



HAL
open science

Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie (Rapport général)

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie (Rapport général). La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien. Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 552 p., 2018, Collection LARJE, 2018. hal-04700307

HAL Id: hal-04700307

<https://hal.science/hal-04700307v1>

Submitted on 17 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

RAPPORT GÉNÉRAL

INTÉGRATION DIRECTE OU INDIRECTE DE LA COUTUME DANS LE CORPUS NORMATIF DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE ?

Étienne CORNUT

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

Les contributions rassemblées dans le présent rapport permettent de nourrir la réflexion sur la question de l'intégration de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie. Avant d'explorer les deux voies d'intégration envisageables, directe (I) et indirecte (II), il est possible de rappeler à titre liminaire les définitions retenues pour les notions, proches mais distinctes, de « coutume », « droit de la coutume » et « droit coutumier ».

Coutume – La coutume relève de la société coutumière elle-même. Plusieurs définitions en ont été données. Ainsi, la Charte du peuple kanak définit la coutume *via* la notion de Parole (valeur 36) : « La force de l'oralité dans la Coutume procède de la pratique continue et répétée des discours coutumiers à l'occasion des cérémonies ainsi que des contes, des berceuses, des chants "Aé, Aé" et des danses. Elle constitue une composante importante des rituels coutumiers forgeant inlassablement les mentalités et les pratiques de génération en génération. ». Le Conseil coutumier du territoire de la Nouvelle-Calédonie (institution qui a précédé le Sénat coutumier actuel) l'a définie pour sa part comme les « règles d'organisation sociale, d'origine mythique, d'usage divers, transmises de père en fils au sein d'un clan »¹³²⁵. Selon le Sénat coutumier, la « coutume, ce sont les pratiques coutumières (principes, procédure et modalités) dont la vocation est de se perpétuer et d'être reformulé en permanence avec comme point d'ancrage la CHARTE du peuple kanak »¹³²⁶. Enfin, selon J.-M. Tjibaou : « La coutume, c'est moins une relation interpersonnelle qu'une relation de groupes, de communautés. [...] La coutume est pour nous le geste qui, à chaque moment, à chaque rencontre, rappelle cette relation. [...] Pour nous, le terme générique de coutume, c'est plutôt le droit, notre manière de vivre, l'ensemble des institutions qui nous régissent »¹³²⁷.

Ces définitions sont volontairement larges et la loi organique elle-même, lorsqu'elle donne compétence à la coutume ou qu'elle s'y réfère, évoque tour à tour « la coutume »¹³²⁸, les « coutumes »¹³²⁹, les « usages reconnus par la coutume »¹³³⁰ ou encore les « usages coutumiers »¹³³¹.

Ces définitions témoignent d'une réalité : outre son caractère oral, sa diversité, le fait qu'elle relève des coutumiers eux-mêmes, la coutume kanak va bien au-delà de la place que la loi orga-

1325 - « Les règles coutumières en Nouvelle-Calédonie », par le Conseil coutumier du Territoire de la Nouvelle-Calédonie, in P. DE DECKKER (dir.), *Coutume autochtone en évolution du droit dans le Pacifique sud*, éd. L'Harmattan, 1995, p. 80.

1326 - « Exposé sur la philosophie juridique de l'approche du Sénat coutumier », conférence prononcée par le Sénat coutumier devant la commission plénière du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 12 octobre 2015, inédit.

1327 - Source : *MWA VEE – Revue culturelle kanak*, éd. ADCK, n° 64, juin 2009, « Jean-Marie Tjibaou, une parole qui voyage », p. 6.

1328 - Art. 18.

1329 - Art. 7 et 189 II.

1330 - Art. 137.

1331 - Art. 46 al. 2.

nique lui donne. La coutume est un tout, alors que la loi organique cantonne sa juridicité aux aspects de « droit civil » (dans son acception issue du droit commun) de la coutume.

Droit de la coutume – Le droit de la coutume peut se définir comme un ensemble de règles de pouvoir et de répartition, à l’instar des normes dites « secondaires » en théorie générale du droit¹³³². Ces règles n’apportent pas une réponse de fond à un problème donné, elles ont pour fonction de dire en quels cas la coutume doit s’appliquer ou les usages coutumiers pris en compte, et les modalités de cette prise en compte ou intervention de la coutume, des institutions et autorités coutumières. Il en est ainsi par exemple des articles 7 et 9, 46 alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ou encore de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l’état civil coutumier, de la loi du pays du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers ou la délibération n° 148 du 8 septembre 1980¹³³³.

Droit coutumier – Le droit coutumier apparaît comme un entre-deux, constitué des normes primaires, qui apportent une solution coutumière de fond à un problème donné, dont l’inspiration ne provient pas du droit étatique. Sa source principale réside dans la coutume telle que définie précédemment : pratique et Charte du Peuple Kanak. Son expression principale se trouve sans aucun doute dans ce que Régis Lafargue a nommé la « coutume judiciaire », c’est-à-dire la coutume vue par le prisme des juridictions en formation coutumière, à l’étude de laquelle est consacrée la première partie de la présente recherche¹³³⁴. Mais si elle en constitue l’expression principale, la coutume judiciaire n’est pas la seule expression du droit coutumier. Peuvent relever de cette catégorie les décisions coutumières portées dans les actes coutumiers, les avis et délibérations des institutions coutumières, ou encore quelques normes de fond présentes dans des textes pris par les assemblées délibérantes. Ainsi la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l’état civil coutumier pour certaines de ses dispositions, sur le nom ou la reconnaissance¹³³⁵, mais dont on peut douter de leur légitimité à être ainsi catégorisée de coutumière. Le Sénat coutumier définit le droit coutumier comme « le droit écrit par les actes coutumiers, les textes de lois et règlements portant sur l’identité kanak, la jurisprudence »¹³³⁶. Cette définition nous semble trop large en ce qu’elle ne distingue pas entre le droit coutumier d’une part, et le droit de la coutume d’autre part. Elle est néanmoins exacte par son énumération des sources du droit coutumier, même s’il convient de ne pas les mettre sur le même plan.

1332 - Voir N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998, p. 159

1333 - Portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil, *JONC* du 29 sept. 1980, p. 1136.

1334 - R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d’un droit commun coutumier*, Recherche GIP Mission de Recherche Droit et justice, 2001, et éd. PUAM 2003 ; *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ Lextenso éditions, 2010, Paris.

1335 - *JONC* du 27 avr. 1967, p. 360. Par ex. l’art. 8 qui prévoit des règles d’attribution du nom patronymique ou de famille, l’art. 35 qui dispose que la reconnaissance d’un enfant naturel ne pourra se faire qu’avec le consentement de celui de ses parents déjà connu.

1336 - « Exposé sur la philosophie juridique de l’approche du Sénat coutumier », conférence prononcée par le Sénat coutumier devant la commission plénière du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 12 octobre 2015, inédit.

Cette distinction entre coutume, droit de la coutume et droit coutumier se heurte sans doute à des écueils¹³³⁷, comme toutes distinctions et définitions. Elle permet néanmoins de délimiter, dans la réflexion sur l'intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif contemporain, le champ de compétence des institutions et autorités délibérantes. Car ici est la plus grande difficulté : outre la question de savoir jusqu'où cette intégration de la coutume peut aller – limitée au droit civil ou au-delà ? – celle de la compétence de la compétence pour rédiger ce corpus normatif, et par extension les méthodes qui doivent être utilisées, est la plus délicate à déterminer.

Cette distinction entre coutume, droit de la coutume et droit coutumier, même si elle peut sembler imparfaite dans son contenu – lequel est par nature en construction –, peut servir de guide à ces interrogations.

I. L'INTÉGRATION DIRECTE DE LA COUTUME

L'intégration directe de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie repose sur l'idée que la coutume peut, comme le droit civil calédonien, passer de l'oralité à la forme écrite, être portée par des lois du pays et délibérations pour, *in fine*, s'agréger au droit calédonien écrit, pour ne faire qu'un avec lui. Vérifier la faisabilité de cette entreprise d'unification du droit calédonien (B) suppose au préalable de définir la place de la coutume dans ce corpus en devenir (A).

I. A. La place de la coutume

Dans la loi organique du 19 mars 1999, deux articles mettent en œuvre la juridicité de la coutume kanak. L'article 7 pose le cadre général de son domaine d'application. Selon ce texte, « 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 ». À propos des terres coutumières, l'article 18 alinéa 1^{er} dispose en guise de rappel – ces questions faisant partie du bloc « droit civil » – que « sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier ». De ces deux textes, il découle que la coutume kanak ne s'applique qu'aux personnes de « statut civil coutumier ». La loi organique, en ses articles 10 à 17, pose les conditions d'appartenance et d'accession au statut civil coutumier, qui donnent lieu à une jurisprudence, relativement fournie, dont il a été montré qu'elle était à la fois généreuse et audacieuse¹³³⁸. Deux critères sont ainsi posés : un critère personnel reposant sur l'appartenance au statut civil coutumier (1) ; un critère matériel encadrant les questions dont il est admis qu'elles puissent être résolues par la coutume en lieu et place du droit commun (2).

1337 - Voir not. P. GODIN et J. PASSA, *supra* Partie 2 – Chapitre 2 – Section 1, spéc. II, qui écrivent que « Pour les juristes, l'institution des juridictions civiles coutumières repose sur un postulat, l'idée que la "coutume" est du "droit" ou à tout le moins une forme particulière de "droit". Mais combien parmi eux s'interrogent sur les conditions socio-historiques nécessaires pour que les Kanak partagent cet avis ? Anthropologues et sociologues ont, depuis plusieurs décennies déjà, déclaré indécidable dans le principe la question de savoir si la coutume est ou n'est pas du "droit", puisque la réponse qu'on lui apporte dépend largement de la définition qu'on donne du "droit" lui-même ».

1338 - Cf. P. DEUMIER, P. DALMAZIR, *supra* Partie 1 – Chapitre 1 : Le contentieux préalable du changement de statut.

I. A. 1. La place *ratione personae* de la coutume

Le critère retenu n'est pas ethnique : la coutume ne s'applique pas à une personne relevant de la communauté kanak parce qu'elle serait de cette communauté, elle s'applique à une personne de statut civil coutumier. Ce statut est une pure création juridique et trouve son fondement à l'article 75 de la Constitution. Cela s'explique sans aucun doute par la difficulté de tracer les frontières d'un tel critère ethnique : outre qu'il porterait en germe le risque d'une différenciation au sein de la société calédonienne par communautés étanches, se poserait la question de la place des personnes issues de métissage. Sur ce dernier point, la loi organique, si elle pose pour principe qu'une personne est de statut civil coutumier si ses deux parents le sont (art. 10), autorise néanmoins – sous réserve de conditions supplémentaires – l'accès à ce statut dès lors qu'un seul de ses parents en relève (art. 12)¹³³⁹.

Ce faisant, la place de la coutume, en ce qu'elle dépend pour son applicabilité de l'appartenance au statut civil coutumier, appelle de ce point de vue deux évolutions possibles.

La première, sans doute radicale, serait de considérer que le statut civil coutumier, puisqu'il ne dépend pas nécessairement d'une pleine origine ethnique, pourrait être accessible à des personnes non-kanak, c'est-à-dire même sans aucune ascendance kanak. La loi organique ne le permet pas en exigeant pour les cas d'accession au statut civil coutumier l'ascendance d'au moins un parent de ce statut. De fait, il est à ce jour certain que toutes les personnes de statut civil coutumier ont une ascendance kanak. Sans doute également que l'esprit de la loi organique comme celui de l'accord de Nouméa sont dans cette logique. Mais il n'en reste pas moins que la voie ouverte par la jurisprudence *Saïto*¹³⁴⁰, validée par la Cour de cassation¹³⁴¹, qui permet l'accession au statut civil coutumier par la seule possession d'état coutumier, peut permettre, si toutefois la coutume l'admettait, à une personne non-kanak, *ie* sans aucune ascendance kanak, d'accéder au statut civil coutumier. Pourrait être ainsi ouverte, par exemple, une voie d'accession au statut civil coutumier par mariage.

La seconde, moins radicale, consisterait à autoriser l'application de la coutume à des personnes ne relevant pas du statut civil coutumier mais néanmoins engagées dans une relation juridique coutumière¹³⁴².

I. A. 2. La place *ratione materiae* de la coutume

Alors que l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, lorsqu'il évoque le statut personnel particulier kanak, le dénomme « désormais statut coutumier » (point 1.1), la loi organique de 1999 utilise l'expression « statut civil coutumier », ce qui est assurément plus restrictif. Le terme « statut civil coutumier » pour désigner le statut personnel coutumier tend à montrer que ce statut ne concerne que les aspects civils d'une situation ou relation juridique. Et de droit, les articles 7

1339 - Sur ces cas, voir *supra* P. DEUMIER, P. DALMAZIR, préc. ; É. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit & Cultures*, 2010/2, p. 151-175.

1340 - *Supra* P. DEUMIER, P. DALMAZIR, préc.

1341 - Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154 ; *JCP G.* 2013, 986, note É. CORNUT ; *D.* 2013, p. 2092, note I. DAURIAC ; *JDI* 2014, comm. 8, note S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ.

1342 - Cf. *supra* S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, Partie 2 – Chapitre 3 – Section 3 : *La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien*, et *infra* II. B.

et 18 restreignent pour le premier au seul « droit civil » et pour le second à la propriété des « terres coutumières et les biens qui y sont situés » la compétence de la coutume.

Cette compétence de la coutume pour régir les questions relevant du droit civil est désormais comprise et bien assise. Les décisions issues des juridictions en formation coutumière le montrent, aussi bien pour le contentieux dit « classique » relatif à la famille (mariage et dissolution du mariage, filiation, autorité parentale, obligation alimentaire)¹³⁴³ et à la propriété coutumière¹³⁴⁴, que pour un contentieux dit « émergent » sur les intérêts civils¹³⁴⁵. Sur ces aspects, après que la Cour de cassation ait, par son avis du 16 décembre 2005, rappelé qu'il « résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes »¹³⁴⁶, la compétence de la coutume kanak ne semble plus devoir être mise en cause. De fait, il apparaît de l'étude de la jurisprudence sur ces questions que la coutume offre des réponses qui, bien que parfois en décalage avec celles qu'apporte le droit civil commun, semblent en tout cas cohérentes à la fois entre elles (notamment par l'usage fréquent du « précédent » comme source, dont Pascale Deumier note qu'il « constitue un argument persuasif d'autant plus important qu'il témoigne de la cohérence de la lignée jurisprudentielle suivie par les juridictions »¹³⁴⁷) et avec d'autres sources coutumières (à l'instar de la Charte du peuple kanak qui de plus en plus souvent sert de fondement à la légitimité coutumière du jugement¹³⁴⁸).

Outre que la Cour de cassation veille à ce que le domaine d'application de la coutume soit respecté, le Conseil constitutionnel l'a également rappelé lors de l'examen de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 relative à la Nouvelle-Calédonie, réformant celle du 19 mars 1999 afin, notamment, de donner compétence à la juridiction pénale pour statuer sur les intérêts civils consécutifs à une infraction pénale. Les Sages rappellent, par une réserve dont le mode impératif ne donne pas lieu à interprétation, que « 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 »¹³⁴⁹. De ce point de vue, le champ d'application matériel de la coutume appelle deux précisions.

a. Une place inachevée

La compétence reconnue à la coutume pour l'ensemble du droit civil lui offre un champ d'application *ratione materiae* extrêmement vaste, dont les décisions recensées ne permettent pas de savoir s'il est pleinement occupé. Le contentieux judiciaire coutumier est en effet inexistant sur de nombreux pans du droit civil. Ainsi en matière contractuelle la base de données

1343 - Cf. *supra* Partie 1 – Chapitre 2 et les contributions de B. CAGNON, H. FULCHIRON, A. NALLET, V. POUX et G. CASU.

1344 - Cf. *supra* Partie 1 – Chapitre 3 et la contribution de R. LAFARGUE.

1345 - Cf. *supra* Partie 1 – Chapitre 4 et la contribution de É. CORNUT.

1346 - Avis du 16 décembre 2005, *BICC* n° 637 du 1^{er} 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.

1347 - Cf. *supra* P. DEUMIER, Synthèse de la Partie 1, II. B.

1348 - Légitimité par ailleurs parfois dénoncée, cf. *infra* I. B. 1. a.

1349 - Cons. Constit., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC (consid. n° 37).

ne donne qu'une seule décision, rendue par la section détachée de Koné en formation coutumière, mais sans qu'il soit possible d'en dégager une quelconque norme coutumière, si ce n'est d'en déduire que le non-respect d'une obligation contractuelle oblige à un remboursement des sommes versées avec intérêts légaux¹³⁵⁰. En ce domaine, la jurisprudence coutumière ne permet pas d'avoir connaissance d'un « droit coutumier des contrats ».

Faut-il en déduire que la coutume est lacunaire ? Peut-être, faute de preuve de l'existence d'une telle norme. Mais ce serait oublier, d'une part, que les décisions ne révèlent qu'un différend qui a été porté à la connaissance du juge, et on peut légitimement penser qu'une part importante des différends coutumiers est réglée coutumièrement et sans recours au juge ; d'autre part, que la jurisprudence coutumière n'est pas la seule source du droit coutumier.

Il est en effet possible de supposer que des valeurs, des usages coutumiers sont portés par la coutume orale. Sans doute la Charte du peuple kanak, par les valeurs qu'elle déclare, est en mesure de donner un fondement à un « droit coutumier des contrats », alors même qu'elle ne va pas en ce domaine aussi loin dans le détail qu'elle le fait pour d'autres aspects plus « classiques », à l'instar des relations familiales. Ainsi la Charte évoque les échanges comme un pilier de la relation coutumière¹³⁵¹, ou encore qu'un projet de développement économique sur les terres suppose, « quel que soit le statut juridique de l'espace considéré », le « consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés » (valeur 87) et que ce « consentement préalable, libre, éclairé et en connaissance de cause sera conditionné par la mise en place de mesures compensatoires sur le plan environnemental, sur le plan patrimonial et socioculturel » (valeur 90). Ces valeurs, en plus de celles de solidarité (valeur 15), d'équilibre (valeur 8), de dignité (valeur 12) de consensus et de bonne foi (valeur 18), peuvent poser les bases d'un droit coutumier des contrats.

Au-delà, toujours pour relativiser l'hypothèse des lacunes, il convient également de prendre en compte le fait que la coutume a sa logique et sa cohérence propres, et que ce qui peut sembler être une lacune n'en est en réalité pas une. Le risque est de considérer que la coutume est lacunaire dès lors qu'elle n'apporte pas une solution juridique à un problème que le droit civil commun – réputé complet – résout¹³⁵².

Le cas s'est ainsi posé à propos de la prestation compensatoire versée au conjoint divorcé en vertu de l'article 270 du Code civil. À l'issue de la dissolution d'un mariage coutumier, l'épouse sollicita une prestation compensatoire au titre de l'article 270 du Code civil, ce que la juridiction en formation coutumière refusa dans la mesure où ce texte n'est pas applicable entre personnes de statut civil coutumier¹³⁵³. Dans son pourvoi, l'ex-épouse argua « qu'en l'absence de toute disposition relative au droit à prestation compensatoire, qui est d'ordre public au point que toute législation l'ignorant est contraire à l'ordre public français, les dispositions du Code civil doivent recevoir application ». L'argument invoqué, sous couvert de contrariété à l'ordre public, était celui du caractère lacunaire de la coutume et, par voie de conséquence, celui de l'application supplétive du droit commun.

1350 - TPI Nouméa, sect. Koné, 25 mars 2013, RG n° 12/307.

1351 - Charte du peuple kanak, valeur 11.

1352 - É. CORNUT, « La non-codification de la coutume kanak », in *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, C. DAVID et N. MEYER (dir.), éd. Bruylant, 2012, p. 137-160, spéc. p. 149 ; R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, éd. Dalloz, 2007, pp. 268-269.

1353 - CA Nouméa, 23 avril 2007, RG n° 06/414.

Dans son arrêt, la Cour de cassation balaie l'argument de la contrariété à l'ordre public¹³⁵⁴. Les deux arguments tenant aux lacunes et au caractère supplétif du droit commun ne pouvaient prospérer, même si la Cour n'y répond pas directement. En ce qui concerne la lacune supposée de la coutume, il faut bien comprendre que si « la coutume ne contient pas de règles relatives à la prestation compensatoire, c'est parce que la coutume conçoit la dissolution du mariage de manière très différente de ce que nous connaissons dans le cadre du divorce »¹³⁵⁵. Par le mariage coutumier, l'épouse est accueillie dans le clan de son mari et, réciproquement, la dissolution de ce mariage, sans rompre le lien d'alliance clanique dès lors qu'a été accompli le don de vie, fait que l'épouse doit être accueillie à nouveau par le clan dont elle était membre avant le mariage. Ce dernier a l'obligation de la protéger et de subvenir à ses besoins¹³⁵⁶. Dès lors, une quelconque compensation due par le mari n'a pas de sens eu égard à l'organisation sociale coutumière. Quant au caractère supplétif du droit commun, il doit être exclu parce que la coutume, en vertu de l'accord de Nouméa, des articles 75 et 77 de la Constitution et de la loi organique du 19 mars 1999, est une norme française en tant que telle, et que le statut civil coutumier qui en commande la compétence est l'égal du statut personnel de droit commun. Nous l'avions déjà écrit : « Si, en droit international privé, la loi française peut être appliquée subsidiairement à la loi étrangère pourtant compétente, notamment pour carence dans sa preuve, c'est parce que la loi étrangère ne doit sa compétence qu'en vertu d'une règle de conflit de lois française. Sa juridicité est inférieure à celle de la loi française. Or, la coutume est hiérarchiquement l'égale de la loi française. L'une ne peut donc suppléer la carence de l'autre. Si la coutume est lacunaire, car comme la loi elle peut l'être ponctuellement, il lui revient de puiser en elle les ressources propres à garantir sa compétence, comme le juge doit, en vertu de l'article 4 du Code civil, statuer malgré le silence de la loi »¹³⁵⁷.

*En d'autres termes [écrit S. Sana-Chaillé de Néré], lorsque survient une question nouvelle sur laquelle la coutume n'a, par hypothèse, pas de réponse préétablie, c'est malgré tout au sein de la coutume qu'il faut en rechercher la réponse. C'est en fonction des principes structurants de la coutume qu'il faut construire une solution nouvelle. Exactement de la même manière que lorsqu'une question se pose pour la première fois en droit civil français, c'est dans les principes généraux du droit civil que l'on cherche une réponse au silence de la loi. Le juge coutumier doit donc, par interprétation de la coutume, construire une solution, comme le fait le juge étatique ordinaire par interprétation de la loi.*¹³⁵⁸

C'est notamment ce qu'ont réalisé les juridictions en formation coutumière à propos des intérêts civils : alors que la difficulté était réelle dans la mesure où la réparation par l'argent n'a jamais été consubstantielle à la société coutumière, que les conditions et les conséquences d'une responsabilité civile coutumière n'avaient jamais été véritablement pensées lorsque la

1354 - Cass. Civ. 1^{er}, 1^{er} décembre 2010, n° 08-20.843 : *JDI*, 2011, comm. 12, p. 589, note S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 610, note V. PARISOT : « qu'après avoir relevé que les parties étaient de statut civil coutumier kanak, c'est à bon droit qu'ayant retenu que les obligations de M. Y. à l'égard de Mme X. étaient régies par le droit coutumier, dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les dispositions conventionnelles invoquées en l'état de la déclaration de la France en application de l'article 63 devenu l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'homme, a décidé que les articles 270 et suivants du Code civil ne s'appliquaient pas ». Sur ces rapports entre coutume et ordre public, voir *infra* II. B. 1. b et réf. citées.

