



**HAL**  
open science

## Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils. Etienne Cornut, Pascale Deumier. La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien. Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 552 p., 2018, Collection LARJE, 2018. hal-04700303

**HAL Id: hal-04700303**

**<https://hal.science/hal-04700303v1>**

Submitted on 24 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 COUTUME KANAK

## dans le pluralisme juridique calédonien

Sous la direction d'Étienne Cornut et de Pascale Deumier



LARJE

# LA COUTUME KANAK

## dans le pluralisme juridique calédonien

Sous la direction d'Étienne Cornut et de Pascale Deumier

Coordination éditoriale Françoise Cayrol

Publication du rapport de recherche « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-calédonie », Mission de recherche Droit et Justice, convention n° 214.02.18.14, 2016

### RECHERCHE RÉALISÉE AVEC LE SOUTIEN DE :

La Mission de Recherche Droit et Justice  
(Convention n° 214.02.18.14)

L'Université de la Nouvelle-Calédonie

La province Nord



COLLECTION LARJE

## ■ CHAPITRE 4

### UN CONTENTIEUX COUTUMIER ÉMERGENT : LES INTÉRÊTS CIVILS

144

Étienne CORNUT

Maître de conférences HDR en droit privé  
Université de la Nouvelle-Calédonie – Larje

Si la compétence de la coutume pour régir les questions d'état et de capacité des personnes, les questions familiales, n'a jamais vraiment suscité le débat<sup>309</sup>, celle en revanche de la compétence et capacité de la coutume à régir la responsabilité civile, surtout lorsqu'elle est consécutive à la commission d'une infraction pénale, a alimenté et nourrit sans doute encore aujourd'hui une vive discussion, parfois opposition, au sein du monde judiciaire de la Nouvelle-Calédonie.

**Intérêts civils et droit pénal** – Le droit pénal est en effet exclu du domaine du statut civil coutumier<sup>310</sup>. Cette exclusion est fondée sur le fait que la loi pénale, protégeant l'ordre public et les intérêts de la société en son entier, et non seulement les intérêts particuliers, même ceux des victimes, relève de la compétence de la société, donc de l'État<sup>311</sup>. Le principe de l'unité du droit pénal n'a été rompu ni par l'accord de Nouméa, ni par la loi organique. Dès lors, la loi pénale s'applique sur l'ensemble du territoire français, métropolitain et ultramarin, à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent et qui y commettent une infraction prévue par la loi pénale française. C'est ce que rappelle la Cour de cassation lorsqu'elle juge que 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 »<sup>312</sup>. La loi pénale française comme les juridictions chargées de l'appliquer ne peuvent subir la concurrence d'une autre norme et juridiction. C'est pourquoi le prévenu « ne saurait prétendre qu'en raison de son « statut civil particulier de droit coutumier en Nouvelle-Calédonie », il ne relève pas des juridictions répressives françaises ». De même, la Cour de cassation a jugé « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier »<sup>313</sup>.

Dans une décision plus récente, concernant les autorités coutumières de Wallis-et-Futuna, il a été rappelé que :

*Le père de l'auteur de l'homicide involontaire, « fils du Lavelua défunt, est intervenu lors de l'audience et a exprimé par le truchement de l'interprète en langue wallisienne, son souhait, si son fils malade devait être incarcéré, d'exécuter sa peine à sa place ; qu'il a surtout, au cours d'une longue péroraison souligné que feu son père, le Roi d'UVEA, avait accepté la transformation en 1961 du Protectorat français sur Wallis en territoire d'outre-mer à la condition expresse que la*

309 - Voir les autres rapports. Et pour un document antérieur à l'accord de Nouméa donnant un aperçu de la jurisprudence coutumière, voir J.-L. DELAHAYE, « Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie », 1995, Cour d'appel de Nouméa, inédit.

310 - É. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit & Cultures*, 2010/2, p. 151 et s.

311 - Article 21, II, 5° de la loi de 1999.

312 - Cass. crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 95-84322.

313 - Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

*République respecte les us et coutumes de Wallis et qu'à ce titre, une cérémonie de coutume de pardon étant intervenue, cette procédure aurait dû avoir pour effet de provoquer l'extinction de l'action publique ; qu'il invoquait enfin l'ascendance royale de sa famille et du prévenu ; Mais attendu que si le statut de 1961 traduit l'engagement de la République de respecter les règles coutumières, ce n'est qu'au travers du statut civil personnel ; que la loi pénale est la même pour tous quelle que soit la nature du statut personnel comme le confirme le libellé de l'article 75 de la Constitution de 1958 ; Qu'en outre, aucune disposition n'existe instaurant un régime d'immunité en faveur des dignitaires de la coutume ou de familles royales du royaume d'UVEA (Wallis) ou des Royaumes d'ALOFI (Futuna) ; Qu'ainsi, la qualité de petit-fils du Lavelua défunt (d'ascendance royale) ne dispense pas le prévenu du respect des Lois de la République en matière pénale, contrairement à la position soutenue par le père de celui-ci. »<sup>314</sup>*

Dans un avis, la Cour de cassation a réaffirmé implicitement l'exclusion du droit pénal du champ matériel du statut civil coutumier, en reconnaissant, pour ne pas l'avoir condamnée, la compétence de la juridiction et de la loi pénales étatiques alors que toutes les parties étaient de statut civil coutumier kanak. Mais la question s'est alors posée de la compétence de cette juridiction pénale pour statuer sur l'action, opposant la victime et le prévenu et, par extension, de la norme applicable pour les intérêts civils. Deux conceptions s'opposaient. L'une tenant à l'unité du procès pénal selon laquelle la juridiction compétente pour l'action publique statue, le cas échéant, sur l'action civile<sup>315</sup>, et qu'aucun texte ne dérogeait à cette règle lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier. Cependant, ne pouvant se voir adjoindre des assesseurs coutumiers, leur intervention au procès n'étant prévue que devant les juridictions civiles calédoniennes, la juridiction pénale ne pouvait qu'appliquer le droit civil commun. Or, depuis l'avis de 2005, la coutume a plénitude pour régir les matières de droit civil lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier. La responsabilité civile fait assurément partie du droit civil et de ce fait relève de la coutume. Dès lors, la Cour de cassation n'a pu faire autrement que d'adopter une autre position et distinguer le jugement de l'action publique de celui de l'action civile. Elle est alors d'avis que « la juridiction pénale, [qui ne peut se voir adjoindre des assesseurs coutumiers], est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak »<sup>316</sup>. Après avoir statué sur l'action publique, la juridiction pénale doit donc se dessaisir et renvoyer les parties devant la juridiction civile compétente, complétée par les assesseurs coutumiers<sup>317</sup>.

Cette position a par la suite été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt<sup>318</sup>, puis par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la révision, en 2013, de la loi organique du 19 mars 1999<sup>319</sup>.

**Coutume et intérêts civils** – L'affirmation, au plus haut niveau de juridiction, de la compétence de la coutume pour statuer sur les intérêts civils n'a pas tari la controverse. Le débat perdu sur le

314 - TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80.

315 - Articles 3 et 464 du Code de procédure pénale.

316 - Avis du 15 janvier 2007, *BICC* n° 658 du 1<sup>er</sup> avril 2007 ; *RJPENC* 2007/1, n° 9, p. 68, note L. SERMET ; *Droit & Cultures*, 54, 2007/2, p. 203, note P. FREZET.

317 - Nouméa, 12 juin 2007, RG n° 07/132. Cet arrêt statue, en tenant compte de l'avis de la Cour de cassation, sur l'affaire qui l'a sollicité.

318 - Cass. crim., 30 juin 2009, *Bull. crim.* n° 139 ; JCP G 2009, n° 44, 384, 2<sup>nde</sup> esp., obs. É. CORNUT.

319 - Cons. Const., 2013-678 DC du 14 novembre 2013, citée *infra*.

terrain de la juridicité s'est décalé sur celui de la capacité de la coutume, du droit coutumier, à offrir aux victimes une protection au moins égale à celle qu'elles auraient en vertu du droit commun.

Car en effet il est fondamental, quel que soit son statut personnel, que la victime obtienne réparation de ses préjudices. Sur ce point, il est fréquemment soutenu que la coutume kanak est déficiente en ce qu'elle ne prend pas en compte le préjudice personnel (la société coutumière étant d'essence collective plus qu'individuelle), qu'elle ne protège pas suffisamment les personnes réputées faibles (femmes et enfants en particulier), qu'elle ne permet pas une réparation en argent. Cette inquiétude a notamment été exprimée par le parquet général près la Cour d'appel de Nouméa lors de la rentrée solennelle de 2012, dont il est utile de donner ici extrait :

*L'interprétation retenue de l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999, et appliqué comme provenant de la cour suprême, a pour effet d'aboutir à la prise en compte de la coutume dans un domaine qui n'a qu'un lointain rapport avec le statut coutumier, puisqu'il s'agit d'indemniser des personnes physiques pour des préjudices personnels consécutifs à des fautes pénales. Surtout, l'application des avis et arrêts rendus par la Cour de Cassation, dans la réalité, se heurte aux spécificités de la société kanak [...] bons nombre de comportements pouvant nous apparaître comme une faute n'ont pas cette qualification dans la société traditionnelle kanak, et ne peuvent donc servir de fondement à une action en réparation. C'est particulièrement vrai s'agissant des violences faites aux femmes et aux enfants, qu'il s'agisse des abus sexuels ou d'autres formes de violences intrafamiliales. Les hommes en tant que mari ou père s'estiment souvent en droit d'exercer ces violences, expression légitime de leur mécontentement. [...] L'usage de la contrainte dans les relations sexuelles, l'absence de consentement de la victime, ne sont donc pas répréhensibles si l'homme est autorisé à avoir des relations sexuelles avec elle [...]. Les juridictions spécialisées, lorsqu'elles sont saisies, considèrent que le geste symbolique que constitue la coutume de pardon, par lequel l'auteur de l'acte reconnaît sa responsabilité est un « préalable symbolique indispensable » [...] Il m'apparaît que les représentants de la société kanak [...] doivent pouvoir, eux-mêmes, apporter remède à des situations qui la concernent sans que les juges n'imposent par leur décision ou ne disent à leur place ce que doit être l'évolution et l'avenir même de leur société en appréhendant notamment le statut des victimes.<sup>320</sup>*

Depuis l'avis de 2007, le droit coutumier de la responsabilité dite « civile » s'est développé et les juridictions coutumières donnent à connaître de nombreuses décisions qui offrent l'image d'un droit coutumier de la responsabilité civile en construction, sans doute encore incomplet, mais qui permet d'appréhender une variété de fautes et de réparer une multitude de préjudices donnant aux victimes de statut civil coutumier une reconnaissance du statut de victime et une indemnisation de leur préjudice relativement proche des standards du droit commun.

On le verra, de nombreuses décisions reconnaissent et réparent, en application de la coutume, un vaste éventail de préjudices subis par les victimes de statut civil coutumier. Pour cette étude, plus de soixante décisions rendues par la Cour de cassation, le Tribunal de première instance de Nouméa, la Cour d'appel de Nouméa ou encore les juridictions pénales (Tribunal pour enfants, cour d'assises), ont été analysées. Elles montrent que la coutume est en soi

320 - Mme BRUNET-FUSTER, procureure générale, Extrait du discours de rentrée solennelle de la Cour d'appel de Nouméa du 16 mars 2012. Ce texte a suscité une réponse de la Ligue des Droits de l'Homme de Nouvelle-Calédonie, datée du 15 juin 2012, voir <http://www.ldhnc.nc/Debats-autour-du-droit-coutumier> (consulté le 14 juillet 2016).

apte à réparer quasi intégralement – c'est-à-dire au moins autant que le droit civil – non seulement les préjudices personnels des victimes directes et indirectes, mais également les dommages spécifiques au monde coutumier, qui n'auraient pas pu être réparés en application du droit civil français ou calédonien. Il apparaît des décisions que les juridictions avec assesseurs coutumiers, que le droit coutumier, en application de la coutume, sont en mesure d'offrir une réparation réelle et efficace aux victimes de statut civil coutumier, en ce sens que le droit civil français ou calédonien n'est pas inéluctablement, contrairement à ce qu'on a pu lire, le sésame sans lequel les victimes ne seraient pas reconnues et indemnisées. Le cas échéant, le fait que la coutume ne permette pas la réparation de tous les préjudices que le droit civil serait lui en mesure d'indemniser n'est pas en soi un obstacle à son application et encore moins un motif de remise en cause du principe posé par l'article 7 de la loi organique et de la position prise par la Cour de cassation depuis ses avis de 2005 et 2007. On rappellera par exemple qu'une loi étrangère compétente pour statuer sur les intérêts civils n'est pas contraire à l'ordre public en matière internationale pour la seule raison qu'elle ne permet pas la réparation intégrale du préjudice de la victime, et notamment celle d'un préjudice moral<sup>321</sup>. Il n'y a aucune raison que le sort de la coutume kanak soit moindre que celui de loi étrangère, alors que la première a justement un statut juridique supérieur à la seconde dans l'ordonnement juridique français.

**Principe** – Un arrêt, par un visa, résume les principes qui sous-tendent toute la responsabilité civile coutumière :

*Vu le principe coutumier selon lequel « Wamwêng ma wadoxaharevan ra înamerâêêr ra alôââny » (La coutume n'excuse pas la violence) ;*

*Dit que le droit à réparation pour la victime de statut coutumier kanak est autonome et distinct de la « coutume de pardon », institution proprement autochtone dont la finalité est de rétablir le lien social et l'harmonie perturbée par l'acte dommageable, laquelle ne fait pas obstacle au droit à réparation intégrale du préjudice subi par la victime de statut coutumier kanak ;*

*Dit que le droit à réparation intégrale du préjudice subi par la victime de statut coutumier kanak, impose l'appréciation de son préjudice au regard des critères et valeurs de la société coutumière, et dans le respect de l'autorité de la chose jugée au plan pénal.<sup>322</sup>*

Ces principes apparaissent en substance dans toutes les décisions et ce quelle que soit l'aire coutumière des parties. Il s'agit d'une règle coutumière qui est partagée, permettant de définir le régime juridique (I), les conditions (II) puis les conséquences (III) de la responsabilité civile coutumière.

## I. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE COUTUMIÈRE

Seront vus les aspects relatifs au juge compétent et à la procédure suivie (A) puis la norme applicable (B).

321 - Cass. crim., 16 juin 1993, *Bull. crim.* n° 214.

322 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24. En langue Nyêlâyû ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39 (sans visa du principe).

## I. A. Le juge compétent et la procédure

### I. A. 1. Compétence et composition de la juridiction

Le statut personnel des parties conditionne à la fois la compétence du juge et celle de la norme à appliquer. Dès lors que les parties sont de statut civil coutumier et que la matière objet du litige relève du droit civil, alors est compétente la juridiction civile en formation coutumière, c'est-à-dire qui est complétée par des assesseurs coutumiers<sup>323</sup>, en nombre pair, représentant la coutume de chacune des parties<sup>324</sup>. Cette composition est, pour le juge, obligatoire, et la Cour de cassation a été amenée à le rappeler au début des années 1990<sup>325</sup>.

**Renonciation des parties** – En vertu de l'article L. 562-24 du COJ, les parties peuvent néanmoins, par un commun accord, renoncer à la présence des assesseurs coutumiers et réclamer l'application, à leur différend, des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction. Cette possibilité s'explique essentiellement comme une garantie offerte aux parties de voir leur différend jugé par une juridiction alors même que les assesseurs coutumiers, pour une raison ou une autre, ne siègeraient pas. Car en effet cette renonciation ne peut avoir pour conséquence ni une renonciation à voir la coutume s'appliquer au différend, encore moins une renonciation au statut coutumier. Même sans la présence des assesseurs, la coutume demeure applicable dès lors que les conditions de l'article 7 de la loi organique sont réunies<sup>326</sup>.

Cette renonciation, pour être valable, suppose remplies plusieurs conditions :

- un commun accord de l'ensemble des parties. En ce sens, le refus de l'une d'elles impose la présence des assesseurs coutumiers dans les conditions de la loi et le juge ne peut seul, sans que les parties n'aient été invitées le cas échéant à se prononcer expressément, décider une composition de droit commun. Le juge ne peut non plus apprécier le refus d'une partie ou leur accord commun : la position des parties ou leur absence de position commune s'impose à lui de droit ;
- la demande, analysée comme une exception de procédure, devait être formulée « avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir »<sup>327</sup> jusqu'en 2006. Depuis un simple accord des parties consigné dans la décision suffit<sup>328</sup> ;
- la demande ne peut être soulevée que devant la juridiction de première instance. L'article L. 562-24 du COJ ne vise en effet que la renonciation devant la juridiction de premier degré, et aucune possibilité équivalente n'est prévue dans les textes au niveau de la cour d'appel. Dans un arrêt rendu en matière d'intérêts civils, la Cour d'appel de Nouméa juge ainsi « que cette présence en première instance, comme en appel est de droit, sauf la possibilité prévue à l'article L. 562-24 du même code, réservée à la seule composition de première instance, pour les parties de réclamer d'un commun accord l'application, à leur différend, des règles de droit

323 - Art. L. 562-19 et L. 562-20 du COJ.

324 - Art. L. 562-22 al. 1<sup>er</sup> du COJ.

325 - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, *Bull. civ. II*, n° 44 ; D. 1992, jur., p. 93, note G. ORFILA ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1992, *Bull. civ. I*, n° 248. Sur le fonctionnement des juridictions coutumières, voir D. RODRIGUEZ, *infra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 1.

326 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin - Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, éd. LGDJ, 2010, p. 79.

327 - Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, préc. ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1992, préc.

328 - Cf. *infra* D. RODRIGUEZ, Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 1, spéc. I.2 à I.4.

commun relatives à la composition de la juridiction ; Qu'en l'espèce, la juridiction civile compétente pour l'ensemble des contestations et litiges de nature civile entre citoyens de statut coutumier kanak n'ayant pas été composée dans les conditions précitées, et les parties n'ayant pas été amenées à renoncer expressément à la présence des assesseurs coutumiers, la décision rendue doit être déclarée nulle »<sup>329</sup>. Dès lors, la renonciation opérée en première instance ne vaut que devant cette juridiction et l'appel formé à l'encontre de la décision rendue sera jugé par la juridiction d'appel en formation coutumière.

**Dualisme juridictionnel** – Lorsque la demande de dommages et intérêts est consécutive à la commission et la condamnation de l'auteur à une infraction pénale, l'incompétence de la juridiction pénale de droit commun pour statuer sur les intérêts civils conduit la victime à saisir la juridiction civile en formation coutumière pour qu'il soit statué sur cette demande. Ce dualisme pose plusieurs difficultés.

Il est d'abord source d'insécurité juridique dans la mesure où – les normes de référence étant différentes – une faute pénale peut ne pas constituer une faute au sens coutumier. Ce risque est cependant à relativiser. D'une part, en raison du principe selon lequel le pénal tient le civil en l'état, qui s'applique également dans la sphère coutumière. D'autre part, dans la mesure où il peut être constaté que la jurisprudence coutumière permet l'indemnisation d'un très grand nombre de préjudices et ce de façon très proche à celle qu'offre le droit commun de la responsabilité civile<sup>330</sup>.

Il conduit ensuite à un traitement différencié selon le statut des parties, notamment des victimes, celles de droit commun pouvant obtenir réparation directement par la juridiction pénale au cours de la même procédure en raison du principe de l'unité du procès civil et pénal en ce domaine<sup>331</sup>. Sur ce point la Cour de cassation a pu considérer, à juste titre, qu'il n'y avait pas ici de contrariété avec une liberté fondamentale<sup>332</sup>. Dans cette affaire, les parties ont soulevé dans leur pourvoi le moyen selon lequel « toute victime a droit à ce que son action civile puisse être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale ». Intéressant, cet argument ne pouvait prospérer. Si les Kanak sont soumis à leur coutume pour leurs droits civils et qu'ils échappent à la compétence de la juridiction civile dans sa formation de droit commun, c'est en raison non de leur origine ethnique, mais de leur statut civil coutumier. De plus, si l'article 14 de la Conv. EDH de 1950 s'applique en Nouvelle-Calédonie, c'est sous la réserve éventuelle des nécessités locales (art. 56). La Cour de cassation juge alors qu'en l'état de la déclaration de la France, cette incompétence des juridictions pénales étatiques n'est pas contraire au principe de non-discrimination prévu par l'article 14.

