

**L'INTEGRATION DE LA COUTUME DANS  
LE CORPUS NORMATIF CONTEMPORAIN  
EN NOUVELLE-CALEDONIE**

**Note de synthèse du rapport final**

*Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche  
Droit et Justice*

CONVENTION N° 214.02.18.14

**Équipes :**

LARJE – Université de la Nouvelle-Calédonie (EA 3329)

Équipe de droit privé – Université Jean Moulin Lyon 3 (EA 3707)

**Responsables scientifiques :**

Étienne CORNUT, Maître de conférences HDR, LARJE

Pascale DEUMIER, Professeur, Équipe de droit privé

Décembre 2016

La réponse à l'appel à projet de la Mission définissait les objectifs et la problématique de la recherche dans des termes qu'il est possible de reproduire. « La recherche se fixe deux objectifs permettant de mieux appréhender la réception de la coutume kanak dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie. Le premier consiste à dresser un état des lieux, inédit, du droit coutumier ; le second à se nourrir de l'analyse de cette recension pour réfléchir aux meilleures modalités de réception de la coutume kanak. Pour réaliser ses objectifs, la recherche s'inscrit pleinement dans l'environnement institutionnel et judiciaire néo-calédonien : la constitution du corpus de droit coutumier comme l'analyse de sa réception sur le terrain se fonderont sur une collaboration étroite avec tous les acteurs locaux de la chaîne coutumière. Portée par une équipe de l'Université de la Nouvelle-Calédonie (LARJE) associée à une équipe lyonnaise (Équipe de droit privé), la recherche repose sur la volonté de réunir des universitaires (essentiellement juristes mais aussi anthropologue, sociologue, économiste), spécialistes du droit de la Nouvelle-Calédonie ou des conflits de normes, et des praticiens confrontés au quotidien à la coutume kanak (magistrats, judiciaires et administratif, service des affaires foncières et coutumières). La recherche veut donc mieux comprendre le droit coutumier kanak pour mieux proposer l'amélioration de sa réception, en unissant les connaissances universitaires et l'expérience de la pratique. »

La recherche s'articule donc autour de deux grands objectifs, l'état des lieux du droit coutumier et la recherche de sa meilleure réception, qui ont appelé des méthodes distinctes et ont produit des résultats pour part spécifiques et pour part distincts.

## **I. Bilan du droit coutumier judiciaire**

Le premier objectif est présenté dans la première partie du rapport de recherche, qui dresse un bilan du droit coutumier judiciaire. D'un point de vue méthodologique, deux principales démarches ont été suivies.

### **I.A. Constitution d'une base de données du droit coutumier**

D'une part, la réalisation d'une base de données par la création d'un corpus de droit coutumier, sous la forme du site « Droit coutumier en Nouvelle-Calédonie » (<http://coutumier.univ-nc.nc>). Celui-ci regroupe les textes institutionnels, des articles et études propres à la matière et plus de 600 décisions rendues dans le contentieux coutumier au moment de la remise du rapport, s'étalant de 1985 à 2016. Il propose en outre un lexique des termes coutumiers, construit à partir des définitions trouvées dans ces différents documents. La base a vocation à donner accès à un droit jusque là souvent méconnu, faute de pouvoir être trouvé. L'Université de Nouvelle-Calédonie et la Cour d'appel de Nouméa sont en discussion pour la pérennisation de cette base et l'ouverture de son accès à tous les juristes (et non juristes) intéressés par le droit coutumier via une inscription sur le site. La constitution de cette base de données a demandé un lourd travail de collecte, anonymisation et mise en ligne des décisions, travail réalisé par Étienne CORNUT, responsable scientifique de la recherche, Margaux OFFLAVILLE, diplômée du master 2 Droit international et comparé de l'Université de Bordeaux (promotion 2014) et Ebenezer SOKIMI, licencié en droit de l'Université de la Nouvelle-Calédonie (promotion 2015). Les décisions ont été indexées par mots clés (127 mots clés) puis réunies sur le site autour de vingt-sept grandes thématiques. En soi, l'existence de cette base est le principal résultat de la recherche menée. Lexique et mots-clés sont des outils très utiles d'accès au contentieux coutumier mais ils ne révèlent pas immédiatement