1355 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, note préc.

1356 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 289.

1357 - É. CORNUT, « La juridicité de la coutume kanak », art. préc., n° 31.

1358 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, note préc.

Cour de cassation rendit son avis consacrant la compétence de la coutume pour régir les intérêts civils même consécutifs à la commission d'une infraction pénale¹³⁵⁹, de la coutume *via* les juridictions coutumières a pu être construit un véritable « droit coutumier de la responsabilité » qui, de façon générale, apparaît relativement abouti à défaut d'être encore complet¹³⁶⁰.

Sur cette base et celle qu'offre la Charte du peuple kanak notamment, un « droit coutumier des contrats » peut ainsi, sans doute, être également construit. Mais c'est au-delà du seul droit civil que la question de la place de la coutume se pose avec le plus d'acuité.

b. Une place incomplète

En ne prévoyant la compétence de la coutume que pour le « droit civil », en dénommant le statut personnel particulier kanak « statut *civil* coutumier », l'article 7 de la loi organique exclut par principe toute intervention de la coutume dans les matières autres que celles de droit civil. L'exclusion concerne tout d'abord tout le droit privé non civil, ainsi le droit du travail ou le droit commercial. Elle concerne ensuite le droit pénal.

Droit du travail – L'incompétence de la coutume pour régir les relations relevant du droit du travail a été rappelée par la Cour de cassation à propos d'une relation certes de travail, mais entièrement coutumière. La portée de cette décision n'en est que plus forte. Dans cette affaire où un conflit est né entre un groupement de droit particulier local et l'un de ses salariés de statut civil coutumier, la Cour jugea « qu'indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs, ne sont pas soumis au droit coutumier attaché à la personne les rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination, régis par des règles dérogeant au droit commun des contrats ainsi que par des règles organisant les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent »¹³⁶¹. Au regard des textes, et de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit civil, l'exclusion est logique. Elle est logique également en considérant que l'employeur – un GDPL – était, à l'époque de l'affaire¹³⁶², considéré comme une personne de droit commun, le statut civil coutumier ne concernant que les personnes physiques et non les personnes morales, fussent-elles coutumières. L'article 9 de la loi organique prévoit en effet l'application du droit commun lorsque l'une des parties est de statut de droit commun. Au-delà, l'exclusion peut également s'expliquer par la vocation territoriale du droit du travail calédonien, l'article Lp. 111-1, al. 1^{er} du Code du travail de la Nouvelle-Calédonie disposant que ses règles « sont applicables à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient. » Toutefois, Nadège Meyer a montré non seulement que « malgré ce cloisonnement, le droit du travail ne peut pas rester déconnecté des réalités sociales et juridiques et de la population de la Nouvelle-Calédonie, qui plus est, du peuple autochtone » et, développant cet axiome, que les normes sociales calédoniennes permettent et même autorisent une telle prise en compte de la coutume dans les relations de travail¹³⁶³.

1359 - Avis du 15 janvier 2007, *BICC*, n° 658 du 1^{er} avril 2007 ; *RJPENC*, 2007/1, n° 9, p. 68, note L. SERMET ; *Droits & Cultures*, 54, 2007/2, p. 203, note P. FREZET.

1360 - Voir É. CORNUT, *supra*, Partie 1 – Chapitre 4 : Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils.

1361 - Cass. Soc., 10 février 2010, n° 08-70084, *Bull. civ.*, V, n° 37.

1362 - Voir. *infra* Droit commercial.

1363 - N. MEYER, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2 : Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque.

Droit commercial ; GDPL – Les activités commerciales échappent également à la coutume pour relever, quel que soit le statut des personnes et du lieu du commerce, du droit commercial de droit commun. Un arrêt ancien rendu par la Cour d'appel de Nouméa a ainsi jugé qu'un bail commercial consenti, en Nouvelle-Calédonie, par un Kanak sur une station-service située en terre tribale soumise à l'autorité coutumière, ne pouvait être modifié unilatéralement à l'issue d'un palabre coutumier sans constituer une violation de l'article 1134 du Code civil¹³⁶⁴.

Or les activités commerciales coutumières, de fait, existent et, au-delà du petit commerce, les projets économiques coutumiers sont aujourd'hui, pour certains, de grande envergure à l'échelle du territoire. Samuel Gorohouna l'a montré s'agissant de la valorisation des terres coutumières notamment *via* les GDPL. Selon lui, « les nombreux freins au développement économique (situation géographique, secteurs d'activités, propriété collective, 4i, décision consensuelle des clans ou tribus, etc.)¹³⁶⁵ n'ont pas empêché des réalisations concluantes »¹³⁶⁶. Dès lors se pose la question d'une prise en compte des valeurs et usages coutumiers dans les relations juridiques nouées à propos de ces projets économiques. La question s'est notamment posée s'agissant de l'acteur principal de ces activités : le GDPL.

Créé par l'ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 aujourd'hui abrogée, le GDPL est une personne morale dont la personnalité juridique est reconnue par l'article 95 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988, demeuré en vigueur¹³⁶⁷. Sa création est régie par le décret n° 89-570 du 16 août 1989. Au 31 décembre 2015, 863 GDPL ont été dénombrés, tournés très majoritairement vers des activités liées à l'agriculture, la pêche et la sylviculture (499) ou immobilières (220)¹³⁶⁸. Nombreux et variés, les GDPL souffrent cependant d'un déficit de réglementation. Personne morale qualifiée « d'entreprise » au même titre que les personnes morales de droit privé¹³⁶⁹, la question est notamment de savoir si le GDPL relève du droit commun des groupements, en particulier du droit des sociétés, ou s'il est soumis à la coutume. « Le GDPL est en effet constitué de coutumiers, de personnes de statut civil coutumier rattachées par un lien familial à l'intérieur d'un clan, d'une tribu ou de plusieurs clans. Le but du GDPL est, en accédant par ce biais à la propriété d'une terre coutumière, d'y construire un projet économique »¹³⁷⁰. Dans un arrêt rendu en 2002, la Cour d'appel de Nouméa a jugé que la coutume ne régit pas le fonctionnement interne du GDPL qui exploite le fonds coutumier¹³⁷¹. Dans une

1364 - CA Nouméa, ch. civ., 26 décembre 1983, JurisData : 1983-001044.

1365 - Voir notamment BOUARD, 2013, HERRENSCHMIDT et LE MEUR, 2016, S. GOROHOUNA, 2016.

1366 - S. GOROHOUNA, *supra* Partie 2 – Chapitre 2 – Section 3 : La réalisation des projets économiques sur terre coutumière et *via* les GDPL.

1367 - Art. 233, 5° de la loi organique du 19 mars 1999.

1368 - Source Isee : <http://www.isee.nc/component/phocadownload/category/222-donnees?download=847:groupe-ment-de-droit-particulier-local-gdpl> (lien consulté le 17 sept. 2016).

1369 - Les articles 1000-2, 2000-2 du Code des aides pour le soutien de l'économie en province Sud disposent ainsi que « Constitue une entreprise au sens de la partie I du présent code, les personnes physiques les personnes morales de droit privé et les groupements de droit particulier local exerçant une activité lucrative ». *Adde* art. 3000-2 et 4000-2 du même code.

1370 - É. CORNUT, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, C. CASTETS-RENARD et G. NICOLAS (dir.), éd. L'Harmattan, 2015, p. 125 et s. ; R. LAFARGUE, *supra* Partie 1 – Chapitre 3 : Le contentieux classique de la terre. Terres de mémoires : Les Terres coutumières une question d'identité et d'obligations fiduciaires.

1371 - CA Nouméa, 24 janvier 2002, arrêt n° 135/2001, qui jugea que « le présent litige, en ce qu'il porte sur la régularité contestée de la convocation et de la tenue d'une assemblée des membres d'un GDPL, chargé uniquement de la gestion d'intérêts purement économiques, ne relève pas des matières nécessitant la présence, au sein de la juridiction saisie, d'assesseurs coutumiers ».

décision du 21 mai 2008, dont le pourvoi à son encontre a été rejeté par la Cour de cassation¹³⁷², la Cour d'appel de Nouméa jugea également « Qu'un groupement de droit particulier local n'étant pas un "citoyen", quand bien même il bénéficie de la personnalité morale », la juridiction ne saurait statuer en formation coutumière « dans un litige l'opposant à un citoyen de statut civil particulier » ; « qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 75 de la Constitution de la République et des articles 7 et suivants de la loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie que le statut civil coutumier ne bénéficie qu'aux personnes physiques et qu'un groupement, même de nature coutumière, ne saurait s'en prévaloir »¹³⁷³.

En ce qui concerne le fonctionnement interne, il ne serait pourtant pas incongru que le GDPL, en raison de sa structure, ses membres, sa logique, son implantation et son objet – tous coutumiers – relève de la coutume, pour toutes les questions non réglées par le décret du 16 août 1989. Le droit des groupements n'a aucune vocation à régir le GDPL, à tout le moins est-il permis de s'en inspirer sous réserve de la compatibilité de ces normes étatiques avec la coutume. C'est ce qu'a jugé en 2012 la Cour d'appel de Nouméa dans un spectaculaire revirement de jurisprudence¹³⁷⁴, selon lequel le GDPL ne peut qu'être régi par la coutume, en vertu de l'article 7 de la loi organique, et ce alors même qu'il est une personne morale et non ce « citoyen » visé par l'article 75 de la Constitution :

le GDPL n'est pas une personne morale de droit commun, sa formation et son objet, qui répondent au souci de remplir une fonction économique en milieu coutumier kanak, le rattachent à l'évidence au monde de la coutume ; que si la personne morale n'est pas au sens strict un « citoyen », elle est bien une personne au même titre qu'une personne physique, dotée de tous les attributs de la personnalité ; qu'elle n'échappe pas, de ce fait, à la loi commune qui assujettit les personnes de statut coutumier kanak aux règles coutumières lorsqu'elles se trouvent en litige avec d'autres personnes de statut coutumier kanak ;

la solution contraire [...] serait d'autant plus paradoxale que le GDPL n'est, en toute hypothèse, qu'une structure polyclanique ou tribale (lorsqu'elle fédère plusieurs clans, ou des démembrements de clans), ou monoclanique lorsqu'elle se compose d'un seul clan familial, auquel cas le GDPL n'est qu'un artifice juridique destiné à compenser, dans la situation antérieure aux arrêts du 22 août 2011, RG n° 10/531 et 532, le déni de la personnalité juridique reconnue désormais aux clans kanak ;

Qu'ainsi, la proximité du GDPL vis-à-vis des clans est telle, que refuser la présence d'assesseurs coutumiers dans un domaine qui ne relève pas du droit commercial mais des rapports de nature civile, reviendrait à exclure de la compétence de la juridiction visée à l'article 19 de la loi organique (juridiction de droit commun avec assesseurs coutumiers) les affaires intéressant les clans kanak qui sont devenus, à l'heure où se multiplient les projets de développement sur terres coutumières, les acteurs majeurs dans la représentation et la défense des intérêts de la société kanak.

Au-delà du seul fonctionnement interne, il en découle que les relations juridiques nouées par le GDPL relèvent de la coutume et de la juridiction en la formation coutumière dans les mêmes circonstances que celles nouées entre personnes physiques. Ainsi lorsque le GDPL traite avec des parties de statut civil coutumier, la coutume s'applique si la question porte

1372 - Cass. Soc., 10 février 2010, préc.

1373 - CA Nouméa, 21 mai 2008, arrêt n° 07/476.

1374 - CA Nouméa, 13 août 2012, RG n° 12/242. Voir déjà TPI Nouméa, 13 décembre 2004, n° 04/4058.

sur le droit civil. Néanmoins, lorsque la question porte sur une matière autre que le droit civil, alors le droit commun s'applique¹³⁷⁵. Mais ici encore, une prise en compte de la coutume apparaît indispensable, dès lors que l'ensemble de la situation juridique est intrinsèquement coutumier – et elle l'est potentiellement dès lors que le GDPL est désormais reconnu comme une personne de droit coutumier.

Droit pénal – Le droit pénal échappe à la compétence de la coutume, pour être et demeurer une compétence de l'État (art. 21 II 5° LO 1999). Cette compétence s'explique pour l'essentiel par le principe d'unité et de territorialité du droit pénal et par le fait que cette matière est liée à la souveraineté de la France dans sa mission de protection de la société et de garantie de l'ordre public. Le droit pénal français s'applique dès lors à l'ensemble du territoire de la République, dont fait partie la Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent et y commettent des infractions, quel que soit leur statut¹³⁷⁶ ou leur nationalité. Dès lors la coutume n'est pas reconnue en tant que norme de droit pénal pouvant fonder une incrimination, comme elle n'est pas *a priori* prise en compte pour interpréter une norme pénale. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle 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 »¹³⁷⁷. La logique est la même en ce qui concerne la collectivité de Wallis-et-Futuna, ses coutumes et autorités coutumières, fussent-elles royales. Le Tribunal correctionnel de Mata'Utu juge 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 [...] ; 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'ALO et d'ALOFI (Futuna) »¹³⁷⁸.

Dans cette présentation il semble que le droit pénal vive de façon totalement cloisonnée, « autarcique ». Or, Valérie Malabat note qu' :

Une telle posture autarcique du droit pénal paraît non seulement contestable au regard de la reconnaissance normative accordée à la coutume kanak par notre système juridique¹³⁷⁹ mais aussi difficile à tenir de manière absolue. Il semble en effet qu'à partir du moment où est opérée une reconnaissance de la coutume, le droit pénal ne peut alors prétendre ignorer complètement ce corpus. Si le droit pénal est une discipline autonome¹³⁸⁰ avec une logique et des principes propres, il n'en reste pas moins qu'il partage des objets communs avec les autres branches du droit et qu'il lui est donc difficile d'être totalement hermétique au contenu ou aux évolutions de ces autres corpus. Comment penser en effet que la coutume peut valablement définir les règles civiles de la propriété

1375 - É. CORNUT, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », préc.

1376 - Cass. crim., 30 octobre 1995, n° 95-84322, inédit, jugeant que « X ne pouvait prétendre qu'en raison de son statut civil particulier de droit coutumier en Nouvelle-Calédonie, il ne relève pas des juridictions répressives françaises ; qu'en effet celles-ci sont compétentes pour appliquer la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle-Calédonie ».

1377 - Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959, inédit.

1378 - TPI Mata'Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80.

1379 - Voir notamment l'art. 7 de la loi organique 19 mars 1999 : « les personnes dont le statut personnel au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droits civils par leurs coutumes ».

1380 - Voir par ex. *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956.

*sans que l'on en tire aucune conséquence en droit pénal sur les infractions (leur définition, leur application...) qui sanctionnent les atteintes à la propriété ?*¹³⁸¹

En ce domaine pourtant *a priori* réfractaire à l'imprégnation coutumière, l'auteur montre dans sa contribution que des outils d'intégration existent, qui consistent dans le fait « non pas de reconnaître la coutume comme posant des normes pénales ce qui serait contraire à la compétence de l'État en ce domaine même si celle-ci n'est plus exclusive¹³⁸² et n'aurait de toute façon pas de sens au regard de la coutume elle-même mais bien plutôt de savoir comment prendre en compte les sanctions coutumières prononcées par les autorités coutumières ». Ainsi en admettant, par exemple, « un pouvoir de sanction concurrent aux autorités coutumières d'autant que la finalité de ces sanctions coutumières n'est pas nécessairement identique à celle poursuivie par la sanction pénale »¹³⁸³.

La proposition rejoint celles d'Éric Duraffour, pour qui, notamment, le « principe de l'individualisation des peines oblige à prendre en compte la situation coutumière du prévenu », dans la mesure où il « n'est plus possible de détacher le prévenu de son environnement social, de son identité kanak constitutionnellement protégée par la voie du statut personnel »¹³⁸⁴, ou encore que la coutume et les autorités coutumières doivent être prises en compte dans l'exécution ou l'application de la peine, notamment afin de rétablir le lien fiduciaire rompu par l'infraction et que le pardon coutumier a pour vocation de rétablir.

Cette place de la coutume, dont on voit qu'elle est forte mais sans doute inachevée, passe-t-elle par la recherche, dans le cadre des transferts de compétences, d'un droit calédonien unifié *via* une intégration directe de la coutume ?

I. B. Un droit calédonien unifié ?

L'intégration directe de la coutume dans le corpus normatif contemporain repose sur l'idée que la coutume peut quitter ce statut de norme orale et mal connue pour devenir une norme structurée par l'écrit et portée par un texte calédonien (loi du pays et délibération). Pour y parvenir et parce que cela a été maintes fois suggéré, il faut alors s'interroger sur la possibilité d'une unification du droit calédonien (1), unification qui en réalité se heurte à de nombreux obstacles (2).

I. B. 1. La marche vers l'unification ?

a. La construction empirique d'un droit coutumier acculturé

Outre les textes normatifs pris en matière de statut civil coutumier, dont on sait qu'ils sont,

1381 - V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 : La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal.

1382 - La loi organique confère en effet une compétence pénale accessoire aux lois de pays. Sur ce point, voir V. MALABAT, « La question du droit pénal », in S. SANA-CHAILLÉ DE NÈRE (dir), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du colloque du 29 septembre 2011, Université de la Nouvelle-Calédonie, livre électronique, ISBN 979-10-91032-00-1, 2011, p. 64 et s. et « Libres propos sur les conflits de lois en droit pénal », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, Liber amicorum* en l'honneur de Renée KOERING-JOULIN, éd. Nemesis Anthemis, coll. Droit et Justice, 2015, p. 527 et s., spéc. p.531 et s.

1383 - V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 : La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal.

1384 - É. DURAFFOUR, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2 : Pour que le châtiment soit un honneur.

d'une part, peu nombreux¹³⁸⁵ bien que des projets soient à ce jour en cours¹³⁸⁶, et, d'autre part, pour certains largement obsolètes¹³⁸⁷, le droit coutumier le plus complet se construit depuis plus de vingt-cinq ans par le biais des juridictions de Nouvelle-Calédonie statuant en formation coutumière : Tribunal de première instance de Nouméa et ses deux sections détachées de Koné et de Wé, Cour d'appel de Nouméa. La première partie de ce rapport l'a montré : les décisions rendues par ces juridictions ont permis la construction d'un corpus coutumier globalement cohérent, sans doute non encore complet mais qui permet de répondre à un nombre croissant de situations juridiques.

Une faille néanmoins consubstantielle à cette source du droit coutumier ne peut être niée : la juridiction en formation coutumière est une juridiction étatique, composée d'un ou de plusieurs magistrats professionnels qui n'ont, lors de leur prise de fonctions, pas été formés à la coutume¹³⁸⁸. La coutume étant de surcroît orale, diverse et en reformulation permanente, elle est de fait imperceptible pour celui qui doit pourtant la comprendre, l'interpréter et l'appliquer. Régis Lafargue note ainsi que « Ce juge est mis en demeure (le cas est inhabituel aussi) de devoir créer ses propres règles et habitus – de se créer une nouvelle culture professionnelle – seul ? non. Mais dans le dialogue avec ses assesseurs coutumiers. [...] Et ce sera à ses assesseurs/sachants coutumiers, que reviendra la tâche de le guider dans les “méandres” de normes qu'il ne connaît pas, sur ces *chemins coutumiers*, ou dans l'appréciation de ces *gestes coutumiers* dont il entendra parler à chaque instant pour lui signifier la justesse d'un comportement, le respect de normes sociales et juridiques »¹³⁸⁹. Le magistrat est en effet, on le sait, accompagné par des assesseurs coutumiers qui ont voix délibérative. Le préambule de l'ordonnance du 15 octobre 1982 instituant les assesseurs¹³⁹⁰, qui reconnaît expressément l'existence de « règles coutumières », justifie cet échevinage par « le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire ». Mais les assesseurs coutumiers, majoritaires au 1^{er} degré (un magistrat / deux assesseurs coutumiers) se retrouvent minoritaires (trois / deux) au niveau de la cour d'appel et sont absents à la Cour de cassation.

1385 - La loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers est ainsi le seul texte de niveau législatif adopté en ce domaine.

1386 - À ce jour, sont en projet :

- une loi du pays sur les successions coutumières (proposition de loi du pays n° 01/2013/SC du 22 août 2013 relative à la succession coutumière kanak, *JONC* n° 8972, 3 décembre 2013, p. 9557, remplacée par délibération n° 08-2015/SC du 2 juillet 2015 portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC* du 4 août 2015, p. 6851) ;
- une loi du pays sur la protection des savoirs traditionnels (délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages, *JONC* du 3 février 2015, p. 1042) ; Le projet a été adopté par le Congrès le 10 août 2017, *JONC* du 15 septembre 2017, débats du Congrès, p. 91 et s.
- un projet de modification de la loi du pays sur les actes coutumiers (délibération n° 07-2015/SC du 30 juin 2015 portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 4 août 2015, p. 6831).

1387 - Ainsi la délibération n° 424 du 3 avril 1967, *JONC*, 27 avril 1967 p. 360, sur laquelle voir Ch. BIDAUD-GARON, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 3 : L'état civil coutumier.

1388 - D. RODRIGUEZ, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 1, spéc. I.1.

1389 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin, op. cit.*, Avant-propos, p. 7.

1390 - *JORF* du 17 oct. 1982, p. 3106 et s.

Il y a dès lors, potentiellement, un problème de légitimité de la coutume judiciaire, source principale du droit coutumier. Lors d'un atelier juridique organisé par le Sénat coutumier à la Maison de la Nouvelle-Calédonie, un sénateur s'inquiétait justement du fait que lorsque la juridiction coutumière « juge, elle produit de la jurisprudence, indirectement, comme si on écrivait le droit kanak sans nous »¹³⁹¹, *ie* sans les institutions ni les autorités coutumières. Même si l'affirmation peut être nuancée par le fait que les assesseurs coutumiers sont proposés par les Conseils coutumiers, ce problème de légitimité n'est pas ignoré du magistrat professionnel¹³⁹².

Démarche d'acculturation – Cette réserve étant posée, les juridictions coutumières ont, de fait, une lecture acculturée de la coutume, dès lors que la « bouche de la coutume » est un « juge de la République, mêlant sa culture et son savoir à celui des assesseurs coutumiers »¹³⁹³. Il s'agit d'une juridiction biculturelle », d'un « processus de construction d'un droit coutumier, fruit d'un dialogue mené au sein d'une juridiction interethnique »¹³⁹⁴. La coutume judiciaire, le droit coutumier, ce n'est pas la coutume. Comme l'écrit Régis Lafargue, de cette collaboration entre les juges et les assesseurs naît ce droit coutumier, c'est-à-dire « un droit jurisprudentiel inspiré des normes traditionnelles, mais nécessairement modernisé puisque réapproprié par les juridictions qui l'élaborent. C'est une « reconstruction » jurisprudentielle du droit traditionnel »¹³⁹⁵.