Il peut enfin, et par conséquent, être vu comme source d'un « quasi-préjudice » spécifique aux victimes de statut civil coutumier, que les juridictions coutumières prennent en considération dans le calcul de l'indemnité éventuellement allouée<sup>333</sup>.

329 - CA Nouméa, ch. cout., 9 juin 2011, RG n° 10/24.

330 - Cf. *infra*.

331 - Art. 3 et 4 du CPP.

332 - Cass. crim., 30 juin 2009, *Bull. crim.* n° 139 ; *JCP G* 2009, n° 44, 384, 2<sup>nd</sup>e esp., et nos obs.

333 - Cf. *infra*.

Face à la difficulté procédurale engendrée par ce dualisme, les juridictions calédoniennes ont développé la pratique du « pont procédural », afin que la juridiction coutumière soit automatiquement saisie par la juridiction statuant au pénal. Le juge pénal saisi d'une demande d'indemnisation ne statue donc pas, mais transmet le dossier au juge civil et donne aux parties une date d'audience pour qu'elles se présentent à bref délai devant la juridiction coutumière. Ce procédé simple permet à la victime, sans frais de procédure supplémentaire, de ne faire qu'une seule demande de réparation adressée à la juridiction pénale, laquelle transfère le dossier à la juridiction civile, en évitant à la victime d'avoir à faire de nouvelles démarches<sup>334</sup>. Plusieurs pistes de réformes ont été proposées, tantôt pour inscrire cette pratique dans la loi, tantôt pour adjoindre des assesseurs coutumiers aux juridictions pénales<sup>335</sup>. C'est une voie médiane qu'a choisie le législateur en réformant l'article 19 de la loi organique du 19 mars 1999 par celle n° 2013-1027 du 15 novembre 2013. L'article 19 de la loi organique dispose dorénavant que :

*La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi.*

*Par dérogation au premier alinéa et 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 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.*

*En cas de demande contraire de l'une des parties, prévue au deuxième alinéa, la juridiction pénale de droit commun ordonne le renvoi devant la juridiction civile de droit commun, siégeant dans les conditions prévues au premier alinéa, aux fins de statuer sur les intérêts civils. La décision de renvoi constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours.*

Cette réforme de nature procédurale, qui ne s'applique pas aux affaires pour lesquelles une décision sur le fond a été rendue antérieurement à son entrée en vigueur<sup>336</sup>, pose néanmoins la question de son incidence éventuelle sur la norme applicable aux intérêts civils, sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est expressément et fermement prononcé à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette réforme.

### **I. A. 2. Procédure**

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 19 de la loi organique n'est pas modifié et la juridiction civile en la formation coutumière conserve une compétence exclusive en matière de litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Dès lors qu'une demande de dommages et intérêts est effectuée sans lien avec une action publique, la juridiction coutumière est compétente selon la procédure classique.

L'alinéa 2 nouveau en revanche prévoit une exception à cette compétence selon laquelle le juge pénal statue sur les intérêts civils consécutifs à l'examen d'une action publique, dès lors qu'aucune

334 - R. LAFARGUE, « Le pont procédural en matière d'intérêts civils : le juge crée une règle de procédure dans l'intérêt des victimes de statut coutumier kanak », note sous TPI Nouméa 14 mai 2012, RG n°12/05, *RJPENC*, n° 19, 2012/1, p. 123-126.

335 - Sur lesquelles v. É. CORNUT, « La réparation du préjudice civil en vertu de la coutume kanak », *RJPENC*, n° 22, 2013/2, p. 138 s.

336 - Cass. Crim., 3 septembre 2014, n° 13-85031.

des parties ne s'y oppose. Le choix fait par le législateur d'une extension de compétence automatique en faveur de la juridiction pénale peut s'expliquer par l'objectif de simplifier la procédure en rétablissant pour ces litiges entre personnes de statut civil coutumier l'unité des actions publique et civile prévue à l'article 3 du Code de procédure pénale. Dans ce cadre le pont procédural n'a plus lieu d'être.

Les parties peuvent néanmoins faire échec à cette unité et demander que la juridiction coutumière retrouve sa compétence, et l'alinéa 3 de l'article 19 permet à l'une des parties au moins de demander le renvoi devant la juridiction civile en la formation coutumière.

Le texte suppose quelques précisions relatives à sa mise en œuvre.

**Volonté exprimée des parties** – Une première précision est de considérer que la demande de renvoi doit être expressément formulée par le demandeur ou le défendeur ; elle ne peut être tacite. Notamment, le fait pour les parties de fonder leurs prétentions sur la coutume ne peut s'interpréter comme une demande de renvoi devant la juridiction coutumière, justement parce que – comme on le verra plus loin – le juge pénal, lorsqu'il est amené à se prononcer sur les intérêts civils, doit appliquer la coutume.

Il n'en reste pas moins que lorsque l'une des parties est absente et qu'elle ne peut formuler expressément son choix, la Cour d'appel de Nouméa considère que : « l'article 19 alinéa 1<sup>er</sup> recouvre son plein effet lorsqu'une au moins des parties est absente et ne peut exprimer son accord à la procédure d'exception introduite par l'article 19 alinéa 2 »<sup>337</sup>. Cette position, au regard de l'objectif de simplification et d'unité des contentieux que poursuit la réforme de l'article 19, peut se discuter. Elle se justifie néanmoins au motif que la compétence de la juridiction coutumière demeure le principe.

De plus, l'opposition de l'autre partie ne peut faire échec au renvoi devant la juridiction coutumière, l'article 19 alinéa 3 est sur ce point sans ambiguïté : le renvoi devant la juridiction coutumière ne suppose pas un commun accord des parties, à l'inverse de ce qui est exigé par l'article L. 562-24 du COJ en ce qui concerne la renonciation à la présence des assesseurs coutumiers. Il sera d'ailleurs précisé que les deux textes ne s'excluent pas l'un l'autre en ce qu'ils n'interviennent pas au même moment de la procédure : une partie peut exiger le renvoi vers la juridiction civile en formation coutumière, et les parties de conserve renoncer ensuite, devant elle, à la présence des assesseurs coutumiers.

**Pluralité de parties** – Une deuxième question est de savoir, en cas de pluralité de parties, si la demande formulée par l'une vaut pour toutes les autres ? L'article 19 alinéa 3 indique que le renvoi est ordonné dès lors que l'une des parties au moins le demande. Logiquement, et parce que la réforme poursuit un objectif de simplification, le renvoi doit concerner l'entier litige, et donc toutes les parties, dès lors que l'une au moins le demande.

Le renvoi global s'impose sans aucun doute lorsque la demande est faite par le ou tous les prévenus, ou par la ou toutes les parties civiles.

Le renvoi global s'impose encore lorsque le litige est indivisible. Ainsi dans un arrêt rendu par la Cour d'assises des mineurs de Nouméa, les victimes de statut civil coutumier ayant

337 - CA Nouméa, 20 mars 2014, RG n° 13/68 ; CA Nouméa, ch. app. corr., 22 juillet 2014, RG n° 14/130.

toutes demandé le renvoi des intérêts civils devant la juridiction coutumière, il a été jugé qu'en conséquence, « la demande présentée devant la Cour d'assises par le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, en sa qualité de subrogé dans les droits des victimes, l'est devant une juridiction incompétente, la demande devant être examinée par la juridiction civile statuant en formation coutumière »<sup>338</sup>. L'indivisibilité découle ici du fondement subrogatoire de la demande du fonds de garantie.

Si en revanche la demande de renvoi est faite par l'une des parties civiles, ou par l'un des prévenus, la question se pose de savoir si le renvoi est ordonné pour l'entier litige, ou s'il peut être limité aux seuls intérêts civils de la partie civile ayant formulé la demande de renvoi, le juge pénal statuant alors sur les intérêts civils des autres parties civiles. Il nous semble que dès lors que le litige est divisible et que la demande de renvoi ne repose pas sur un accord commun, alors le juge pénal peut en conserver la compétence. Un prévenu peut en effet, sans contradiction, être actionné pour les intérêts civils devant deux juridictions différentes par des victimes différentes, même si elles le sont à raison des mêmes faits. On notera simplement que cette séparation du contentieux est essentiellement théorique et procédurale, puisque dans ce cas le droit applicable aux intérêts civils restera, quelle que soit la juridiction compétente, le même.

Enfin, cette réforme ne modifie pas la solution adoptée par la Cour d'appel de Nouméa<sup>339</sup> selon laquelle la présence d'une partie civile de droit commun dans le litige ne remet pas en cause la compétence de la juridiction coutumière. En ce sens, si les parties civiles de statut coutumier demandent le renvoi, les parties civiles de statut commun (par exemple une association de défense des victimes) restent justiciables de la juridiction pénale, qui pourra statuer selon le droit commun (*LO 1999, art. 9 alinéa 1<sup>er</sup>*). Si l'arrêt précité rendu par la cour d'assises des mineurs a jugé qu'un fonds de garantie (personne morale de droit commun) pouvait être justiciable d'une juridiction coutumière, c'est uniquement en raison de l'indivisibilité entre sa demande et le litige coutumier, le fonds de garantie étant en l'espèce subrogé dans les droits des parties civiles de statut civil coutumier. Cette conséquence procédurale ne peut cependant s'étendre aux parties civiles de droit commun qui invoquent un droit propre et divisible du reste du litige<sup>340</sup>.

**Office du juge** – Une troisième précision est celle de l'office du juge. Le texte est ici sans ambiguïté.

D'une part, le juge pénal ne peut pas d'office ordonner le renvoi vers la juridiction coutumière en l'absence de demande d'une partie. À tout le moins le juge peut sans doute inviter les parties à se prononcer sur cette option mais il ne pourrait lui être reproché de ne pas l'avoir fait. On a vu en revanche que l'absence de l'une des parties doit le conduire à renvoyer l'affaire vers la juridiction coutumière.

D'autre part, le renvoi est de droit dès lors qu'il est demandé, en ce sens qu'autant la juridiction pénale devant laquelle le renvoi est demandé que la juridiction civile coutumière de renvoi ne peuvent apprécier en opportunité ou en compétence sa légalité, ni la juridiction de renvoi décliner sa compétence. L'article 19 alinéa 3 est sans ambiguïté sur ce point : « la juridiction pénale de droit commun ordonne le renvoi devant la juridiction civile de droit commun,

338 - Cour d'assises des mineurs de la Nouvelle-Calédonie, 13 juin 2014, RG n° 14/14.

339 - CA Nouméa, ch. app. corr., 18 juin 2013, RG n° 13/38, *RJPENC* 2013/2, n° 22, p. 138 et nos obs.

340 - Cf. *infra* I.B.1.

siégeant dans les conditions prévues au premier alinéa, aux fins de statuer sur les intérêts civils » ; ni l'une ni l'autre n'ont un quelconque pouvoir d'appréciation.

Il en découle notamment qu'il appartient à la juridiction pénale de déterminer la juridiction civile coutumière territorialement compétente (c'est-à-dire pour le TPI entre le siège de Nouméa et les deux sections détachées, étant entendu que les critères de compétence territoriale pour l'action publique peuvent être différents de ceux de l'action civile, pour statuer sur les intérêts civils)<sup>341</sup>, et que cette désignation s'impose autant au juge de renvoi qu'aux parties, qui ne pourront donc pas soulever une exception d'incompétence. L'article 19 alinéa 3 précise également, que « la décision de renvoi constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours »<sup>342</sup>. L'appel, le contredit, le pourvoi en cassation ou le recours pour excès de pouvoir ne peuvent donc servir à contester cette décision.

**Norme applicable et preuve de son contenu** – Dans sa décision n° 2013-678 DC du 14 novembre 2013 (consid. n° 37) rendue à l'issue du contrôle de constitutionnalité de la loi organique modificative, le Conseil constitutionnel émet cette réserve tout à fait prévisible, à propos de l'interprétation du nouvel article 19 de la loi organique, selon laquelle :

*l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils ; qu'en toute hypothèse, la juridiction pénale peut décider de recourir à une expertise pour l'évaluation du préjudice selon le droit coutumier et que l'alinéa 2 du paragraphe I de l'article 150 de la loi organique du 19 mars 1999 permet à toute juridiction de consulter le conseil coutumier sur l'interprétation des règles coutumières ; que, sous cette réserve, l'article 25 est conforme à la Constitution.*

Cette exigence est reprise par les juridictions calédoniennes<sup>343</sup> : « la réparation du préjudice obéit aux seuls principes de la coutume ; que les demandes doivent donc être fondées sur les normes coutumières », et ce quelle que soit la juridiction compétente : civile, pénale désormais, voire métropolitaine<sup>344</sup>. Le principe est connu et a été maintes fois rappelé par les juridictions calédoniennes et par la Cour de cassation.

En pratique, la juridiction pénale statuant sur les intérêts civils et devant appliquer la coutume sans les assesseurs coutumiers, procédera de la même façon que le juge civil qui doit toujours appliquer la coutume alors même que les parties renoncent devant lui à la présence des assesseurs coutumiers (COJ, art. L. 562-24). Elle pourra également, comme le lui indique le Conseil constitutionnel, recourir à une expertise pour l'évaluation du préjudice selon le droit coutumier ou consulter le conseil coutumier.

341 - Voir par ex. CA Nouméa, ch. app. corr., 22 juillet 2014, préc.

342 - *Adde* art. 537 du CPCNC.

343 - Not. CA Nouméa, 20 mars 2014, préc. ; Cour d'assises des mineurs de la Nouvelle-Calédonie, 13 juin 2014, préc. ; CA Nouméa, 22 juillet 2014, ch. app. corr., préc.

344 - Sur cette dernière hypothèse, voir É. CORNUT, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *JDI* 2014, doct. 3, p. 51 et s.

La différence néanmoins, fondamentale, est que les assesseurs coutumiers, lorsqu'ils composent la juridiction en la formation coutumière, ont voix délibérative et qu'ils sont le plus souvent en majorité, notamment en première instance et parfois en appel.

## I. B. La norme applicable

L'article 7 de la loi organique dispose que « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. » S'il est désormais acquis que la notion de « droit civil » dans ce texte recouvre « l'ensemble du droit civil »<sup>345</sup>, et en particulier « les intérêts civils », même ceux consécutifs à la condamnation à une infraction pénale<sup>346</sup>, la norme applicable dans un litige dépend du statut personnel des parties au procès, auteur et victime.

Principalement, il peut arriver que les parties ne soient pas de même statut et, en vertu des articles 7 et 9, alinéa 1 combinés de la loi organique<sup>347</sup>, la coutume s'applique seulement lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier. Le principe est ici, en vertu de l'article 7 de la loi organique, désormais bien établi et n'appelle plus de commentaire particulier. Si l'une d'elle est de statut civil de droit commun, alors le droit civil commun d'applique. Pour la résolution de ce conflit interne de normes, la Cour d'appel de Nouméa a justement – en matière d'intérêts civils mais la solution posée dépasse ce seul cadre – une lecture savamment distributive des normes en présence qui permet d'appliquer la coutume même lorsque le litige, vu dans sa globalité, compte une partie de statut commun (1). Ensuite, dans la mesure où une partie peut changer de statut, la question se pose des conséquences d'un tel changement sur la norme applicable lorsqu'il intervient entre le fait générateur du dommage et le jugement (2). Se pose enfin la question de la norme applicable aux éléments accessoires (*ie* autre que les conditions propres à la responsabilité que sont la faute, le préjudice et le lien de causalité) à la mise en œuvre de la responsabilité coutumière (3).

### I. B. 1. Lorsque l'une des parties est de statut civil de droit commun

L'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi organique dispose que « Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ». La primauté est ici donnée au droit commun dès lors que la situation juridique en cause constate un rapport mixte. Si le principe, qui suit une logique assimilationniste, peut trouver une justification historique et est soutenu par d'autres textes, une application davantage distributive des normes apparaît aujourd'hui, notamment du fait du transfert de la compétence du droit civil à la Nouvelle-Calédonie, devoir être envisagée<sup>348</sup>.

345 - Avis du 16 décembre 2005, *BICC* n° 637 du 1<sup>er</sup> avril 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; *RJPENC*, n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FREZET, p. 42, note L. SERMET ; *LPA* n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. POMART.

346 - Avis du 15 janvier 2007, *BICC* n° 658 du 1<sup>er</sup> avril 2007 ; *RJPENC* 2007/1, n° 9, p. 68, note L. SERMET ; *Droit & Cultures*, 54, 2007/2, p. 203, note P. FREZET.

347 - Art. 9, al. 1<sup>er</sup> : « Dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique. »

348 - Sur ce point, voir É. CORNUT, *op. cit.*, n° 19 et s. ; S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, *infra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 3.

Dans une affaire mettant en cause la responsabilité délictuelle d'une personne de statut civil coutumier à l'égard d'une victime de ce même statut et à laquelle s'était portée partie civile une association de victimes, relevant du droit commun, la question s'est posée de la norme applicable. Devait-on appliquer le droit civil commun à l'ensemble du litige, ou pouvait-on distinguer les relations auteur-victime directe et auteur-victime indirecte ?

C'est dans une voie distributive que la Cour d'assises s'est, à juste titre, engagée en déclarant recevable les constitutions de partie civile de la victime et de l'association, mais en n'accordant de réparation qu'à cette dernière, se déclarant incompétente pour connaître de la demande de réparation de la victime et l'invitant à saisir la juridiction civile coutumière<sup>349</sup>. Suite à la cassation de cet arrêt et renvoi<sup>350</sup>, la Cour d'appel de Nouméa, par un arrêt du 18 juin 2013, a confirmé cette position. Elle juge que :

*lorsque l'auteur des faits et la victime sont tous deux de statut coutumier kanak au moment de la commission des faits à l'origine du dommage dont il est demandé réparation, et quand bien même une association d'aide aux victimes se serait constituée partie civile, avec l'accord de la victime [...], la seule formation juridictionnelle compétente pour connaître du litige, au regard tant des dispositions de l'article 7 que de l'article 9, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi organique du 19 mars 1999, est [...] la juridiction civile avec assesseurs coutumiers.<sup>351</sup>*

Assez logiquement, la Cour d'appel maintient la position prise par la Cour d'assises d'appel et se déclare compétente en sa formation coutumière pour statuer sur les intérêts civils, alors même qu'une association – donc une personne de statut civil de droit commun – s'était portée partie civile. Il y a là une application distributive des normes qui est tout à fait conforme aussi bien à la lettre qu'à l'esprit des articles 7, 9 et 19 de la loi organique du 19 mars 1999 : entre les personnes de statut civil coutumier, le juge coutumier et la coutume sont compétents (art. 7 et 19) ; entre les personnes de statut civil différent, dont l'une est de statut commun, le juge coutumier est incompétent et le droit civil commun s'applique (art. 9 al. 1<sup>er</sup>, art. 19). Nulle part dans la loi organique il est prescrit que la présence d'une personne de statut civil de droit commun dans un litige emporte, pour l'ensemble du litige et à l'égard de toutes les parties, application du droit commun. L'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> notamment envisage expressément un rapport entre deux parties : « l'une » de statut commun, « l'autre » de statut civil coutumier. En cas de pluralité de demandeurs et/ou de défendeurs, dès lors que les rapports entre les différentes parties sont indépendants et dissociables, fussent-ils fondés sur un titre commun, ils peuvent être soumis à des normes différentes. Il doit donc être fait application de la norme – coutumière ou civile – compétente en vertu des articles 7 et 9 de la loi organique.