l'appréhension par les juridictions du droit coutumier. Le premier donne un accès rapide aux définitions coutumières portées par les sources étudiées mais elles sont isolées de la motivation et ne disent dès lors rien sur leur prise en considération par les formations coutumières. Le second outil donne un accès complet au droit coutumier pour chaque thème mais son maniement est lourd pour l'utilisateur, qui ne pourrait avoir connaissance de ce droit que par la lecture intégrale de décisions souvent nourries. Afin de déchiffrer le contenu et les caractéristiques de ce contentieux, une étude des décisions devait être réalisée. Outre le service rendu aux futurs utilisateurs, cette étude de contenu doit également permettre de faire un bilan utile pour la réflexion menée plus largement dans le cadre de cette recherche sur l'intégration de la coutume kanak dans le droit calédonien. Afin de renforcer cette accessibilité de la coutume, mais aussi de fonder des propositions permettant sa meilleure intégration, le contenu principal de la base, celui des décisions judiciaires, a fait l'objet d'études de contenu par matière.

### **I.B. Analyse du contenu de la base de données**

D'un point de vue méthodologique, les différentes études de contenu ont suivi la même logique. Il s'agit toujours de faire état de la coutume telle qu'elle est appliquée par les juridictions calédoniennes, de décrire la façon dont les formations coutumières reçoivent la normativité autochtone, sans prétendre dire comment elles devraient la recevoir. Chaque membre de l'équipe, outre qu'il cherchait à rendre compte de son matériau, devait également porter une attention particulière à une série d'interrogations :

- l'évolution statistique de l'application de la coutume kanak et de son invocation devant les juridictions étatiques ;
- l'identification des difficultés les plus récurrentes dans leur contentieux ;
- la recherche d'éléments constitutifs d'un socle de valeurs et de notions communes, l'élaboration de définition des termes coutumiers, les références à la Charte du peuple kanak ;
- la façon dont les décisions sont élaborées pour tenir compte de la coutume kanak : les sources dont font état les décisions, le rôle des assesseurs coutumiers tel qu'il apparaît, la connaissance de la coutume à appliquer, le raisonnement juridique suivi et les spécificités procédurales de l'instance coutumière ;
- les difficultés d'articulation de la coutume kanak et des autres normes applicables en Nouvelle-Calédonie.

Cette méthode a été appliquée aux différents thèmes retenus sur la base de l'indexation par mots-clés, qui a révélé les questions faisant l'objet d'un contentieux plus nourri ou soulevant des difficultés particulièrement importantes. Le bilan du droit coutumier judiciaire est dès lors celui de ces contentieux récurrents. Le rapport de recherche propose ainsi une étude de contenu des décisions relatives au changement de statut (P. DEUMIER et P. DALMAZIR), à différents aspects du contentieux de la famille (le mariage, par B. CAGNON ; la filiation, par H. FULCHIRON ; la dissolution du mariage, par A. NALLET ; l'autorité parentale, par V. POUX et les pensions alimentaires, par G. CASU), au contentieux sur les terres coutumières (R. LAFARGUE) et au contentieux émergent sur les intérêts civils (É. CORNUT). Enfin, une synthèse (P. DEUMIER) de ces études de contenu tente de mettre en avant les grandes tendances relevées par les membres de l'équipe dans l'articulation de la coutume et des décisions de justice en faisant application. La première observation générale se dégageant de l'étude du droit coutumier judiciaire est le respect de plus en plus marqué par les juridictions à l'égard de la coutume, les évolutions temporelles ayant été relevées par tous les contributeurs.

Ce respect se manifeste tant par la narration faite de la coutume, de plus en plus longue et circonstanciée, que par le souci de l'appliquer largement et rigoureusement, retenant toujours l'interprétation lui conférant le plus grand champ d'application. La seconde observation générale tient à la source de la coutume ainsi appliquée par les juridictions calédoniennes. Dans la construction de la coutume, les juridictions s'appuient sur la présence des assesseurs. Cette source est plus devinée dans les décisions que spécifiquement exposée par celles-ci (bien que certaines décisions fassent état des propos des assesseurs coutumiers) ; son caractère primordial est confirmé par la contribution de D. RODRIGUEZ. Les juridictions se nourrissent également de la Charte du peuple kanak et de la littérature, juridique ou non juridique, pour tenter d'exposer au mieux la coutume dont ils feront application. En revanche, une fois cette coutume énoncée par une décision, cette dernière constitue un précédent qui sera repris et cité par les décisions suivantes. La construction prétorienne à l'œuvre est évidente et poussée au point de dire la coutume dans le dispositif des décisions et non dans leurs seuls motifs, prenant le risque d'un immobilisme de cette source vivante.