Lorsque la question posée à la juridiction coutumière est nouvelle, sur laquelle le recours au précédent ne permet pas de dégager un principe, une solution, alors ce processus de construction original et acculturé du droit coutumier se met en place. En pratique, le juge professionnel expose par rapport au problème posé la manière dont le droit commun le résout, le raisonnement suivi pour parvenir à la solution, ses conséquences autant pour la situation juridique en discussion prise en tant que telle, que par ricochet sur les aspects qui lui sont accessoires et interdépendants. La discussion s'engage alors avec les assesseurs coutumiers afin de voir si la coutume prévoit une réponse au problème posé ou, à défaut, permet de construire une réponse coutumière notamment en s'inspirant du droit commun. La comparaison consiste à vérifier avec les assesseurs coutumiers si la réponse civile peut être adaptée à la coutume et, selon les cas, elle sera rejetée, acceptée ou adaptée. Ce dialogue repose sur un « principe de compatibilité qui permet au tribunal de vérifier si le mécanisme importé du droit civil existe dans la coutume, ou s'il apparaît nécessaire de l'adapter aux principes issus de la coutume, sous réserve de sa compatibilité avec ceux-ci »¹³⁹⁶. Les décisions rapportées dans les différentes contributions montrent les résultats de ce dialogue. Deux exemples parmi de nombreux autres permettent d'illustrer ce dialogue judiciaire interculturel.

En matière de filiation et alors que le droit civil autorise le père d'un enfant à contester sa paternité en demandant un test génétique, la coutume en revanche refuse une telle démarche, non pas que la filiation paternelle ne peut en soi être contestée, mais parce que l'établisse-

1391 - *Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie*, 24-25 nov. 2015, éd. MNC, 2015, p. 74, intervention d'O. TOGNA.

1392 - Voir D. RODRIGUEZ, *préc.*

1393 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin, op. cit.*, p. 78.

1394 - R. LAFARGUE, « La voie néo-calédonienne pour sortir de l'enchevêtrement normatif : jeu d'ombres et de lumière sur la Coutume », in *Mondes océaniens, Études en l'honneur de Paul DE DECKKER*, éd. L'Harmattan, 2010, p. 57 et s., spéc. p. 66.

1395 - R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, éd. PUAM, 2003, p. 27.

1396 - P. FREZET, « Du statut à l'identité », in *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie. Identités et rééquilibrages*, J.-Y. FABERON et Th. MENNESSON (dir.), éd. PUAM, 2012, p. 79 et s., spéc. p. 84.

ment de la filiation paternelle coutumière est social et non biologique et procède de l'échange coutumier. Un jugement rendu par le TPI de Nouméa en formation coutumière note ainsi que « dans la société kanak, la notion de paternité n'est en rien biologique, elle est construite socialement par les échanges et non déterminée par les rapports sexuels, comme le montre le fait qu'un clan maternel peut toujours refuser de reconnaître la paternité d'un homme dès lors que celui-ci n'a pas répondu aux exigences de la coutume »¹³⁹⁷. Dès lors que les échanges coutumiers ont été réalisés, que « l'enfant est déjà dans la case », le tribunal estime que « cette demande ne peut prospérer en ce qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle ne respecte pas les principes qui gèrent la société Kanak dans laquelle l'enfant vit », que « si certes le tribunal est sensible aux arguments avancés par les parties aux termes desquels la coutume doit s'adapter et "évoluer", il n'en reste pas moins que la présente demande ne peut aboutir eu égard au fait qu'elle porte atteinte à deux principes fondamentaux de la coutume, d'une part la conception de la filiation paternelle dans le monde kanak et d'autre part le respect de la parole donnée et consacrée par le geste coutumier ». Cette affaire montre que si le dialogue existe entre le juge professionnel et les assesseurs coutumiers, une solution issue du droit civil n'imprégnera la coutume, lorsque celle-ci est confrontée à une question nouvelle, que si la solution proposée est conforme aux valeurs et à la société coutumières.

Les intérêts civils montrent à l'inverse l'interpénétration efficace des règles de droit civil et de la coutume. Alors que des travaux et avis concluaient à la difficulté pour la coutume d'établir des principes tendant à définir le statut de victime, à cerner les notions de faute et de dommage, à allouer une réparation individuelle¹³⁹⁸, la jurisprudence étudiée montre au contraire que progressivement a pu être construit un véritable droit coutumier de la responsabilité, très largement inspiré du droit de la responsabilité civile mais reconstruit pour tenir compte des valeurs et de la société coutumières. Ainsi, si la réparation individuelle est admise par le droit coutumier quasiment dans les mêmes conditions que celles du droit civil, cela n'exclut pas une approche des notions de victime, de faute et de réparation inspirée des valeurs coutumières, permettant notamment que le clan de la victime directe soit vu comme une victime indirecte avec les droits afférents, que soit réparé un dommage collectif causé aux valeurs coutumières¹³⁹⁹.

Dimension processuelle de l'acculturation – Ce dialogue est rendu possible par l'échevinage de la juridiction de droit commun qui passe alors en formation coutumière. Sans la présence des assesseurs coutumiers, le dialogue rompu rend délicate l'affirmation d'une coutume judiciaire légitime même sur des questions *a priori* connues, dans les hypothèses où malgré cette absence des assesseurs la coutume doit néanmoins être appliquée. C'est le cas par exemple lorsqu'en vertu de l'article L. 562-24 du Code de l'organisation judiciaire « les citoyens de statut particulier peuvent d'un commun accord réclamer devant le tribunal de première instance

1397 - TPI Nouméa, 21 février 2011, RG n° 9/451. Sur cette affaire, *adde* S. SANA-CHAILLÉ DE NÈRE, « Miroir d'outre-mer : la famille, le droit civil et la coutume kanak », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean HAUSER*, Dalloz, 2012, p. 655. Cette conception de la filiation est celle qui ressort de la jurisprudence de façon plus globale, voir H. FULCHIRON, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 2 : La filiation.

1398 - Not. A. BENSA, Ch. SALOMON, « Nouvelle-Calédonie. Les Kanaks face à l'appareil judiciaire », Rapport GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2003, qui soulignent par exemple (p. 16) que « la notion de victime, comme personne qui a subi individuellement un préjudice, (...) est absente du mode coutumier de règlement des conflits », ou que (p. 47) « ceux que la justice française voit comme des "victimes" ou des "coupables" sont considérés par les Kanaks comme tous fautifs, également responsables de ce qui leur arrive. »

1399 - Voir É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4 : Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils.

l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction »¹⁴⁰⁰, ou encore lorsqu'en vertu de l'article 19 alinéa 2 de la loi organique, telle que modifiée par la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, la juridiction pénale statue sur les intérêts civils alors que toutes les parties sont de statut civil coutumier, dès lors qu'aucune ne s'y oppose. Dans ces deux cas, la juridiction en formation de droit commun doit appliquer la coutume et le Conseil constitutionnel l'a rappelé pour la juridiction pénale¹⁴⁰¹. Sur l'article 19 alinéa 2 de la loi organique, Valérie Malabat note justement qu'on « peut toutefois regretter que l'occasion n'ait pas été saisie de modifier la composition de la juridiction pénale en prévoyant, comme cela est fait pour les juridictions civiles, la présence d'assesseurs coutumiers (quitte à ce qu'ils ne participent qu'à la décision sur l'action civile). Cette modification permettrait en effet une meilleure connaissance de la coutume par la juridiction et sans doute également une meilleure acceptation de la décision par les justiciables »¹⁴⁰².

De fait, la présence des assesseurs coutumiers auprès du juge professionnel légitime la décision rendue – au-delà de sa valeur en tant que jugement doté d'autorité de la chose jugée – à devenir un « précédent », source de droit coutumier. De ce point de vue, les textes prévoient que les assesseurs coutumiers représentent l'aire coutumière des parties¹⁴⁰³. Il s'en déduit souvent, en pratique, que le juge est assisté de deux assesseurs, en première instance et en appel. Mais de fait rien n'interdit que soient appelés à siéger, avec voix délibérative¹⁴⁰⁴, plus de deux assesseurs, l'article L. 562-22 du COJ précisant que la coutume des parties doit être « représentée par un assesseur *au moins* ». En pratique, le président de la juridiction peut appeler à siéger plus de deux assesseurs dès lors qu'une question nouvelle et sérieuse se pose à la coutume, pour laquelle une solution n'apparaît pas évidente. L'appel à des assesseurs surnuméraires, ce qui offre une plus forte représentativité des aires et donc des influences coutumières – encore une fois : la règle impose seulement que la coutume des parties soit représentée, mais pas qu'une autre coutume le soit également si ce n'est pas par exclusion de celles des parties – permet non seulement de rechercher une réponse coutumière fondée sur des valeurs coutumières communes, mais également à chacune des coutumes représentées dans le dialogue de chercher en elle, par comparaison avec les autres, la solution qu'elle-même pourrait apporter à la question posée¹⁴⁰⁵. On le voit, le dialogue mené au sein de la juridiction en formation coutumière n'est pas uniquement un dialogue droit civil/coutume, il met en place également un dialogue inter-coutumier, socle d'un droit coutumier d'autant plus légitime qu'il sera partagé entre les différentes aires d'influence.

1400 - Sur cette faculté de renonciation, voir D. RODRIGUEZ, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 1, spéc. I.4. ; É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4, spéc. I.A.1.

1401 - Cons. Constit., 14 novembre 2013 n° 2013-678 DC (consid. n° 37), préc.

1402 - V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 : La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal, spéc. I.B.1.

1403 - Art. L. 562-22 al. 1^{er} du COJ : « Les assesseurs appelés à compléter la formation de jugement sont désignés par ordonnance du président de la juridiction de telle sorte que la coutume de chacune des parties soit représentée par un assesseur au moins. »

1404 - Les assesseurs peuvent également siéger sans voix délibérative. En pratique en effet les audiences coutumières sont, en première instance comme en appel, regroupées sur une période donnée. Les assesseurs coutumiers présents, en fonction de l'ordre du jour et de la rotation des affaires, siègent tantôt avec voix délibérative, tantôt en qualité de simple spectateur. Dans ce second cas, ils peuvent néanmoins, et sont parfois invités pour cela par le juge professionnel ou les autres assesseurs, à s'exprimer et à donner leur coutume.

1405 - Voir par ex. CA Nouméa, 30 octobre 2014, RG n° 2013/225, concernant une affaire de dissolution du mariage coutumier : « les assesseurs coutumiers présents, au nombre de quatre dans la composition (cette composition élargie assurant la représentation de quatre sur les huit aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie), eu égard à l'importance des principes débattus dans le cadre de ce dossier ». Voir la contribution de D. RODRIGUEZ, préc.

Ce processus de dialogue passe également par un aménagement de la procédure suivie, justement en vue de révéler la coutume qui devra s'appliquer au litige. Dans un document rédigé à l'aube du développement de la coutume judiciaire, un magistrat écrivait ainsi que « la règle coutumière étant orale et inconnue le plus souvent des plaideurs, du ministère public et du juge lui-même on assiste à un procès curieux : les parties et le ministère public le plus souvent ne peuvent invoquer la règle coutumière applicable faute de la connaître, et ce n'est qu'au stade du délibéré que les assesseurs coutumiers révéleront au juge la règle coutumière à appliquer ». L'auteur proposa alors de prévoir une procédure spécifique comprenant deux phases : « une phase préalable aboutissant à la définition par une décision avant dire droit des règles coutumières applicables ; une seconde phase de débats, avec les parties et le ministère public concernant les faits eux-mêmes et l'application des règles coutumières définies précédemment »¹⁴⁰⁶. Ce dédoublement de l'instance coutumière a été consacré par un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa au visa du nécessaire respect du principe du contradictoire¹⁴⁰⁷. De fait il est fréquent en pratique et la base de données donne de nombreux exemples de jugements avant dire droit, pris en matière de terre et propriété coutumières¹⁴⁰⁸, familiale¹⁴⁰⁹, d'intérêts civils¹⁴¹⁰, de statut civil coutumier¹⁴¹¹ notamment.

L'aménagement de la procédure passe également par l'instauration, parfois, d'un « intermède coutumier »¹⁴¹² : la juridiction sursoit à statuer par un jugement avant dire droit pour permettre aux parties de tenter un palabre sous l'égide des autorités coutumières concernées. Les assesseurs, voire le juge professionnel, sont associés à cette démarche. Cet intermède intervient particulièrement dans les domaines qui supposent justement une implication forte des autorités coutumières, notamment parce que la question touche directement un aspect fondamental de l'identité kanak, ainsi pour la propriété coutumière et le lien à la terre¹⁴¹³, que le procès trouve sa source dans un conflit coutumier lourd et ancien que la juridiction seule ne peut trancher si elle veut que sa décision soit acceptée, ainsi en matière d'intérêts civils¹⁴¹⁴, ou encore que la nature de la demande suppose une implication des coutumiers et plus largement de l'ensemble de la cellule familiale¹⁴¹⁵.

Ces aménagements procéduraux qui rendent possible le dialogue entre plusieurs mondes – juge/assesseurs ; droit civil/coutume ; coutume/coutume ; juridiction/autorités coutumières – sont d'autant plus importants qu'ils permettent de légitimer l'action de la juridiction en formation

1406 - J.-L. DELAHAYE, « Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie (essai d'analyse de la jurisprudence locale) », Cour d'appel de Nouméa, 1995 (inédit), p. 26-27.

1407 - CA Nouméa, 5 juin 2000, RG n° 140/00, cité par R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 317.

1408 - CA Nouméa, 13 octobre 2003, RG n° 421/2002 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 9 août 2010, RG n° 10/101 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 14 novembre 2011, RG n° 11/174.

1409 - TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, 11 juin 2012, RG n° 11/189 ; TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, 22 mars 2007, RG n° 06/366 ; TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, 3 mai 2007, RG n° 06/365 ; TPI Nouméa, JAF, avdd, 20 février 2015, RG n° 14/1554.

1410 - TPI Nouméa, sect. Koné, 19 octobre 2009, RG n° 8/243 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 25 juillet 2011, RG n° 11/71 ; TPI Nouméa, sect. Koné, 4 mai 2009, RG n° 09/78.

1411 - TPI Nouméa, sect. Koné, 19 mai 2004, RG n° 189/2003.

1412 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 318.

1413 - TPI Nouméa, sect. Koné, 10 août 1999, RG n° 106/97 ; CA Nouméa, 29 juillet 2004, RG n° 292/2003 (successions) ; TPI Nouméa, sect. Koné, 6 juin 2000, avdd, RG n° 59/98.

1414 - CA Nouméa, 16 septembre 2013 et 22 mai 2014, RG n° 12/101.

1415 - TPI Nouméa, sect. Koné, 12 avril 2007, JAF, RG n° 05/301 ; TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, avdd, 22 décembre 2014, RG n° 14/310 ; TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, avdd, 16 mars 2015, RG n° 14/301, RG n° 14/155, RG n° 14/66 ; TPI Nouméa, sect. Koné, JAF, avdd, 16 février 2015, RG n° 14/285, RG n° 14/1835.

coutumière tant à l'égard des justiciables – qui sont alors enclins à la saisir plutôt que le chef coutumier – que des autorités coutumières elles-mêmes – qui sont disposées à œuvrer de conserve avec elle – instaurant en cela une justice « restaurative » du lien social. « La justice dans cette conception, ne saurait être un acte extérieur aux parties et imposé à elles ; elle est une thérapie voulue et acceptée par elles. Il s'agit moins de dire qui a raison ou qui a tort, au regard d'une règle supérieure, que de "recoller les morceaux" et de ramener l'entente moins pour les parties elles-mêmes que pour leur environnement familial qui n'a pas à pâtir de leurs démêlés »¹⁴¹⁶.

Ce droit coutumier acculturé peut-il, dans ce cadre, préfigurer la construction d'un droit calédonien unifié ?

b. L'acculturation juridique base d'un droit calédonien unifié ?

Dans la chronologie des transferts de la compétence normative de l'État à la Nouvelle-Calédonie, le 1^{er} juillet 2013 a marqué une étape décisive, à la fois technique et symbolique. À la compétence en matière de procédure civile, droit du travail ou droit des assurances notamment s'est ajoutée celle du droit civil, du droit commercial et des règles relatives à l'état civil. Hormis quelques matières, la Nouvelle-Calédonie exerce désormais la compétence normative pour la quasi-totalité du droit privé. Dans le même temps, l'accord de Nouméa appelle à la construction d'une société fondée sur la recherche d'un « destin commun », qui transcende les communautés et leurs particularismes¹⁴¹⁷. Or, on le sait, le droit de la Nouvelle-Calédonie est constitué par un ensemble normatif disparate et au final extrêmement complexe : droit français, droit coutumier et droit calédonien. La Nouvelle-Calédonie est une terre de pluralisme juridique. Le droit français ne s'applique pas de la même façon selon la matière qu'il concerne : soit il est d'application immédiate, soit il ne s'applique que *via* le filtre de la spécialité législative. Les deux droits locaux sont eux-mêmes pluralistes : la compétence normative en matière de droit calédonien est partagée entre le Congrès (droit civil, commercial, du travail, des assurances, procédure civile par exemple) et les provinces (à l'instar du droit de l'environnement), et le droit coutumier est lui-même divers puisqu'il n'est que l'interprétation de coutumes qui, dit-on, varient selon les huit aires coutumières. Dans la mesure où le transfert d'une compétence – quelle que soit sa nature – n'a d'intérêt que si sa finalité et son exercice subséquent permettent une amélioration de la situation antérieure, il apparaît alors immédiatement que le transfert du droit privé (en particulier celui du droit civil étant donné sa nature de droit commun du droit privé) doit être l'occasion pour la Nouvelle-Calédonie d'exercer sa compétence dans le sens d'une simplification répondant à la recherche d'un « destin commun ».

D'aucuns soutiendront que cette recherche du destin commun par le droit passe par une rupture avec le pluralisme juridique, en particulier avec ce dualisme des statuts civil et coutumier.

Lors de l'atelier juridique du Sénat coutumier organisé à la Maison de la Nouvelle-Calédonie fin 2014, la représentante du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie notait ainsi que :

la Nouvelle-Calédonie se caractérise par des personnes qui relèvent, pour une partie du droit commun et, pour une autre, du droit coutumier. Exercer notre compétence en matière de droit

1416 - R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 319.

1417 - Accord de Nouméa du 5 mai 1998, préambule, point 4 : « Le passé a été le temps de la colonisation. Le présent est le temps du partage, par le rééquilibrage. L'avenir doit être le temps de l'identité, dans un destin commun ».

civil, c'est donc faire en sorte que nous puissions trouver les passerelles pour une écriture commune visant à unifier nos cultures au travers de valeurs partagées qui, pour certaines d'entre elles, s'additionnent et s'entremêlent. Ce transfert du droit civil est sans doute l'occasion, [...] l'opportunité, d'unifier nos populations, de leur permettre de trouver une identité commune.

Et d'ajouter que « l'objectif, c'est donc bien qu'un Code civil néo-calédonien énonce quelques règles communes à toutes les populations de la Nouvelle-Calédonie parce qu'elle a un destin commun »¹⁴¹⁸.

Cette volonté affichée de parvenir à un droit calédonien « kanako-civil »¹⁴¹⁹, puisant son inspiration autant dans le droit civil que dans la coutume kanak, mais unique dans sa structure, trouve son expression dans un rapport commandé par le président du Congrès de la Nouvelle-Calédonie et présenté devant l'institution en 2012¹⁴²⁰. Le but serait de créer un Code civil de la Nouvelle-Calédonie qui serait commun à tous, c'est-à-dire s'appliquant à chacun nonobstant son statut personnel et, partant, se substituant au droit dont les personnes relèvent actuellement selon leur statut, droit commun autant que coutumier. L'avantage, selon le rapport, se déduit de l'option qui s'offre au législateur calédonien : « soit institutionnaliser le conflit interne à la société néo-calédonienne, par des règles de "conflits" qui assoient encore davantage deux statuts qui isolent et séparent la population en deux, soit saisir cette opportunité historique que constitue le transfert du Droit civil pour construire un "destin commun" à l'ensemble de la population, reflétant la volonté de celle-ci, sans qu'une catégorie ne prévale sur l'autre et alors même que l'identité de chacune est préservée »¹⁴²¹.

Pendant, on perçoit rapidement que malgré l'affirmation plusieurs fois répétée que ce droit civil se construira de façon équilibrée, « en puisant ce qui a de plus adéquat dans chacun des statuts » (n° 334), l'inspiration sera, de fait, profondément inégale et elle est d'ailleurs souvent présentée comme telle.

Le rapport propose ainsi que le droit calédonien, « dans son ensemble "se civilise" »¹⁴²². Par son ambiguïté et le contexte dans lequel elle est formulée, l'expression est pour le moins troublante. Si le rapport explique que le droit calédonien doit rechercher ses principes et solutions dans le droit civil autant que le droit coutumier, c'est bien la coutume qui est ici appelée à être « civilisée », sous peine de perpétuer le « clivage entre deux parties de la population »¹⁴²³, clivage qui ne fera que s'accroître puisque le statut de droit coutumier demeurera « immobile »¹⁴²⁴, et alors que les « comportements des personnes de droit coutumier, estimés illégitimes, par

1418 - *Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie*, préc., p. 19-20, intervention de V. RUFFENAGH.

1419 - R. LAFARGUE, « Le respect de l'identité kanak en droit », *RJPENC* 2013/1, n° 21, p. 22.

1420 - M.-A. FRISON-ROCHE, « Le transfert de la compétence normative d'édiction des lois et des règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie », 2012, consultable sur <http://mafr.fr/fr/article/22-le-transfert-de-la-competence-normative-dedicti/>.

1421 - *Ibid.* n° 336.

1422 - *Ibid.* n° 125.

1423 - *Ibid.* n° 123.

1424 - *Ibid.* n° 124.

exemple dans l'éducation des enfants » seront plus durement frappés par le droit pénal¹⁴²⁵. L'auteur en conclut que « cette inadaptation du droit coutumier sera accrue par le fait que le "droit commun", s'éloignant de plus en plus du droit métropolitain, va s'imprégner des réalités locales, alors que le droit coutumier, non concerné par le transfert, aura été facialement sanctuarisé, au nom de la préservation de l'identité canaque, mais de fait de plus en plus pénétré par une application directe du droit pénal, les canaques constituant en outre majoritairement la population carcérale. Les tensions sociales risquent de s'accroître en conséquence, alors que le droit civil a pour fonction de créer du lien social ». ¹⁴²⁶ Bref, le droit civil permet la paix par le destin commun là où le maintien du statut de droit coutumier raviverait « les tensions sociales », alors que tout observateur avisé de la société calédonienne sait qu'agiter le spectre des « tensions sociales » est lourd de sens.

Comme le relèvent Sandrine Sana-Chaillé de Néré et Valérie Parisot :

là, sans doute, se trouve le danger¹⁴²⁷. Qui ne voit, en effet, que, dans la recherche d'un tel syncrétisme juridique, le rapport de force entre coutume kanak et droit civil métropolitain est profondément inégal ? Il l'est d'abord par la nature même des deux normes que l'on veut assembler : d'un côté la coutume, ensemble impalpable pour un juriste de droit écrit et qui ne se compose pas seulement de « normes » au sens juridique du terme mais plus largement d'éléments de représentation du monde, et, de l'autre, un droit écrit, qui s'est solidifié, enrichi, raffiné mais aussi complexifié au gré des évolutions sociales, des contraintes économiques et du respect des engagements internationaux de la France. Le rapport de force est ensuite inégal en raison du point de vue – parfois inconscient – duquel on se place pour envisager ce code civil commun : un tel code civil est perçu comme un progrès pour la population mélanésienne qui, à défaut, resterait soumise à des normes inadaptées aux exigences de la modernité. Où l'on perçoit très vite la difficulté qu'il y a, pour les non-Kanak, à regarder la coutume comme l'égale du droit civil. Dans ces conditions, il serait bien naïf de penser que le futur droit civil commun emprunterait à égalité dans la coutume et dans le droit de tradition métropolitaine. Et l'on peut craindre, alors, que sous couvert d'intégration de la coutume, ce soit en réalité sa disparition de la scène juridique qui se produise¹⁴²⁸.