Cet arrêt a été frappé d'un second pourvoi, que la Cour de cassation rejette par un arrêt du 3 septembre 2014 jugeant, en reprenant les motifs de la Cour d'appel, que « les juges d'appel ont fait l'exacte application de la loi dès lors, d'une part, que l'accusé et la partie civile restant en la cause sont tous deux de statut civil coutumier kanak » et que « pour renvoyer [les parties] à l'audience civile du tribunal de Koné statuant en formation coutumière, l'arrêt énonce, notamment, qu'en

349 - Cour d'assises de Nouméa, 16 décembre 2010.

350 - Cass. crim., 9 janvier 2013, n° 11-80746, au seul motif du non-respect du contradictoire dans cette déclaration d'incompétence.

351 - CA Nouméa, 18 juin 2013, RG n° 13/38.

l'absence de disposition législative spécifique, la faculté de saisir cette juridiction trouve son fondement dans les articles 7, 9, alinéa 1<sup>er</sup>, et 19 de la loi organique du 19 mars 1999 »<sup>352</sup>.

Outre qu'une cassation sur le fond de cet arrêt ne pouvait être soutenue puisque justement la loi est respectée, elle aurait été le cas échéant inopportune dans le cadre de l'évolution du pluralisme juridique calédonien depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013 et le transfert de l'État à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative du droit civil. Cet arrêt du 18 juin 2013 rendu par la Cour d'appel est en effet, dans le cadre des conflits de normes internes nés du transfert, une illustration de ce qui serait la démarche à suivre afin de déterminer la norme applicable aux rapports mixtes nouveaux : statut civil commun *vs* statut civil calédonien ; statut civil commun *vs* statut civil coutumier et, désormais, statut civil coutumier *vs* statut civil calédonien. Cette démarche est celle d'une application distributive des normes, respectueuse de la nature du rapport de droit en cause, de l'identité des parties, de leur statut civil personnel reconnu par l'article 75 de la Constitution et par l'accord de Nouméa. C'est la méthode principale du droit international privé français, dont peut s'inspirer la technique de résolution des conflits de normes internes<sup>353</sup>.

Dans une affaire où la victime était de statut civil coutumier, ainsi que l'un des deux coauteurs, l'autre coauteur étant de statut de droit commun et qu'une association s'était également portée partie civile, le tribunal pour enfant s'est estimé compétent pour statuer sur les intérêts civils pour l'ensemble du litige, au motif que « toutes les parties ne sont pas de statut civil coutumier Kanak et que les demandes des parties civiles envers les coauteurs procèdent d'un même litige »<sup>354</sup>. Cette décision a cependant et justement été infirmée par la Cour d'appel dans la mesure où les faits reprochés aux deux coauteurs, bien que de même nature, n'ont pas été commis en réunion, ce qui permet de les considérer comme distincts tout comme le préjudice en découlant pour la victime. Dès lors, l'action civile exercée par la victime contre l'auteur de statut civil coutumier relève de la juridiction civile coutumière et du droit coutumier<sup>355</sup>.

Dans un arrêt plus récent cependant, la Cour de cassation semble revenir ou hésiter sur la position à tenir<sup>356</sup>. Statuant sur pourvoi contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa qui a estimé que la juridiction pénale de droit commun est compétente pour statuer sur les intérêts civils dès lors qu'un organisme social de droit commun (Cafat) et un assureur étaient parties civiles au procès<sup>357</sup>, la Cour de cassation rejette le moyen au motif que :

*pour retenir la compétence de la juridiction pénale de droit commun, les juges énoncent que l'ensemble des parties privées au procès ne sont pas de statut civil coutumier kanak, dès lors que la CAFAT et la compagnie d'assurances Axa, assureur du véhicule de M. X., sont incontestablement des parties au procès au sens de la loi organique ;  
Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;  
Qu'en effet, il résulte des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative*

352 - Cass. Crim., 3 septembre 2014, n° 13-85031.

353 - Voir É. CORNUT, *Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil*, op. cit. ; S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc.

354 - TPE Nouméa, 15 mai 2013, RG n° 13/117.

355 - CA Nouméa, ch. mineurs, 25 mars 2014, RG n° 13/143.

356 - Cass. Crim., 16 juin 2015, n° 14-84522, publié au bulletin.

357 - CA Nouméa, ch. app. corr., 22 avril 2014, RG n° 14/13.

*au statut de la Nouvelle-Calédonie, modifiée par la loi n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, que la juridiction civile de droit commun, complétée avec des assesseurs coutumiers, n'est compétente pour statuer sur les intérêts civils que lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier kanak ;*

Si la différence de solution entre les deux arrêts d'appel en cause peut s'expliquer aussi, incidemment, par une composition différente de la juridiction ayant rendu les décisions, la question se pose de savoir si l'arrêt de la Cour de cassation rendu en juin 2015 est un revirement de sa position prise quelques mois plus tôt par l'arrêt de septembre 2014. À ce stade cela ne semble pas évident, dans la mesure où, même si les attendus sont globalement structurés de la même façon, il existe une différence entre les deux affaires qui peut justifier les positions.

Dans l'arrêt de septembre 2014, la partie de statut civil commun (une association de défense de victimes) agissait pour faire reconnaître son propre préjudice et portait une demande de dommages et intérêts en son nom propre. Ici les deux contentieux sont en soi indépendants et divisibles même s'ils reposaient sur une cause commune (la faute). Dans l'arrêt de 2015 en revanche les parties de statut civil commun (organisme social Cafat et assureur de l'auteur des faits) n'intervenaient pas en qualité de partie invoquant un préjudice distinct. La Cafat intervenait en qualité de créancier de l'auteur en raison du paiement réalisé par elle, à la victime, d'une dette à laquelle elle n'était pas définitivement tenue. L'assureur intervenait en cette qualité d'assureur de l'auteur des faits pour voir définie et liquidée la dette dont il serait tenu en cette qualité. En ce sens leur créance respective, dans leur existence comme dans leur montant, sont dans la dépendance directe de celle dont est titulaire la victime directe à raison de la faute commise. Ces trois créances sont donc interdépendantes et indivisibles et elles doivent, dès lors, être soumises à une règle commune. Cette règle commune, en l'état de l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi organique, ne peut être que le droit civil commun.

### **I. B. 2. En cas de changement de statut civil d'une partie**

En vertu des articles 11 à 15 de la loi organique, le changement de statut personnel est ouvert, soit dans le sens d'une renonciation au statut civil coutumier pour passer au statut de droit commun (conformément à l'article 75 de la Constitution), soit en renonçant au statut de droit commun pour prendre le statut civil coutumier, ce qui est propre au statut civil coutumier kanak<sup>358</sup>. La renonciation au statut civil coutumier est en soi relativement simple et si elle suppose l'accord du juge, celui-ci semble acquis dès lors que l'intéressé la demande<sup>359</sup>.

Dans un arrêt rendu le 13 novembre 2012 (RG n° 12/82), la Cour d'appel de Nouméa se prononce sur la question de savoir quelle règle – coutume ou droit civil – est appliquée lorsque les parties ont changé de statut entre le fait générateur du dommage et la demande de réparation de ce dommage. La cour, dans ce cas de figure, retient la compétence de la norme applicable en vertu du statut personnel de la partie au jour de la naissance du droit à réparation :

*en matière de responsabilité extra-contractuelle, la règle applicable au litige, laquelle est déterminée dans une certaine mesure par le statut personnel des parties, à savoir la règle qui régit la créance de réparation dont se prévaut la victime du dommage, ne varie pas au gré des changements*

358 - Sur l'ensemble de la question, voir not. É. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit & Cultures*, 2010/2, p. 151 et s.

359 - Sur la jurisprudence, voir P. DEUMIER, P. DALMAZIR, *supra* Partie 1 – Chapitre 1.

*de statut personnel, mais est déterminée par le statut personnel des parties, à la date à laquelle a pris naissance le droit à réparation de la victime ; [...]*

*Qu'au surplus, cette solution est cohérente avec le fait que la déclaration d'abandon du statut de droit coutumier au profit du statut de droit commun ne rétroagit pas, et ne produit effet que pour l'avenir.*

Dans un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, la solution est validée<sup>360</sup>. Après avoir rappelé la motivation de la Cour d'appel selon laquelle « le changement de statut personnel de la victime postérieurement aux faits mais antérieurement au jugement du tribunal correctionnel est sans incidence à cet égard puisque la règle qui régit la créance de réparation est déterminée par le statut personnel des parties, à la date à laquelle a pris naissance le droit à réparation de la victime », la Cour de cassation juge que :

*par ces seuls motifs, la cour d'appel a fait une juste application de l'article 19 de la loi organique du 19 mars 1999 alors en vigueur dès lors que la créance de réparation était née à une date antérieure au changement de statut personnel de la victime, soit au jour des faits objet des poursuites.*

Cette solution est conforme aux principes régissant le droit à réparation en matière de responsabilité délictuelle : la créance en réparation naît au jour de la naissance du droit à réparation (c'est-à-dire au jour du fait générateur du dommage, de sa survenance ou de son aggravation), et c'est donc à ce moment que l'interprète se place pour apprécier la réalité, la nature et l'étendue du droit. Outre l'abondante jurisprudence citée en motivation par la Cour d'appel, on mentionnera en sus qu'en droit international privé, la loi applicable à la responsabilité délictuelle est, en principe, celle du lieu où le dommage est survenu<sup>361</sup>.

Au-delà, la question est posée de la généralité de cette solution : faut-il comprendre qu'en cas de changement de statut civil, la personne se voit indéfiniment appliquer la norme qui découlait de son statut au jour de la naissance du droit ? Rien n'est moins sûr. Ainsi en droit international privé le « conflit mobile », c'est-à-dire la situation dans laquelle l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit est modifié (par exemple l'individu change de nationalité, de domicile et que c'est ce critère qui permet la désignation de la loi applicable), ne se résout pas toujours de la même façon. Entre le respect des droits acquis (qui commande de retenir la loi désignée par l'ancien rattachement) et la prise en compte des situations nouvelles (qui commande d'appliquer la loi du nouveau rattachement pour les effets à venir), c'est par une interprétation de la règle de conflit que la jurisprudence opte pour le maintien de la loi ancienne ou l'application de la loi nouvelle. La réponse dépend de l'importance qui s'attache au facteur temporel de la règle de conflit de lois. En ce qui concerne la coutume, les seuls éléments de rattachement sont l'appartenance au statut civil et le lieu de situation des biens. Pour les biens, la loi organique règle la situation : la coutume s'applique aux biens situés sur une terre coutumière et appartenant aux personnes de statut civil coutumier (art. 18). Si le bien – meuble – est déplacé hors d'une terre coutumière, il n'est plus régi par la coutume (la solution est identique en droit international privé). Est ici seul pris en compte le statut actuel du bien.

Pour les matières qui dépendent uniquement de l'appartenance au statut civil coutumier, à l'instar des intérêts civils, c'est à une interprétation du sens des droits en cause qu'il convient de se livrer pour décider s'il faut respecter les droits acquis ou laisser s'appliquer la norme du

360 - Cass. Crim., 26 novembre 2014, pourvoi n° 12-87960.

361 - Règl. CE n° 864-2007, art. 4.1 ; Cass. civ., 25 mars 1948, *Lautour* : GADIP, n° 19.

nouveau statut. En l'espèce, le droit à réparation naissant d'un fait générateur instantané, il doit être tenu compte des statuts personnels en présence à ce moment. Il en sera de même par exemple en matière de succession où la logique veut que soit pris en compte le statut personnel du défunt au jour du décès. À l'inverse lorsque le droit en cause prend en considération le temps (comme pour le mariage, un contrat), si la permanence peut conduire à faire respecter les droits acquis, il conviendra cependant de tenir compte d'un changement effectif de statut personnel pour l'avenir, dans la mesure où le titre à s'appliquer de la norme issue de l'ancien statut perd de sa force à mesure que le temps avance et que le nouveau statut prend toute son effectivité. Il ne s'agit pas là des seuls critères à prendre en compte, et d'autres en fonction des droits en cause, méritent une attention. Ainsi en matière de filiation, l'intérêt de l'enfant.

La loi organique (art. 11, al. 2, 12 al. 2 et 13, al. 3), en donnant au juge un pouvoir de contrôler au nom de l'ordre public ou de l'intérêt des parties l'accession au statut civil coutumier, fonde une telle résolution fine du conflit mobile statutaire. Mais la solution prévue par ces textes est radicale, en ce que c'est le changement qui est refusé. Il serait alors possible d'accepter le changement, tout en en limitant les effets à l'égard de certaines personnes et de certains droits. C'est ce que permet la loi organique, de façon lourde, par la déclaration d'inopposabilité (art. 11, al. 3, 12 al. 3). La résolution sur le plan du conflit mobile statutaire permettrait une approche plus fine et donc plus respectueuse des règles en présence.

Au-delà, on rappellera que le changement de statut civil, en ce qu'il permet un changement de norme applicable et de juridiction compétente, ne doit pas se transformer en un moyen de fraude à la coutume – ou à la loi – ni en un instrument de *forum shopping*. Si tel était le cas, les instruments de la théorie générale du droit, en particulier le principe général *fraus omnia corrumpit* ou la réserve de l'abus de droit, pourraient trouver à s'appliquer<sup>362</sup>.

### I. B. 3. Normes applicables aux questions accessoires

La mise en œuvre de la responsabilité coutumière, si elle suppose que soient démontrés, en application de la coutume selon les principes qui viennent d'être rappelés, une faute, un préjudice et un lien de causalité, nécessite également la résolution de questions annexes qui elles aussi dépendent d'une norme. Il en est ainsi, parmi les questions qui ont pu être identifiées dans les décisions analysées, de la capacité, du calcul de l'indemnité, de la solidarité entre les coauteurs, du *solvens* de l'indemnité lorsque ce n'est pas le débiteur final. Plusieurs arrêts abordent cette question de la norme applicable aux aspects de mise en œuvre de la responsabilité coutumière, au-delà des conditions principales. D'autres décisions au contraire l'éluent, ainsi en ce qui concerne la solidarité.

**Capacité** – La capacité n'a pas exactement le même sens en droit civil commun que dans la coutume. La capacité est définie selon le droit civil par rapport un âge de dix-huit ans ou par une altération médicalement démontrée des facultés mentales<sup>363</sup>, alors que la « Coutume ne s'attache pas à l'âge comme critère de passage à un autre stade de la vie sociale, mais plutôt à

362 - Sur la question, voir É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Éditions Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, 2006, t. 12.

363 - Articles 388, 414 et 425 du Code civil.

un événement coutumier »<sup>364</sup>, un rituel de passage qui, selon la coutume concernée, peut être notamment une retraite, un mariage, le rasage. Dans une décision, la seule trouvée qui aborde la question, il est jugé que « la majorité de droit commun dans la coutume entraîne la responsabilité »<sup>365</sup>. C'est dire qu'ici la capacité d'une personne de statut civil coutumier s'apprécie en vertu du droit civil dès lors qu'il s'agit de s'interroger sur sa responsabilité éventuelle.

Cette solution n'est cependant pas conforme à l'article 7 de la loi organique. Cette question est d'ailleurs préalable à l'engagement puisqu'elle conditionne, notamment, la responsabilité éventuelle des parents voire du clan dont le mineur est issu<sup>366</sup>. En ce sens, elle lui est directement liée et donc devrait naturellement relever de la même norme que la question principale, et ne pas relever par principe du droit civil. C'est ce que juge plus exactement la Cour d'appel de Nouméa dans un arrêt plus récent en matière d'obligation alimentaire, qu'il est utile de signaler ici<sup>367</sup>.

Dans cette affaire, le père sollicite, outre le rejet des demandes d'augmentation et de façon reconventionnelle, le remboursement des pensions payées à la mère pour ses trois aînés, au motif qu'ils sont devenus, selon lui, majeurs à leur dix-huitième anniversaire. Le père fonde sa demande de remboursement sur le droit civil de la répétition de l'indu. Dans son arrêt, la cour rappelle que le droit civil est inapplicable à l'espèce. Toutes les parties étant de statut civil coutumier et cette demande relevant de la matière de droit civil, seule la coutume était applicable. La cour rejette ensuite la demande en remboursement sur le fondement coutumier, en jugeant que « le clan paternel auquel les enfants ont été donnés et singulièrement leur père restent tenus d'obligations à leur égard ; que ce principe suffit à justifier le rejet de la demande de remboursement des sommes versées par le père qui se justifiaient par une obligation générale de solidarité familiale ».

Au-delà, l'arrêt juge « au surplus », que « dans la coutume kanak les enfants demeurent en situation de "minorité" au-delà de l'âge de la majorité légale jusqu'à ce qu'ils se marient ». Ce faisant la juridiction rappelle que la coutume s'applique en matière de droit civil non seulement pour résoudre la question de fond posée par le litige (ici la demande en remboursement de sommes versées) mais également pour qualifier juridiquement la situation en cause. C'est le cas ici : les enfants sont mineurs ou majeurs non pas en raison de leur âge (critère du droit civil) mais en raison d'un événement coutumier. Dès lors que les intéressés sont de statut civil coutumier, la capacité s'apprécie au regard de la coutume parce que cette question, bien que préalable au problème principal posé au juge, relève de la matière du droit civil. Dans un autre registre, lorsque la loi organique soumet la demande de changement de statut civil (*art. 11 à 13 LO 1999*) à une condition de « capacité », celle-ci devrait dépendre du statut personnel du demandeur au jour de

364 - Selon G. NICOLAU, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Droit & Cultures*, 37, 1999/1, p. 53 et s., spéc. p. 66.

365 - TPI Nouméa, 7 novembre 2011, RG n° 08/1857.

366 - À supposer qu'il existe en droit coutumier un équivalent à la responsabilité civile du fait d'autrui, ce que les décisions n'ont pas véritablement permis de constater au-delà de quelques cas (voir not. *infra*, TPI Nouméa, 7 novembre 2011, RG n° 08/1857 au titre de la solidarité, sur un fondement successoral). Néanmoins tout porte à croire que cette responsabilité existe dans la coutume, dont la matrice peut se trouver au point 63 de la Charte du Peuple Kanak selon lequel : « L'enfant porte le nom du père et de son clan. C'est de la responsabilité du clan paternel de le maintenir en bonne santé physique et mentale, de l'habiller, de le nourrir, de l'éduquer et de lui donner une place dans la société. »

367 - CA Nouméa, 15 mai 2014, RG n° 13/93.

la demande d'accession ou de renonciation statutaire. Le demandeur de statut civil coutumier qui renonce à ce statut pour adopter le statut civil de droit commun doit être capable au sens de la coutume. Inversement, le demandeur de statut civil commun qui entend renoncer à ce statut pour adopter le statut civil coutumier doit être capable au sens du droit civil<sup>368</sup>.

**Calcul de l'indemnité** – Les modalités de calcul de l'indemnité due par l'auteur des faits à la victime n'apparaissent pas être différentes selon que la norme applicable est la coutume ou le droit commun. Par un attendu type, les décisions constatent en effet que :

*La coutume ne connaît donc pas de barème d'indemnisation correspondant au préjudice subi par une victime, préétabli de manière abstraite, en cela la situation judiciaire d'une victime de statut coutumier kanak est similaire, sans être identique, à celle d'une victime de droit commun. Dès lors, le préjudice sera en l'espèce souverainement apprécié, comme il y est procédé en matière de droit commun, en tenant compte des éléments de preuve portés à la connaissance du tribunal au cours des débats.*<sup>369</sup>

De façon plus précise d'autres décisions, rappelant que la cour d'appel de Nouméa, en matière d'indemnisation du préjudice corporel, a élaboré un barème d'évaluation du préjudice corporel permettant de calculer l'indemnisation, indiquent que « ce dernier, élaboré jurisprudentiellement, s'applique quel que soit le statut personnel de la victime »<sup>370</sup>.

En pratique, il n'y a donc pas sur ce point de différence entre les victimes selon leur statut d'appartenance. En théorie, la question de la norme applicable pour ce barème d'évaluation ne pose pas de difficulté particulière, tant cette question de l'évaluation financière d'un préjudice « classique », dûment constaté au regard de la norme applicable, repose sur des éléments essentiellement objectifs. Ainsi pour les préjudices matériel, physique et même moral.