## **II. Les enjeux de la réception de la coutume**

Le second objectif est l'objet de la seconde partie du rapport de recherche, qui mesure les enjeux de la réception de la coutume. La méthode relève ici plus largement d'une forme d'interdisciplinarité interne et externe au droit. Interne, en ce que sont convoqués, d'une part, les analyses de spécialistes de matières n'entrant pas actuellement dans le champ d'application de la coutume (droit pénal par V. MALABAT et É. DURAFFOUR ; droit du travail par N. MEYER), d'autre part, les contributions d'acteurs de la mise en œuvre de la coutume (juridictions par D. RODRIGUEZ et R. FRAISSE ; institutions et instruments coutumiers par G. NICOLAS, C. ELIA et Ch. BIDAUD-GARON). Externe, en ce que la mesure de ces enjeux appelait également l'analyse des institutions coutumières dans leurs dimensions extra juridiques, ici anthropologique et économique (par P. GODIN et J. PASSA, F. CAYROL, S. GOROHOUNA). À ces différentes contributions s'ajoute une réflexion fondamentale sur les conflits internes de lois en Nouvelle-Calédonie, les insuffisances des outils actuels et les possibilités de résolution future (par V. PARISOT et S. SANA-CHAILLE DE NERE).

Ces différents enjeux étant mesurés, le rapport général (É. CORNUT) s'appuie sur l'ensemble des contributions réunies dans les deux parties pour formuler des propositions visant à une meilleure intégration de la coutume kanak.

### **II.A. Sécuriser et développer l'intégration de la coutume dans le corpus normatif en Nouvelle-Calédonie**

#### ***1/ Sécuriser la juridicité de la coutume en matière de droit civil***

La 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) et à la propriété coutumière, que pour un contentieux dit « émergent » sur les intérêts civils. 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 », 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 P. DEUMIER note dans la synthèse de la première partie du rapport qu'il « constitue un argument persuasif d'autant plus important qu'il témoigne de la cohérence de la lignée jurisprudentielle suivie par les juridictions ») 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 jugement). 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 en jugeant 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 » (Cons. Constit., 14 novembre 2013 n° 2013-678 DC, consid. n° 37).

Cependant, si la compétence reconnue à la coutume pour l'ensemble du droit civil lui offre un champ d'application *ratione materiae* extrêmement vaste, 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, notamment en matière contractuelle. Il ne faut pas pour autant en déduire que le droit coutumier est ici lacunaire, au risque de raviver la tentation du recours supplétif au droit commun, que très justement la Cour de cassation a banni. Sur la base d'autres sources de droit coutumier – comme les actes coutumiers, dont plus de 10.000 ont été rédigés depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> septembre 2008, de la loi du pays du 15 janvier 2007 – ou de la coutume et en particulier de la Charte du peuple kanak qui porte un certain nombre de valeurs pouvant servir de matrice à un droit coutumier en construction, les juridictions en formation coutumière peuvent, à l'instar du juge de droit commun par interprétation de la loi, construire une solution répondant à des besoins nouveaux. C'est notamment ce qu'ont réalisées 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 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 pénale (Avis du 15 janvier 2007), de la coutume via ces juridictions a pu être construit un véritable « droit coutumier de la responsabilité » qui, de façon générale, apparaît relativement avancé à défaut d'être encore complet.

En ce sens, le développement du champ de la coutume sur l'ensemble du droit civil semble possible, même s'il doit être accompagné par les juridictions en formation coutumière, par l'acte coutumier, par un renforcement du rôle des autorités et institutions coutumières et par le recours aux outils d'intégration. 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.

## ***2/ Reconnaître le rôle de la coutume en dehors du droit civil. Cas du droit pénal et du droit du travail***

À ce jour, en dehors du droit civil, la coutume kanak n'a aucune juridicité : elle n'a pas à être prise en considération en tant que norme ni même en tant que fait social. Pour tout le droit

privé non civil (travail, pénal, commercial, sociétés, consommation, etc.) les Kanak de statut coutumier sont régis, même pour les rapports entre eux, par les normes de droit commun.