Au-delà de ce seul danger, qui doit amener le législateur calédonien à penser le modèle de société qu'il entend construire dans le cadre de son évolution institutionnelle, les obstacles juridiques et culturels à une telle unification du droit calédonien par intégration directe de la coutume sont réels.

I. B. 2. Les obstacles à l'unification

L'intégration directe de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie supposerait la rédaction de normes par les autorités délibérantes : ainsi, un Code civil calédonien

1425 - *Ibid.* L'auteur s'appuie ici sur le discours de rentrée solennelle prononcé en 2012 par la procureure générale près la Cour d'appel de Nouméa, sur lequel voir É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4 : Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils – Introduction.

1426 - *Ibid.* n° 126.

1427 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, commentaire du Rapport FRISON-ROCHE : <https://larje.unc.nc/le-rapport-frison-roche-sur-le-transfert-du-droit-civil-commentaire/>.

1428 - Voir *supra* 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 » – Introduction générale – II.C.

serait voté par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Si l'intention est séduisante, elle se heurte cependant à de nombreux obstacles aussi bien normatifs et institutionnels que culturels.

a. Obstacles normatifs et institutionnels

Obstacle d'incompétence normative – L'article 99, 5° de la loi organique de 1999 prévoit que le Congrès peut voter des lois du pays en matière de « Statut civil coutumier, régime des terres coutumières et des palabres coutumiers ». Dans ce cadre, la question se pose de l'espace de la compétence normative du Congrès pour légiférer, par loi du pays ou délibération, sur le champ des affaires coutumières. Ce domaine de compétence, à la fois large et ambigu, est à l'origine d'un double conflit de compétences.

D'une part, la compétence du Congrès en matière de « statut civil coutumier » crée un conflit de compétence avec l'État, lequel est compétent pour définir les règles applicables aux statuts personnels commun et particuliers relevant de l'article 75 de la Constitution. De fait, seule la loi organique de 1999 définit les conditions d'accession et de renonciation au statut civil coutumier ainsi que les conséquences normatives de l'appartenance à tel ou tel statut. Dans ce cadre, avec le transfert de la compétence du droit civil à la Nouvelle-Calédonie se pose la question du champ d'application spatial et personnel du droit civil calédonien, question qui rend nécessaire l'édiction de règles de conflits internes de lois¹⁴²⁹. Quelle autorité a alors compétence pour édicter de telles règles ? Si la question est délicate, le Conseil d'État estime qu'il « n'appartient qu'à la loi organique de procéder aux choix qu'impose la détermination de ces règles au regard des mécanismes qu'elles impliquent, qu'il s'agisse de l'élaboration des catégories de rattachement ou de celle des critères de rattachement. »¹⁴³⁰. L'avis est ici dans le prolongement d'un arrêt rendu par l'assemblée plénière du Conseil d'État toujours, jugeant qu'il revient à l'État, et non à la Polynésie française, de déterminer le champ d'application du droit métropolitain et celui du droit local¹⁴³¹. Au-delà du champ du transfert à la Nouvelle-Calédonie qui ne concerne, selon le Conseil d'État, que des règles substantielles et non conflictuelles¹⁴³², la raison qui explique cette compétence conservée de l'État tient au fait que « le législateur calédonien, en effet, ne tient sa compétence normative que d'une sorte de concession faite par l'État qui, lui, renonce à exercer sa propre compétence dans le domaine transféré. Et c'est naturellement l'État qui détermine dans quel champ juridique il entend ne plus exercer sa compétence. Or, on l'a dit, les règles de conflits de lois sont l'expression de ce champ de compétence auquel l'État renonce et de celui qu'au contraire il se réserve. Dans cette perspective, on peut donc aussi défendre l'idée que c'est à l'État qu'il appartient de fixer les critères de rattachement des lois calédoniennes, délimitant ainsi, en creux, le domaine qu'il entend réserver à ses propres lois. »¹⁴³³. Autrement dit : l'État étant compétent pour définir les champs *ratione personae* et *materiae* d'un statut personnel qu'il reconnaît, il l'est également pour déterminer la norme applicable par la rencontre de ces statuts,

1429 - Sur l'ensemble de cette question, voir *supra* S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc.

1430 - CE, avis, 23 mai 2013, n° 387519.

1431 - CE, Ass., 4 novembre 2005, n° 280003, RDC 2006. 1268, obs. P. DEUMIER, jugeant que « les modalités de combinaison des normes de droit du travail émanant de la Polynésie française avec celles en vigueur en métropole, dans un département d'outre-mer ou à Saint-Pierre et Miquelon ; que de telles règles de combinaison, qui participent directement à la définition des compétences respectives de l'État et de la Polynésie française, ne peuvent être déterminées que par une loi organique ».

1432 - CE, avis, 23 mai 2013, préc.

1433 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », *JDI* 2014, doct. 2, p. 33 et s., spéc. p. 40.

fussent-ils particuliers¹⁴³⁴. Dans ces conditions, la compétence du Congrès en matière de « statut civil coutumier » ne porte pas sur « le statut civil coutumier » en tant que tel (champs *ratione personae* et *materiae*, conflit de normes), mais plutôt sur le régime juridique des matières soumises à la norme applicable à la personne relevant de ce statut telles qu'elles ont été listées par l'État (*ie* le droit civil pour le statut civil coutumier, selon l'article 7 de la loi organique). La compétence du Congrès serait alors une compétence de droit substantiel.

Mais alors et d'autre part, un second conflit de compétences survient avec les autorités naturellement compétentes pour définir le régime juridique de ces matières, à l'instar des « coutumiers » s'agissant de la coutume kanak. Le Congrès peut-il créer de la coutume ? Poser la question est sans aucun doute déjà y répondre : une coutume légiférée n'est plus une coutume. Mais au-delà de l'aspect purement sémantique, le doute survient notamment quant au sens de la compétence du Congrès en matière de « régime des terres coutumières », alors que l'article 18 de la loi organique soumet ces mêmes terres à « la coutume ». On pourrait estimer que le Congrès, compétent pour définir le « régime des terres coutumières » au sens de l'article 99,5°, l'est pour définir la « coutume » qui s'applique à ces terres au sens de l'article 18. C'est cependant à une autre lecture qu'invite l'article 18 de la loi organique, comme l'article 7. En donnant compétence à la coutume pour régir le droit civil et les terres coutumières des personnes de statut civil coutumier, ces deux articles excluent le recours au droit commun (qu'il s'agisse du droit commun étatique ou du droit commun calédonien). Or, les lois du pays et les délibérations votées par le Congrès relèvent du droit commun calédonien¹⁴³⁵. En tirant les conséquences, l'article Lp. 111-1 du Code de l'urbanisme de la Nouvelle-Calédonie précise que ses règles « ne s'appliquent pas sur les terres coutumières qui demeurent régies par la coutume conformément à l'article 18 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 ».

C'est ce que rappelle le Sénat coutumier, pour lequel « aucune compétence reconnue à la Nouvelle-Calédonie d'agir dans les matières coutumières ne l'autorise à légiférer sur le contenu de la coutume qui relève exclusivement des organes claniques et cheftains désignés notamment par la Charte du peuple kanak »¹⁴³⁶. L'affirmation reprend le sens de la Charte du peuple kanak selon laquelle la Parole (*ie* la coutume) relève des seuls clans et chefferies¹⁴³⁷. Ce rôle de production de la coutume est également reconnu par la loi du pays du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers, selon laquelle les palabres coutumiers, dont il est issu une parole coutumière, sont organisés sous l'égide des clans et des chefferies¹⁴³⁸. Le Sénat coutumier explique ainsi que :

les institutions politiques et administratives, lorsqu'elles agissent au titre de leurs compétences visées supra, ne peuvent déterminer le contenu de la Coutume, ou en d'autres termes « dire la Coutume » dont le rôle appartient aux structures claniques et cheftaines Kanak. Mais bien au contraire garantir le champ de la Coutume. (...) En l'occurrence, oui on peut écrire des textes de procédure et de mise en œuvre d'un droit coutumier particulier sur une matière donnée, mais non on ne peut réécrire des principes pour les adapter à la réalité du moment. C'est valable pour le régime des terres coutumières

1434 - Art. 9 al. 2 de la loi organique de 1999.

1435 - En ce sens également, J. BOUQUET-ELKAIM, in *Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie*, préc., p. 35.

1436 - « Note sur la juridicisation de la Charte du peuple kanak et reconnaissance de la coutume dans l'ordre juridique néo-calédonien », in *Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique*, préc., p. 25.

1437 - Voir les valeurs exposées au Chapitre 2, section 1 de la Charte.

1438 - Cf. art. 1 et 2 de la loi du pays.

*et c'est aussi valable pour le statut civil coutumier. Par exemple, le don d'organe ne peut remettre en cause le principe coutumier de la propriété du sang appartenant à l'oncle utérin*¹⁴³⁹.

En ce sens, la compétence de la Nouvelle-Calédonie concerne la création non de normes coutumières (d'une coutume), mais d'une norme qui relève du « droit de la coutume ». C'est le cas par exemple de la loi du pays sur les actes coutumiers, qui ne fait que définir dans quelle mesure la décision coutumière issue d'un palabre coutumier sera productrice de droits garantis et opposables. C'est le cas également du projet de loi du pays sur les successions coutumières dans sa version publiée par délibération du Sénat coutumier¹⁴⁴⁰. L'exposé des motifs indique ainsi qu'il « entend faire respecter d'une manière générale, l'essence de la coutume et les attributions des autorités coutumières (notamment des chefs de clan) tout en s'attachant à préciser leurs rôles en cas de litiges et de désaccords. Car, il ne s'agit pas ici de reprendre des dispositions inspirées très fortement du droit commun et d'y soumettre la coutume ». Le projet ne dit pas qui sont les héritiers, il ne définit pas leur part respective, il entend simplement définir un cadre de règlement paisible des successions coutumières, en encadrant les modalités d'ouverture et de décision par les autorités coutumières compétentes.

Enfin, les provinces ayant également certaines compétences, ainsi en droit de l'environnement, elles ne peuvent *via* ces compétences créer une « coutume » ni interférer dans le domaine de compétence de la coutume pour régir, notamment, les terres¹⁴⁴¹.

Obstacles institutionnels – À l'image sans doute de l'imbroglio juridique dans lequel la Nouvelle-Calédonie se trouve intrinsèquement en raison de l'enchevêtrement de normes de source et de valeur diverses et entremêlées, la répartition des compétences relatives à l'identité kanak est elle-même relativement floue. Ce constat est fait par le Sénat coutumier lui-même. Ainsi l'exposé des motifs de la délibération n° 11-2014/SC du 16 septembre 2014¹⁴⁴² du Sénat coutumier dresse-t-il un constat amer de la situation actuelle. Il expose que « le schéma d'organisation institutionnel auquel sont confrontés les citoyens autochtones kanak est confus, diffus et manque totalement de transparence. Il est inefficace, très incertain, opaque et non réactif, non inclusif et irresponsable. Ainsi, les citoyens kanak sont confrontés à plusieurs administrations lesquelles exercent dans la réalité des parcelles de compétences. Cette situation renvoie au principe du « partage des compétences » entre les institutions... », et « l'ensemble des outils, combiné dans un système de croisement de compétences (État, NC, provinces, communes) est très opaque voire inintelligible. Ainsi chaque administré qui entreprend une démarche relevant de l'identité kanak, se trouve confronté à une multiplicité d'interlocuteurs avant de voir aboutir sa demande ».

En effet, la coutume, pour sa création, sa compréhension, sa mise en œuvre, son interprétation, fait intervenir de nombreux acteurs : autorités (clan, chefferie) et institutions coutumières

1439 - « Exposé sur la philosophie juridique de l'approche du Sénat coutumier », conférence prononcée par le Sénat coutumier devant la commission plénière du Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 12 octobre 2015, inédit.

1440 - Délibération n° 08-2015-SC du 2 juillet 2015 sur loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC* du 4 août 2015, p. 6851.

1441 - Voir not. délibération n° 11-2015/SC du 28 juillet 2015 portant avis relatif aux premiers projets de réglementation du code de l'environnement de la province des îles, *JONC* du 20 août 2015, p. 7402.

1442 - Portant objectif de réforme de l'administration des affaires coutumières et inscription des politiques publiques relatives à l'identité kanak dans les contrats de plan pour la période 2015-2019, *JONC* du 16 oct. 2014, p. 9870.

(conseils coutumiers, Sénat coutumier), Nouvelle-Calédonie (membre du gouvernement en charge des affaires coutumières, DGRAC, officier public coutumier, état civil coutumier, Académie des langues kanak, Agence de développement de la culture kanak), État (juridictions en formation coutumière, Agence de développement rural et d'aménagement foncier).

S'il existe un membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en charge des affaires coutumières, chargé notamment de la mise en œuvre des délibérations du Congrès et qui peut prendre, dans ce cadre, des actes de nature réglementaire, l'article 127 de la loi organique, qui précise les attributions du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ne prévoit aucunement une quelconque attribution en matière coutumière. Le Tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a eu l'occasion de se prononcer sur la légalité d'un arrêté du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relatif à la création d'un observatoire des affaires coutumières¹⁴⁴³. Structuré en trois formations – « terres coutumières », « statut civil et droit civil coutumier » et « résolution de conflit en milieu coutumier » – cet observatoire a été conçu pour avoir comme mission, notamment, d'apporter « sa réflexion sur la législation et la réglementation coutumière à élaborer dans le cadre de la mise en œuvre des politiques publiques en Nouvelle-Calédonie », de participer « par son analyse à une prise en compte de l'identité kanak dans l'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie », de suggérer « des améliorations de la législation et de la réglementation coutumière en vigueur ». Ces formations, composées selon les cas de onze à une quinzaine de membres, comprenaient une minorité de « coutumiers ».

À la demande du Sénat coutumier, le tribunal administratif prononça l'annulation de l'arrêté au motif que « s'il était loisible au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, agissant dans le cadre de ses pouvoirs généraux d'organisation du service, de constituer un organisme ayant vocation à observer les affaires coutumières, cette création ne devait pas empiéter sur les compétences des organes mis en place par la loi organique ». Il ajoute qu'en « créant, par l'arrêté attaqué, l'observatoire des affaires coutumières, en lui conférant par sa composition et ses missions une dimension sans rapport avec un simple organe consultatif interne et en l'investissant d'une mission qui l'autorise notamment à suggérer des améliorations de la législation et de la réglementation coutumière en vigueur, le gouvernement a porté atteinte à l'équilibre institutionnel défini par la loi organique qui confie au sénat coutumier des attributions spécifiques s'agissant des questions intéressant l'identité kanak ». L'arrêté est, par suite, entaché d'incompétence et annulé¹⁴⁴⁴.

Cette situation montre que, quelle que soit la méthode adoptée, l'intégration croissante de la coutume dans le corpus normatif contemporain nécessite sans aucun doute de repenser l'organisation institutionnelle en charge des questions relatives à l'identité kanak. L'arrêté annulé traduit un besoin du gouvernement de mieux connaître et appréhender la société coutumière. Mais les missions qui ont été données à l'observatoire empiétant largement sur celles du Sénat coutumier et des conseils coutumiers, c'est davantage le rôle de ces institutions qu'il convient de faire évoluer. À ce jour en effet le Sénat coutumier, compétent pour donner avis

1443 - Arrêté n° 2014-3511/GNC du 2 décembre 2014 modifiant l'arrêté n° 2010-279/GNC du 12 janvier 2010 créant et organisant la direction de la gestion et de la réglementation des affaires coutumières de la Nouvelle-Calédonie, *JONC* 11 déc. 2014, p. 11285.

1444 - TA NC, 26 novembre 2015, n° 1500049, *Sénat coutumier et autres*, confirmé par CAA Paris, 5 juillet 2017, n° 16PA00806. V. R. FRAISSE, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 2 : La juridiction administrative, spéc. III.A.

sur tout projet de loi du pays ou délibération portant sur l'identité kanak¹⁴⁴⁵, n'a pas de pouvoir normatif propre et ses avis ne lient ni le gouvernement ni le Congrès. Ainsi Guylène Nicolas s'interroge-t-elle sur la place du Sénat coutumier dans son rôle de seconde assemblée délibérante. Elle constate « l'intégration progressive du Sénat coutumier dans l'écriture des textes législatifs calédoniens », « dans des domaines qui dépassent le statut civil coutumier ou les terres coutumières », en plus du pouvoir qu'il s'est « auto attribué » en engageant et en faisant aboutir le chantier de la Charte du peuple kanak, chantier qui « a ainsi eu la double conséquence de renforcer ses pouvoirs en même temps que sa légitimité ». Elle invite dès lors à relancer « les réflexions sur l'évolution du Sénat coutumier dans la construction d'un véritable bicamérisme en Nouvelle-Calédonie ».¹⁴⁴⁶

b. Obstacles culturels

À supposer les obstacles normatifs et institutionnels dépassés, l'intégration directe de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie se heurterait à des obstacles culturels qui tiennent, d'une part, à la forme de l'expression coutumière et, d'autre part, à sa substance.

La forme de l'expression coutumière – L'intégration directe de la coutume dans le corpus normatif calédonien nécessiterait de la rédiger. Or la coutume est orale et si le droit coutumier, qui trouve sa source notamment dans la coutume judiciaire ou les décisions matérialisées par un acte coutumier, est écrit, ces deux sources écrites de droit coutumier ne peuvent véritablement servir de fondement à une écriture de la coutume. Cette question de l'écriture des coutumes est depuis longtemps débattue, même à l'intérieur des institutions coutumières. Nous avons déjà eu l'occasion de travailler sur cette thématique de la rédaction des coutumes et en sommes arrivés à la conclusion qu'elle n'est pas opportune¹⁴⁴⁷. Pour résumer, cette rédaction n'apparaît pas opportune pour plusieurs raisons qui tiennent, notamment, au moment de la rédaction, à son auteur, à la méthode de rédaction, à la nature de la coutume alors qu'elle sera nécessairement réécrite et pas seulement retranscrite et que des coutumes disparaîtront, et aux conséquences de la rédaction qui provoquera inéluctablement la fin des juridictions en formation coutumière puis celle de la coutume traditionnelle en ce qu'elle est dotée de juridicité. Ainsi il a été vu qu'il existe en soi de nombreux acteurs du fait coutumier. Cet enchevêtrement des compétences coutumières se répercutera nécessairement sur l'auteur de la rédaction : quel sera-t-il ? Par extension, quelle sera alors l'unité territoriale de cette coutume écrite ? Le Sénat coutumier pour une coutume commune à la Nouvelle-Calédonie, à l'instar de la Charte du peuple kanak ? Les conseils coutumiers à l'intérieur de leur aire d'influence, entraînant alors la rédaction de huit codes coutumiers ? La rédaction des coutumes supposera donc de définir quelles autorités et/ou institutions coutumières auront compétence et surtout légitimité à le faire. De même pour rédiger la coutume, il faut que celle-ci sorte de la case, que la parole soit dite pour être portée sur le papier. La mise au jour de la coutume laisse alors apparaître, outre la qualité de ses solutions, ses défauts, son archaïsme éventuel, ses contradictions, les usages mauvais qui étaient masqués par l'oralité. L'écrit permet en effet de prendre du recul sur la norme et, surtout, de la comparer. Il est alors tentant de modifier la coutume en l'écrivant, c'est-à-dire de ne pas seulement la retranscrire, mais de la transformer. La mise au

1445 - Art. 142 et 143 de la loi organique.

1446 - G. NICOLAS, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 1 : Le rôle des autorités et institutions coutumières, spéc. II. B.

1447 - É. CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*

jour permet une mise à jour. Mais ce faisant la coutume est trahie, car le rédacteur se mue en créateur, en législateur. La règle écrite n'est plus coutumière parce qu'elle est, dès l'instant de sa rédaction, déconnectée des pratiques, du fait, du temps, de l'espace, des mythes coutumiers. Dès lors enfin que cette rédaction aura abouti, les juridictions en formation coutumière disparaîtront. Les magistrats disposant d'un corpus de règles coutumières, ils n'auront plus besoin des assesseurs coutumiers, de ces relais vers le monde kanak et ses prescrits, puisqu'ils trouveront dans un corpus les réponses. Qu'il y ait des lacunes, que le code coutumier ne prévoit que des principes généraux n'y changera rien fondamentalement, si ce n'est peut-être de ralentir ce crépuscule, tant le juge sait trouver dans quelques principes des solutions fines et adaptées à l'évolution. En ce sens, la rédaction entraînera la création d'un droit coutumier aux côtés de la coutume, déconnecté de cette dernière.

Comme le confirme Antoine Leca, « rédiger la coutume c'est la dénaturer et cela ne peut qu'amener à la discréditer »¹⁴⁴⁸. Or c'est cela que propose le rapport Frison-Roche lorsqu'il appelle de ses vœux que le droit calédonien – la coutume en réalité – « se civilise ».

La Charte du peuple kanak, adoptée après un long processus d'échanges entre l'ensemble des aires et des chefferies, rappelle au titre des valeurs coutumières fondamentales et communes, que « L'oralité de la coutume est maintenue et préservée » (valeur 37). Même si la Charte n'a pas à ce jour de valeur normative propre, il paraît difficile d'attendre des coutumiers qu'ils aillent désormais à l'encontre des valeurs qu'elle promet. Or la coutume, s'il fallait l'écrire, ne pourra s'écrire sans eux.

La substance de l'expression coutumière – L'étude des décisions rendues par les juridictions en formation coutumière semble montrer de possibles points de convergence entre la coutume et le droit civil, par exemple en ce qui concerne la question émergente des intérêts civils. Par ailleurs, alors même que des différences se font jour de façon plus flagrante dans certaines matières, des points communs peuvent néanmoins être trouvés. Ainsi en ce qui concerne la dissolution du mariage coutumier et cette idée que l'union clanique formée par le mariage est indissoluble et ne se rompt qu'au décès du dernier enfant commun du couple, qui ne pourrait voir que le mariage civil scelle pareillement l'union de deux familles et le lien entre elles, matérialisé par le don de vie que le couple fera à chacune de ses branches, les perpétuant, subsistera tant que vivra l'enfant, indépendamment de la survie du couple dont il est issu ? Il n'en reste pas moins que l'entreprise qui consisterait à rédiger des normes communes, mêmes restreintes à de grandes valeurs, reviendrait le plus souvent, sinon toujours, à tenter de concilier l'inconciliable.

Sans qu'il soit besoin de multiplier les exemples, il convient simplement de mesurer qu'une telle entreprise nécessiterait, comme l'a expliqué Régis Lafargue, de « dépasser l'irréductible opposition entre famille nucléaire et organisation gentilice et en matière de "devoirs" sur le foncier, il faudrait anéantir le concept, inconcevable pour un esprit occidental, de "lien à la terre" »¹⁴⁴⁹.