La difficulté de l'évaluation du préjudice survient cependant dans deux hypothèses. D'une part lorsque le barème de droit commun ne connaît pas le préjudice coutumier qu'il s'agit d'évaluer, ainsi celui « moral immatériel et spirituel aux valeurs coutumières »<sup>371</sup>. D'autre part lorsqu'un préjudice « classique » est apprécié différemment, en termes de gravité, selon que le droit commun ou la coutume est la norme de référence, à l'instar de l'homicide d'un « vieux » par un « jeune », ou encore l'incendie d'une case, faits qui prennent une gravité particulière au regard des valeurs coutumières atteintes par cet acte au-delà du préjudice direct. Dans ces hypothèses, la juridiction ne peut qu'élaborer un barème spécifique prenant en considération ces particularités.

368 - É. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », préc., spéc. nos 33 et s.

369 - TPI Nouméa, sect. Koné, 8 février 2016, RG n° 15-287. Dans le même sens, not. : TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> décembre 2014, RG n° 13/1963 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 10/143 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2014, RG n° 13/76 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 5 mars 2013, RG n° 13/54 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/171 ; TPI de Nouméa, 27 juillet 2012, RG n° 12/778 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 20 juin 2011, RG n° 11/122 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 13 décembre 2010, RG 10/243, avd. ; TPI Nouméa, sect. Koné, 12 juillet 2010, RG n° 10/105 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 4 mai 2009, RG n° 09/78, avd. ; TPI Nouméa, sect. Koné, 6 avril 2009, RG n° 08-13 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 5 mai 2008, RG n° 08/8 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 27 novembre 2007, RG n° 07/239 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2007, RG n° 07/281.

370 - TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 10/143 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331.

371 - Cf. *infra*.

**Intérêts des intérêts** – Une décision prévoit que l’anatocisme prévu par l’article 1154 du Code civil n’est pas applicable dès lors que la norme de référence est la coutume<sup>372</sup>. La solution est logique au regard de l’article 7 de la loi organique. Néanmoins, le jugement ne dit pas si la coutume peut accepter une telle demande de production d’intérêts par les intérêts.

**Solidarité** – Lorsque pour un même fait la juridiction coutumière reconnaît la responsabilité de plusieurs personnes, la réparation financière est prononcée le plus souvent de façon solidaire entre ces coauteurs à l’égard de la victime<sup>373</sup>. Mais aucune décision n’évoque la norme applicable à cette solidarité : s’agit-il d’une solidarité coutumière ? Est-il fait une référence implicite à la solidarité telle qu’elle est envisagée par le code civil ? Ou est-on en présence d’une obligation *in solidum* ? En son état, la jurisprudence coutumière ne permet pas de trancher. Et de fait elle n’est pas évidente.

La deuxième hypothèse – solidarité du code civil – si elle se heurte à l’obstacle de l’article 7 de la loi organique, trouve néanmoins un fondement textuel, s’agissant des intérêts civils consécutifs à une infraction pénale, auprès des articles 375-2 et 480-1 du Code de procédure pénale.

La troisième solution – obligation *in solidum* – semble la plus naturelle et le principe jurisprudentiel – selon lequel « chacun des coauteurs d’un même dommage, conséquence de leurs fautes respectives, doit être condamné *in solidum* à la réparation de l’entier dommage, chacune de ces fautes ayant concouru à le causer tout entier sans qu’il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilités auquel les juges du fond ont procédé entre les coauteurs, et qui n’affecte que les rapports réciproques de ces derniers, mais non le caractère et l’étendue de leur obligation au regard de la partie lésée »<sup>374</sup> – ne peut *a priori* être écarté sous prétexte que la coutume aurait vocation à s’appliquer, tant il relève davantage du bon sens, d’un droit naturel, que d’une norme particulière.

La première solution – solidarité coutumière – serait juridiquement conforme à l’article 7 de la loi organique. Mais elle reste à déterminer dans son régime. Sans doute y retrouvera-t-on les effets de l’obligation *in solidum*, c’est-à-dire les effets primaires de la solidarité légale : obligation au tout pour chacun des codébiteurs et recours divisé du *solvens* contre les coobligés. Mais il serait possible, par ce fondement, de construire une autre forme de solidarité, dont la matrice se trouverait dans le principe de solidarité qui découle de la Charte du Peuple Kanak. Ce principe de « solidarité » est en effet essentiel dans la société kanak et le terme revient à de nombreuses reprises dans la Charte, aussi bien dans des rapports interclaniques<sup>375</sup>, claniques<sup>376</sup> et intrafamiliaux<sup>377</sup>. La question pourrait ainsi se poser de savoir qui peut être débiteur solidaire, au-delà des débiteurs naturels que sont les coauteurs, notamment la famille de l’auteur, voire son clan<sup>378</sup>.

372 - TPI Nouméa, sect. Koné, 1<sup>er</sup> octobre 2012, RG n° 10/243.

373 - Par ex. CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101 ; CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

374 - Cass. Civ., 4 décembre 1939, DP 1941, p. 124, note HOLLEAUX.

375 - Par ex. pt 26 : « L’organisation sociale est fondée sur le respect de l’esprit des ancêtres dans un territoire donné, sur la maîtrise de l’environnement naturel, la complémentarité et la solidarité des clans. »

376 - Par ex. pt 59 : « La solidarité, le respect de la hiérarchie et de la complémentarité sont le moteur de la cohésion du groupe ».

377 - Par ex. pt. 41 : « Dans la conception Kanak, les relations entre les membres aînés, cadets et benjamins sont fondées sur les valeurs de respect de la hiérarchie, de cohésion, de complémentarité et de solidarité. Ces principes sont indissociables ».

378 - Clan qui est, on le verra, débiteur de la réparation symbolique par la coutume de pardon, cf. *infra*.

Même s'il est difficile d'y voir une position de principe quant à une éventuelle solidarité familiale ou clanique – l'auteur des faits étant décédé et la « responsabilité » familiale et clanique s'expliquant en l'espèce davantage par la dévolution successorale de la dette indemnitaire – il a été jugé qu'il peut y avoir une sorte de responsabilité collective de la famille et de son clan lorsque l'auteur des faits est décédé, le clan héritant « des biens situés sur les terres de droit coutumier ». Il a ainsi été jugé de « la responsabilité collective portée par le clan suite aux agissements de l'auteur. Ainsi ce n'est pas uniquement la maman qui est responsable pour son fils, suite à son décès, mais plutôt la famille et le clan qui « hérite », la maman est donc « coresponsable » avec la famille de son mari et son clan, « *in solidum* » en quelque sorte, car elle porte le nom Z. par alliance. Ainsi elle est donc coresponsable des conséquences du litige causé par son fils »<sup>379</sup>. Le clan, en ce qu'il a la personnalité juridique et qu'il est reconnu comme une « personne » de statut civil coutumier, régi en cela par la coutume dans ses rapports avec les autres clans ou avec les personnes physiques<sup>380</sup> de statut coutumier, peut voir ainsi sa responsabilité engagée.

## II. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE COUTUMIÈRE

Les conditions de la responsabilité extracontractuelle coutumière sont, globalement, les mêmes que celles en droit civil de la responsabilité. Les décisions relèvent en effet toutes une faute, qui découle le plus souvent de la commission d'une infraction jugée comme telle par la juridiction pénale, cause directe d'un préjudice subi par la victime.

Dans le dispositif de nombreuses décisions, il est posé pour principe que :

*l'obligation de réparer le dommage, quelle qu'en soit la nature, résultant du fait volontaire ou non de son auteur, est admise dans les relations coutumières.*<sup>381</sup>

Si le lien de causalité ne présente aucune particularité notable, les décisions visant un « lien direct et certain »<sup>382</sup> avec les faits dont l'auteur a été reconnu coupable par la juridiction pénale, les notions de faute et, surtout, de préjudice, parce qu'elles doivent être définies et comprises par le prisme de la coutume et des valeurs coutumières, offrent une image parfois originale par rapport au droit civil. Ce faisant, la question soulevée précédemment sur la capacité de la coutume à offrir aux victimes de statut civil coutumier une protection et une indemnisation efficaces, dont l'étalon se mesure sans doute au regard du droit civil commun, se trouve une nouvelle fois posée. Plusieurs interrogations guideront l'analyse des décisions rendues par

379 - TPI Nouméa, 7 novembre 2011, RG n° 08/1857.

380 - CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532. Sur cette question, voir É. CORNUT, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in C. CASTETS-RENARD et G. NICOLAS (dir.), *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, 2015, p. 125-154.

381 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397 (infirmant TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/170). *Adde* TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 5 mars 2013, RG n° 13/54 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 13 décembre 2010, RG 10/243, avd.

382 - Par ex. TPI Nouméa, sect. Koné, 8 février 2016, RG n° 15-287 ; TPI Nouméa, 9 janvier 2015, RG n° 14/1015 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> décembre 2014, RG n° 13/1963.

les juridictions, afin de déterminer si la protection offerte à la victime par la coutume est moindre, meilleure ou équivalente à celle dont bénéficient les victimes de droit commun :

- la coutume permet-elle de retenir une grande variété de fautes, et, réciproquement, a-t-elle pour effet d'excuser plus facilement certains comportements ?
- la coutume permet-elle de retenir comme indemnisables des préjudices qui le sont en vertu du droit civil commun ? Et au-delà permet-elle l'indemnisation de préjudices spécifiques ?

## II. A. La faute

### II. A. 1. La nature de la faute

Les fautes relevées et sanctionnées comme telles dans les décisions analysées sont classiquement tragiques : homicides, agressions sexuelles extra et intrafamiliales, coups et blessures, incendie et dégradations de biens, en particulier de cases, expulsion de familles, violation de propriété, insultes. Les fautes commises sont volontaires comme involontaires, d'imprudence ou de négligence, ou encore d'abstention<sup>383</sup>.

Aucun de ces faits n'est, en soi, excusé par la coutume et plusieurs décisions le rappellent, parfois au frontispice de leur motivation, comme celle rendue par la Cour d'appel de Nouméa le 26 mars 2015 (RG n° 14/24, préc.) qui vise « le principe coutumier selon lequel "*Wamwêng ma wadoxaharevan ra inamerâêr ra aldââny*" (La coutume n'excuse pas la violence) »

Pour qualifier les faits de faute et en définir la gravité, les décisions opèrent de façon tout à fait classique. Outre que la qualification pénale s'impose à la juridiction en formation coutumière comme à toute juridiction, un fait non pénalement répréhensible peut être constitutif d'une faute au sens coutumier. Sur ce point, il n'y a guère de différence quant aux critères de qualification des faits en faute. Ainsi un homicide ou des violences volontaires sont graves parce qu'ils portent atteinte à une valeur universellement fondamentale, la vie et l'intégrité physique des personnes. La norme applicable à cette caractérisation n'a ici aucune incidence : la faute est reconnue et justifie la condamnation de son auteur. Il n'en reste pas moins que la faute et sa gravité s'apprécient au regard de la normativité coutumière. Si, on le verra, cette appréciation coutumière peut conduire, à l'instar de ce qui existe également en droit civil, à des partages de responsabilité entre l'auteur et la victime, la dimension coutumière de la faute commise imprime à celle-ci une qualification particulière, le plus souvent dans le sens d'une plus grande gravité.

Ainsi, contrairement à ce qui a été soutenu parfois au plus haut niveau<sup>384</sup>, les violences physiques ou sexuelles commises à l'intérieur de la cellule familiale sont reconnues comme

383 - Par ex. CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/117 où il est reproché à un petit chef de ne pas avoir invité « le clan X à suivre les règles coutumières en prenant les dispositions en ce sens et en faisant lever les obstacles auxquels s'étaient heurtés les appelants ; Qu'il avait enfin le devoir de surveiller la mise en œuvre de la sanction décidée afin qu'elle ne se traduise par aucune atteinte aux personnes et aux biens ».

384 - On rappellera les propos tenus par la procureure générale en 2012 : « bon nombre de comportements pouvant nous apparaître comme une faute n'ont pas cette qualification dans la société traditionnelle kanak, et ne peuvent donc servir de fondement à une action en réparation. C'est particulièrement vrai s'agissant des violences faites aux femmes et aux enfants, qu'il s'agisse des abus sexuels ou d'autres formes de violences intrafamiliales. Les hommes en tant que mari ou père s'estiment souvent en droit d'exercer ces violences, expression légitime de leur mécontentement. [...] L'usage de la contrainte dans les relations sexuelles, l'absence de consentement de la victime, ne sont donc pas répréhensibles si l'homme est autorisé à avoir des relations sexuelles avec elle ».

des fautes coutumières, suffisamment graves pour justifier non seulement une réparation financière et sociale, mais également, s'agissant par exemple d'une épouse victime, d'un retour dans son clan d'origine afin qu'elle reçoive de lui protection et secours, en vertu notamment du principe de solidarité clanique. Condamnant de tels faits, deux jugements tentent ainsi, par une motivation soignée, de faire œuvre de pédagogie en rappelant les principes coutumiers atteints par les violences conjugales :

Dans le premier il est rappelé que :

*les faits de violences sexuelles et de violences conjugales, même s'ils sont difficiles à évoquer, en ce qu'ils relèvent de la sphère privée, n'en constituent pas moins des faits prohibés dans la coutume. En effet par le passé des chefferies dans les îles ont été amenées à ordonner la séparation physique de couples dans lesquels les maris se comportaient de façon abusive vis-à-vis de leurs épouses, commettant des violences et imposant des relations sexuelles non consenties. En réponse à ce type de comportement le Grand Chef avait ordonné que la femme aille vivre dans son clan et que le mari reste seul dans sa case, signifiant ainsi que ce comportement était blâmable et troublait les équilibres internes.<sup>385</sup>*

Dans le second il est jugé que :

*le comportement de X., à savoir commettre des violences sur sa compagne et ses enfants va à l'encontre de la culture kanak, en effet dans la coutume si l'homme donne le rang social, la place et l'éducation, à l'opposé la femme donne la vie, raison pour laquelle la femme est sacrée et doit être respectée. Dans la coutume, le père est obligé de subvenir aux besoins de la famille, mais avant tout il doit protéger sa famille contre les agressions extérieures. Or le tribunal constate au cas d'espèce que X. a dérapé, en ce que d'une part il a commis des violences à l'encontre de sa compagne et de ses propres enfants, et d'autre part il ne s'est pas excusé auprès de sa compagne qui reste vivre à ses côtés. Le tribunal tient à rappeler à X. qu'il doit élever ses enfants, et que parler ce n'est pas dire, et essayer : quand on dit les choses on parle de ce qu'on est, dans ce contexte le tribunal rappelle qu'il ne faut pas obliger les enfants à choisir où ils veulent aller, il faut être deux pour faire les enfants, et pour les élever. Il n'y a plus à essayer il faut faire les choses pour les enfants et non essayer. Ainsi au lieu de jouer son rôle de protection de sa famille, X. a mis les siens en danger, raison pour laquelle il sera fait droit à la demande présentée.<sup>386</sup>*

De même un homicide est une faute en ce qu'il est une atteinte à la vie d'une personne, ce quelle que soit la norme applicable. Sur ce plan, il n'y a aucune différence entre la coutume et le droit civil de la responsabilité en termes de faute, de gravité extrême de cette faute. Néanmoins, vu sous le prisme de la coutume, ce fait peut prendre une dimension particulière selon les circonstances dans lesquelles il a été commis, de la qualité des auteurs et des victimes, du contexte entourant sa survenue. Ainsi, dans une affaire intervenue sur fond de conflits fonciers coutumiers, la faute d'homicide s'est trouvée aggravée de plusieurs atteintes aux valeurs coutumières :

*une atteinte incontestable a été portée au principe du respect dû à un aîné (un « vieux » dans la société kanak), s'agissant de jeunes qui ont tué un «vieux» au sens coutumier, les auteurs des faits*

385 - TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/1530.

386 - TPI Nouméa, 19 septembre 2011, RG n° 09/1618.

*ont ajouté au crime lui-même, une dimension transgressive qui heurte profondément la sensibilité des proches de la victime, car au-delà de l'homicide, l'acte dégrade le statut social de la victime ;*

*une atteinte a été portée au principe du respect dû à la parole donnée, s'agissant d'un crime commis sur fond de conflit foncier ; qu'ainsi, quels que soient les droits respectifs des deux groupes familiaux en conflit, la tradition d'accueil dans la société kanak est conçue comme un acte d'alliance et de protection mutuelle entre deux entités familiales, l'une accueillant l'autre, chacune s'engageant à vivre en bonne intelligence ; qu'au regard de ce principe, le fait brutal du crime constitue la transgression de cette valeur fondamentale, en même temps qu'une attitude irrespectueuse à l'égard des aïeux qui ont voulu et formé une alliance interclanique en rapport avec la Terre, dont on sait la forte valeur affective et symbolique dans cette société.<sup>387</sup>*

## II. A. 2. Le partage de la faute

À l'instar de ce qui existe en droit civil pour certains motifs, la responsabilité peut être partagée s'il est constaté que la victime a, par son comportement, participé à la réalisation ou à l'aggravation de son dommage. La théorie de l'acceptation des risques a pu également être invoquée<sup>388</sup>. Au-delà des hypothèses qui peuvent être équivalentes à celles du droit commun<sup>389</sup>, la faute respective des parties et l'implication de ces fautes dans la production du dommage s'apprécient au regard des valeurs coutumières. Le non-respect de ces valeurs par la victime, qui a causé en tout ou partie l'acte de l'auteur, peut entraîner un partage de responsabilité, réduisant l'indemnité octroyée à la victime. Les décisions en donnent plusieurs exemples.

**Cas** – Dans une affaire de conflit entre deux clans, l'un accueilli sur les terres d'un autre, le clan accueillant ayant violemment expulsé le premier, il est jugé que :

*Il ressort des pièces versées au débat, ainsi que des auditions effectuées lors de l'enquête pénale que l'origine du conflit est imputable aux membres du clan U... qui, alors même qu'ils étaient accueillis sur les terres des M., n'ont pas respecté la place qui leur avait été octroyée. En effet à de multiples reprises, avant les faits sanctionnés dans ce dossier au pénal, le clan M. avait demandé puis exigé que les limites du terrain soient respectées, sans obtenir satisfaction.*

*Cela constitue une faute coutumière qui conduit à mettre à la charge des victimes une part de responsabilité dans la survenance du dommage.*

*Les demandeurs (victimes au pénal) seront donc déclarés responsables pour moitié.<sup>390</sup>*

Dans une autre affaire, un petit-chef, suite à une décision coutumière prise par plusieurs clans d'en expulser un autre, puis la décision du grand-chef d'autoriser le retour du clan expulsé et d'une coutume de pardon acceptée par chacun, a néanmoins détruit l'habitation du clan initialement exclu, celui-ci s'étant réinstallé d'autorité sans emprunter le « chemin

387 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 (confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39).

388 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397, infirmant TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/170.

389 - Voir par ex. CA Nouméa, ch. civ., 16 janvier 2014, RG n° 12/410, statuant de façon classique sans invocation d'un principe coutumier : « Le comportement violent et agressif de la victime envers l'auteur de l'infraction est de nature à limiter ou exclure son droit à indemnisation et, le cas échéant, celui de ses ayants droit. » La cour a ici statué dans sa formation de droit commun, aucune information n'est donnée sur le statut des parties.