Ainsi 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, concernant un groupement de droit particulier local et l'un de ses salariés de statut civil coutumier, alors que l'activité avait lieu sur terre coutumière (Cass. Soc., 10 février 2010). Au regard des textes, et de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit civil, l'exclusion est logique. Toutefois, N. MEYER a montré dans sa contribution que « malgré ce cloisonnement, le droit du travail ne peut pas rester déconnecté des réalités sociales et juridiques d'une partie 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 travail.

Le droit pénal échappe également 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 statut (Cass. crim., 30 octobre 1995) 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. Dans cette présentation il semble que le droit pénal vive de façon totalement cloisonnée, « autarcique ». Or, V. MALABAT note dans sa contribution 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 juridique 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 autonome 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 ». 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'Etat en ce domaine même si celle-ci n'est plus exclusive 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 ». La proposition rejoint celles d'É. 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 ».

Ces éléments nécessitent de repenser les outils d'intégration de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie, afin a minima de sécuriser le domaine actuel et, au-delà, de permettre son évolution.

## **II.B. Outils d'intégration**

### ***1/ Privilégier une intégration indirecte en raison de la nature de la norme coutumière***

Le transfert de l'État à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative du droit civil a remis sur la sellette la question déjà débattue de la rédaction des coutumes. Au-delà de l'hypothèse d'un ou de plusieurs code(s) coutumier(s), c'est désormais celle d'un code civil néo-calédonien, énonçant des règles communes à toutes les populations de la Nouvelle-Calédonie qui est envisagée. Cette idée a été évoquée pour l'essentiel dans un rapport commandé par le Congrès et présenté devant lui en 2012, et elle a été relayée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Depuis, l'entreprise ne semble pas avoir été poursuivie. Si l'intention est séduisante notamment lorsqu'elle se pare des atours du destin commun cher à l'Accord de Nouméa, elle se heurte cependant à de nombreux obstacles aussi bien normatifs et institutionnels que culturels. Elle se heurte en effet à l'incompétence du législateur calédonien pour rédiger la coutume. Il ne l'est en effet, en vertu de l'article 99, 5 de la loi organique de 1999, que pour édicter un « droit de la coutume ». 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 chefferies désignés notamment par la Charte du peuple kanak »<sup>1</sup>. L'affirmation reprend le sens de la Charte selon laquelle la Parole (*ie* la coutume) relève des seuls clans et chefferies. Seuls les coutumiers pourraient rédiger la coutume, mais il faudrait alors déterminer lesquels et pour quelles coutumes ou zone coutumière (territoire avec une coutume commune ? Aires coutumières avec huit codes coutumiers ? Au niveau de la chefferie, des clans ?). Au-delà, la forme écrite de la rédaction est un obstacle en soi et 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. Enfin un tel code civil commun, « kanako-civil » pour reprendre l'expression de R. LAFARGUE, se heurterait à de nombreux obstacles culturels de fond, notamment parce qu'il faudrait trouver une règle commune aux propriétés privée et coutumière, qui n'ont en partage que le terme de propriété, ou encore à la famille.

Une intégration indirecte semble donc devoir être privilégiée, reposant 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. Ces méthodes passent pour l'essentiel par un recours aux instruments fondamentaux du droit et par la nécessité de créer un droit de la coutume.

### ***2/ Le recours aux instruments fondamentaux du droit et à l'habilitation***

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

---

<sup>1</sup> 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, 24 et 25 novembre 2014, éd. Maison de la Nouvelle-Calédonie, 2015, p. 25.

force directe peut s'appuyer soit « sur les outils fondamentaux de l'ordre juridique », soit « sur une habilitation délivrée par l'ordre juridique »<sup>2</sup>. Si elle n'est pas du droit souple, 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*, 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 ces sources ne sont pas identiques, la question des outils permettant leur réception par l'ordre juridique étatique se présente de la même façon. Deux outils principaux permettent au système juridique de réceptionner d'autres normativités : les notions à contenu variable d'une part, le contrat d'autre part.

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 juge autant qu'elles permettent de « saisir « in concreto » la plasticité des comportements humains sous des normes adéquates »<sup>3</sup>. 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. Ainsi 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, V. MALABAT explique néanmoins dans sa contribution 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 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. »

Le contrat est également 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*. 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-Calédonie<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs)*, éd. Sirey, 1948, n° 277.