1448 - A. LECA, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, 2^e éd. PUAM, 2016, p. 54. Dans le même sens, de façon plus générale aux coutumes, N. ROULAND, « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités » *RTD civ.* 1994, p. 287 s.

1449 - R. LAFARGUE, « Le respect de l'identité kanak en droit », *op. cit.*, p. 22.

Les décisions relatives à la capacité¹⁴⁵⁰, au mariage¹⁴⁵¹, à la dissolution du mariage¹⁴⁵², la filiation¹⁴⁵³, l'obligation alimentaire¹⁴⁵⁴, l'autorité parentale¹⁴⁵⁵ et même l'interprétation des articles relatifs à l'accession au statut civil coutumier¹⁴⁵⁶, pourtant relevant de la loi organique, montrent que la coutume doit toujours être comprise et interprétée par le prisme de cette place prépondérante donnée au clan. C'est ce que rappelle la Charte du peuple kanak en précisant, notamment (valeur 27) que « La Parole issue de l'Esprit de l'Ancêtre fonde le clan sur un territoire donné où il plante son tertre clanique. Le rapport qui lie un clan/son ancêtre-esprit à un espace naturel donné marque intrinsèquement l'identité propre d'un clan et des individus qui le composent ». Ainsi de la filiation où « la notion de paternité dans la coutume ne revêt pas le même sens que dans le droit commun : le père est celui qui va créer le statut social de l'enfant, en lui donnant un patronyme qui l'enracine dans la terre ».¹⁴⁵⁷ Et pour cela le père a besoin du soutien de son clan car c'est lui qui lui donne son nom et son statut social. « Ainsi dans la société kanak, la notion de paternité n'est en rien biologique, elle est construite socialement par les échanges et non déterminée par les rapports sexuels, comme le montre le fait qu'un clan maternel peut toujours refuser de reconnaître la paternité d'un homme dès lors que celui-ci n'a pas répondu aux exigences de la coutume. Autrement dit "quand les sœurs font des enfants, ils reviennent à la famille, on ne connaît pas le père, on ne met pas en doute la parole de la mère, pour les anciens, dans ce cas les enfants sont intégrés dans le clan maternel" »¹⁴⁵⁸. Il n'y a pas lieu en ce cas de rechercher un père dans le clan des paternels « car il a un père tout désigné dans le clan de la mère qui est son oncle utérin »¹⁴⁵⁹.

Quant au lien à la terre, il suffit pour comprendre toute la difficulté qu'il y aurait à combiner la « propriété » au sens de l'article 544 du Code civil et la « propriété » coutumière au sens des articles 6 et 18 de la loi organique de 1999 – qui n'ont en partage que le terme employé – de relire les décisions rendues sur cette thématique¹⁴⁶⁰. À ce titre, le jugement rendu le 25 juillet 2012 par la section détachée de Lifou, aussi déroutant – à la première lecture – qu'emblématique, rappelle que :

En aucun cas la terre coutumière est un droit direct sur la terre. Elle est un droit par les hommes et pour les hommes sur la terre. Elle exprime des héritages humains et non une possession foncière directe. [...] Il n'y a pas de lien direct c'est-à-dire de droit réel mais bien des liens personnels et interpersonnels entre les clans et les chefferies pour la conservation et la jouissance de la terre. Ces

1450 - É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4 – I.B.3.

1451 - B. GAGNON, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 1.

1452 - A. NALLET, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 3.

1453 - H. FULCHIRON, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 2.

1454 - G. CASU, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 5.

1455 - V. POUX, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 4.

1456 - P. DEUMIER, P. DALMAZIR, *supra* Partie 1 – Chapitre 1, spéc. II.

1457 - TPI Nouméa, 21 février 2011, RG n° 10/662.

1458 - *Ibid.*

1459 - R. LAFARGUE, « Le respect de l'identité kanak en droit », *op. cit.*, p. 23.

1460 - Voir celles citées par R. LAFARGUE, *supra* Partie 1 – Chapitre 3 : Terres de mémoires : Les Terres coutumières une question d'identité et d'obligations fiduciaires, spéc. II. A. ; et par É. CORNUT, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », préc. *Adde* R. LAFARGUE, « De l'identité par la terre à l'identité par le droit », in *L'unité de la République et la diversité culturelle ; Le chemin, le geste et la parole. De la norme autochtone au droit coutumier kanak*, éd. Dalloz, coll. L'esprit du droit, Paris, 2017, spéc. p. 109 et s. O. DESAULNAY et M. MAISONNEUVE (dir.), éd. PUAM, 2016, p. 91 et s.

*liens personnels forment l'unité clanique autour de la terre première. C'est la terre qui nourrit les hommes qui à leur tour la nourrissent*¹⁴⁶¹.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Nouméa juge que :

pour la coutume telle qu'exprimée par les assesseurs de l'aire Paici Camuki ce « lien à la terre » est un concept central qui signifie « qu'un homme sans terre n'est rien, et n'a tout simplement pas d'existence, en ce que la terre est pour le kanak la mère : celle qui nourrit l'homme, lui donne la vie et pour finir le lieu où il se fondera dans la mort » ;

*Que cette terre qui est le principe de toute vie, fait l'identité de l'homme, au point que la spoliation d'une terre est vécue comme une agression vitale et la négation de l'identité de l'être qui se définit comme « appartenant à la terre » ; que la restitution de la terre participe donc de la restauration de l'identité et de la dignité de la personne.*¹⁴⁶²

Cette conception est celle de la Charte du peuple kanak lorsqu'elle dit (valeur 4) que « Le lien à la terre traduit la relation charnelle et spirituelle d'un clan avec l'espace naturel où se situe son tertre d'origine où apparut l'ancêtre et avec les espaces des tertres successifs qui jalonnent son histoire. Plus largement, le lien à la terre traduit la relation affective liant la famille/ le clan et la terre qui l'a vu naître et grandir ». En ce sens, « selon la Coutume kanak, ce "lien-à-la-terre" dont se prévalent les clans, détermine l'organisation clanique, les rapports familiaux, le statut des personnes, et notamment celui de l'enfant. La Coutume dessine ainsi un rapport triangulaire Terres/clans/individus, où l'homme se trouve "investi" d'une identité, puis d'un statut, et d'un rôle social attachés à cette Terre – à laquelle il s'identifie, plus qu'il ne la possède ».¹⁴⁶³ Cette conception est plus globalement celle de la propriété en Océanie : « dans la conception océanienne la propriété ne dérive pas en principe de la possession – laquelle ne légitime rien puisqu'elle n'appréhende que la propriété sur les biens corporels – mais d'un "rapport" porteur d'identité. En Océanie, parler d'identité individuelle ou familiale ramène à parler de la Terre. Celui qui n'a pas de terre n'a ni ancêtre ni totem. Il ne sait ni d'où il vient, ni qui il est. Il n'est personne »¹⁴⁶⁴. La lecture du préambule au projet de loi du pays sur la protection des savoirs traditionnels permet également d'appréhender pleinement la conception autochtone du lien à la terre, de ses ramifications et, partant, de la nécessité de laisser à la coutume le soin de définir son propre modèle normatif¹⁴⁶⁵.

On le voit, tenter de rapprocher les deux droits – civil et coutumier – serait sans doute vain et produirait une norme déconnectée de ses deux influences, de l'une au moins. En cela il apparaîtrait qu'une intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie, si elle ne doit pas être exclue, semble devoir passer par des techniques indirectes qui, tout en reconnaissant et, le cas échéant, en élargissant la juridicité de la coutume, préservent la compétence naturelle des coutumiers pour en définir le contenu substantiel.

1461 - TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, RG n° 12/00048.

1462 - CA Nouméa, 11 octobre 2012, RG n° 2011/425.

1463 - R. LAFARGUE, « La "terre-personne" en Océanie : Le Droit de la Terre analysé comme un droit moral et un devoir fiduciaire sur un patrimoine transgénérationnel », in S. VANUXEM et C. GUIBET LAFAYE (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM 2015, p. 23.

1464 - *Ibid.* p. 23. Adde sur la conception de la « propriété » en Océanie, l'ouvrage collectif *South Pacific Land Systems*, S. FARRAN et D. PATERSON (dir.), USP Press, 2013.

1465 - Délibération n° 14-2014/SC du 13 novembre 2014 adoptant le projet de loi du pays relative à la sauvegarde des savoirs traditionnels liés aux expressions de la culture kanak et associés à la biodiversité ainsi qu'au régime d'accès et de partage des avantages, *JONC* du 3 février 2015, p. 1042.

II. L'INTÉGRATION INDIRECTE DE LA COUTUME

L'intégration indirecte de la coutume dans le corpus normatif contemporain repose sur des méthodes de réception de la coutume par l'ordre juridique, qui permettent d'assurer sa normativité tout en laissant les coutumiers maîtres de son contenu (A). Au-delà des méthodes utilisées, la coutume ainsi reconnue compétente doit également être garantie dans sa mise en œuvre (B).

II. A. La réception de la coutume

À propos de la réception du droit souple par l'ordre juridique, Pascale Deumier a montré que celui-ci peut fournir « un modèle de comportement à l'aune duquel la solution sera directement recherchée » en prenant appui, parce que ce droit n'a pas de juridicité propre, « sur un élément de l'ordre juridique qui le véhiculera comme norme ». Elle ajoute que cette force directe peut s'appuyer soit « sur les outils fondamentaux de l'ordre juridique », soit « sur une habilitation délivrée par l'ordre juridique »¹⁴⁶⁶. Ces deux outils sont d'ailleurs les outils permettant aujourd'hui encore l'application, devenue très résiduelle, de la coutume non-kanak en droit français. Ainsi, les usages professionnels sont parfois utilisés pour apprécier le standard de la « faute » souvent utilisé par les règles de droit¹⁴⁶⁷ ; les usages du commerce international trouveront pour leur part à s'appliquer en tant que règles de droit devant les arbitres internationaux, du fait de l'habilitation délivrée par l'article 1511 al. 2 du Code de procédure civile. Cette méthode de réception est-elle transposable à la coutume kanak dans le cadre de son intégration dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie ?

Si elle n'est pas du droit souple¹⁴⁶⁸, la coutume kanak partage avec cette notion en vogue sa nature de fait social, orientant les comportements, au besoin indépendamment d'une contrainte étatique. Pour les coutumiers, la coutume crée en tant que telle des droits et des obligations, sans doute d'ailleurs que la personne kanak soit ou non de statut civil coutumier. Pour l'État, la coutume crée des droits et obligations mais uniquement en matière de droit civil et de propriété coutumière et pour les seules personnes relevant du statut civil coutumier : dans ces hypothèses, la coutume n'est pas un simple fait social ou une norme souple mais bien un système de droit dur. Cependant, si elle a cet effet, c'est parce que l'État le permet en reconnaissant la juridicité de la coutume pour régir les rapports juridiques répondant à ce double critère *ratione personae* et *materiae*¹⁴⁶⁹, alors que la coutume a un champ d'intervention substantiel beaucoup plus vaste. C'est pour évaluer les possibilités d'application de la coutume, hors de ce champ d'intervention, que le parallèle peut être fait avec le droit souple : si

1466 - P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple, actes des Journées nationales de l'Association H. Capitant*, t. 13, éd. Dalloz, 2009, p. 113 et. s., spéc. pp.121-122.

1467 - Ex. Cass. Com. 20 janvier 2009, n° 07-21.084, *RD transp.*, 2009, n° 52.

1468 - Conseil d'État, *Le droit souple*, éd. La documentation française, 2013, p. 61, qui définit le droit souple comme « l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives : - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. ». La coutume, du fait de sa forme orale, répond mal au troisième critère et, du fait de la loi organique, crée en certaines circonstances des droits et obligations, échappant ainsi partiellement au second critère. Le Conseil d'État écarte la coutume du droit souple, « du fait de son caractère pleinement impératif », dans son étude annuelle, point 1.3.2.

1469 - Voir. *supra* I. A.

ces sources ne sont pas identiques, la question des outils permettant leur réception par l'ordre juridique étatique se présente de la même façon.

En ce sens, les deux méthodes de réception du droit souple par l'ordre juridique exposées par Pascale Deumier peuvent également guider une réception de la coutume au-delà – tel est l'intérêt de la démarche – du champ qui lui est à ce jour réservé par la loi organique : d'une part pour les situations qui mettent en relation des personnes de statut personnel différent, d'autre part lorsque la situation ne relève pas du droit civil ou de la propriété coutumière.

II. A. 1. La réception de la coutume par les outils fondamentaux de l'ordre juridique

Pascale Deumier donne deux exemples d'outils qui permettent au système juridique de réceptionner d'autres normativités : les notions à contenu variable d'une part, au travers de l'exemple de la faute, le contrat d'autre part.

a. Réception par les notions à contenu variable

L'ordre juridique reçoit et utilise des notions juridiques qui, parce qu'elles sont générales, à contenu variable, offrent un large pouvoir d'appréciation au juge¹⁴⁷⁰ autant qu'elles permettent de « saisir "in concreto" la plasticité des comportements humains sous des normes adéquates »¹⁴⁷¹. Elles peuvent dès lors devenir des vecteurs de réception de la coutume kanak alors même que c'est la norme étatique, et non la coutume, qui doit s'appliquer dans la situation juridique en cause. Dans l'ordre juridique, ces notions sont notamment la faute, le préjudice, l'ordre public et les bonnes mœurs, la fraude, l'intérêt, le fait justificatif ou encore feu le bon père de famille.

La faute – Ainsi la faute comme condition de la responsabilité civile de l'article 1382 du Code civil peut-elle être caractérisée par référence à un modèle de comportement issu du droit souple, et Pascale Deumier en donne des exemples¹⁴⁷². Reprenant pour illustrer son propos l'exemple de la faute, le Conseil d'État estime également que « Le fait que le droit souple ne puisse servir de fondement à une demande présentée devant un juge ne signifie pas qu'il ne puisse [...] être pris en compte par ce dernier, comme moyen auxiliaire d'interprétation des règles de droit, comme référence au regard de laquelle apprécier le caractère fautif d'un comportement, voire qu'il puisse être contesté directement au vu de ses effets. L'absence d'obligation n'implique pas l'absence de tout effet de droit »¹⁴⁷³.

Dès lors, rien ne semble s'opposer, alors même que la situation juridique relève du droit civil, à ce que la coutume kanak puisse également être cet étalon dans la détermination de la faute, comme du dommage. On le sait : la coutume ne s'applique que dans les rapports entre personnes qui sont toutes de statut civil coutumier, alors que le droit civil commun s'applique dès

1470 - Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruylant, 1984, p. 363 et s., spéc. p. 365.

1471 - H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs)*, éd. Sirey, 1948, n° 277.

1472 - P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 122. Alors que l'article 1382 est devenu l'article 1240 dans le Code civil français, le Code civil calédonien conserve la numérotation historique en raison de l'inapplicabilité, en Nouvelle-Calédonie, de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

1473 - Conseil d'État, *Le droit souple*, préc., p. 62.

lors que l'une des parties au moins est de statut commun¹⁴⁷⁴. Or, si le droit coutumier de la responsabilité est proche du droit civil de la responsabilité, de nombreuses différences existent dès lors qu'il est tenu compte de la dimension coutumière de la faute comme du dommage¹⁴⁷⁵. Si par exemple l'auteur de la faute est de statut civil coutumier et que la victime est de statut commun, le juge pourrait apprécier la gravité de la faute au regard du modèle de comportement coutumier, par exemple en considérant que la faute est grave parce que la victime est un « vieux »¹⁴⁷⁶. La seule limite serait qu'une telle pénétration de la coutume n'entraîne pas une moindre protection pour la victime, mais pour cela la liberté d'appréciation du juge offre la souplesse nécessaire. Réciproquement, si l'auteur est de statut commun et que la victime est de statut coutumier, rien ne s'opposerait non plus à ce que le juge, pour évaluer le dommage subi par la victime, l'apprécie au regard de la coutume par application de l'article 1382 du Code civil, reconnaissant alors 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 »¹⁴⁷⁷, ou autorisant le clan de la victime à se porter partie civile en invoquant un préjudice collectif, clanique, « aux valeurs coutumières », des « dommages immatériels » ou des « préjudices spirituels »¹⁴⁷⁸, à l'instar des préjudices par ricochet et autres dommages à leur objet social invoqués par les proches de la victime ou par des associations.

Toujours sur la faute, un autre exemple simple intéresse le droit de l'environnement. Les atteintes à l'environnement sont, en droit non coutumier, vues comme des atteintes à la faune, à la flore, au milieu de vie, c'est-à-dire des atteintes objectives. Pour le monde coutumier kanak, l'atteinte est également subjective. La terre est sacrée, vivante, c'est d'elle que vient l'homme, il y fonde son identité et il a un devoir sacré à sa protection. 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, 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 sens¹⁴⁷⁹.

Toujours à propos de la faute, mais cette fois vue sous l'angle du droit pénal, matière on le sait réputée exclusive de l'application de la coutume, à tout le moins très rétive, Valérie Malabat explique néanmoins que la coutume peut être prise en considération dans l'appréciation des comportements des individus de statut coutumier pour la constitution des infractions pénales. Ainsi pour caractériser une faute simple d'imprudence qui suppose une appréciation du comportement de l'individu, elle estime qu'il « est parfaitement conforme à cette appréciation requise pour l'établissement de la faute de prendre en compte le statut coutumier de la personne comme élément du contexte dans lequel elle a agi. Ainsi tel comportement qui

1474 - Art. 9 de la loi organique de 1999.

1475 - Voir É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4.

1476 - TPI Nouméa, sect. Koné, 16 décembre 2013, RG n° 12/55 (confirmé par CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39).

1477 - TPI Nouméa, 1^{er} 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.

1478 - CA Nouméa, 26 mars 2015, RG n° 14/24. *Idem* : CA Nouméa, 23 avril 2015, RG n° 15/39.

1479 - Ex. tiré de É. CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 141.

pourrait paraître anodin et non fautif du point de vue du droit commun, pourrait être considéré comme particulièrement grave au regard des devoirs coutumiers ou inversement »¹⁴⁸⁰. Et cette réception de la coutume est d'autant plus simple à mettre en œuvre qu'il « n'y a point besoin ici d'un renvoi exprès de la loi pénale envers la coutume pour permettre cette prise en compte : il ne s'agit pas en effet d'établir la violation d'un devoir ou d'une règle qui serait extérieure à la norme pénale (et ici portée par la coutume) pour en sanctionner pénalement la violation mais simplement de caractériser une faute pénalement sanctionnée par la prise en compte des circonstances de commission de l'acte reproché, prise en compte d'ores et déjà permise par le texte d'incrimination »¹⁴⁸¹. Éric Duraffour fait la même proposition lorsqu'il écrit que « La prise en compte de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale oblige le juge à tenir compte de la coutume kanak. Il n'est plus possible de détacher le prévenu de son environnement social, de son identité kanak constitutionnellement protégée par la voie du statut personnel »¹⁴⁸². Cette prise en compte, en droit pénal, prend d'ailleurs une dimension particulière dans la mesure où la peine a également pour fonction de rétablir le lien social. Or, « lorsque la commission de l'infraction se réalise au sein même des clans et espaces coutumiers, l'atteinte au lien social coutumier est mise en lumière et sa restauration devient une nécessité pénale ».

L'intérêt (de l'enfant) – À propos d'une affaire concernant l'adoption d'un enfant de statut de droit commun par ses grands-parents, l'un de droit commun et l'autre de droit coutumier¹⁴⁸³, Sandrine Sana-Chaillé de Néré et Valérie Parisot notent que :

la compétence – à supposer qu'elle soit admise – du droit commun pour définir l'adoption de l'enfant dans une telle situation n'écarte pas systématiquement toute prise en considération de la coutume, en particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier son intérêt à être adopté. Alors que le ministère public avait écarté tout élément lié à l'intégration clanique de l'enfant lors de l'appréciation de cet intérêt, la cour d'appel se montre plus ouverte et accepte de tenir compte de la « réalité sociale et familiale »¹⁴⁸⁴ résultant du fait que l'enfant est élevé sur les terres coutumières du clan de sa grand-mère. Dans cette affaire, si les arguments d'ordre coutumier sont écartés, ce n'est pas parce que le principe même d'une telle prise en considération n'était pas admis, mais uniquement parce que les conditions objectives de l'adoption, relatives notamment à l'abandon de l'enfant, n'étaient pas réunies.

Elles en concluent qu'il :

convient, lors de l'application du droit commun à une situation mixte, de tenir compte du droit coutumier évincé. Dans la présente affaire, c'est l'intérêt coutumier de l'enfant à être adopté qui s'insinue dans la notion d'« intérêt » de l'enfant posée par le Code civil. La démarche s'inspire de celle que nous avons pu relever à propos des demandes de changement de nom. D'autres exemples de combinaison des normes sont concevables. Ainsi de la décision du juge de première instance du 21 août 1991¹⁴⁸⁵, laquelle ne prononce l'adoption plénière d'un enfant de statut de droit commun

1480 - V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 – § 1, spéc. II. A. 1.

1481 - *Ibid.*

1482 - É. DURAFFOUR, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 – § 2, spéc. I. B.

1483 - CA Nouméa, Ch. cout., 25 mars 2013, RG n° 11/254.

1484 - L'importance de la réalité sociale du lien de filiation est prégnante également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : voir Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner*, req. n° 76240/01, et Cour EDH, 3 mai 2011, *Négrépontis*, req. n° 56759/08.

1485 - TPI Nouméa, sect. Koné, 21 août 1991, RG 46/91.

par un adoptant de statut particulier sur le fondement des articles 343 et suivants du Code civil qu'après avoir constaté l'accord du clan¹⁴⁸⁶.

Causes de non-responsabilité pénale – C'est le cas encore s'agissant des causes de non-responsabilité pénale que sont le fait justificatif, le commandement de la loi, l'erreur de droit ou la bonne foi. Valérie Malabat évoque ainsi la possibilité d'envisager le respect de la coutume sous l'angle d'un ordre de la loi ou d'un commandement de l'autorité légitime. S'agissant de l'ordre de la loi, elle note que « la valeur normative de la coutume en droit civil est parfaitement reconnue par notre ordre juridique : or, l'ordre de la loi exonératoire du point de vue du droit pénal n'est pas un ordre de la loi pénale : toute loi peut avoir cet effet justificatif. Même si l'on refuse cette assimilation normative de la coutume à la loi¹⁴⁸⁷, il n'en reste pas moins que l'effet exonératoire de la coutume pourrait être reconnu en lui-même »¹⁴⁸⁸. En ce qui concerne le commandement de l'autorité légitime, Valérie Malabat rappelle qu'il « a été vu que certaines décisions admettent de rechercher en ce cas les conditions de l'article 122-4 al 2 du Code pénal alinéa 2 qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Cela signifie tout d'abord que l'autorité coutumière peut être qualifiée d'autorité légitime¹⁴⁸⁹. Cela signifie ensuite que la décision de l'autorité coutumière ne doit pas donner un ordre manifestement illégal pour que la commission d'une infraction pénale en exécution de cet ordre puisse être exonérée »¹⁴⁹⁰. Selon elle, même si la voie reste étroite, ces causes objectives de non-responsabilité pénale sont sans doute plus adaptées que les causes subjectives de non-responsabilité pénale, dans la mesure où les premières supposent l'analyse des circonstances objectives de commission de l'infraction alors que les secondes requièrent des données propres et internes à la personne poursuivie¹⁴⁹¹. Dans le même sens, la coutume pourrait être prise en compte afin d'apprécier une atténuation de la responsabilité pénale¹⁴⁹².