390 - TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/246. Jugement sur les intérêts civils de CA Nouméa, 1<sup>re</sup> ch. corr., 28 avr. 2009 : JCP G 2009, n° 44, 384 et nos obs. ; RJPENC 2009/2, n° 14, p. 82 et notre article.

coutumier »<sup>391</sup> envers le petit-chef, lequel a également omis d'inviter le clan à suivre les règles coutumières quant à leur réinstallation. La cour, confirmant la décision rendue en première instance, retient un partage de responsabilité au motif que chacune des parties a manqué à ses obligations coutumières :

*les consorts X ont commis une grave faute en contestant l'autorité de M. Z, petit chef légitime ; Que la décision du conseil du district de LÖSSI d'autoriser le clan X à revenir à la tribu et l'acceptation par M. Z de la coutume de pardon, ne dispensait pas le clan X d'un respect scrupuleux des chemins coutumiers au moment de sa réinstallation ; Qu'en constatant l'absence, même s'ils la jugeaient volontaire, de M. W qui était l'une des étapes du chemin coutumier qu'ils devaient respecter, il leur appartenait de saisir les autorités supérieures pour voir dénouer cette difficulté ; Qu'en se réinstallant d'autorité dans leurs habitations, ils savaient ne pas avoir respecté la coutume et encourir une éventuelle sanction ; Que leur faute est donc caractérisée ; Attendu, par ailleurs, que M. Z avant de saisir les clans de la tribu de A d'une demande de nouvelle sanction coutumière d'expulsion aurait dû inviter le clan X à suivre les règles coutumières en prenant les dispositions en ce sens et en faisant lever les obstacles auxquels s'étaient heurtés les appelants ; Qu'il avait enfin le devoir de surveiller la mise en œuvre de la sanction décidée afin qu'elle ne se traduise par aucune atteinte aux personnes et aux biens ; Qu'en conséquence, en présence de fautes réciproques, la décision déferée a opéré un partage de responsabilité par moitié qui sera confirmé.*<sup>392</sup>

Dans une affaire de violences intrafamiliales à l'occasion d'un mariage, il a également été jugé que « Les auditions des différents membres de la famille révèlent que les défenderesses, sœurs de monsieur X, ont manqué de respect à leur frère dans sa maison et, pour des motifs divers, ont remis en cause des gestes coutumiers qu'il avait accomplis. Elles n'ont pas répondu, enfin, aux propositions de dialogue alors que la parole est un élément essentiel de la coutume Kanak. Elles ont ainsi participé par leur comportement irrespectueux, au dommage subi »<sup>393</sup>.

De même la victime, « qui a manqué de respect à son cousin [l'auteur], verra sa demande accueillie en partie pour tenir compte de sa responsabilité personnelle dans la survenance des faits »<sup>394</sup>.

Il a encore été jugé que « la responsabilité de Monsieur Z. résulte de sa condamnation pénale et n'est pas contestée. Toutefois il convient de tenir compte de la faute coutumière de la victime qui, en manquant de respect à la concubine de Monsieur Z. par les avances qu'il lui a faites dans le but d'engager une relation intime, et alors même qu'il s'agissait de la concubine de son neveu, a gravement troublé l'ordre public coutumier »<sup>395</sup>.

391 - Charte du peuple Kanak, point 7 : « Le chemin coutumier ou chemin de paille est le moyen et l'outil de communication utilisé par les clans et les chefferies pour porter un message vers d'autres clans et chefferies. Pour les chefferies, il est matérialisé par des personnes sur un itinéraire donné prédéfini par les alliances et par les "Maisons limitrophes" installées pour servir de "porte d'entrée" ».

392 - CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/117. Dans le même sens, même litige avec d'autres demandeurs : CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/118 ; CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/119.

393 - TPI Nouméa, sect. Koné, 25 juillet 2011, RG n° 11/71 avdd. Dans le même sens d'un partage, mais sans invocation directe d'une valeur coutumière : TPI Nouméa, sect. Koné, 20 juin 2011, RG n° 11/122.

394 - TPI Nouméa, sect. Koné, 12 juillet 2010, RG n° 10/105.

395 - TPI Nouméa, sect. Koné, 19 octobre 2009, RG n° 08-243, avdd. *Adde* TPI Nouméa, sect. Koné, 12 septembre 2011, RG n° 08-243.

**Appréciation** – Néanmoins cette participation de la victime à la réalisation de son propre dommage, si elle peut réduire son indemnité, ne peut cependant l'exclure totalement, d'une part (a), et la réduction ne doit pas être automatique mais appréciée à l'aune de la faute, du dommage, de la qualité de la victime et de l'auteur, d'autre part (b).

(a) Dans une affaire particulièrement violente et générée par un lourd et ancien conflit coutumier entre deux clans, il a été jugé par la juridiction de première instance, après une longue motivation présentant le contexte coutumier de cette affaire, que « la victime, en s'exposant volontairement à des violences, n'a pas pris soin de veiller à sa sécurité, dans le contexte conflictuel évoqué supra, et a, de fait, accepté de prendre un risque constitutif d'une faute qui conduit à exclure son droit à indemnisation et, par voie de conséquence, celui des ayants droit »<sup>396</sup>. La Cour d'appel infirme le jugement et juge que :

*surabondamment, à supposer que la prise de risque imputée à tort à la victime ait été avérée, et à supposer encore qu'un homme âgé, miné par une affection cardiaque ayant nécessité plusieurs interventions chirurgicales, ait pu avoir une attitude agressive et provocatrice à l'égard d'un groupe de jeunes gens en pleine force de l'âge, dont la violence était décuplée par la prise d'alcool, et à supposer enfin que l'on puisse déduire du comportement inadapté de la victime une quelconque prise de risque, ce constat ne pouvait justifier, d'aucune façon, l'exclusion totale de son droit à réparation, ainsi que l'ont fait les premiers juges ; que la faute de la victime ne pouvait (fût-elle moralement "inexcusable" selon certains points de vue) que générer un partage de responsabilité, la caractérisation retenue de la prétendue faute de la victime étant, en toute hypothèse, inopérante.*<sup>397</sup>

Comme en droit commun peut-on seulement esquisser l'hypothèse que la faute de la victime ne pourrait exclure totalement son droit à réparation qu'à la condition qu'elle ait été la cause exclusive et déterminante de son dommage, lorsqu'elle constitue un cas de force majeure pour l'auteur. Les décisions analysées ne donnent aucun exemple de cette hypothèse qui, sans doute, ne s'est pas encore posée directement au juge.

(b) D'autre part le juge apprécie si la faute de la victime est suffisamment grave, comparative-ment à celle de l'auteur, pour justifier une réduction du droit à réparation. Ainsi un soupçon de détournement d'argent par la victime ne peut justifier des violences physiques sur elle<sup>398</sup>. De même des insultes proférées par la victime ne peuvent justifier ni même atténuer les violences physiques commises par les auteurs. Dans une affaire, si le juge de première instance a opéré un partage de responsabilité entre les auteurs et la victime, l'attitude de la seconde ayant entraîné une réaction violente des premiers<sup>399</sup>, la Cour d'appel – après avoir rappelé les valeurs coutumières de respect mutuel, du rôle et de la place de chacun dans une famille et le clan, du statut de la femme – rejette cet argument, au motif que :

*ce sont donc toutes ces valeurs qu'ont bafouées les auteurs des violences, qui en tant que membres du clan du mari ont failli à leurs obligations coutumières qui s'étendent au-delà de la personne de leur belle-sœur au clan de celle-ci, lequel manifestement ne réclame rien ; Attendu que le rappel*

396 - TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/170.

397 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

398 - TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64 où le tribunal ne retient aucun partage de responsabilité alors que son éventualité avait été combattue par la victime.

399 - TPI Nouméa, sect. Koné, 1<sup>er</sup> octobre 2012, RG n° 10/243.

*de la normativité autochtone souligne le caractère particulièrement condamnable des violences et l'absence de comportement de la victime susceptible de légitimer ces violences ; qu'ainsi rien n'établit que la victime ait participé par son fait à une part de son propre préjudice*<sup>400</sup>.

De même la faute de la victime indirecte ne peut justifier la réduction du droit à indemnisation de la victime directe. Dans une affaire d'attouchement sexuel d'un frère sur sa jeune sœur, il a été jugé que « pour réduire le montant des dommages-intérêts [alloués à la victime directe] le jugement attaqué relève que si les faits sont particulièrement graves dans la Coutume qui prohibe ce type de comportement, les parents de la mineure conservent une part de responsabilité dans la survenue des faits puisque dans la Coutume, il est prohibé de demander à un jeune garçon de pratiquer la toilette de sa petite sœur »<sup>401</sup>. Cependant en l'espèce la cour d'appel infirme justement le jugement attaqué au motif que :

*s'agissant d'indemniser non pas le préjudice des parents mais le préjudice éprouvé par la mineure, dont l'indemnisation sera soustraite à ses parents pour être employée sous le contrôle du juge des tutelles, ce motif est impropre à justifier la diminution de la somme allouée à la mineure, celle-ci n'étant pas responsable des manquements éducatifs de ses parents ni à son égard ni à l'égard de son frère.*

L'argument aurait seulement pu justifier une réduction des dommages et intérêts demandés par les parents de la victime directe.

## **II. B. Le dommage**

Comme pour la faute, l'appréciation du préjudice relève, dans sa constatation, sa nature, son intensité, de la norme coutumière, tout comme l'identification de la victime elle-même. La lecture des décisions montre que la faute vue sous le prisme de la coutume est potentiellement cause non pas d'une, mais de deux catégories de préjudices et, partant, de réparations.

Un arrêt pose ainsi pour principe que :

*la coutume oblige celui qui cause un préjudice à autrui à réparer l'atteinte causée tant à l'harmonie clanique que l'atteinte à la personne de chaque victime.*<sup>402</sup>

Deux atteintes sont visées : une atteinte personnelle, qui concerne la victime directe et/ou indirecte, et qui appelle une réparation personnelle et financière ; une atteinte plus collective, à « l'harmonie clanique », dans la mesure où le comportement individuel d'une personne à l'égard d'une autre, met en cause le clan de l'auteur et atteint le clan de la victime, mettant alors en péril les relations interclaniques existant entre les deux clans, ce qui appelle une réparation symbolique censée renouer les liens rompus.

La société kanak étant vue comme davantage collective que tournée vers les droits individuels, il a souvent été dit, ou craint, que seule la réparation collective était possible et que la réalisation

400 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24.

401 - CA Nouméa, 16 octobre 2014, RG n° 13/152 visant les motifs du jugement attaqué (TPI Nouméa, 17 mai 2013, RG n° 12/2115).

402 - CA Nouméa, 20 mars 2014, RG n° 13/68.

de celle-ci valait réparation individuelle – l'excluant par conséquent<sup>403</sup> – ou qu'elle était un préalable indispensable à toute forme de réparation individuelle<sup>404</sup>, la soumettant alors à un aléa et, à tout le moins, à un délai potentiellement long<sup>405</sup>.

Si l'on peut penser que telle a été un temps la situation, en se référant à des travaux sans aucun doute solides et documentés mais anciens au regard du développement des juridictions coutumières<sup>406</sup>, les décisions rendues par ces dernières depuis au moins l'année 2007, c'est-à-dire depuis que la Cour de cassation a donné avis que les intérêts civils consécutifs à une infraction pénale relevaient de la juridiction civile en la formation coutumière, démentent complètement cette crainte et ces affirmations.

Il sera vu en effet que le « pardon coutumier », institution autochtone définie par la Charte du peuple kanak (point 17) comme « un processus dont le but est de parvenir à la réconciliation qui implique les parties en cause dans un conflit », n'est en rien exclusif ni le préalable nécessaire d'une indemnisation financière, directe et personnelle, du préjudice subi par la victime<sup>407</sup>.

Deux catégories de préjudices peuvent donc être identifiées et justifier un droit à réparation : un préjudice personnel d'une part (1), un préjudice collectif d'autre part (2). Dans les deux cas, la compétence de la coutume suppose que ces préjudices soient définis selon la norme coutumière, leur donnant alors une connotation particulière.

## II. B. 1. Le préjudice personnel

Le préjudice subi par une victime de statut civil coutumier se définit selon la norme coutumière. Dans le dispositif de l'une de ses décisions, la Cour d'appel de Nouméa rappelle que :

*Le droit à réparation intégrale du préjudice subi par la victime de statut coutumier kanak, impose l'appréciation de son préjudice au regard des critères et valeurs de la société coutumière, et dans le respect de l'autorité de la chose jugée au plan pénal.*<sup>408</sup>

Le principe est ainsi posé d'une *réparation intégrale* du préjudice personnel, c'est-à-dire qui prend en considération un vaste champ de préjudices dont il convient, s'ils sont en lien avec la faute commise, d'accorder réparation. Le principe est ici l'équivalent de celui du droit commun de la responsabilité civile, que la Cour de cassation rappelle régulièrement en énonçant que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable

403 - Voir not. les propos tenus par la procureure générale en 2012, selon laquelle « à supposer que le comportement soit considéré comme fautif, la réparation n'a pas nécessairement une forme indemnitaire, et elle vise à rémunérer le préjudice subi par le groupe auquel la victime appartient, et non l'individu ».

404 - Voir not. les propos tenus par la procureure générale en 2012, selon laquelle « Les juridictions spécialisées, lorsqu'elles sont saisies, considèrent que le geste symbolique que constitue la coutume de pardon, par lequel l'auteur de l'acte reconnaît sa responsabilité est un "préalable symbolique indispensable" ».

405 - Cette démarche « peut nécessiter d'attendre une génération, ou même que plusieurs soient passées, avant de pouvoir envisager une réconciliation réelle », toujours selon la procureure générale en 2012.

406 - Not. A. Bensa, Ch. Salomon, « Nouvelle-Calédonie. Les Kanaks face à l'appareil judiciaire », Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2003.

407 - Cf. *infra*.

408 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307 (dispositif).

n'avait pas eu lieu »<sup>409</sup>. On déduit traditionnellement de cette formule « la nécessité de réparer "tout le préjudice", mais aussi celle de s'en tenir au seul préjudice : autrement dit, "rien que le préjudice" »<sup>410</sup>. Les décisions rendues par les juridictions coutumières reprennent toutes, dans leur motivation, cette exigence d'une réparation intégrale. Sur ce point, le droit coutumier de la responsabilité n'apparaît pas moindre en termes de droit à réparation que ne l'est le droit civil.

### a. Variétés des préjudices réparables

Les décisions analysées montrent que la plupart des préjudices réparés en vertu du droit civil de la responsabilité le sont également en vertu de la coutume, selon une appréciation tout à fait comparable même si la norme de référence diffère. Des préjudices spécifiques, « en lien avec le particularisme du statut coutumier kanak », pourront également être pris en compte « si les parties le réclament »<sup>411</sup>.

**Au titre du préjudice matériel ou financier**, ont été reconnus le préjudice résultant de l'incendie de case et de destruction des affaires personnelles<sup>412</sup>, la réparation d'un véhicule volé et dégradé<sup>413</sup>, la perte de revenu<sup>414</sup>, divers préjudices matériels suite à des blessures et ITT<sup>415</sup>, le préjudice subi pour non-paiement d'une pension alimentaire<sup>416</sup> ou encore les conséquences liées au travail dissimulé : « le préjudice est constitué par l'absence de déclarations légales et la non rémunération complète du travail effectué »<sup>417</sup>. Le préjudice de perte ou de privation de jouissance d'un terrain sur lequel les personnes expulsées vivaient depuis longtemps a été reconnu<sup>418</sup>, mais il suppose que le clan, accueilli sur ledit terrain par un autre, ait un droit coutumier à s'y maintenir, ce qui n'est pas le cas en l'absence d'autorisation coutumière formalisée<sup>419</sup>.

**Au titre du préjudice physique ou psychologique**, ont été reconnus, dès lors qu'ils sont démontrés notamment par une expertise médicale<sup>420</sup>, les préjudices physiques résultant de faits de violences sexuelles et de violences conjugales ou familiales<sup>421</sup>, de coups et blessures<sup>422</sup>,

409 - Voir par ex. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 décembre 1966, *D.* 1967, p. 669 ; Cass. Crim. 12 avril 1994, *Bull. crim.* n° 146 ; Cass. Crim., 10 décembre 2013, n° 13-80.954.

410 - Ph. BRUN, *Responsabilité du fait personnel*, Rép. Civ. Dalloz, 2015, n° 157.

411 - TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> décembre 2014, RG n° 13/1963. Dans le même sens et reprenant le même motif : TPI Nouméa, 9 janvier 2015, RG n° 14/1015 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 10/143 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/220 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 13 décembre 2010, RG 10/243, avdd.

412 - TPI Nouméa, sect. Koné, 6 avril 2009, RG n° 08-13.

413 - TPI de Nouméa, 27 juillet 2012, RG n° 12/778.

414 - TPI Nouméa, sect. Koné, 1<sup>er</sup> octobre 2012, RG n° 10/243.

415 - TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64.

416 - TPI Nouméa, JAF, 18 octobre 2010, RG n° 09/1307, où le père a été condamné pour abandon de famille.

417 - TPI Nouméa, sect. Koné, 10 octobre 2011, RG n° 11/55.

418 - CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/117. Dans le même sens, même litige avec d'autres demandeurs : CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/118 ; CA Nouméa, 17 juin 2010, RG n° 09/119.

419 - TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/246. Jugement sur les intérêts civils de CA Nouméa, 1<sup>re</sup> ch. corr., 28 avr. 2009, *JCP G* 2009, n° 44, 384 et nos obs. ; *RJPENC* 2009/2, n° 14, p. 82 et notre article.

420 - Par ex. TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64 qui rejette l'indemnisation du préjudice esthétique et divise de moitié l'indemnisation du *pretium doloris* pour défaut d'expertise médicale.

421 - TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/1530, préc. ; TPI Nouméa, 19 septembre 2011, RG n° 09/1618, préc. Les attendus de ces deux décisions ont été reproduits *supra* (faute).

422 - Par ex. TPI Nouméa, sect. Koné, 8 février 2016, RG n° 15-287.

d'homicide. Ont été également indemnisés le préjudice esthétique<sup>423</sup>, d'anxiété<sup>424</sup>, de souffrances et de douleurs (*pretium doloris*)<sup>425</sup>, d'agrément<sup>426</sup>, de gêne dans les actes de la vie courante<sup>427</sup>, un « préjudice d'affection » pour une mère et sa fille mineure en raison du décès d'un fils et frère unique<sup>428</sup>, ou encore d'angoisse de mort<sup>429</sup>, notamment liée à « la frayeur causée par le fusil pointé sur la joue »<sup>430</sup>.

De même le **préjudice moral** est reconnu et, partant, indemnisé par plusieurs décisions<sup>431</sup>.

Ainsi la case ayant dans la société kanak une valeur hautement symbolique au-delà de sa fonction d'habitat traditionnel, sa destruction est source d'un préjudice moral qui résulte « de la nature des faits et de leurs conséquences sur [la victime] en l'absence de geste coutumier qui aurait apaisé les relations »<sup>432</sup>, du fait que la famille « a toujours vécu sur les terres dont elle a été expulsée et y avait construit, notamment, le domicile familial »<sup>433</sup>, ou encore des « circonstances de l'expulsion après 30 ans de vie sur les lieux ; [...] les circonstances de l'expulsion et les méthodes utilisées (contraintes, menaces, incendie) sont de nature à traumatiser ceux qui les ont subis »<sup>434</sup>. En centrant davantage l'argumentation sur la coutume, il a également été jugé que :

*le préjudice moral existe compte tenu des attaches familiales de la victime à la tribu de Z. Même si en principe la femme mariée doit s'installer dans le clan de son époux coutumier, elle peut conserver des biens et demeurer installée sur les terres de sa famille, en accord avec son clan ; [l'auteur] ne peut se prévaloir d'aucune autorité ni légitimité coutumière pour justifier la destruction de la case. Les assesseurs ont rappelé qu'une « case est sacrée », qu'on n'y entre pas « n'importe comment » et qu'en tout état de cause « on ne brûle pas pour régler les problèmes » ; En conséquence le préjudice moral existe et il est aggravé par l'absence de geste coutumier<sup>435</sup>.*

Plus classiquement, « la destruction de son habitation engendre [pour la victime] un traumatisme certain sur le plan moral et psychologique comme des tracasseries et soucis évidents justifiant l'allocation de dommages et intérêts au titre du préjudice moral »<sup>436</sup>. Ce préjudice a également

423 - TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 10/143 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 12 septembre 2011, RG n° 08-243.

424 - TPI Nouméa, sect. Koné, 12 septembre 2011, RG n° 08-243.

