence régalienne et une compétence partagée⁷². L'actuelle répartition des compétences entre l'État et la collectivité au statut juridique unique au sein de la République, découle des équilibres constitutionnels mis en œuvre dans le cadre de l'application de l'Accord de Nouméa. La place réservée à la coutume y est résiduelle, s'opérant uniquement par le biais d'une compétence déléguée, qui demeure soumise aux canons du droit métropolitain. Le « métrocentrisme » du droit pénal s'exprime donc du côté des règles pénales de fond, conduisant la société océanique à « subir » des normes qui ne sont pas toujours très adaptées à ses réalités, mais à l'égard desquelles une

68. La part des mineurs dans les atteintes aux biens, notamment, est très élevée : 35,19 % des mis en cause, avec une pointe observée en milieu urbain où presque un délinquant sur deux a moins de 18 ans ; v. Haut-commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, *La lutte contre la délinquance en Nouvelle-Calédonie, Bilan de l'année 2021 et priorités pour 2022*, 17 mars 2022 ; disponible sur www.nouvelle-caledonie.gouv.fr.

69. Les journées régionales de l'Association Française de l'Histoire de la Justice qui se tiendront du 17 mai au 2 juin 2023 en Nouvelle-Calédonie auront notamment pour mission d'y réfléchir.

70. En 2017, le Premier président de la cour d'appel, M. Thierry Drack, avait proposé au Sénat coutumier de réfléchir à l'introduction, devant le tribunal pour enfants, d'une procédure intégrant des éléments de la coutume, inspiré du modèle néo-zélandais ; celui-ci connaît une juridiction pour mineurs qui applique le droit commun mais qui siège dans une grande case traditionnelle en audience foraine, suivant les règles coutumières, dans l'objectif de « redonner aux jeunes des repères culturels qu'ils ont perdus, afin de favoriser leur réinsertion » ; T. Drack, art. préc., p. 141.

71. E. Durrafour, « Pour que le châtime soit un honneur », in : E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, p. 236.

72. B. Deladrière, art. préc., p. 149.

acculturation est possible (et s'avère nécessaire au regard des principes d'unité et de territorialité du droit pénal, tant que les équilibres constitutionnels évoqués ne seront pas remis en cause).

La réponse pénale, pour sa part, apparaît plus propice à une forme de métissage permettant de faire coexister sinon deux ordres publics, du moins deux systèmes de valeurs. Présentant des particularités propres à la Nouvelle-Calédonie, le système juridictionnel et la procédure pénale⁷³ permettent déjà une forme de dialogue avec la culture kanak, qu'il serait possible de renforcer afin d'asseoir la légitimité (de là, l'acceptabilité et l'efficacité) des sanctions prononcées et d'œuvrer de manière tout aussi pertinente en matière de prévention de la délinquance, des jeunes kanak en particulier.

Dans sa pièce « *Où est le droit ? O kore netit ?* »⁷⁴ écrite en 1994, Pierre Gope retrace, entre humour et drame, le parcours de la jeune Corilen, victime d'un viol de la part d'un jeune homme de sa tribu. Le Conseil des anciens, réuni sous l'autorité de son Grand Chef, qui se trouve être le père de la jeune femme, « juge » l'auteur et une coutume de pardon est proposée. Mais cette absence de sanction ne satisfait pas Corilen qui choisit dès lors de s'adresser au « tribunal des Blancs ». Obtiendra-t-elle justice par ce biais ? Rien n'est moins sûr. Entre justice kanak et justice des Blancs, où est le droit ? Il est partout et nulle part à la fois...⁷⁵

73. Jusqu'aux nouveaux établissements pénitentiaires, dont le tout nouveau centre de détention de Koné (mais avant lui, Tatutu-Papeari en Polynésie), qui intègrent le mode de vie océanien dans leur architecture et l'organisation des espaces de vie (avec des bâtiments de plain-pied « ouverts » sur l'extérieur, la mise à disposition de parcelles de terre à cultiver, ou encore l'aménagement de « farés », qui sont des lieux de vie communautaire).

74. P. Gope, *Où est le droit ? O kore netit ?* (texte établi par D. Wittorski), PUNC, 2022 (réédition).

75. Au terme de ce voyage en terres océanes, il nous reste à saluer une dernière fois la mémoire du professeur Stasiak, dont la présence discrète mais bienveillante nous manque déjà.