D'autres illustrations pourraient être trouvées de cette possible réception de la coutume dans la mise en œuvre et l'interprétation des règles de droit étatiques qui, en principe, seules

1486 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, V. PARISOT, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 3, spéc. II.A.3.b) bb)

1487 - Par exemple en se fondant sur une interprétation stricte de l'article 122-4 al 1 du Code pénal qui prévoit l'ordre de la loi et qui dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Parce que le texte ne vise que les dispositions législatives et réglementaires on pourrait donc en s'appuyant sur une interprétation stricte considérer que l'ordre de la coutume n'est pas visé et ne peut donc être assimilé à un ordre de la loi. Mais ce serait oublier que l'interprétation stricte n'est pas imposée s'agissant d'une disposition favorable à la personne poursuivie.

1488 - V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 – § 1, spéc. II.A.2.

1489 - Ce qui n'était pas évident dans la mesure où la jurisprudence en a une conception assez stricte et que cela ne désigne que des autorités publiques.

1490 - V. MALABAT, *op. cit.*, *loc. cit.*

1491 - Proposant la prise en compte de ces causes de non-responsabilité subjectives, v. R. LAFARGUE, « L'expérience australienne d'adaptation du droit pénal à la dimension culturelle : le principe d'unité du droit pénal et la prise en compte du fait coutumier », *Archives de Politique criminelle*, n° 18, Pédone, 1996, p. 137 et s. p. 151 et 152 ; V. PARISOT, « Justice pénale républicaine et droit coutumier kanak », in « Le statut des peuples autochtones. À la croisée des savoirs », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2011-2012, éd. Karthala 2012, p. 183-208, spéc. p. 203 ; É. CORNUT, « La mise en œuvre de l'expulsion coutumière et le juge pénal », *RJPENC*, 2009/2, n° 14, p. 82 (article également disponible sur le site du LARJE : <https://larje.unc-nc.nc/>).

1492 - Voir pour un ex. de cette prise en compte des usages pour atténuer la responsabilité pénale : P. MOUSSERON, « La France : République coutumière ? », *D.* 2016, p. 315, à propos d'un arrêt rendu le 4 décembre 2015 par la Cour de discipline budgétaire et financière qui retient que les « usages de la Fondation nationale des sciences politiques » sont « de nature à constituer des circonstances atténuant la responsabilité du président ».

s'appliquent. Dans ces hypothèses et comme le note Pascale Deumier, « la réception dont il s'agit n'est pas franchement une érection du droit souple au rang de norme », ce dernier « joue un rôle d'étalon du comportement plus que de prescription juridique. [...] Dès lors, l'utilisation ici faite du droit souple [de la coutume kanak] se situe à mi-chemin de son usage pour l'interprétation de la règle et de son érection comme norme »¹⁴⁹³. Différente est la réception de la coutume par le contrat, permettant une gradation normative.

b. Réception par le contrat

Le contrat est un moyen simple et efficace permettant de donner à la coutume kanak un effet normatif, même en dehors de son champ de compétence *ratione personae* et *materiae*. « L'ordre juridique reçoit le contrat, le contrat reçoit » la coutume¹⁴⁹⁴. Les parties peuvent en effet, dès lors que le droit civil commun s'applique à leur contrat, ériger en modèle normatif contractuel des éléments puisés dans la coutume. En droit interne la validité d'une telle réception peut s'appuyer sur les articles 1134 et 1135 du Code civil applicable à la Nouvelle-Calédonie¹⁴⁹⁵. En droit international privé, le treizième considérant du préambule du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit de Rome 1) précise que « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale »¹⁴⁹⁶. Cette possibilité reconnue aux parties de se départir, sous réserve de l'ordre public, des normes étatiques est donc acquis dans l'ordre interne comme international.

L'intérêt se situe ici dans les hypothèses où la coutume n'est pas en soi déjà applicable. Concernant un contrat civil passé alors que toutes les parties sont de statut civil coutumier, la coutume s'applique sans qu'il soit besoin de l'invoquer, la seule interrogation étant celle, on l'a vu, de la structuration d'un droit coutumier des contrats. Dans ce cadre, sont concernés les contrats passés alors que les parties sont de statut différent, et/ou pour les contrats non civils, à l'instar des contrats de travail, commerciaux ou de sociétés.

En ce qui concerne le contrat de travail, Nadège Meyer explique que :

La reconnaissance de l'application de la coutume, ou plus probablement de certains des aspects de celle-ci, peut résulter directement du contrat de travail conclu entre un salarié et un employeur en particulier. Le contrat pourrait tout à fait prévoir que le salarié, relevant de la coutume a notamment des obligations particulières qui lui incombent, au vu de sa qualité d'oncle utérin, de chef de clan, ou à l'occasion d'un mariage, d'un décès... et que ces obligations justifieront toutes les absences éventuelles que le salarié pourrait avoir de ce fait. L'employeur et le salarié pourraient ainsi contractualiser

1493 - P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *op. cit.*, p. 123.

1494 - Pour paraphraser P. DEUMIER, *op. cit.*, p. 123.

1495 - Devenus respectivement articles 1103 et 1194 du Code civil métropolitain. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie du fait du transfert de la compétence du droit civil. L'article du Code civil métropolitain selon lequel « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi » pourrait également fonder l'accueil de la coutume dans un contrat signé en France métropolitaine.

1496 - Ce règlement comme tous les règlements européens n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie.

*le statut coutumier du salarié et légitimer des agissements qui, sans cela, pourraient constituer des fautes professionnelles appelant des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement.*¹⁴⁹⁷

Cette réception de la coutume dans le contrat de travail offrirait en effet un véritable fait justificatif à une éventuelle responsabilité contractuelle¹⁴⁹⁸.

On se souvient que la Cour d'appel de Nouméa estime que le GDPL est une personne morale de droit coutumier¹⁴⁹⁹. Ce faisant, régi par la coutume pour son fonctionnement interne, il en découle que le règlement intérieur d'un GDPL, qu'il fasse ou non directement référence à la coutume, doit être interprété au regard de la coutume et des usages coutumiers. Ainsi, lorsque que ce règlement intérieur prévoit que l'assemblée générale du GDPL peut être convoquée par le mandataire à la demande du Président du conseil des chefs de clan, cette disposition doit être interprétée à l'aune de la coutume. Dès lors, il est jugé que « cette disposition au sens des usages coutumiers, n'offre pas qu'une simple faculté de convocation laissée à l'appréciation du mandataire, mais lui confère une compétence liée en vertu du principe coutumier d'obéissance à la volonté générale exprimée par le Président des chefs de clan »¹⁵⁰⁰.

Les terres coutumières, soumises à la règle des « 4 i » qui interdit sur elles tout contrat translatif de propriété, peuvent en revanche être l'objet, pour leur valorisation économique et juridique, d'un bail et même d'un bail emphytéotique. Si un jugement rendu par la section détachée de Koné estime que la coutume s'applique au bail portant sur des terres coutumières, dès lors également qu'il a été conclu entre deux parties de statut coutumier, plus particulièrement à la question du paiement des loyers d'un local commercial situé en terre coutumière¹⁵⁰¹, il paraîtrait incongru que la coutume soit exclue du contenu même du bail, notamment du bail emphytéotique, au motif que le droit commun devait s'appliquer. Ces baux emphytéotiques sont en effet très utilisés lorsqu'une entreprise de droit commun entend développer une activité sur terre coutumière. Samuel Gorohouna en apporte des exemples, notamment dans la zone VKP ou du Mont-Dore¹⁵⁰². La prise en compte de la coutume est rendue possible par le biais de l'acte coutumier qui est établi dès lors que le projet de développement économique portant sur une terre coutumière nécessite qu'il soit accepté par les clans à l'issue d'un palabre coutumier¹⁵⁰³. L'accord de Nouméa prévoit (pt. 1. 4) que « des baux seront définis par le Congrès, en accord avec le Sénat coutumier, pour préciser les relations entre le propriétaire coutumier et l'exploitant sur les terres coutumières ».

Cette réception de la coutume par le biais du contrat permet de donner à cette dernière la force d'une « loi », pour des domaines ou entre des personnes qui, en principe, n'y sont pas soumis. Néanmoins cette normativité de la coutume n'est que relative, soit parce qu'elle ne concerne que les rapports entre les parties, soit parce qu'elle relève du pouvoir souverain du juge. Dès lors, une intervention du législateur afin de définir le champ d'application de la coutume dans l'ordre juridique permettrait de franchir un palier supplémentaire dans sa réception.

1497 - N. MEYER, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2, spéc. I.A.

1498 - *Ibid.*

1499 - Voir *supra* I.A.2.b. Droit commercial ; GDPL.

1500 - CA Nouméa, 27 août 2012, n° RG 12/242.

1501 - TPI Nouméa, sect. Koné, 5 sept. 2006, RG n° 06/19, cité par S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, V. PARISOT, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 3, spéc. § 1.I.B.2.b)

1502 - S. GOROHOUNA, *supra* Partie 2 – Chapitre 2 – Section 3, spéc. I. B.

1503 - C. ELIA, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 2, spéc. III. B.

II. A. 2. La réception de la coutume par renvoi de l'ordre juridique

a. Nécessité d'un renvoi à la coutume

Si l'intégration directe de la coutume se heurte à de nombreux obstacles normatifs, institutionnels et culturels, rendant l'œuvre vaine, en revanche une intégration indirecte par la technique de la délégation de l'ordre juridique, apparaît possible. Pour qu'elle soit intégrée, il suffit que la norme, de source étatique ou calédonienne, prévoie en son sein un renvoi à la coutume, par la « technique de la délégation ». Le droit français connaît ce renvoi légal aux usages « locaux », de la « région », « des lieux », « du pays »¹⁵⁰⁴. Cette méthode n'est pas inconnue de la loi organique du 19 mars 1999, ni de normes calédoniennes, lois du pays ou délibérations du Congrès, délibérations des assemblées de provinces.

L'intérêt d'une telle délégation réside autant dans l'objectif de garantir que dans l'idée de développer la place de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie, terre de pluralisme juridique. Comme l'écrit Pascale Deumier, citant Nicolas Molfessis, « le recours aux usages favorise la coordination des règles en dressant un pont entre deux ou plusieurs dispositions. Certes [...], toutes les règles qui composent un système juridique sont reliées les unes aux autres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une technique particulière. Mais par le renvoi, le lien sera formellement inscrit dans la règle »¹⁵⁰⁵. Et de cette coordination entre le droit commun et le droit coutumier il a été montré dans notre matière qu'elle était parfois insuffisante, voire inexistante tant les règles actuelles tendent à donner l'image de deux normes qui se croisent mais sans jamais s'entremêler. La résolution actuelle du conflit interne de normes, reposant sur l'article 9 de la loi organique, en témoigne : les Kanak sont tour à tour soumis soit au droit civil, soit à la coutume selon la situation en cause ou la personne avec laquelle ils ont noué la relation, et ces deux normes sont à chaque fois prises et appliquées comme un tout, créant une sorte de mur juridique entre les deux droits.

Le « droit délibéré, s'il n'est certes jamais obligé de déléguer au droit spontané, y est néanmoins contraint par la nécessité, par la réalité d'une diversité face à laquelle il est mal armé »¹⁵⁰⁶. N'est-ce pas cette contrainte qui touche le législateur français autant que calédonien ? Le respect de l'identité kanak, érigé au rang d'objectif à valeur constitutionnelle par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, oblige les législateurs français et calédonien à respecter et à permettre autant que garantir la juridicité de la coutume kanak. Or les obstacles relevés plus avant témoignent qu'ils sont mal armés pour assurer eux-mêmes cet objectif.

Dans la mesure où la délégation se fait en aveugle, le législateur ne connaissant pas forcément par avance le contenu de la coutume, celle-ci garde sa spécificité dans son existence comme pour son évolution par rapport à la norme délégante.

Mais si le droit spontané garde alors son autonomie dans son existence et dans son évolution, sa positivité est reçue par celle du droit délibéré. Certes, la règle spontanée garde sa propre effectivité. C'est très certainement par cette effectivité qu'elle domine la plupart des relations de son groupe, et s'y maintient. Cependant, lorsqu'elle se trouve invoquée devant le juge, c'est

1504 - P. DEUMIER, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002, n° 400 s.

1505 - *Ibid.* n° 401, citant N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ* 1997, p. 1193 et s.

1506 - *Ibid.* n° 401.

*dans la loi que le tribunal trouve la raison de son invocation. La positivité quotidienne de la règle spontanée se double donc d'une positivité de validité, qui met son application judiciaire à l'abri de toute contestation.*¹⁵⁰⁷

Là est sans doute l'un des enjeux de la réception de la coutume kanak dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie : faire en sorte que la coutume vivante, celle qui s'exprime au quotidien, non seulement demeure de source coutumière mais également qu'elle continue à cimenter – si tel en tout cas est leur souhait et la Charte du peuple kanak semble le démontrer – les liens entre les coutumiers, la société coutumière et ce peuple kanak. La non-effectivité normative ou judiciaire de la coutume en dehors du champ qui lui est actuellement reconnu est en effet souvent dénoncée par les coutumiers comme une des causes du délitement de la société coutumière. Ainsi la négation du droit pénal coutumier entraîne-t-elle que les autorités coutumières, pourtant de par la coutume investies d'un rôle de sanction, sont parfois poursuivies devant le juge judiciaire pour violation du droit pénal dans la mise en œuvre de ce pouvoir¹⁵⁰⁸. Leur autorité s'en trouve nécessairement, dans le monde coutumier, amoindrie et, plus loin, c'est l'effectivité et la capacité pour la coutume à être perçue par les Kanak comme un véritable modèle de comportement qui sont en jeu.

Si, sur le fond, la raison de ces poursuites pénales à l'encontre des coutumiers tient le plus souvent à l'incompatibilité entre la sanction coutumière et l'objectif défendu par la norme pénale¹⁵⁰⁹, néanmoins la réaction du droit pénal pourrait être davantage mesurée. Les ponts créés notamment par le renvoi à la coutume – même en droit pénal – en plus de l'utilisation des instruments fondamentaux du droit, autorisent ce rapprochement acculturé, ferment d'un véritable pluralisme juridique du « destin commun ».

En effet, dans la mesure où le renvoi à la coutume marque une intégration, non pas directe, ce qu'aurait entraîné une rédaction de la coutume, mais une intégration indirecte, qui respecte sa nature profonde¹⁵¹⁰, la coutume ne sera ni figée, ni déformée, ni trahie, ni vouée à disparaître. Sur le fond, elle demeure de la compétence des coutumiers malgré le renvoi opéré vers elle par le droit commun. Elle pourra s'exprimer, mais également poursuivre son évolution à l'image de celle opérée *via* le droit coutumier de la famille ou de la responsabilité, et les ponts ainsi créés entre les deux normes seront, à l'instar de la coutume judiciaire, un moteur de cette évolution acculturée¹⁵¹¹.

La délégation, inscrite dans la norme, est en mesure de donner sa juridicité à la coutume dans un domaine qui ne le lui est pas forcément reconnu aujourd'hui. Le rôle du législateur étant alors, en coordination avec les coutumiers, de déterminer le domaine, les points de cette délégation. Pour que cette délégation fonctionne, il faut également que la coutume définisse son contenu, qu'elle réponde aux attentes que la norme délibérée a défini ou ressenti.

1507 - *Ibid.* n° 403.

1508 - Voir par ex. les affaires citées par V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1 – § 1, spéc. I. A.

1509 - Ainsi des châtiments corporels qui ne peuvent être tolérés au prétexte de préserver la coutume.

1510 - P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, n° 403.

1511 - Voir *supra* I. B. 1. a

b. Mise en œuvre du renvoi à la coutume

De l'étude des textes, cette habilitation prend deux formes, qui ne donnent pas la même force normative à la norme déléguée.

Habilitation normative – L'habilitation est normative lorsque la norme délibérée désigne expressément la coutume en qualité de norme délibérante, cette dernière se substituant alors à la première pour régir une situation juridique dans les conditions et à la mesure de l'habilitation ainsi formulée. Le droit civil connaît cette forme de délégation à la coutume ou aux usages, que l'on retrouve notamment aux articles 1135¹⁵¹² ou 593 du Code civil de Nouvelle-Calédonie.

Cette forme d'habilitation est celle qui est pratiquée à propos de la coutume par les textes existants. Ainsi les articles 7 et 18 de la loi organique de 1999 qui donnent compétence à la coutume pour régir le droit civil et les terres coutumières ainsi que les biens qui y sont situés. De même plusieurs articles de la délibération du 3 avril 1967, antérieure à la loi organique mais prolongeant aujourd'hui celle-ci, disposent que le mariage, sa dissolution, l'adoption sont régis par la coutume¹⁵¹³. De même l'article 1^{er} de la loi du pays du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers dispose-t-il que « le palabre est une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak ».

C'est encore la méthode utilisée par le projet de loi du pays sur les successions coutumières¹⁵¹⁴. Son article 7 dispose que « La succession coutumière est réalisée conformément à ce qu'aurait décidé, par consensus, les personnes présentes ou régulièrement représentées, au(x) palabre(s) de succession », laissant ainsi à l'autorité coutumière compétente – le chef de clan selon l'article 5 du projet – et à la coutume de définir qui sont les héritiers et quelle part leur revient dans le patrimoine du défunt. Cela n'empêche pas néanmoins le projet de définir des règles que l'on pourrait qualifier « d'ordre public coutumier », à l'instar de l'article 12 qui prévoit que le conjoint ou les enfants qui portent le nom du défunt ne peuvent être exclus du partage des biens de ce dernier. L'article 13 du projet crée également une sorte de testament olographe coutumier en édictant que « conformément au respect dû à l'esprit des morts dans la Coutume, le palabre de succession tient compte de la Parole coutumière qui a été exprimée par le défunt, de son vivant ». Pour le reste, le projet ne tend pas à donner la substance de la succession coutumière, il a pour but d'en organiser les modalités afin de la rendre sûre et incontestable.

Ces hypothèses d'habilitation normative ressortent du domaine traditionnellement alloué à la coutume dans le cadre de la loi organique de 1999. La question se pose d'une telle habilitation qui pourrait être accordée en dehors du cadre strict du droit civil.

Ainsi en droit pénal, outre la médiation pénale que l'accord de Nouméa appelle de ses vœux¹⁵¹⁵, une délégation à la coutume pourrait s'appuyer sur l'article 521-1 alinéa 2 du Code pénal selon

1512 - Devenu art. 1194 dans le Code civil métropolitain.

1513 - Respectivement articles 40, 44 et 37.

1514 - Délibération n° 08-2015/SC du 2 juillet 2015 portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC* du 4 août 2015, p. 6851.

1515 - Sur laquelle voir V. MALABAT, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 1, spéc. II.B.1. ; É. DURAFFOUR, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2, spéc. introduction.

lequel les dispositions réprimant les sévices aux animaux « ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ». Saisi d'une QPC à propos de cette exception coutumière, le Conseil constitutionnel la déclara conforme à la Constitution au motif :

qu'en procédant à une exonération restreinte de la responsabilité pénale, le législateur a entendu que les dispositions du premier alinéa de l'article 521 1 du code pénal ne puissent pas conduire à remettre en cause certaines pratiques traditionnelles qui ne portent atteinte à aucun droit constitutionnellement garanti ; que l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition ; que, par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en outre, s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire.¹⁵¹⁶

L'exception montre que le droit pénal, malgré l'impérativité qui le caractérise, est apte à accueillir en son sein des pratiques coutumières tant qu'elles ne heurtent pas des valeurs jugées fondamentales.

En droit du travail, si le contrat de travail peut, on l'a vu, accueillir des éléments négociés tirés de la coutume, Nadège Meyer note cependant que ces contrats étant le plus souvent non véritablement négociés par le salarié, « les conventions et accords collectifs de travail peuvent s'avérer être le meilleur vecteur de réception de la coutume dans les relations professionnelles »¹⁵¹⁷. Ainsi reçue, la coutume pourra « se hisser au premier rang de la hiérarchie des normes d'origine professionnelle » et « l'employeur se verra contraint de respecter la coutume consacrée dans une convention collective et ne pourra y contrevenir par décision unilatérale, par une clause du contrat de travail, par un accord atypique, un usage ou encore dans le cadre du règlement intérieur »¹⁵¹⁸. Surtout et à la différence du contrat de travail qui n'a qu'un effet relatif, la convention collective intégrant un renvoi à la coutume, en raison de son « caractère collectif (...) s'applique à l'ensemble des salariés compris dans son champ d'application géographique et professionnel ». Si elle peut être limitée à l'entreprise, elle « peut également couvrir une branche professionnelle, voire bénéficier d'une application généralisée en cas de négociation d'un accord au niveau interprofessionnel et territorial. Dans ce dernier cas, la réception de la coutume par la norme négociée couvre l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie et produit les mêmes effets avec la même force contraignante qu'une loi »¹⁵¹⁹. On perçoit dès lors la potentialité d'un tel renvoi à la coutume. À défaut, l'habilitation de la coutume en dehors du droit civil peut à tout le moins être consultative.

Habilitation consultative – L'habilitation est simplement consultative lorsque l'autorité source de la norme délibérée, tout en conservant cette compétence pour édicter la norme positive, sollicite à cette fin d'édition l'avis des coutumiers, institutions ou autorités selon les cas.

1516 - Cons. Const., 21 septembre 2012 n° 2012-271 QPC, consid. n° 5.

1517 - N. MEYER, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2, spéc. I. A.

1518 - *Ibid.*

1519 - *Ibid.*

Sur ce terrain se situe par exemple la compétence du Sénat coutumier par rapport au Congrès. Le Sénat, on le sait, est en vertu de l'article 142 de la loi organique sollicité par le Congrès pour :

Tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers.

Mais au final, quel que soit l'avis du Sénat, « le congrès statue définitivement ». Si l'avis du Sénat coutumier n'est en soi que consultatif, la demande d'avis est à tout le moins obligatoire. Or, Cyprien Elia constate que de nombreux « textes du gouvernement sur le domaine coutumier et les terres coutumières n'ont pas fait l'objet d'une consultation préalable obligatoire du Sénat pour un avis consultatif¹⁵²⁰. Cette violation des articles 99-5, 142 et 143 combinés de la loi organique, qui donnent au Sénat coutumier une autonomie à part entière pour tout ce qui relève de l'identité kanak, est perçue par ce dernier comme un manque de considération de son domaine de compétence »¹⁵²¹.

Il en est de même des provinces dans le cadre de leur compétence en matière de droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles biologiques et non biologiques des eaux intérieures, dont celles des rades et lagons, de leur sol et de leur sous-sol, et du sol, du sous-sol et des eaux surjacentes de la mer territoriale, pour l'exercice de laquelle elles « prennent, après avis du conseil coutumier concerné, les dispositions particulières nécessaires pour tenir compte des usages coutumiers »¹⁵²². Ici encore et bien que la demande d'avis soit obligatoire, les provinces édictent ou prennent seules, au final, la réglementation ou la décision, à moins que le texte ne la lie à l'accord des coutumiers¹⁵²³.