425 - TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331 ; CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

426 - TPI Nouméa, sect. Koné, 1<sup>er</sup> octobre 2012, RG n° 10/243 et CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24 (même affaire).

427 - TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331.

428 - TPI Nouméa, 7 novembre 2011, RG n° 08/1857.

429 - TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> décembre 2014, RG n° 13/1963.

430 - TPI Nouméa, sect. Koné, 3 janvier 2012, RG n° 11/249.

431 - Not. TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, 9 janvier 2015, RG n° 14/1015 ; TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/1530.

432 - TPI Nouméa, sect. Koné, 6 avril 2009, RG n° 08-13 (le juge notant en outre que « ce préjudice moral doit également être pris en considération des faibles revenus » de la victime).

433 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55, confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39, au sujet d'un éloignement du clan de ses terres qui, temporaire, a perduré au-delà d'une médiation.

434 - TPI Nouméa, 12 décembre 2011, RG n° 10/246. Jugement sur les intérêts civils de CA Nouméa, 1<sup>er</sup> ch. corr., 28 avr. 2009 : *JCP G* 2009, n° 44, 384 et nos obs. ; *RJPENC*, 2009/2, n° 14, p. 82 et notre article.

435 - TPI Nouméa, sect. Koné, 15 octobre 2012, RG n° 12/3.

436 - TPI Nouméa, sect. Koné, 5 mai 2008, RG n° 08/8.

été reconnu pour une violation de domicile, sans autre dommage matériel<sup>437</sup>, ou encore suite au vol et aux dégâts causés à un véhicule, entraînant son immobilisation et l'utilisation des transports en commun le temps des réparations<sup>438</sup>.

Le préjudice moral pour menaces de mort par un mari à l'encontre de son épouse a également été reconnu<sup>439</sup>.

Selon les circonstances, le préjudice peut être aggravé par le fait que « la dénonciation des faits a été difficile compte tenu des liens familiaux existants qui constituent un interdit coutumier aggravant les faits. »<sup>440</sup>.

Est également pris en considération, comme poste de préjudice moral « en lien avec le particularisme du statut coutumier kanak [...] les conséquences de l'acte délictueux sur l'insertion de la victime dans son clan, c'est-à-dire sur son statut en tant que membre du clan »<sup>441</sup>. La formule est importante en ce que la victime peut, du fait de l'atteinte qu'elle a subie et de son appréciation au regard des valeurs coutumières, perdre la place, le rang, le statut ou à tout le moins la considération qu'elle avait dans son clan, alors même qu'elle n'est que victime<sup>442</sup>.

De nombreuses décisions prennent enfin en compte, comme poste de préjudice, « les sujétions procédurales spécifiques nées du dédoublement de la procédure, imposée par l'impossibilité légale pour la juridiction pénale d'examiner le contentieux des intérêts civils, en imposant une seconde instance au demandeur à la réparation »<sup>443</sup>. En soi étrange dans la mesure où cette sujétion procédurale découle directement de la reconnaissance du statut civil coutumier, statut dont les parties se prévalent, il n'est pas certain que ce poste de préjudice puisse perdurer avec la réforme de l'article 19 de la loi organique qui permet dorénavant, sauf opposition de l'une des parties, à la juridiction pénale de statuer sur les intérêts civils<sup>444</sup>.

## b. La victime

Le droit coutumier de la responsabilité ouvre un droit à réparation intégrale du préjudice autant pour la victime directe de la faute, que pour les victimes indirectes.

**Victime décédée** – Comme en droit civil<sup>445</sup>, le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance physique et morale éprouvée par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers qui peuvent alors l'exercer. Les parties agissent ici non en réparation d'un préjudice qu'elles auraient directement subi mais en leur qualité d'héritiers

437 - TPI Nouméa, sect. Koné, 3 octobre 2011, RG n° 11/97.

438 - TPI de Nouméa, 27 juillet 2012, RG n° 12/778.

439 - TPI Nouméa, 21 novembre 2011, RG n° 11/749.

440 - TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/220 (en l'espèce viol sur mineure par un cousin).

441 - TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> décembre 2014, RG n° 13/1963. Dans le même sens et reprenant le même motif : TPI Nouméa, 9 janvier 2015, RG n° 14/1015 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128 ; TPI Nouméa, sect. Koné., 28 juillet 2014, RG n° 10/143 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/220 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 13 décembre 2010, RG 10/243, avdd.

442 - Sur l'importance de cette place de chacun, voir la Charte du peuple Kanak, points 40 et s., 59 et s.

443 - *Ibid.*

444 - Cf. *supra*.

445 - Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 05-87.379, *Bull. civ.*, 2008, ass. plén., n° 2.

du défunt, en recouvrement d'une créance née avant le décès. L'action est recevable quel que soit le type de préjudice subi par la victime avant son décès (matériel, physique, moral, *pretium doloris*)<sup>446</sup>. Dans l'affaire rapportée, l'action a été introduite par les héritiers. Comme en droit civil, l'action engagée par la victime avant son décès peut également être poursuivie par ses ayants droits et, si elle ne l'est pas, la juridiction ne peut réparer le préjudice causé à la partie civile décédée en cours de procédure<sup>447</sup>.

**Victime indirecte** – Les victimes indirectes sont « recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont elles ont personnellement souffert et découlant directement des conséquences des faits »<sup>448</sup>. Les décisions en donnent des exemples<sup>449</sup>. La preuve d'un préjudice moral suppose notamment que le demandeur démontre qu'il a entretenu des « liens d'affection particuliers, constants et actuels au moment du décès » de la victime.

Au-delà des critères classiques qui peuvent justifier ces liens entre la victime directe et les victimes par ricochet, qui sont globalement équivalents entre le droit coutumier et le droit civil en ce qui concerne la famille dite proche (ascendants, descendants au premier et deuxième degrés, frère et sœur) et au-delà à toute personne ayant eu des liens d'affection étroits avec la victime, la qualité de victime indirecte s'apprécie au regard des normes coutumières. Deux affaires illustrent les particularités induites par la norme applicable et ses conséquences sur la reconnaissance de la qualité de victime indirecte et, le cas échéant, de l'évaluation du montant de la réparation.

Dans la première, la question était de savoir si un oncle utérin pouvait invoquer un préjudice en qualité de victime indirecte et, si oui, à quelle hauteur était fixé son droit à réparation. La Charte du peuple kanak, en première position des « valeurs fondamentales de la civilisation kanak » exprime que « La VIE est sacrée. Le SANG, source de la vie qui coule dans les veines d'un individu, provient de l'ONCLE MATERNEL à qui il confère la responsabilité de le suivre et de veiller sur son parcours de la naissance à la mort », ou encore que (point 62) « La naissance d'un enfant est un acte de foi et un gage d'avenir pour le clan et sa destinée. La naissance implique la reconnaissance du lien de sang avec l'oncle maternel ». Il en découle que :

*Dans la coutume kanak, l'oncle maternel est celui qui « donne le souffle à l'enfant (la vie) quand il naît et qui le reprend quand il meurt » ; que l'enfant qui « doit sa vie tant à sa mère qu'à son oncle utérin » est lié, de ce fait, à cet oncle utérin par un véritable rapport filial, lequel prime même sur le rapport père/fils, et s'avère déterminant dans l'appréciation du préjudice éprouvé par l'oncle du fait de la perte de son neveu ;*

*Que la seule référence au lien de parenté coutumier induit une indemnisation comparable à celle fixée pour la perte d'un fils biologique ; qu'il convient d'allouer à [l'oncle utérin] la somme de 1.000.000 F CFP au titre de son préjudice moral du fait de la perte de son neveu.<sup>450</sup>*

On le voit, non seulement le droit à réparation de l'oncle utérin semble acquis au-delà de toute considération tenant à l'existence de liens concrets d'affection, mais encore son évaluation est

446 - Par ex. CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397 en ce qui concerne le *pretium doloris* et le préjudice moral.

447 - Cass. Crim., 18 février 2014, n° 13-81.281 : *Resp. civ. et assur.* 2014, comm. 144.

448 - TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/171.

449 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397 (infirmant TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2012, RG n° 12/170).  
Adde dans la même affaire : TPI Nouméa, sect. Koné, 2 juin 2014, RG n° 12/170.

450 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397, préc.

à la hauteur de l'indemnité octroyée aux père et mère de la victime. En droit civil, s'il est admis que le droit à réparation du préjudice moral subi par un tiers à la suite du décès de la victime n'est pas limité aux ascendants ou descendants directs mais peut s'appliquer à toute personne ayant eu des liens d'affection étroits avec la victime, ainsi à un oncle utérin, la réparation n'est jamais équivalente à celle que peuvent recevoir les ascendants ou descendants directs même si les liens entre l'oncle et la victime sont de nature quasi-filiale<sup>451</sup>.

Dans la seconde affaire, la qualité de victime indirecte est à l'inverse rejetée eu égard à une norme coutumière. Suite au décès d'une femme, passagère d'un véhicule accidenté conduit par son époux, les enfants et petits-enfants du couple ont agi contre leur père et grand-père en responsabilité, non pour voir celui-ci condamné, mais dans l'« objectif [...] d'obtenir une indemnisation fondée sur le contrat d'assurance automobile, et semblaient découvrir qu'il fallait pour cela faire condamner leur père et grand-père ». Le tribunal estime que « les valeurs coutumières de respect dû aux anciens, aux parents et grands-parents, à la mémoire des morts, ne permettent pas d'envisager une action en condamnation comme celle qui est soumise à l'appréciation du tribunal. Que c'est sans doute pour cette raison que les demandeurs persistent à fonder leur action sur les articles 1382 et 1384 du Code civil ». Le tribunal se déclare incompétent et renvoie l'affaire devant la juridiction de droit commun<sup>452</sup>.

## II. B. 2. Le préjudice collectif – clanique – aux « valeurs coutumières »

Au-delà de l'appréciation d'un préjudice personnel autant pour la victime directe que pour les victimes indirectes qui se réalise en référence au droit coutumier et, partant, aux valeurs coutumières, il apparaît des décisions qu'un préjudice spécifique à ces valeurs peut également être pris en compte et justifier un droit à réparation collectif, symbolique d'une part *via* la coutume de pardon<sup>453</sup>, mais également financier, d'autre part.

Deux décisions posent le cadre :

*La réparation par équivalent doit s'adapter pour répondre tant aux exigences de la société actuelle, qui imposent au monde kanak une certaine monétarisation des échanges, que pour prendre en compte les spécificités de la société autochtone au regard de la nature des préjudices, en ce qu'elle ancre la personne dans des solidarités claniques et inter-claniques qui ne peuvent être ignorées puisqu'elles déterminent son statut social (la place coutumière) et sa manière d'être, et en ce que le groupe familial peut être collectivement atteint par l'atteinte grave portée à l'un d'eux, ce que par exemple la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qualifie de « préjudice spirituel » pour appréhender une forme aggravée de préjudice moral lorsque l'atteinte causée à l'un des leurs affecte le lignage complet ; [...]*

*Et attendu, au regard de ces considérations sur l'existence de « dommages immatériels » ou de « préjudices spirituels », que la nomenclature des préjudices telle qu'elle existe en droit civil s'avère (au moins pour partie) inadaptée et incomplète en ne prenant pas en compte l'existence de préjudices ressentis personnellement dans un rapport au groupe, aux ancêtres et à la terre, qui résultent d'atteintes*

451 - Par ex. CA Aix-en-Provence, 10 avril 2007, *JurisData* n° 2007-337110. Adde CA Paris, 19 mai 2000, *JurisData* n° 2000-116531 ; CA Paris, 16 juin 2014, RG n° 12/12342.

452 - TPI Nouméa, sect. Koné, 10 juin 2014, RG n° 13/329. Dans cette affaire, aucune faute pénale n'a été reconnue à l'encontre du conducteur et le tribunal estime que « les circonstances [...] ne permettent pas d'envisager la mise en cause de la responsabilité de M. X... selon les principes coutumiers ».

453 - Cf. *infra*.

à des valeurs fondamentales propres à la société kanak, telle que la valeur accordée au sang ; Qu'ainsi, et afin de rendre effectif ce droit à réparation intégrale du préjudice – étant rappelé que cette réparation intégrale passe par l'examen des préjudices éprouvés par les parties au regard de leur propre grille de lecture culturelle, adossée à leur statut personnel – il convient d'envisager la réparation des préjudices éprouvés par chacun en lien avec les valeurs coutumières, c'est-à-dire les "préjudices personnels liés à l'atteinte aux valeurs communautaires" : tels que les chefs de préjudice nés de la violation des valeurs de respect, si fortes dans une société de type hiérarchique, et si essentielles dans une société qui valorise la solidarité inter-générationnelle (respect des ancêtres et respect dû à la terre comme matrice de l'ensemble des rapports sociaux).<sup>454</sup>

**Typologie des préjudices** – Plusieurs préjudices « spirituels » peuvent être identifiés à l'analyse des décisions rendues. D'autres peuvent être envisagés notamment au regard des « valeurs fondamentales de la civilisation kanak » déclarées par la Charte du peuple kanak.

L'arrêt précité rendu par la Cour d'appel de Nouméa estime que « relèvent de ce type de préjudice les préjudices liés à l'atteinte au nom ou au respect dû à la terre (CA Nouméa 22 mai 2014 RG n° 2012/ 101, G...c. H...), ou encore à l'aîné, dans le cas d'un crime commis sur fond de conflit foncier et de compétition pour la chefferie (CA Nouméa, 12 Juin 2013, RG n° 12/ 387, consorts D...contre A...) »<sup>455</sup>.

Ces préjudices spécifiques ont été reconnus par des décisions. Ainsi la section détachée de Koné a jugé que :

*Une atteinte incontestable a été portée au principe du respect dû à un aîné (un « vieux » dans la société kanak), s'agissant de jeunes qui ont tué un « vieux » au sens coutumier, les auteurs des faits ont ajouté au crime lui-même, une dimension transgressive qui heurte profondément la sensibilité des proches de la victime, car au-delà de l'homicide, l'acte dégrade le statut social de la victime ;*

*Une atteinte a été portée au principe du respect dû à la parole donnée, s'agissant d'un crime commis sur fond de conflit foncier ; qu'ainsi, quels que soient les droits respectifs des deux groupes familiaux en conflit, la tradition d'accueil dans la société kanak est conçue comme un acte d'alliance et de protection mutuelle entre deux entités familiales, l'une accueillant l'autre, chacune s'engageant à vivre en bonne intelligence ; qu'au regard de ce principe, le fait brutal du crime constitue la transgression de cette valeur fondamentale, en même temps qu'une attitude irrespectueuse à l'égard des aîeux qui ont voulu et formé une alliance interclanique en rapport avec la Terre, dont on sait la forte valeur affective et symbolique dans cette société ; que ce crime a nécessairement constitué une source de préjudice, éprouvé par chacun des proches de la victime, dont témoigne leur vif ressentiment ; que, toutefois, il ne s'agit pas d'un préjudice moral classique, mais d'un préjudice spécifique lié au trouble moral né d'une atteinte, au travers de la mise à mort d'un homme, à la « parole donnée » c'est-à-dire à l'une de ces valeurs fondatrices (« valeurs de civilisation ») qui sont au fondement de la société kanak ;*

*Une atteinte a été causée à l'intégrité morale du clan dont la victime était membre, chaque membre du clan pouvant éprouver ce type de préjudice, même s'il n'était pas spécialement proche de la victime ; qu'en effet, tout membre du clan éprouve un préjudice moral spécifique, du fait que*

454 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24. *Idem* : CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

455 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24.

*chacun, pris depuis la place coutumière qui est la sienne, est garant des droits de ce clan, et parce que pèse sur chacun le devoir de perpétuer le clan, le nom de la terre sur laquelle vit le clan, et de sauvegarder les espaces (terres notamment) liés à la mémoire du clan et à la perpétuation de son existence ;*<sup>456</sup>

Dans une affaire, la Cour d'appel, infirmant le jugement de première instance, indemnise les frères, sœurs et deux nièces proches de la victime – une femme, non mariée – pour leur préjudice moral apprécié à l'aune des valeurs coutumières et de ce que représente une femme pour un clan :

*Tous vivent à la tribu de T, ce qui implique une proximité incontestable renforcée par les activités coutumières et même les travaux en commun, étant rappelé que la victime a été fauchée sur le bord de la route alors qu'elle revenait du travail des champs en compagnie d'autres membres de la tribu ; que n'étant pas mariée elle n'avait pas rompu le lien clanique ce qui souligne, au-delà de la simple considération des liens affectifs, que les membres du clan déplorent la perte d'un des leurs, porteur de vie et d'avenir pour le clan ;*

*Qu'il convient de rappeler qu'au regard des valeurs exposées dans la Charte du peuple kanak : « 60 La femme est l'être sacré qui donne la vie. Une fille ou une femme a pour symbole végétal et naturel, le taro d'eau, le cocotier et l'eau. Elle est source de vie et de fertilité. Elle est la source de nouvelles alliances et le lien entre les clans et entre les générations. Elle est la valeur absolue pour la paix et la prospérité » ; « 68 [...] L'homme a autorité sur la terre et la femme sur les enfants, leur éducation et la vie familiale. La femme est l'être sacré qui donne la vie et doit être respectée comme telle. Elle a un rôle d'assise et de cohésion sociale dans la famille et dans le clan » ;*

*Qu'elle est celle qui perpétue la vie (la victime avait 42 ans et un petit garçon de 3 ans), or, toujours selon la Charte du peuple kanak, « 62 La naissance d'un enfant est un acte de foi et un gage d'avenir pour le clan et sa destinée. La naissance implique la reconnaissance du lien de sang avec l'oncle maternel » ;*

*Que l'appréciation du préjudice moral invoqué par les membres du clan (frères et sœurs et nièces) doit être faite à la lumière de cette normativité autochtone qui souligne au travers de la perte d'un être cher, l'atteinte portée au clan tout entier et donc aux valeurs coutumières fondées sur des solidarités entre membres d'un même clan*<sup>457</sup>.

Dans le cadre d'un litige foncier, où des membres d'un clan ont chassé de terres ceux d'un autre clan, il est jugé que :

*Cette normativité autochtone souligne, enfin, le fait que la contestation portée devant notre juridiction au-delà de son objet « foncier » touche aux fondements spirituels, à la cohésion sociale, et aux principes de civilisation de la société kanak, et que de la violation de ces règles peut découler un préjudice immatériel moral et spirituel ; [...]*

*M. X. établit que son clan subit un « préjudice moral coutumier », dont le montant doit être fixé à Un million de Francs CFP compte tenu de la durée de la procédure depuis 2006, de la violence morale*

456 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 (confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39).

457 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307.

*exercée sur le clan tout entier, du caractère public de l'outrage porté aux valeurs coutumières, c'est-à-dire de l'atteinte portée à « l'organisation sociale fondée sur le respect de l'esprit des ancêtres [...] la complémentarité et la solidarité des clans » (Charte du Peuple kanak précitée).<sup>458</sup>*

Au-delà des hypothèses reconnues par des décisions, chacune des valeurs coutumières de la société kanak, notamment celles déclarées par la Charte du peuple kanak, peut en tant que telle être violée et dès lors cause d'un préjudice moral immatériel et spirituel pour l'autorité coutumière gardienne de cette valeur. Ainsi et alors que 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<sup>459</sup>. 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<sup>460</sup>. 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.<sup>461</sup>

**Victime du préjudice** – Il ressort des décisions que ces atteintes aux valeurs coutumières, en plus d'être source ou facteur aggravant d'un préjudice personnel, sont également, en tant que telles, la cause d'un « préjudice moral coutumier immatériel et spirituel » dont la victime apparaît être, en premier lieu, le clan.