Outre celles liées à l'absence de demande d'avis ou au non-respect de l'avis donné qui au mieux rend illégale la norme édictée et à tout le moins illégitime, la difficulté qui peut se poser est celle de l'étendue de l'obligation de solliciter l'avis. Ainsi, lorsque l'article 313-2 du Code de l'environnement de la province Sud prévoit que « dans l'hypothèse où la ressource » biologique, génétique ou biochimique à exploiter « se situe sur des terres coutumières, le contrat accessoire doit être accompagné d'un acte coutumier attestant de l'accord des populations concernées », ou que l'article Lp. 141-7 du Code minier prévoit que l'autorisation d'occupation du sol n'est accordée à des fins de prospection minière qu'après que « les bénéficiaires de droits coutumiers ou leurs représentants qualifiés, pour les terres régies par la coutume » aient été consultés, la notion de terre coutumière n'est pas entendue de la même façon par le texte que par les coutumiers. Si les terres coutumières s'entendent légalement par référence à l'article 6 de la loi organique, désignant

1520 - Les zones de développement durable, le fonds de garantie de développement en terres coutumières, l'arrêté sur l'observatoire de l'identité kanak, voir extrait cahier n° 23 du Sénat, site du Sénat coutumier.

1521 - C. ELIA, *supra* Partie 2 - Chapitre 3 - Section 2 - § 2, spéc. V.B.

1522 - Art. 46 de la loi organique de 1999.

1523 - Par ex. art. 222-3 du Code de l'environnement de la province Nord : « En terres coutumières ou sur les lieux significatifs de la culture kanak, une zone de protection est définie sous la responsabilité des autorités coutumières compétentes. Tout immeuble compris dans cette zone de protection peut, en tant que de besoin, être classé avec l'accord des autorités coutumières compétentes ».

cette surface terrestre représentant aujourd'hui environ 27 % du territoire, les terres coutumières pour les coutumiers s'étendent également sur la mer et les parties immergées du territoire, qui prolongent les terres coutumières¹⁵²⁴. La « zone d'influence coutumière » est ainsi pour la coutume plus large que celle définie par la loi organique et les normes écrites calédoniennes¹⁵²⁵. Cette difficulté s'est notamment posée lors du débat sur la loi du pays relative au domaine public maritime de 2002¹⁵²⁶, à propos de laquelle le Sénat a rappelé que selon la conception coutumière du domaine maritime ce dernier fait partie intégrante des terres coutumières¹⁵²⁷. De fait, la loi du pays n'a répondu que partiellement à cette attente.

Sans doute, cette procédure de consultation des coutumiers devrait être renforcée. Outre qu'elle marquerait une meilleure reconnaissance du rôle des autorités coutumières, l'avis rendu permettrait, d'une part, à l'autorité délibérante de prendre conscience de l'impact de la norme en préparation sur la société coutumière et au besoin de l'adapter en conséquence, d'autre part aux coutumiers d'être associés à cette préparation, leur donnant alors la possibilité de se l'approprier, de voir en cette norme exogène un modèle de comportement pouvant trouver des points de convergence avec la coutume.

II. B. Une réception garantie

La réception de la coutume par le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie, au-delà des méthodes utilisées à cette fin, suppose que la coutume qu'il s'agit de rendre compétente voit son application garantie. Cette garantie passe par les conditions et le régime de sa mise en œuvre (1) et de son titre à s'appliquer lorsque doit être tranché, au préalable, un conflit interne de normes (2).

II. B. 1. La coutume garantie dans sa mise en œuvre

a. Connaissance de la coutume

La coutume étant d'essence orale, son application suppose de la connaître ou de connaître la décision coutumière qui a été prise sur son fondement et qui est un préalable nécessaire à une autre décision. Pour cela il convient d'une part d'associer davantage les coutumiers à la prise de décision, qu'elle soit normative ou judiciaire, d'autre part de rendre certaine et incontestable la réponse coutumière donnée.

Consultation des coutumiers – On l'a vu, plusieurs textes prévoient une consultation préalable des coutumiers, institutions ou autorités coutumières, dans la phase de création d'une norme

1524 - « Charte du peuple kanak », pt. 81 : « La souveraineté naturelle des chefferies et de leurs clans s'exerce sur leur propre territoire traditionnel, délimité naturellement tantôt par les sommets des montagnes et les rivières, tantôt par tel rocher, tel bras de mer, tel récif ou ligne d'horizon sur la mer. Cette délimitation naturelle et humaine a permis la cohabitation des chefferies, entités sociales autochtones autonomes. La souveraineté du peuple autochtone Kanak traduit la souveraineté globale des chefferies et de leurs clans ».

1525 - « Charte du peuple kanak », pt. 101 : « L'autorité coutumière, garante de l'ordre public coutumier, s'exerce sur quiconque sur les terres coutumières et envers les membres de la communauté coutumière où qu'ils se trouvent. Elle s'étend également au domaine public terrestre et maritime sur l'ensemble de la Zone d'Influence Coutumière ».

1526 - Loi du pays n° 2001-017 du 11 janvier 2002 sur le domaine public maritime de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, *JONC*, 18 janvier 2002, p. 240 et s.

1527 - Ex. donné par G. NICOLAS, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 1, spéc. II. B.

substantielle¹⁵²⁸. Pour qu'elle soit efficiente, cette consultation doit non seulement être respectée, mais elle doit sans doute être développée. Sur le premier point, on rappellera ce constat fait par Cyprien Elia comme par le Sénat coutumier lui-même, que de nombreux textes intéressant l'identité kanak ne font l'objet d'aucune consultation du Sénat coutumier notamment, alors pourtant qu'elle est obligatoire¹⁵²⁹. Il convient donc que cette consultation, lorsqu'elle est prévue par les textes, soit *a minima* mise en œuvre. Mais elle devrait également être développée, et ce même au-delà des domaines qui relèvent du champ normatif de la coutume : soit en la rendant obligatoire dans les domaines où la coutume, le statut coutumier des personnes sont directement concernés ou que la zone touchée est celle « d'influence coutumière »¹⁵³⁰ ; soit en la rendant facultative pour d'autres domaines où la coutume est moins impactée. Cette collaboration renforcée entre les institutions étatiques ou calédoniennes de droit commun et les institutions et autorités coutumières irait dans le sens du « pluralisme juridique coopératif » souhaité par la Charte du peuple kanak dans l'administration du territoire de la Nouvelle-Calédonie (valeur n° 103).

La consultation est, d'une part, nécessaire dans le cadre de la confection de la norme. Ainsi en matière de législation sociale, Nadège Meyer estime qu'afin « de garantir une prise en compte de la coutume à tous les niveaux de négociation collective, il convient que le législateur édicte une obligation de négocier sur ce thème. À l'obligation annuelle de négocier dans la branche ou dans l'entreprise notamment sur la rémunération, la durée du travail et son organisation, pourrait être ajoutée une obligation de négocier annuellement sur les conditions de travail des salariés dans une entreprise multiculturelle. Cette obligation annuelle de négocier peut se transformer en une obligation triennale ou quinquennale lorsqu'un accord collectif a été conclu en ce sens au niveau de l'entreprise ou de la branche d'activité »¹⁵³¹. On a vu en effet que le droit du travail, bien qu'exclusif de l'application de la coutume, ne peut rester indifférent au statut coutumier du salarié voire de l'employeur (cas du GDPL, du clan qui a la personnalité morale), ou encore au fait que le travail est accompli sur une « zone d'influence coutumière » ou dont l'objet est en soi coutumier.

La consultation est, d'autre part, nécessaire dans la mise en œuvre de la norme par le juge, qu'il s'agisse de la coutume voire d'une norme de droit commun mais dont l'interprétation peut intégrer une dimension coutumière¹⁵³². Si, s'agissant de l'application de la coutume dans le cadre de la compétence des juridictions coutumières, les assesseurs coutumiers ont pour rôle justement de dire la coutume et d'assurer ce rôle de consultant, la juridiction peut décider que sa décision ne pourra intervenir qu'après qu'une consultation des coutumiers ait été organisée. On a vu notamment que la juridiction en formation coutumière, lorsque le conflit dont elle est saisie touche directement un aspect fondamental de l'identité kanak, instaure parfois un « intermède coutumier », pour lequel elle sursoit à statuer par un jugement avant dire droit afin de permettre aux parties de tenter un palabre sous l'égide des autorités coutumières concernées¹⁵³³. Si cet intermède coutumier n'est pas nécessairement obligatoire, il peut en revanche l'être dans certains cas et ressortir alors d'un « ordre public coutumier » que le juge ou le droit de la coutume pourraient définir.

1528 - Voir *supra* II. A. 2. b.

1529 - C. ELIA, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 2, spéc. V. B.

1530 - Pour reprendre l'expression utilisée par la « Charte du peuple kanak » en sa valeur 101.

1531 - N. MEYER, *supra* Partie 2 – Chapitre 1 – Section 2, spéc. I. B.

1532 - Voir *supra* II. A. 1 et la réception de la coutume par les outils fondamentaux de l'ordre juridique.

1533 - Voir *supra* I. B. 1. a. *Dimension processuelle de l'acculturation.*

C'est le cas par exemple de la procédure de dissolution judiciaire du mariage coutumier pour laquelle la consultation des clans est un préalable obligatoire à la saisine du juge en formation coutumière. Ainsi le Tribunal de première instance de Nouméa, section de Koné, juge-t-il que « le préalable coutumier, lequel constitue le pendant de la compétence exclusive qui revient aux clans dans la décision de former l'union, revêt un caractère d'ordre public. Dès lors la saisine de la juridiction en formation coutumière ne revêt qu'un caractère subsidiaire et ne peut être déclarée recevable qu'après l'épuisement effectif du préalable coutumier »¹⁵³⁴. Le mariage coutumier est en effet déclaratif, tout comme sa dissolution. Dès lors et, d'une part, l'accord des clans suffit à cette dissolution, qui devra à tout le moins être déclarée à l'état civil coutumier¹⁵³⁵. Il n'est pas besoin de faire constater l'accord par le juge. D'autre part, la qualification d'ordre public coutumier de ce préalable rend l'action en dissolution portée devant le juge coutumier irrecevable s'il n'est pas démontré que les époux ont ou ont tenté de consulter les clans concernés. Les époux ne pourraient pas même renoncer à ce préalable coutumier. La solution s'impose parce que le mariage coutumier n'est pas l'apanage des seuls époux, il relève avant tout des clans qui l'ont créé.

Lorsque la juridiction applique le droit commun, mais que la coutume peut – doit – être prise en considération dans l'appréciation des comportements des individus de statut coutumier pour l'interprétation des conditions posées par la norme de droit commun, telles que la faute, le préjudice, l'intérêt, la responsabilité pénale¹⁵³⁶, la consultation apparaît indispensable dans la mesure où la juridiction statue ici en formation de droit commun, c'est-à-dire sans assesseurs coutumiers. Si le recours à une expertise, comme suggéré par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la compétence de la juridiction pénale pour statuer sur les intérêts civils coutumiers¹⁵³⁷, serait un moindre mal, c'est davantage vers les autorités coutumières qu'il conviendrait de se diriger, à tout le moins lorsque le juge est saisi d'un litige propre à justifier un « intermède coutumier ».

L'acte coutumier comme preuve de la coutume, de la décision coutumière – Désormais bien installé dans le paysage juridique calédonien et coutumier, l'acte coutumier est un instrument qui, bien utilisé, présente des garanties de fiabilité de son contenu. Les données présentées par Cyprien Elia permettent de prendre la mesure du chemin parcouru depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 2008, de ce nouvel instrument¹⁵³⁸. Plus de dix mille actes ont été rédigés sur des questions aussi quotidiennes que touchant au cœur de l'identité kanak. L'article 5 de la loi du pays du 15 janvier 2007 dispose que l'acte coutumier peut être demandé par une personne physique ou morale, ou requis par des textes en vigueur en Nouvelle-Calédonie.

À ce jour, quelques textes requièrent la production d'un acte coutumier : articles Lp. 364¹⁵³⁹ et Lp. 890-4 alinéa 2¹⁵⁴⁰ du Code des impôts de la Nouvelle-Calédonie ; article 8.3 du Code

1534 - TPI Nouméa, section de Koné, 5 février 2013, n° 13/67 JAF. Dans le même sens, CA Nouméa, 30 octobre 2014, RG n° 2013/225.

1535 - Art. 44 et 45 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967.

1536 - Voir *supra* II. A. 1. a.

1537 - Cons. Const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

1538 - C. ELIA, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 2, spéc. III. C.

1539 - « La liquidation des droits de mutation par décès dus à l'occasion de la succession de citoyens de statut civil particulier est effectuée, au vu des certificats d'hérédité ou de propriété, établis à la suite de la réception d'un acte coutumier et dont un exemplaire est adressé à la direction des services fiscaux, service de la fiscalité immobilière, par le service compétent. »

1540 - « Pour les constructions productives de revenus commerciaux, industriels ou artisanaux, édifiées en terre coutumière, non soumises à l'obligation d'un permis de construire, la taxe est liquidée par l'autorité administrative

du développement économique de la province des îles Loyauté¹⁵⁴¹ ; articles 1.2.2, 2^o1542, 2.1.1¹⁵⁴³ et 2.3.6¹⁵⁴⁴ du Code de l'habitat de la province des îles Loyauté ; article 313-2 du Code de l'environnement de la province Sud¹⁵⁴⁵. C'est peu et le recours à l'acte coutumier gagnerait à se développer et à devenir obligatoire toutes les fois que la coutume, les coutumiers sont sollicités par une norme de droit de la coutume pour prendre une décision coutumière. Le projet de loi du pays sur les successions coutumières donne une place importante à l'acte coutumier, ainsi son article 10 dispose que « La décision issue du palabre coutumier est retranscrite, tant dans ses motifs que ses dispositifs, dans un acte écrit coutumier de succession », et les articles 28 et 29 en définissent le régime juridique¹⁵⁴⁶.

Cette intégration de l'acte coutumier dans les normes applicables en Nouvelle-Calédonie suppose néanmoins de réformer certains textes, parfois totalement. Ainsi Christine Bidaud-Garon a montré que la délibération du 3 avril 1967 sur l'état civil coutumier est devenue obsolète et inadaptée, notamment parce qu'antérieure à la loi du pays sur les actes coutumiers, aucun lien n'est prévu entre les deux actes, alors que « le risque d'erreur sur la détermination du statut des personnes et par conséquent du service de l'état civil compétent pourrait être largement diminué par l'organisation d'un système de transcription des actes coutumiers sur les registres de l'état civil coutumier »¹⁵⁴⁷.

À défaut pour le législateur d'agir, le juge peut également ordonner le recours à l'acte coutumier comme mode de preuve d'une décision coutumière. C'est ce qu'il décide par exemple lorsqu'il s'agit de constater le préalable coutumier en matière de dissolution du mariage. Après avoir estimé que la saisine des clans pour avis est un préalable d'ordre public coutumier, rendant à défaut irrecevable la saisine du juge, celui-ci estime qu'« En toute hypothèse, le refus de clans de s'accorder ou leur carence doit être établi par la seule voie incontestable d'un acte public coutumier. [...] L'acte coutumier est donc le moyen pour le tribunal d'obtenir un avis formalisé des clans sur la question posée »¹⁵⁴⁸.

La Cour d'appel de Nouméa confirme l'exigence probatoire en la justifiant par un principe de sécurité juridique¹⁵⁴⁹ :

la procédure ne se résume pas à demander l'avis des chefs de clan, mais à organiser une réunion préalable des instances claniques (un « palabre ») afin de déterminer le principe et les effets de la

mentionnée ci-dessus, au tarif en vigueur à la date de l'acte coutumier autorisant les constructions. »

1541 - Qui exige « l'autorisation coutumière ou l'acte coutumier si emprise foncière » pour une demande d'aide à l'investissement.

1542 - Qui prévoit que sont à la charge du demandeur, pour toute demande de logement ou d'aide au logement, « les enfants qu'il a recueillis à son foyer par décision administrative, de justice ou par acte coutumier ».

1543 - Qui prévoit que « pour bénéficier d'une aide à l'accession ou à l'amélioration de l'habitat, le demandeur doit (...) fournir un acte coutumier autorisant la construction d'un habitat neuf ».

1544 - Qui prévoit la transmission d'un « acte de propriété ou autorisation coutumière attestée par un acte coutumier pour la parcelle envisagée » pour toute demande d'aide à l'accession ou à l'amélioration de l'habitat.

1545 - « Dans l'hypothèse où la ressource se situe sur des terres coutumières, le contrat accessoire doit être accompagné d'un acte coutumier attestant de l'accord des populations concernées. »

1546 - Délibération n° 08-2015/SC du 2 juillet 2015 portant proposition de loi du pays relative aux successions coutumières kanak, *JONC* du 4 août 2015, p. 6851 et s.

1547 - Ch. BIDAUD-GARON, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – conclusion.

1548 - TPI Nouméa, section de Koné, 5 février 2013, préc.

1549 - CA Nouméa, 30 octobre 2014, préc.

dissolution de l'union coutumière, en garantissant l'insertion clanique de l'enfant né du couple et en conciliant les intérêts personnels avec les intérêts familiaux ;

Qu'ainsi, l'exigence posée par les premiers juges ne se résume pas à un simple formalisme mais vise à susciter un « palabre » transcrit dans un acte juridique attestant de sa régularité, de son contenu, ou d'un éventuel désaccord sur le principe de la dissolution et de ses effets ; que cette décision éventuellement complexe que devra retranscrire le service de l'état civil passe par l'exigence d'un acte coutumier (loi de 2007 article 1) ;

Qu'ainsi c'est bien pour répondre à un objectif de sécurité juridique qu'a été instaurée une transcription des décisions prises dans le cadre des « palabres » par la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, laquelle ne fait que moderniser le système antérieur des « procès-verbaux de palabre » ; Attendu que, faute d'établir ne serait-ce qu'une tentative infructueuse de réunir les clans concernés en vue d'un palabre, l'appelante ne prouve ni la volonté des clans ni leur carence ; que si elle avait saisi l'officier public coutumier elle aurait nécessairement produit un accusé réception et/ou un refus motivé de sa demande d'acte (article 6 de ladite loi).

Un projet de réforme de la loi du pays sur les actes coutumiers est aujourd'hui en navette et un point mérite attention. Actuellement la mention des motifs n'est pas exigée à peine de nullité de l'acte¹⁵⁵⁰. « Cette absence de motivation, qui surprend de prime abord, est en réalité logique. La coutume étant orale et prononcée par les sachants coutumiers, elle n'a pas à être connue de l'extérieur. Elle peut alors demeurer secrète. La coutume, surtout, se dit, elle ne s'explique pas, ne se justifie pas. La solution coutumière exprime l'évidence¹⁵⁵¹ »¹⁵⁵². Si néanmoins ils peuvent être transcrits, ou obtenus *via* un recours en interprétation de l'acte devant le conseil coutumier de l'aire concernée, il n'en reste pas moins que rendre la mention des motifs de la décision coutumière obligatoire permettrait une meilleure connaissance de la coutume et, partant, favoriserait son intégration. Car si le renvoi à la coutume se fait à l'aveugle, le législateur y sera d'autant mieux enclin qu'il sera convaincu que ce renvoi ne sera pas fait dans le vide. Cette exigence de retranscrire les motifs est portée par le projet de réforme de la loi du pays sur les actes coutumiers. Son article 22 dispose en effet que « tout acte coutumier doit comporter les mentions obligatoires suivantes : [...] La motivation de la décision s'il est statué sur une demande tendant à conférer des droits »¹⁵⁵³. Le Sénat coutumier, dans son exposé des motifs, indique que « cette modification s'explique par le fait que ces actes sont d'une portée telle qu'ils doivent faire l'objet d'une précision suffisante notamment s'ils ont vocation à être rendus publics. Ces actes écrits coutumiers civils constituent une source importante et fondamentale du droit coutumier. Ils doivent être explicités et expliqués notamment pour les générations futures. Enfin, dans le cas d'un éventuel recours, la juridiction compétente doit pouvoir être en mesure d'évaluer et d'apprécier la teneur de l'acte écrit coutumier civil au-delà des éléments de fait »¹⁵⁵⁴.

b. Application de la coutume

Office du juge – Dès lors qu'elle est désignée compétente, la coutume doit seule s'appliquer et le juge doit, au besoin d'office, l'appliquer même en cas de silence ou d'opposition des parties

1550 - Art. 7 et 8 de la loi du pays du 15 janvier 2007.

1551 - Voir R. LAFARGUE, in G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, éd. Dalloz, 2007, p. 246, à propos du délibéré avec les assesseurs coutumiers.

1552 - É. CORNUT, « La non-codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 143.

1553 - Délibération n° 07-2015/SC du 30 juin 2015 portant proposition de loi du pays modifiant la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 4 août 2015, p. 6831.

1554 - *JONC* du 4 août 2015, p. 6849 et 6850.

quant à cette compétence. Aucune renonciation à la coutume n'est en effet permise, si ce n'est *via* une renonciation au statut civil coutumier¹⁵⁵⁵. On l'a vu, les seules renonciations possibles sont que la juridiction statue en formation de droit commun¹⁵⁵⁶, mais même dans cette hypothèse la coutume conserve sa compétence¹⁵⁵⁷. Sur le juge pèse enfin la charge de la preuve de la coutume, celle-ci étant du droit et non du fait. Ce régime juridique de mise en œuvre de la coutume vaut autant pour le juge de Nouvelle-Calédonie que pour le juge métropolitain¹⁵⁵⁸. Il n'en reste pas moins que le bilan des décisions rendues par les juridictions en formation coutumière¹⁵⁵⁹ a montré que la coutume est, à bien des égards, sur le fond différente du droit commun, et au-delà que certains usages coutumiers pouvaient apparaître comme contraires à l'ordre public de l'ordre juridique, de valeurs ou de principes qui lui seraient supérieurs. De plus, dans la mesure où le droit coutumier est potentiellement différent de la coutume en tant que telle, se pose également la question de l'adaptation du premier par la seconde.

Principe de non-éviction de la coutume ; ordre public et coutume ; exception d'ordre public interpersonnel – Cette question des rapports entre la coutume, l'ordre public et les droits fondamentaux a déjà été largement développée par ailleurs et il sera renvoyé à ces travaux¹⁵⁶⁰. Il sera simplement ici rappelé deux éléments.

Le premier est qu'en reconnaissant la compétence de la coutume, laquelle se fonde sur les articles 75 et 77 de la Constitution et sur l'accord de Nouméa de valeur constitutionnelle, la France a admis que la coutume s'applique même s'il existe des différences. En ce sens, la place de la coutume par rapport à l'ordre public et aux valeurs fondamentales, portées notamment par le bloc de constitutionnalité ou par la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas comparable à celle de la loi étrangère. Si la seconde peut être écartée dès lors qu'elle est en contradiction avec l'ordre public en matière internationale, la coutume en revanche occupe, dans l'ordre juridique français, une place plus favorable que la loi étrangère. Ainsi la Convention européenne des droits de l'homme admet-elle des réserves à son application afin de préserver des normes locales et elles sont parfois rappelées, justifiant une atteinte à une liberté fondamentale à raison de l'appartenance au statut civil coutumier¹⁵⁶¹. Cette place est reconnue notamment par deux décisions. L'une rendue par le Conseil constitutionnel, selon laquelle « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de

1555 - Néanmoins une telle renonciation ne serait pas forcément efficace dans la mesure où : d'une part, le conflit mobile selon les cas peut être tranché en faveur de la loi de l'ancien statut (voir par ex. en matière d'intérêts civils, É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4, spéc. I. B. 2.) ; d'autre part et si le changement de statut provoque effectivement un changement de norme, alors l'exception de fraude à la loi ou la réserve de l'abus de droit pourraient trouver à intervenir.

1556 - Art. 19 de la loi organique ; art. L. 562-24 du Code de l'organisation judiciaire.

1557 - Voir D. RODRIGUEZ, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 1 – § 1 ; É. CORNUT, *supra* Partie 1 – Chapitre 4, spéc. I. A. 1.

1558 - Sur cette hypothèse de l'application « hors sol » de la coutume, cf. *infra* II. B. 2. b.

1559 - Voir. *supra* Partie 1.

1560 - 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., spéc. n° 96 s., et, plus spécialement à propos de la coutume : « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », in Ch. CHABROT, *Le droit constitutionnel calédonien : Politeia*, n° 20, 2011, p. 241 et s. ; S. SANA-CHAILLÉ DE NÈRÉ et V. PARISOT, *supra*, spéc. Introduction – II.A.

1561 - Voir par. ex. s'agissant du droit d'agir en justice : Cass. crim., 30 juin 2009, *Bull. crim.*, n° 139 ; *JCP G* 2009, n° 44, 384, 2^{de} esp., obs. É. CORNUT.

valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites ; que tel est le cas en l'espèce ; qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁵⁶². L'autre rendue par la Cour de cassation aux termes de laquelle « l'application [du droit coutumier] échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public »¹⁵⁶³. Ainsi, « En refusant de contrôler la coutume au regard de l'ordre public, la Cour de cassation choisit donc de donner pleine efficacité à l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999. Ce faisant, elle accepte qu'existent, dans l'ordre juridique français, des solutions qu'elle n'aurait pas tolérées en application d'une loi étrangère »¹⁵⁶⁴.

Le second élément est que, malgré cette situation de faveur à l'application de la coutume, cela ne peut aller jusqu'à une tolérance aveugle. Ainsi le Conseil constitutionnel nuance-t-il que si « l'accord de Nouméa (...) déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle, (...), toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ». De même la Convention européenne des droits de l'homme érige-t-elle certains droits comme intangibles, c'est-à-dire insusceptibles de réserve. En ce sens, « la tolérance vis-à-vis de la coutume n'est pas sans borne »¹⁵⁶⁵ et l'application de la coutume pourrait, de façon exceptionnelle, être alors écartée par le jeu d'une « exception d'ordre public interpersonnel » dont le contenu et le régime juridique peuvent être définis¹⁵⁶⁶.

Mais ce faisant, et réciproquement, Sandrine Sana-Chaillé de Néré et Valérie Parisot notent que :

Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que la coutume elle-même comporte des principes fondamentaux. Dans la perspective des conflits de normes, il sera donc nécessaire de s'interroger également sur la prise en compte des éventuelles violations de l'ordre public coutumier par l'application du droit civil. L'ordre public coutumier est parfois invoqué devant les juridictions calédoniennes¹⁵⁶⁷ et la Charte des valeurs kanak illustre également ce substrat de règles fondamentales qui forment le « noyau dur » de la coutume. Dans la recherche de l'égalité des statuts, il n'est donc pas inconcevable de s'interroger, réciproquement, sur la possibilité d'écarter des règles de droit civil normalement compétentes lorsque leur application heurterait trop violemment des principes fondamentaux coutumiers¹⁵⁶⁸.

1562 - Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC.

1563 - Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 251 ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, note V. PARISOT ; *JDI* 2011, p. 589, note S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ.

1564 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc.

1565 - *Ibid.*

1566 - Voir É. CORNUT, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », préc., p. 251 et s.

1567 - Voir par exemple CA Nouméa, Ch. civ., 9 juill. 2009, RG 08/66, sur le caractère d'ordre public coutumier de certains aspects de la coutume wallisienne, et notamment la nature religieuse du mariage ; *adde* CA Nouméa, Ch. cout., 30 oct. 2014, RG 13/225, au sujet de la nécessité d'une décision des clans sur les demandes de dissolution des liens conjugaux.

1568 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc., spéc. Introduction, II. A.

Principe d'actualisation du droit coutumier par la coutume ; clause de réserve d'effectivité coutumière – Dans l'hypothèse d'une écriture de la coutume, nous avons soutenu qu'une telle entreprise reviendrait à trahir nécessairement ce qui est à sa source, puisque la rédaction conduirait à déconnecter la règle coutumière du fait coutumier dont pourtant elle s'extrait. Mais si cette écriture devait être réalisée, il faudrait alors, afin de « remédier au risque de rigidité et de déconnexion de la règle coutumière écrite par rapport à la coutume telle qu'elle est vécue, [que] la coutume écrite [prévoie] un renvoi à la coutume vivante, par une "clause de réserve d'effectivité coutumière". La coutume écrite ne s'appliquerait que si elle correspondait toujours à la coutume vivante, à défaut cette dernière primerait. Les solutions prédéterminées parfois rigides ou inadaptées aux circonstances de l'espèce, en décalage à l'aune de la coutume vivante, pourraient ainsi être assouplies. Ce type de clause d'exception existe dans certaines codifications du droit international privé, matière réputée allergique à la codification, justement pour remédier à la rigidité des règles de conflits de lois et permettre la désignation d'une loi autre que celle désignée par la règle, mais ayant les liens les plus étroits avec la situation particulière soumise au juge »¹⁵⁶⁹.

Cette correction du droit applicable par le droit vivant a également été envisagée par le rapport Frison-Roche suggérant la création d'un droit civil commun¹⁵⁷⁰, sous une forme néanmoins différente, celle d'une « question prioritaire d'adaptabilité », qui donnerait au justiciable la possibilité de contester l'adaptation d'une loi d'origine métropolitaine qui lui serait applicable, à la spécificité de la Nouvelle-Calédonie, dont le but serait d'amener le législateur à adapter la norme¹⁵⁷¹.

Or, il a été montré notamment par Christine Bidaud-Garon que la délibération du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier est très largement inadaptée à la coutume, alors que ce texte prévoit des règles de fond censées être coutumières¹⁵⁷². Cette inadaptation rend nécessaire une refonte profonde de ce texte mais, dans cette attente, la réserve d'effectivité coutumière pourrait fonder la mise à l'écart de la délibération dès lors qu'elle contredit la coutume.

Cette correction du droit coutumier par la coutume peut également s'envisager à propos de la coutume judiciaire elle-même. Il a en effet été relevé par Pascale Deumier une invocation fréquente du précédent dans les décisions, ce « précédent devenu source », ainsi que l'inscription de la « règle coutumière » directement au dispositif de certaines décisions. Or, « Il n'est pas certain que la mention de la coutume dans le dispositif rende plus de services qu'elle n'expose à des risques. En effet, même si l'autorité du dispositif est cantonnée au litige, elle accentue le principal travers de la coutume judiciaire, celui du risque de sa rigidification »¹⁵⁷³. Qu'un précédent ne corresponde plus à la coutume il devra être abandonné : la force du précédent ne peut être pour la coutume celle du *Common Law*. La réserve d'effectivité doit ainsi guider le juge coutumier lorsqu'il doit mettre en balance une règle de droit coutumier – fut-elle précédemment élaborée – et la coutume, afin de laisser ouvert ce dialogue permanent qui caractérise la juridiction en formation coutumière. La « voie judiciaire a les moyens de préserver les atouts d'une écriture de la coutume tout en évitant les travers d'une édicton institutionnelle : en effet, la jurisprudence

1569 - É. CORNUT, « La non codification de la coutume kanak », *op. cit.*, p. 152 et 153.

1570 - Voir *supra* I. B. 1. b.

1571 - M.-A. FRISON-ROCHE, *Le transfert de la compétence normative d'édiction des lois et des règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie*, préc., pt. 341 et s.

1572 - Ch. BIDAUD-GARON, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – conclusion.

1573 - P. DEUMIER, *supra* Partie 1 – Synthèse, spéc. II. B : Le précédent devenu source.

permet un débat continu sur le contenu de la coutume, chaque nouveau cas pouvant en présenter une facette nouvelle ou révéler des évolutions, qui ressortiront d'un échange contradictoire et argumenté devant les juges professionnels et les assesseurs coutumiers »¹⁵⁷⁴.

I. B. 2. La coutume garantie par un droit des conflits internes de lois rénové

Cette problématique de la nécessaire refonte des règles de conflits internes de normes a fait l'objet de nombreux travaux auxquels il sera renvoyé, en particulier dans le présent rapport¹⁵⁷⁵ ou par des membres de l'équipe¹⁵⁷⁶, qui non seulement posent le débat mais qui, surtout, proposent des solutions et, partant, des règles de conflits de normes directement opérationnelles. Deux points seront ici rapidement évoqués, d'une part concernant l'égalité des statuts personnels comme matrice de la refonte des règles de conflits internes de normes, d'autre part concernant la garantie de la coutume à être dotée de juridicité sur l'ensemble du territoire de la République.

a. L'égalité des statuts personnels garantie par les règles de conflits internes de normes

Inadéquation des règles actuelles de conflits internes de normes – Seule véritable règle de conflit interne de normes, l'article 9 de la loi organique de 1999 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.

Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire.

Le texte répond ici à une logique assimilationniste, issue de l'histoire du droit colonial, par la prééminence du statut civil de droit commun, d'une part, et la primauté du droit commun, d'autre part. Quelques articles épars prolongent cette solution dans des hypothèses particulières, ainsi la délibération du 3 avril 1967 qui ne soumet à la coutume que les seuls mariages entre personnes de statuts civils particuliers (art. 40), alors que les mariages mixtes

1574 - *Ibid.*

1575 - 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 », *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 3.

1576 - Ces travaux sont pour l'essentiel :

– 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., article issu du colloque *Les conflits de normes internes issus du transfert de la compétence législative en droit civil*, organisé sous notre direction à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, le 3 juillet 2013, <https://larje.unc.nc/fr/les-conflits-de-normes-internes-issues-du-transfert-de-competence-legislative-en-droit-civil/>.

– V. PARISOT, « Les conflits internes de lois », thèse de doctorat, Préf. P. LAGARDE, *IRJS*, 2013 ; « Conflits internes de lois », *Rép. internat. Dalloz*, janv. 2015.

– S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Un droit calédonien pour qui ? », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque organisé à Nouméa le 27 sept 2011, S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ (dir.), consultable en livre électronique sur <https://larje.unc.nc/fr/le-transfert-du-droit-civil-et-du-droit-commercial/> ; « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », *JDI* 2014, p. 33 et s. ; Rapport à la demande du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, « Les conflits de normes produits par le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, 2012 » ; « Les espaces lointains de la République – Réflexion sur les règles de conflit de lois comme instrument du pluralisme juridique », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LABORDE, Des liens et des droits*, Dalloz, 2015, p. 203.

doivent être célébrés par l'officier de l'état civil (art. 42). Il en est de même de l'adoption coutumière qui n'est ouverte qu'entre personnes de statut civil particulier (art. 37)¹⁵⁷⁷. Comme l'écrit justement Valérie Parisot, « on ne peut que regretter les règles qui sont ainsi posées : elles ne constituent pas une véritable solution du conflit interpersonnel de lois mais apparaissent au contraire comme une renonciation à le résoudre »¹⁵⁷⁸, elles ne sont en ce sens guère respectueuses des statuts personnels des individus¹⁵⁷⁹. Cette logique assimilationniste issue la loi organique n'apparaît en effet en conformité ni avec l'accord de Nouméa, qui reconnaît l'égalité entre les statuts personnels commun et coutumier, ni avec la juridicité déclarée de la coutume kanak.

Nécessité de repenser les règles de conflits internes de normes – Alors que, d'une part, le transfert du droit civil est effectif depuis le 1^{er} juillet 2013 et que, désormais, les deux droits civils écrits coexistant – français et calédonien – prennent des destinées différentes à mesure que les réformes s'engagent et aboutissent de part et d'autre¹⁵⁸⁰ et que, d'autre part, le droit coutumier n'est plus ce « trou noir juridique »¹⁵⁸¹, une réglementation plus complète et surtout plus égalitaire des conflits internes de normes apparaît désormais urgente. Cette réglementation nouvelle dépasse la seule question du conflit de lois impliquant la coutume. Elle concerne en réalité trois normes au moins : le droit français d'origine métropolitaine, le droit calédonien issu des lois du pays et délibérations du Congrès et délibérations des assemblées provinciales, ainsi que la coutume (kanak, mais également walisienne-futunienne). Or l'application de ces trois normes est commandée par trois statuts personnels – commun, coutumier et calédonien – qui sont tous placés à égalité les uns par rapport aux autres¹⁵⁸².

Comme l'écrivent Sandrine Sana-Chaillé de Néré et Valérie Parisot :

Il faut donc aller vers des solutions du conflit de normes plus ouvertes à la coutume. Outre que cela constituerait un progrès en termes d'égalité des statuts et en termes de proximité ou d'adéquation de la norme désignée à la situation juridique en cause, de telles règles de conflit seraient un formidable vecteur d'intégration de la coutume au corpus juridique calédonien. L'intégration, ici, ne se ferait pas au prix d'une dénaturation comme il serait à craindre dans l'idée d'un droit civil unique¹⁵⁸³, mais à la faveur de rattachements équilibrés des situations juridiques mixtes tantôt au

1577 - Sur les autres cas de conflits internes envisagés par la délibération, voir Ch. BIDAUD-GARON, *supra* Partie 2 – Chapitre 3 – Section 2 – § 3 : L'état civil coutumier. Adde H. FULCHIRON, *supra* Partie 1 – Chapitre 2 – Section 2 : La filiation, spéc. II. A.

1578 - V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, op. cit., n° 747.

1579 - *Ibid.* n° 1388.

1580 - En effet, si jusqu'au 30 septembre 2016 cette question était purement théorique – le droit civil calédonien demeurant le décalque du droit civil métropolitain, ni l'un ni l'autre n'ayant été réformés – en revanche le 1^{er} octobre suivant marque le véritable premier décalage majeur entre le Code civil de Nouvelle-Calédonie et le Code civil français, à raison de l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, laquelle ordonnance n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie du fait du transfert de la compétence du droit civil. Voir É. CORNUT, « Le droit civil calédonien à l'aube du décrochage du droit civil français », in *Cahiers du Larje*, 2016, « Veille et éclairage juridiques », Ch. BIDAUD-GARON (dir.).

1581 - F. GARDE, « Le mur et le lien : droit et coutume en Nouvelle-Calédonie », in *Mondes océaniques, Études en l'honneur de Paul DE DECKKER*, éd. L'Harmattan, 2010, p. 51.

1582 - É. CORNUT, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc., n°s 33 et s.

1583 - Voir *supra* l'introduction générale.

*droit commun, tantôt à la coutume, selon la proximité de la situation avec l'un ou l'autre de ces deux corps de règles et selon la possibilité de donner application à la coutume en présence d'une personne de statut civil*¹⁵⁸⁴.

Si la compétence pour créer ces règles relève, selon le Conseil d'État, de celle du législateur organique¹⁵⁸⁵, dans cette attente il revient au juge de définir le critère. La Cour d'appel de Nouméa, en matière d'intérêts civils surtout, a initié une méthode de résolution des conflits internes de normes qui, tout en respectant l'article 9 de la loi organique, va dans le sens d'une plus grande reconnaissance de la coutume fondée sur l'égalité entre les statuts commun et coutumier¹⁵⁸⁶, par une application distributive des normes en présence.

En ce sens, la coutume, *via* de nouvelles règles de conflits internes de normes, peut être davantage intégrée dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie, dès lors que ces règles lui reconnaissent un champ d'application *ratione personae* plus large que celui qui lui est reconnu actuellement, en admettant qu'elle puisse ne pas perdre sa compétence par principe dès lors que la personne de statut civil coutumier est engagée dans un rapport mixte.

Néanmoins il faut se garder de tout dogmatisme : la coutume kanak, parce qu'elle est une norme avant tout construite par et pour les Kanak, « pose parfois des exigences ou impliquent des comportements que la personne non-kanak n'est pas en mesure de satisfaire »¹⁵⁸⁷.

Ainsi, en « tenant compte du fait que les liens tissés par la coutume entre les hommes, entre les clans et vis-à-vis de la Terre, forment des interdépendances inconnues du droit civil, on doit admettre que la coutume ne peut pas s'appliquer à toutes les relations juridiques mixtes qui naissent du pluralisme juridique calédonien. Il n'en demeure pas moins que la coutume pourrait légitimement se voir reconnaître un champ de compétence plus large que celui – inexistant dans les rapports mixtes – qui lui est attribué aujourd'hui. Il faut donc rechercher avec lucidité des solutions plus équilibrées. Le droit international privé offre à cet égard des outils tout à fait intéressants »¹⁵⁸⁸.

b. L'égalité des statuts garantie sur l'ensemble du territoire français

La compétence « hors sol » de la coutume – S'il est acquis que la coutume s'applique en Nouvelle-Calédonie aux personnes de statut civil coutumier pour les situations les concernant relevant du droit civil (article 7 de la loi organique), en revanche il est peu probable que le juge métropolitain, saisi d'un litige de droit civil concernant deux Kanak de statut civil coutumier, applique la coutume. Or, il devrait l'appliquer. La juridicité extra-calédonienne de la coutume kanak est en effet directement liée à la nature personnelle ou territoriale des statuts visés par l'article 75 de la Constitution. Bien qu'il existe un lien indéniable entre le statut coutumier et le territoire dont est issue la communauté en relevant, en revanche aucun texte ne conditionne l'application de la coutume à la résidence en Nouvelle-Calédonie de la

1584 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc. spéc. § 2. I. B.

1585 - CE, avis, 23 mai 2013, n° 387.519. La réalité est sans doute un peu plus complexe. Sur la question, voir S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil », préc., spéc. p. 47 et s.

1586 - É. CORNUT, *supra*, Partie 1 – Chapitre 4 : Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils, spéc. I. B. 1 et I. B. 3.

1587 - S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et V. PARISOT, préc., spéc. § 2. I. B.

1588 - *Ibid.*

personne concernée, ni l'article 75 de la Constitution ni l'article 7 de la loi organique. En ce sens : « Si le lien du statut personnel particulier avec un territoire est indéniable, il ne s'agit donc que d'un lien d'origine : c'est parce que sur ce territoire vit un groupe de personnes dont l'État reconnaît et admet la survivance de l'identité sociale et culturelle que le statut personnel est reconnu ; c'est parce que l'État admet l'autonomie de certaines parties de son territoire qu'il reconnaît que des normes peuvent y trouver leur source. Dans la mesure où le statut civil coutumier doit sa reconnaissance à l'article 75 de la Constitution, lequel dispose que « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun [...] conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé », alors la nature de ce statut est personnelle, et non pas uniquement territoriale. Il a, comme le statut personnel de droit commun, une vocation universelle : ce statut suit l'individu partout où il se déplace, à tout le moins lorsqu'il se trouve sur une partie du territoire de l'État qui le reconnaît »¹⁵⁸⁹.

C'est d'ailleurs ce que permet l'article 9 alinéa 2 de la loi organique de 1999 lorsqu'il autorise les parties de statut personnel particulier différent à soumettre leur litige à une autre norme que le droit commun. Cette autre norme ne peut être qu'une coutume, en particulier kanak ou wallisienne-futunienne. Cette dernière est donc directement reconnue applicable en Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire au-delà de ses limites territoriales naturelles, même si, d'après le terrain réalisé par Françoise Cayrol, les Wallisiens et Futuniens ne semblent pas revendiquer l'application de leurs coutumes en Nouvelle-Calédonie¹⁵⁹⁰. Il en résulte que les Kanak de statut civil coutumier, demeurent de ce statut sur l'ensemble du territoire français, métropole comme dans l'ensemble de l'outre-mer et, par conséquent, restent soumis à la coutume en matière de droit civil¹⁵⁹¹. La logique est identique pour le droit civil calédonien qui a, lui également, une vocation à s'appliquer en dehors de la seule Nouvelle-Calédonie¹⁵⁹².

Mise en œuvre de la coutume « hors sol » – Pour y parvenir, le juge métropolitain doit donc disposer d'outils lui permettant à la fois de prendre connaissance de la coutume et de l'appliquer. Car même devant lui, la coutume est d'office applicable et il doit d'office en rechercher le contenu et il ne peut, comme le juge de Nouvelle-Calédonie, recourir subsidiairement au droit commun à titre supplétif¹⁵⁹³. Or les assesseurs coutumiers n'existent pas devant les juridictions métropolitaines et les y installer serait sans doute dénué de sens. Aussi nous avons proposé de recourir à une « question préjudicielle coutumière »¹⁵⁹⁴. La juridiction coutumière, qui n'existe qu'en Nouvelle-Calédonie, a une compétence exclusive, d'attribution autant que territoriale, pour juger des contestations portant sur le droit civil des personnes de statut civil coutumier¹⁵⁹⁵.

1589 - É. CORNUT, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc., n° 65.

1590 - F. CAYROL, voir *supra* Partie 2 – Chapitre 2 – Section 2 : La Nouvelle-Calédonie n'est pas Wallis-et-Futuna !

1591 - En ce sens également : R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin*, op. cit., pp. 93-94 ; V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, op. cit., vol. 1, n° 415 à propos du statut civil mahorais, et note ss. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010 : *Rev. crit. DIP* 2011, préc. p. 610, spéc. n° 15 en ce qui concerne le statut civil coutumier kanak ; É. RALSER, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 733 s. pour le statut civil mahorais ; A. LECA, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, op. cit., n° 240, p. 65.

1592 - É. CORNUT, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », préc., n° 70 et s.

1593 - *Ibid.* n° 87 et s.

1594 - *Ibid.* n° 93 et s.

1595 - Art. 19 de la loi organique : « La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières ».

Dès lors, le juge français métropolitain, saisi d'un litige de droit civil mettant en cause deux Kanak de statut civil coutumier, ou toute autre question pour laquelle la règle de conflit interne de norme commanderait l'application de la coutume, pour tout le litige ou pour une question seulement, pourrait surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle spéciale¹⁵⁹⁶ à la juridiction coutumière compétente (CPC et CPCNC, art. 49). [...] Le juge métropolitain aurait ici compétence pour décider si la question qui lui est soumise relève ou non de la coutume et du droit coutumier. Cette compétence ne suppose pas en effet de mettre en œuvre le fond du droit, mais uniquement de constater que toutes les parties sont de statut civil coutumier et que la situation en cause relève du droit civil. Le rôle de la juridiction coutumière serait de trancher la question sur le fond, par application de la coutume, dans les meilleurs délais et, directement de greffe à greffe, de transmettre le jugement à la juridiction métropolitaine. Celle-ci sera alors tenue par le jugement coutumier, sans qu'il soit possible de l'écarter, à moins qu'il existe une cause d'éviction de cette coutume appliquée hors-sol.¹⁵⁹⁷

Serait ainsi garantie l'application de la coutume sur l'ensemble du territoire français.

1596 - Spéciale et non générale, car la question relève ici d'une autre juridiction civile : la juridiction en formation coutumière n'a en effet qu'une compétence en matière de droit civil.

1597 - *Ibid.* n^{os} 94 et 95.

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