Dans un jugement rendu par la section détachée de Koné, est reconnue l'éventualité que le clan puisse être victime, en lien avec la faute commise contre l'un de ses membres et le dommage subi par celui-ci, d'un préjudice spécifique :

*Qu'il s'agit donc de réparer ici des préjudices, éprouvés personnellement et distincts du dommage causé au clan personne morale, en lien avec la dimension communautaire, c'est-à-dire avec la sensibilité particulière qu'impose la spiritualité kanak (le culte des ancêtres, les interdits et les tabous).<sup>462</sup>*

Bien que chaque membre d'un clan, d'une famille, puisse agir de façon individuelle en qualité de victime par ricochet, en invoquant son propre préjudice en lien avec des valeurs coutumières, afin d'obtenir une indemnisation personnelle, la Cour d'appel de Nouméa estime néanmoins que :

*Au regard des principes [coutumiers] énoncés ci-dessus, il eût été plus conforme aux logiques coutumières de solliciter une somme globale pour l'ensemble du lignage, à répartir par part virile entre les diverses parties civiles, au lieu d'une somme au profit de chacun des consorts Y-X ; que cependant, la demande étant particulièrement bien fondée, il y sera fait droit.<sup>463</sup>*

458 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1).

459 - F. TROLUE, « Le Kanak, le clan et la terre », in *La terre*, 6<sup>e</sup> colloque Corail, 1993, p. 158-159.

460 - R. LAFARGUE, « Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement. Droit au cadre naturel et réalités socio-culturelles : interdépendances et interdisciplinarité », *Droit et société*, 74/2010.

461 - Cf. *infra* sur la réparation de ces atteintes et le lien entre coutume de pardon et indemnisation.

462 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 (confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39).

463 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

Dans une autre affaire elle souligne dans le même sens que le préjudice personnel subi par chacun des membres d'un clan atteint en réalité le clan en tant que tel :

*Que l'appréciation du préjudice moral invoqué par les membres du clan (frères et sœurs et nièces) doit être faite à la lumière de cette normativité autochtone qui souligne au travers de la perte d'un être cher, l'atteinte portée au clan tout entier et donc aux valeurs coutumières fondées sur des solidarités entre membres d'un même clan.*<sup>464</sup>

Dans une autre décision est expressément reconnu le droit à réparation d'un clan, dont son chef a qualité pour l'exercer :

*le « lien à la terre » dont peut se prévaloir le clan X, justifie que M. X, agissant au nom du clan tout entier (personne morale) puisse solliciter l'indemnisation du préjudice (coutumier) immatériel moral et spirituel éprouvé par son clan – et ce indépendamment de la qualité du clan lésé, qu'il soit un clan « accueilli » ou un « clan terrien originel » (« Maîtres de la terre ») ; [...]*  
*le « lien à la terre » fonde la réparation d'un préjudice (coutumier) immatériel moral et spirituel éprouvé par le clan, indépendamment de la qualité du clan lésé, qu'il soit un clan « accueilli » ou un « clan terrien originel » ;*  
*[...] condamne solidairement MM. Ferdinand Y et Dick Y à payer à M. Rémy X, es qualité de chef de clan, la somme de Un MILLION de Francs CFP à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice immatériel moral et spirituel, éprouvé par le clan X ;*<sup>465</sup>

La possibilité d'une telle action directe du clan apparaît également dans la motivation de décisions qui définissent les liens entre réparation du préjudice personnel et coutume de pardon<sup>466</sup> : « aucune considération tenant à la perspective ou à la facilitation d'une "coutume de pardon", laquelle vise à rétablir le "lien social", ne saurait être opposée au droit à indemnisation des victimes personnes physiques, ou au clan personne morale agissant pour la défense des intérêts qu'il représente »<sup>467</sup>.

**Action en justice du clan, représenté par son chef** – L'action en justice suppose que non seulement le clan soit reconnu comme personne morale à part entière, mais également que le clan soit reconnu en sa qualité de porteur, de garant, de titulaire des valeurs coutumières qui sont atteintes et dont il aurait alors intérêt et qualité à en demander réparation. Ainsi il a été vu que « le "lien à la terre" fonde la réparation d'un préjudice (coutumier) immatériel moral et spirituel éprouvé par le clan »<sup>468</sup>, ou que c'est le lien clanique existant entre la victime et le clan qui permet à celui-ci d'invoquer un préjudice moral coutumier pour la perte d'un de ses membres<sup>469</sup>. Le clan est en effet au centre de la société kanak. Il est le ciment de son identité. Ainsi en ce qui concerne les droits fonciers, il est désormais reconnu que le clan est propriétaire coutumier. La propriété coutumière des clans trouve quelques fondements textuels. Une délibération du 28 octobre 1970, en soumettant la distribution des terres des tribus (districts)

464 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307.

465 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1).

466 - Sur cette question, voir *infra*.

467 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307 (appel partiellement confirmatif de TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2014, RG n° 13/76) ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39 (appel de TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55, qui confirme).

468 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101, préc.

469 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307.

à l'accord des clans, reconnaissait les droits fonciers coutumiers de ceux-ci<sup>470</sup>. La délibération n° 87 du 14 mai 1980 organisant la réforme foncière prévoit l'attribution de terres coutumières sous le régime de droit coutumier, aux clans dont les droits de propriété sont reconnus (art. 4). Son article 5 dispose notamment que la terre du clan est la propriété commune des groupes familiaux qui le composent, que le Conseil de clan règle l'usage et la répartition des terres entre les membres du clan ainsi que la constatation, s'il y a lieu, des droits de propriété du clan, selon le droit coutumier. Mais même sans fondement textuel, la propriété coutumière étant régie par la coutume kanak, c'est elle et elle seule qui peut dire qui est propriétaire coutumier.

Par deux arrêts, la Cour d'appel de Nouméa, statuant en la formation coutumière, juge ainsi que<sup>471</sup> :

*Le clan est l'unité familiale de référence ; que les individus n'ont d'identité qu'au travers du clan ; que le clan est détenteur des terres et en assure la répartition entre ses membres ; que le pasteur Leenhardt souligne que si le grand chef dispose de terres ce ne peuvent être que les terres de son propre clan (Gens de la Grande Terre p. 151) ; que la grande chefferie pouvant être issue de clans « accueillis » elle est souvent moins bien dotée que ne le sont les « Maîtres de la terre » (clans « terriens ») qui sont les seuls véritables propriétaires du foncier, les clans « accueillis » n'étant que leurs obligés en ce qu'ils tiennent des Maîtres de la terre les prérogatives qu'ils exercent en lien avec la terre ;*

*[...] dans ces conditions, [...] le clan seul titulaire de droits fonciers, est seul à même d'en décider l'affectation ; qu'eu égard à l'importance sociale et symbolique que revêt la terre dans cette société, le clan détenteur des droits fonciers constitue la structure essentielle de la société kanak ; que le clan est le pilier autour duquel se déroule la vie sociale.*

Dans la mesure où le clan est propriétaire coutumier, il doit se voir reconnaître la personnalité morale, sous peine de lui dénier cette qualité. C'est ce qu'admet la Cour d'appel de Nouméa en déclarant le clan propriétaire coutumier juridiquement capable, dès lors, d'ester en justice, représenté par son chef<sup>472</sup> :

*Refuser au clan la personnalité juridique serait une forme de déni complet de la société autochtone, en déniant à cette structure, seule investie de devoirs et donc de prérogatives, le droit d'agir pour leur défense ;*

*Attendu que le clan détenteur des droits d'une unité familiale élargie ne se résume pas à la somme des individualités qui le composent ; qu'il défend des intérêts collectifs dignes d'être protégés par la loi ; qu'il est doté d'organes exécutifs, désignés par les divers membres du clan ce dont attestent les actes coutumiers (les procès-verbaux de palabre) ;*

*Qu'il remplit donc bien les critères requis, au regard de la théorie dite de la réalité technique de la personnalité morale, pour se voir reconnaître la personnalité juridique, même en l'absence de texte, au sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation : « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; (...) elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » (Civ. 28 janvier 1954, Comité d'établissement de Saint-Chamond, Bull. 1954, II, n° 32).*

470 - J.-L. VIVIER, « Le droit français face à la coutume kanak », *Rev. jur. pol.* 1990, p. 470.

471 - CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532. Sur cette question, voir É. CORNUT, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », préc.

472 - *Ibid.*

**Rôle du juge** – Comme pour n’importe quel préjudice, il appartient au demandeur d’invoquer et de démontrer une atteinte aux valeurs coutumières dont il se prétend victime. Ainsi dans une affaire, les parties invoquent un « préjudice moral à caractère coutumier » et la Cour d’appel « constate l’existence de préjudices spécifiques en lien avec l’atteinte aux valeurs communautaires et le statut coutumier kanak des victimes »<sup>473</sup>. Le positionnement du juge n’est cependant pas toujours neutre et la motivation de certaines décisions montre que si la juridiction coutumière ne peut se substituer aux parties pour faire valoir un tel préjudice aux valeurs coutumières, elle peut cependant leur indiquer cette possibilité, notamment *via* une décision avant dire droit. Deux affaires l’illustrent.

Dans la première il est jugé que « force est de constater que les parties civiles, qui n’ont jamais esquissé la moindre évocation des normes coutumières (sauf manifestement à la demande du tribunal sur la question de la coutume de pardon), n’ont manifestement pas entendu se placer sur ce terrain, et n’ont présenté aucune demande de ce chef pourtant fondamental, pas plus devant le premier juge que devant la cour d’appel, en se contentant d’argumenter à partir d’une conception très occidentalisée des rapports personnels et du préjudice qui en découle ; Qu’il convient d’en déduire que les parties civiles, pourtant de statut coutumier kanak, n’éprouvent pas de préjudices en lien avec les valeurs coutumières ou du moins qu’elles n’entendent pas en faire explicitement état »<sup>474</sup>.

Dans la seconde, sur fond de litige foncier ancien, la Cour d’appel, à propos du préjudice moral évoqué par la victime pour la destruction de cultures sur ses parcelles de terres, remarque que « M. X. qui invoque “l’humiliation” subie du fait des agissements des frères Y. sollicite donc la réparation d’un préjudice moral, distinct du préjudice matériel subi par Mme X. lequel a été réparé, en invoquant le fait qu’il est le “gardien” (au sens coutumier) de cette parcelle, en vertu du lien à la terre qu’il invoque et que contestent les frères Y. ; que la preuve et l’appréciation de ce préjudice (moral) – dont il n’indique pas s’il est subi par le clan ou par lui-même à titre personnel, s’il s’agit d’une atteinte de nature subjective et personnelle ou d’une atteinte aux valeurs communautaires ou spécifiques à la société kanak (cf. CA Nouméa, 12 juin 2013 RG n° 12/397) – dépend donc étroitement de la reconnaissance du “lien (de son clan) à la terre” »<sup>475</sup>. Mais au lieu de rejeter la demande d’indemnisation, la cour sursoit à statuer sur ce chef dans l’attente d’une mesure d’enquête, ce qui permettra au demandeur de préciser sa demande pour la suite de la procédure, en invoquant au nom du clan un préjudice moral immatériel et spirituel aux valeurs coutumières dont la cour reconnaitra l’existence<sup>476</sup>.

### III. LES CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE COUTUMIÈRE

Contrairement à ce qui a été parfois soutenu<sup>477</sup>, le caractère traditionnellement collectif de la réparation n’exclut pas le principe d’une réparation individuelle sous la forme d’une indemnité financière. Une décision rappelle ainsi que : « l’organisation lignagère n’a pas vocation à nier les droits des personnes, mais que ceux-ci s’expriment plus naturellement au travers du prisme

473 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

474 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

475 - CA Nouméa, 16 septembre 2013, RG n° 12-101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1). C’est nous qui soulignons.

476 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101.

477 - On se souvient notamment des propos de la procureure générale rapportés *supra*.

de cette organisation familiale, qui tend à préserver un équilibre entre droits personnels et solidarité familiale »<sup>478</sup>.

Plusieurs décisions affirment avec force le principe d'une double réparation, à la fois personnelle et financière, collective et symbolique :

*La coutume de pardon intéresse le « lien social » et non le droit à réparation des victimes ;*

*[...] le droit à réparation pour la victime de statut coutumier kanak est autonome et distinct de la « coutume de pardon », institution proprement autochtone dont la finalité est de rétablir le lien social et l'harmonie perturbée par l'acte dommageable, laquelle ne fait pas obstacle au droit à réparation intégrale du préjudice subi par la victime de statut coutumier kanak.*<sup>479</sup>

Une autre décision pose le principe que : *la perspective ou l'existence d'une « coutume de pardon » ne privait pas la victime de son droit à réparation*<sup>480</sup>.

### **III. A. Le principe d'une double réparation : personnelle et symbolique**

**Notion de coutume de pardon** – La coutume de pardon, ou « pardon coutumier », est définie par la Charte du peuple kanak (point 17) comme « un processus dont le but est de parvenir à la RECONCILIATION qui implique les parties en cause dans un conflit. Le point de départ en est la volonté exprimée par les parties de retisser les liens rompus par l'acte à l'origine du litige. La Coutume de Pardon est un acte réciproque entériné par les deux groupes ou parties au conflit ».

À propos de cette procédure de pardon coutumier qui existe également à Wallis-et-Futuna, une décision rendue par le tribunal correctionnel de Mata'Utu affirme que :

*Le pardon coutumier a pour vertu de prévenir le cycle des vengeances et de rétablir un minimum de sociabilité ; que si son importance ne doit pas être sous-estimée, toutefois, il ne peut ni constituer un obstacle aux poursuites ni même constituer une peine en ce qu'il ne constitue pas une démarche personnelle mais une cérémonie collective impliquant les familles ; qu'enfin, s'il est susceptible de constituer une forme de réparation symbolique du préjudice envisagé sous l'angle collectif de la perturbation apportée à l'ordre social, cette démarche ne saurait être opposée aux victimes pour leur dénier leur droit à réparation du préjudice subi.*<sup>481</sup>

**Distinction des deux modes de réparation : Principe** – Plusieurs arrêts rendus par la Cour d'appel de Nouméa éclairent opportunément la différence entre la « coutume de pardon », mode de réparation collectif propre à la coutume, et la réparation individuelle de la victime<sup>482</sup>. Il est en effet souvent entendu, ou cru, que l'une – la coutume de pardon – exclut l'autre – la

478 - CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

479 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307 (dispositif). *Idem* CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/397.

480 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24, reprenant le jugement avant dire droit de la même affaire, rendu le 13 décembre 2010 par la section détachée de Koné du TPI de Nouméa.

481 - TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80.

482 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307 ; CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24 ; CA Nouméa, 20 mars 2014, RG n° 13/68.

réparation individuelle. Ces arrêts viennent montrer que ces deux modes de réparation sont différents et complémentaires, qu'ils ne s'excluent pas l'un l'autre :

*D'abord, sur la nature et les spécificités de la réparation en lien avec la règle coutumière, et la distinction entre coutume de pardon et droit à indemnisation intégrale du préjudice :*

*Attendu que le droit à réparation intégrale du préjudice est autonome par rapport à la « coutume de pardon » ; que ces deux réponses, qui se situent sur des plans différents, ne s'excluent pas l'une l'autre, chacune remplissant une fonction sociale différente ; qu'en effet, le droit à réparation intégrale du dommage subi individuellement, est distinct du rétablissement du lien social brisé qui constitue la finalité de la « coutume de pardon » en ce qu'elle tend à mettre un terme au conflit au plan collectif, et à prévenir le désordre social ;*

*Que la coutume oblige celui qui cause un préjudice à une personne mais qui constitue aussi une atteinte à l'ordre coutumier, de réparer l'atteinte causée tant à l'harmonie clanique que l'atteinte causée à la personne de la victime ;*

*Que c'est par la « coutume de pardon » que s'ouvrent les voies de la réconciliation porteuse de paix sociale pour l'avenir, car dans la société kanak la réparation (au sens large du terme) participe de l'objectif de maintenir ou de rétablir les liens coutumiers rompus par un acte commis en violation des obligations coutumières de prudence et de respect ; que cela se traduit par un geste non exclusivement symbolique dit « coutume de pardon » ; que par ce geste l'auteur de l'acte, voire même son clan d'appartenance, reconnaît sa responsabilité ; que cette démarche est indispensable à la fois pour le rétablissement de l'harmonie des relations sociales perturbées au niveau des clans, et pour une complète réhabilitation sociale de la victime ;*

*Qu'ainsi le prix de la douleur personnelle ou encore l'indemnisation du préjudice moral ne répareront jamais l'honneur blessé, la désocialisation, voire la déchéance morale et sociale de la victime, imputables à l'auteur des faits ; qu'en ce sens, le processus de réparation-réconciliation, dont l'aboutissement est la « coutume de pardon », pourra seul y parvenir tout en garantissant, pour l'avenir, la paix sociale ; Mais attendu que ce mode de réparation du lien social peut n'intervenir qu'au terme d'un très long processus, voire jamais, puisqu'il intéresse les relations collectives ou communautaires et constitue le garant pour l'avenir de la paix sociale, même s'il peut aussi intervenir immédiatement après les faits pour prévenir un processus de vengeance ;*

*Que pour toutes ces raisons la « coutume de pardon », aussi importante soit elle, ne saurait faire obstacle ni retarder la mise en œuvre du droit à réparation de la victime, lequel ne concerne pas directement la sphère collective ;*

*Que la solution inverse reviendrait à sacrifier la personne victime face à des logiques et des intérêts collectifs qui la dépassent ;*

*Attendu dès lors, qu'il n'appartient pas à la juridiction civile, saisie de la demande de réparation d'un dommage causé à des victimes, de se faire juge de l'opportunité d'une réconciliation qui opère selon des processus – auxquels renvoie l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 – dont la juridiction n'a pas à connaître (en ce sens : CA Nouméa, 12 Juin 2013, R. G. no 12/ 387, consorts J.c. L.) ;*

*Qu'en conséquence, aucune considération tenant à la perspective ou à la facilitation d'une « coutume de pardon », laquelle vise à rétablir le « lien social », ne saurait être opposée au droit à*

*indemnisation des victimes personnes physiques, ou au clan personne morale agissant pour la défense des intérêts qu'il représente.*<sup>483</sup>

De la même façon, de nombreux jugements rendus notamment par la section détachée de Koné établissent cette distinction entre la coutume de pardon et la nécessaire indemnisation financière individuelle<sup>484</sup> :

*Le principe de réparation d'un dommage, personnel ou matériel, résultant d'un fait volontaire ou non, commis par une personne de statut coutumier kanak est admis dans les relations coutumières. Cette réparation a pour objectif de maintenir ou de rétablir les relations sociales coutumières rompues par un acte commis en violation des obligations coutumières de prudence et de respect, admises et reconnues.*

*La réparation se concrétise en principe par un geste symbolique dit « la coutume de pardon », par lequel l'auteur de l'acte reconnaît sa responsabilité. Cette démarche symbolique est indispensable à la fois pour le rétablissement de l'harmonie des relations sociales perturbées, notamment au niveau des clans, mais encore pour une complète réhabilitation sociale de la victime. Cette réparation symbolique essentielle dans une société du lien, et du respect, peut n'intervenir qu'à l'issue d'un long processus. Dans l'immédiat, elle ne saurait donc priver la victime du droit à la réparation intégrale de son préjudice, même si cette forme de réparation demeure aux yeux de beaucoup, comme partielle et insatisfaisante, en ce que le prix de la douleur personnelle ou le préjudice moral, notamment, ne répareront jamais l'honneur blessé, la désocialisation, voire la déchéance sociale de la victime imputable à l'auteur des faits. Seule la réparation symbolique, par la coutume de pardon, peut parvenir à un tel résultat.*

*Les modalités d'indemnisation doivent donc s'adapter pour répondre aux nécessités de la société actuelle, qui impose au monde kanak une certaine monétarisation des échanges. Elles supposent une réparation financière, laquelle ne pourra jamais se substituer, ni tenir lieu de réparation sociale, celle-ci ne pouvant être atteinte que par le rétablissement des liens coutumiers, cette réhabilitation des liens interclaniques et du statut de la victime elle-même dans la société coutumière constituant l'objectif propre de la coutume de pardon, laquelle demeure sans équivalent dans le droit commun.*<sup>485</sup>

Un arrêt note enfin l'évolution de la coutume en ce qui concerne la réparation du préjudice :

*Qu'en l'état de la coutume autochtone avant que n'interviennent des influences exogènes, il existait dans le cadre du règlement des conflits des mesures de réparation au profit du groupe familial victime, lesquelles se traduisaient notamment par des cessions de terres, la remise de monnaies kanakes ou encore par des dons de vie : des membres du clan agresseur étant donnés non comme otages ou victimes expiatoires mais comme personnes adoptées, au clan victime, pour réparer par équivalent la vie qu'on leur avait enlevée ;*

*Qu'aujourd'hui, la société kanak qui valorise toujours la force des liens communautaires n'en ignore pas pour autant l'existence des droits attachés à la personne, spécialement lorsque celle-ci*

483 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

484 - Cf. *supra* les décisions citées en ce qui concerne l'absence de barème d'indemnisation.

485 - TPI Nouméa, sect. Koné, 22 décembre 2014, RG n° 14/128. De nombreuses décisions reprennent la même motivation, par ex. TPI Nouméa, sect. Koné, 8 février 2016, RG n° 15-287 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 8 janvier 2016, RG n° 15-64 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 28 juillet 2014, RG n° 11/331 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 5 mars 2013, RG n° 13/54. *Adde* TPI Nouméa, sect. Koné, 13 décembre 2010, RG 10/243, avd.

*se retrouve victime ; que ces droits attachés à la personne trouvent leur expression privilégiée, mais non exclusive, dans la volonté du clan dont chaque membre est un élément actif en étant partie prenante à la décision commune.*<sup>486</sup>

### III. B. Indépendance et complémentarité des deux modes de réparation

Les parties invoquent régulièrement l'absence, le refus ou la réalisation d'une coutume de pardon afin de justifier une indemnisation individuelle différente, et la question s'est posée aussi bien de l'indemnisation du préjudice personnel lorsque la coutume de pardon a été réalisée, ou de l'impact sur la réparation individuelle qu'aurait le refus d'une telle démarche selon qu'il incombe à l'auteur ou à la victime<sup>487</sup>. Si le principe est désormais clairement posé de la non-exclusivité de la coutume de pardon sur le droit à réparation de son préjudice personnel de la victime, il ressort néanmoins de décisions une atténuation de ce principe lorsque la coutume de pardon est refusée par l'auteur des faits, d'une part, ainsi qu'une exception au principe en ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral immatériel et spirituel aux valeurs coutumières subi par le clan, d'autre part.

**Lorsqu'un pardon coutumier a été réalisé** – Dans cette hypothèse, le principe s'applique pleinement, de surcroît lorsque le pardon coutumier invoqué n'en est pas réellement un au sens coutumier de terme. Ainsi,

*il n'y a pas lieu de prendre en compte une quelconque tentative de rapprochement qui se situe sur un tout autre plan que celui de la réparation du préjudice causé aux personnes ; [...]*

*Qu'en l'espèce il ne s'agit pas de « pardon coutumier », les parties ayant simplement signé un accord précaire dit « Charte d'engagement pour la sécurisation et le développement de la vallée de la Ouakaya » ; que le premier juge s'est interrogé à juste titre sur le sens et la portée de cet accord dont les parties ne parlent pas mais qui, daté du 27 mars 2010, est revêtu, notamment, de la signature de M. Charles C. (chef du clan C. demandeur à la présente procédure) et de M. Anicet E. pour le clan E.-X.;*

*Que toutefois cet accord, pas plus que ne le ferait un « pardon coutumier », n'a d'incidence sur le droit à réparation des victimes ; qu'en effet cet accord n'intéresse pas le droit à réparation des victimes, mais le « lien social » puisqu'il vise à enrayer le cycle des représailles.*<sup>488</sup>

Une coutume de pardon n'est pas exclusive du droit à réparation personnelle de la victime par l'auteur des faits :

*une indemnisation financière apparaît justifiée en l'espèce, même si une coutume de pardon a été réalisée par la mère de l'auteur, après le décès de celui-ci auprès des familles des victimes.*

*En effet même si des gestes coutumiers ont été échangés entre les parties, il n'en reste pas moins que le geste de pardon est pour le clan, afin d'éviter des problèmes interclaniques dans l'avenir, mais pour autant ce geste n'exclut pas la responsabilité de l'individu qui doit prendre ses responsabilités et assumer les conséquences de ses actes, et même si les clans ont accepté le pardon, l'individu reste responsable des actes qu'il a commis.*

486 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

487 - Voir not. les conclusions des parties reproduites dans TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2014, RG n° 13/76.

488 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39 ; CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307.

*Dès lors et en réponse aux arguments avancés par la défenderesse, la réalisation d'un geste de pardon n'est pas exclusive d'une réparation financière de la part de l'auteur des faits auprès des victimes directes ou par ricochet.*<sup>489</sup>

Ou encore que :

*[...] même si des gestes coutumiers avaient été échangés entre les parties, le tribunal considère que le geste de pardon est pour le clan, afin d'éviter qu'il y ait des problèmes interclaniques, mais que pour autant ce geste n'exclue pas la responsabilité de l'individu qui doit prendre ses responsabilités et assumer les conséquences de ses actes, ainsi même si les clans ont accepté le pardon, l'individu reste responsable. [...]*

*la réalisation d'un geste de pardon n'est pas exclusive d'une réparation financière de la part de l'auteur des faits auprès de la victime et qu'il convient de tirer les conséquences de ce comportement.*<sup>490</sup>

De même, il est jugé que si l'auteur « considère que le geste coutumier est suffisant pour réparer le préjudice, le tribunal estime que ce geste est nécessaire, en ce qu'il formalise la marque de respect que l'on ne doit pas violer, et qu'il doit être complété dans le cas présent d'une indemnisation en argent qui réparera le "prix de la douleur" »<sup>491</sup>.

Dans une affaire, sans remettre en cause le principe selon lequel le fait qu'une procédure de médiation coutumière ait été faite et qu'un accord de fin de conflit ait été signé entre les clans concernés n'exclut pas le droit à indemnisation pour les préjudices subis, néanmoins « la juridiction coutumière s'interroge dès lors sur le sens et la portée de la décision qu'elle est sollicitée de rendre, en l'absence de tout débat, alors que la parole est essentielle dans la société kanak »<sup>492</sup>. En l'espèce, l'interrogation est essentiellement liée au contexte particulier de l'affaire : un conflit ancien et lourd, qui a été résolu par un accord intitulé « charte d'engagement », justement signé par le chef du clan demandeur principal. La crainte exprimée est celle que l'indemnisation financière postérieure à la réparation symbolique ne fragilise voire ne remette en cause, dans les faits, cette dernière.

**Conséquence du refus, par la victime, d'une coutume de pardon** – La conséquence du refus de la victime (de sa famille/clan) de la démarche de pardon coutumier engagée par la famille de l'auteur a été posée dans une affaire jugée par la section détachée de Koné, puis devant la Cour d'appel. Dans son jugement avant dire droit rendu le 27 mai 2013, le TPI a estimé que « ce refus du geste coutumier de pardon, dont l'importance a été rappelée précédemment, pouvait conduire à réduire le montant de l'indemnisation ». Les parties ont ensuite été invitées à débattre de cette règle coutumière « issue des débats en délibéré », en vue du jugement sur le fond. Par ce dernier, le tribunal juge qu'en « ce qui concerne la portée du refus allégué de la coutume de pardon il y a lieu de relever, après les conclusions respectives, que cette démarche initiée par la mère de l'auteur responsable seule, n'est pas conformes aux usages en ce que cette cérémonie doit être préparée et réalisée entre les clans, dès lors il n'y a lieu à réduire le droit à indemnisations. »<sup>493</sup>. À première lecture, on pourrait penser que le refus de réduire l'indemnisation s'explique par la

489 - TPI Nouméa, 7 novembre 2011, RG n° 08/1857.

490 - TPI Nouméa, 21 novembre 2011, RG n° 10/2236.

491 - TPI Nouméa, sect. Koné, 17 septembre 2007, RG n° 07/281.

492 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 (confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39).

493 - TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2014, RG n° 13/76.

non-conformité de la démarche de pardon initiée au regard de la coutume, rendant ouverte une éventuelle réduction si le chemin coutumier avait été suivi.

Néanmoins, contrairement à ce que la formulation peut laisser croire, le tribunal ne fonde pas cette absence de réduction de l'indemnisation au fait que la coutume de pardon n'avait pas été initiée conformément aux usages coutumiers. L'aurait-elle été que son refus, lui-même conforme, n'aurait pas eu d'incidence sur le droit à indemnisation. Ailleurs dans les motifs du jugement, le tribunal expose en effet que :

*la « coutume de pardon » aussi importante soit elle, ne saurait ni faire obstacle ni retarder l'exercice par la victime, de son droit à réparation du préjudice, lequel ne concerne pas directement la sphère collective ; que la solution inverse reviendrait à sacrifier la personne victime face à des intérêts collectifs qui la dépassent ; Qu'en conséquence, aucune considération tenant à la perspective, ou à la facilitation, d'une « coutume de pardon » ne saurait être opposée au droit à indemnisation de la victime, voire du clan personne morale s'il venait à se constituer partie civile pour la défense d'intérêts collectifs.*<sup>494</sup>

Dans la même affaire la Cour d'appel juge enfin « qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte une quelconque tentative de coutume de pardon [...] ; nul n'étant tenu d'accepter une coutume de pardon, l'attitude de refus des consorts A. ne saurait justifier la réduction de l'indemnisation du préjudice des victimes directes ou par ricochet ; Qu'en toute hypothèse la coutume de pardon intéresse le "lien social" et non le droit à réparation des victimes »<sup>495</sup>. La solution ici est conforme au principe posé.

**Atténuation du principe : Conséquence du refus, par l'auteur des faits, d'une coutume de pardon** – Le fait qu'aucune coutume de pardon n'ait été initiée alors que la victime « à plusieurs reprises » en attendait une, peut renforcer la responsabilité individuelle des auteurs<sup>496</sup>, sans doute parce qu'il faut y voir la marque d'un mépris des valeurs coutumières, alors qu'en l'espèce la case de la victime, notamment, avait été détruite. Ainsi dans une autre affaire il est jugé que : *l'absence de coutume de pardon traduit un refus persistant de réparer ; qu'elle génère nécessairement une aggravation du dommage subi*<sup>497</sup>.

Dans la mesure cependant où, comme le rappellent les décisions rapportées, la coutume de pardon est un processus long, qui peut prendre plusieurs années, il convient sans doute de distinguer le *refus définitif* du processus – qui peut entraîner une aggravation de la responsabilité, voire être cause d'un préjudice coutumier lié par exemple à la réprobation sociale dans laquelle la victime, son clan, demeure(nt) – du *refus temporaire* du processus de réconciliation, qui peut être légitime dès lors que les clans, ses membres, ne sont pas encore prêts, eu égard à la gravité des faits, de leur histoire commune, à l'initier. Dans ce second cas, ce refus temporaire ne devrait avoir aucune conséquence sur la responsabilité de l'auteur des faits, afin de respecter la liberté des autorités coutumières. L'inverse serait sans doute considéré comme une intrusion des juridictions étatiques dans un processus purement coutumier et échappant dès lors à son contrôle<sup>498</sup>.

494 - TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2014, RG n° 13/76.

495 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 14/307.

496 - TPI Nouméa, sect. Koné, 6 avril 2009, RG n° 08-13.

497 - CA Nouméa, ch. cout., 9 juin 2011, RG n° 10/24.

498 - Cf. *infra* sur ce rôle du juge à l'égard du processus de pardon coutumier.

**Exception au principe en cas de « préjudice moral immatériel et spirituel » causé à un clan –**  
 Dans une décision, après avoir reconnu et évalué en faveur d'un clan un « préjudice moral immatériel et spirituel », la Cour d'appel de Nouméa juge que :

*Toutefois, dans le monde coutumier la restauration du lien social et le retour à l'équilibre rompu ("la complémentarité et la solidarité des clans") importe plus que la nomination d'une faute et la désignation d'un fautif et d'un lésé.*

*De plus, les valeurs coutumières ne laissant souvent à la réparation par équivalent financier qu'un rôle second, compte tenu de la sacralité qui entoure la terre et de la forte charge transgressive de leur comportement, il convient d'enjoindre à MM. Ferdinand Y et Dick Y de procéder à une réparation coutumière destinée à rappeler l'ordre symbolique et à rétablir l'équilibre rompu par leurs agissements, en faisant les démarches pour une coutume de réconciliation.*

*Ce n'est qu'à défaut d'y parvenir (et surtout à défaut d'acceptation de cette démarche par le clan lésé) que MM. Ferdinand Y et Dick Y devront [...] payer [au chef du clan ayant subi le préjudice] la somme de Un million F CFP réclamée à titre de dommages-intérêts.<sup>499</sup>*

En première instance, le TPI de Nouméa, section détachée de Lifou, rejeta la demande d'indemnisation du préjudice moral du clan au motif que « S'il est vrai que le clan X. est le maître de la terre et donc le gardien de la propriété coutumière, l'action violente de MM. Y. a porté atteinte au "lien à la terre". L'allocation d'une importante somme d'argent revêt-elle la satisfaction nécessaire et réparatrice du lien ? En l'espèce, l'essentiel de la satisfaction réparatrice réside dans la reprise des chemins coutumiers habituels à l'effet que chaque clan en cause puisse faire entendre sa voix et que les autorités coutumières restituent au "lien à la terre" son plein effet en organisant sa dévolution entre les différents clans »<sup>500</sup>. Ici, la coutume de pardon est exclusive de toute indemnisation financière.

L'exception tient ici non seulement à la nature du préjudice relevé, mais également, sans doute, à la particularité du conflit : un conflit long (depuis 2006), mettant en cause de fortes valeurs coutumières, un conflit qui a nécessité l'intervention de plusieurs autorités coutumières, et du constat que hormis les deux auteurs des faits, « aucun membre ni de leur propre lignage ni (au-delà du lignage) du clan L. H., ne soutient leur revendication ni leurs agissements contraires aux valeurs coutumières de respect – ces agissements pouvant s'expliquer par le fait qu'ayant été élevés et vivant loin de leur terroir à Nouméa (comme l'a confirmé l'absence des frères Y. lors du transport sur les lieux à Lifou) ils auraient oublié qui "ils étaient", d'où "ils venaient", et finalement omis de se conformer à la place qui est la leur dans le monde coutumier. Cette place, la fête des ignames évoquée plus haut aurait pu la leur apprendre s'ils y avaient participé, ce qui confirme leur éloignement par rapport au monde coutumier dont, à l'évidence, ils ont bafoué les règles »<sup>501</sup>. La décision apparaît comme une invitation faite aux deux auteurs de reprendre le chemin coutumier.

Il semble pouvoir s'en déduire que, au-delà des particularités de l'espèce, la réparation financière est conditionnée à l'absence ou au refus d'une coutume de pardon, dès lors qu'il s'agit de réparer, en faveur du clan, un préjudice moral immatériel et spirituel, dont il a été vu qu'un

499 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1).

500 - TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1 (cité par l'arrêt d'appel CA Nouméa, 16 septembre 2013, RG n° 12-101).

501 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101 (appel de TPI Nouméa, sect. Lifou, 22 juin 2011, RG n° 10/1).

clan comme en l'espèce pouvait en demander réparation. Reste sans doute, comme vu plus avant, à distinguer le refus temporaire et légitime du refus définitif de procéder à une coutume de pardon. Sur ce point la juridiction peut avoir un rôle à jouer.

**Rôle du juge** – Dans le dispositif de cette décision, la Cour d'appel « Enjoint à MM. Y. Ferdinand et Dick de faire une coutume publique de réconciliation destinée à renouer les liens coutumiers et à rétablir l'équilibre rompu par leurs agissements dans les six (6) mois de la signification du présent arrêt ; À défaut d'y procéder, et d'obtenir de la part du clan X. la réconciliation demandée par eux, condamne solidairement MM. Ferdinand Y. et Dick Y. à payer à M. Rémy X., es qualité de chef de clan, la somme de Un MILLION de Francs CFP à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice immatériel moral et spirituel, éprouvé par le clan X. »<sup>502</sup>.

Alors que dans une autre décision, la Cour d'appel a considéré :

*qu'il n'appartient pas à la juridiction civile, saisie de la demande de réparation d'un dommage causé à des victimes, de se faire juge de l'opportunité d'une réconciliation qui opère selon des processus – auxquels renvoie l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 – dont la juridiction n'a pas à connaître.*<sup>503</sup>

Les deux décisions ne semblent cependant pas inconciliables. Le principe est celui que la juridiction coutumière n'influe pas sur ce processus purement coutumier qu'est la coutume de pardon. L'initiative et le déroulement du processus relèvent du temps coutumier, et appartiennent aux autorités coutumières concernées. À tout le moins les assesseurs coutumiers peuvent permettre qu'une médiation coutumière puisse se dérouler<sup>504</sup>, posant les prémisses d'une réconciliation. Dans l'affaire où la juridiction ordonne la réalisation d'une coutume publique de réconciliation, l'injonction s'adresse aux auteurs des faits, et non aux autorités coutumières seules habilitées à engager un tel processus, dans le seul but de les inciter à reprendre le chemin coutumier sous peine de devoir payer une réparation financière. Les clans concernés ne sont, eux, pas tenus de suivre cette injonction, même si la juridiction fait peser sur les auteurs des faits les conséquences d'un refus du clan victime de cette demande de réconciliation. Mais au regard de la nature du préjudice éprouvé par le clan victime – un préjudice moral immatériel et spirituel aux valeurs coutumières – cette conséquence est logique dans la mesure où l'acceptation par ce clan de la réconciliation vaudra réparation, pour ce préjudice et celui-ci seulement, rendant non utile une compensation financière dès lors que les préjudices matériels et moraux ont été réparés financièrement.

502 - CA Nouméa, 22 mai 2014, RG n° 12-101.

503 - CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39. *Adde* CA Nouméa, 12 juin 2013, RG n° 12/387.

504 - TPI Nouméa, 21 novembre 2011, RG n° 11/746.

## **LA COUTUME KANAK dans le pluralisme juridique calédonien**

Sous la direction d'Étienne Cornut et de Pascale Deumier

Cet ouvrage restitue les résultats d'une recherche collective menée sur les années 2014 à fin 2016. Son objet n'est pas de saisir la coutume kanak dans sa réalité sociologique mais la coutume kanak telle qu'elle est reçue par le système juridique afin de proposer une meilleure réception de ce droit coutumier dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie.

Ce projet a permis la création d'un corpus de droit coutumier qui donne accès à un droit jusque-là souvent méconnu, en regroupant notamment plus de 600 décisions rendues depuis 1990 dans le contentieux coutumier et en proposant un lexique des termes coutumiers. Afin de renforcer cette accessibilité de la coutume, mais aussi de fonder des propositions permettant sa meilleure intégration, ces décisions ont fait l'objet d'études de contenu par matière (statut coutumier, famille, terre coutumière, intérêts civils). La première partie de l'ouvrage rend compte de la coutume judiciaire ainsi observée.

Cependant, la coutume, comme le droit coutumier, dépasse cette seule dimension judiciaire. Aussi, la réflexion sur son intégration dans le droit calédonien devait tenir compte d'un contexte plus large afin d'en mesurer tous les enjeux : celui du rôle que la coutume pourrait jouer dans les matières jusqu'ici laissées hors de son champ par la loi organique (droit pénal, droit du travail, notamment), celui de ses assises anthropologiques et économiques, celui des différents vecteurs de son intégration qu'ils soient institutionnels (autorités et institutions, justice, état civil coutumier, acte coutumier) ou théoriques (légistique, conflits internes de normes). Ces différents enjeux sont étudiés dans la seconde partie de l'ouvrage.

C'est sur la base de ce travail collectif que l'ouvrage conclut en formulant les propositions pouvant permettre une meilleure intégration de la coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien.

Publication du rapport de recherche « L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-calédonie », Mission de recherche Droit et Justice, convention n° 214.02.18.14, 2016