<sup>4</sup> 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'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 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. Ainsi en ce qui concerne le contrat de travail, N. MEYER explique dans sa contribution que « la reconnaissance de l'application de la coutume, ou plus probablement de certains de ces aspects de celle-ci, peut résulter directement du contrat de travail conclu entre un salarié et un employeur en particulier. » 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 via le contrat ou via les notions à contenu variable 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. N. MEYER note ainsi que les contrats de travail 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. »

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. 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 ». 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. 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. »<sup>5</sup> 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.

L'habilitation pourra être 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. Cette technique n'est inconnue ni du droit étatique, ni du droit calédonien. L'habilitation pourra être 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. Cette technique est également utilisée pour l'édition des normes écrites calédoniennes dès lors qu'elles touchent au domaine coutumier.

---

<sup>5</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002, n° 401.

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 pouvoir. 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.

### *3/ Nécessité de créer un « droit de la coutume »*

Le droit de la coutume peut être défini comme un ensemble de règles de pouvoir et de répartition, à l'instar des normes dites « secondaires » en théorie générale du droit. 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 s'agit principalement, à ce jour, des articles 7 et 9 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier ou encore de la loi du pays du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers.

Le rapport de recherche montre qu'un véritable droit de la coutume doit être créé dans le cadre de l'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain de la Nouvelle-Calédonie. Un préalable institutionnel doit cependant être posé : celui de la compétence de la compétence à créer de telles normes. Le préalable est complexe car les compétences s'entremêlent entre celles de l'État et de la Nouvelle-Calédonie et, au sein de cette dernière, entre les institutions territoriales (Gouvernement, Congrès et Assemblée de provinces) et coutumières (Sénat et Conseils coutumiers). Le droit de la coutume relève de la compétence soit du législateur organique – ainsi pour les règles de conflits internes de normes – soit du législateur calédonien – en ce qui concerne le statut civil coutumier, le régime des terres coutumières et des palabres coutumiers (art. 99, 5° de la loi organique du 19 mars 1999). En particulier, le rôle du Sénat coutumier doit être redéfini et la place subalterne qui lui est actuellement réservée – à la fois quant à son domaine d'intervention et quant à la force de ses avis – n'est sans doute plus à la mesure de la place prise par la coutume notamment avec la Charte du peuple kanak, comme le montre G. NICOLAS dans sa contribution.

Sur le fond, le rapport de recherche liste les domaines pour lesquels le droit de la coutume devrait, à court terme, intervenir. Tout d'abord la réflexion doit conduire à mener à bien plusieurs projets en cours : loi du pays sur les successions coutumières ; loi du pays sur la protection des savoirs traditionnels ; projet de modification de la loi du pays sur les actes coutumiers. Ensuite, il convient de refonder complètement certains textes devenus obsolètes, en particulier la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier dont Ch. BIDAUD-GARON montre toutes les incohérences que son application entraîne du fait que ce texte n'a jamais été modifié pour le mettre en conformité avec la loi organique de 1999 ou encore avec la loi du pays sur les actes coutumiers. Enfin il convient de réformer les règles de

conflits internes de normes et de repenser complètement – pour en sortir – la logique assimilationniste dont relève l'actuel article 9 de la loi organique de 1999. Au-delà des seuls rapports entre le droit commun et le droit coutumier, qui nécessiteraient en soi une refonte des règles de conflits, le transfert au 1<sup>er</sup> juillet 2013 de la compétence normative de l'État à la Nouvelle-Calédonie en matière de droit civil et de droit commercial, induit une réflexion globale quant à la répartition de la compétence entre le droit commun, le droit coutumier et le droit calédonien écrit. En plus des travaux menés par ailleurs par S. SANA-CHAILLE DE NERE, V. PARISOT et É. CORNUT, le rapport de recherche donne avec la contribution de S. SANA-CHAILLE DE NERE et V. PARISOT de nombreuses pistes de réflexions et des propositions concrètes de règles de conflits internes de normes, propres à assurer une coexistence équilibrée entre ces normes internes qui fondent le pluralisme juridique calédonien.

Au-delà, il s'agit également de rappeler le régime juridique de l'application de la coutume et de l'office du juge. Dès lors qu'elle est désignée compétente, la coutume doit seule s'appliquer et le juge doit, au besoin d'office, la mettre en œuvre même en cas de silence ou d'opposition des parties quant à cette compétence. Aucune renonciation à la coutume n'est en effet permise, si ce n'est via une renonciation au statut civil coutumier. Les seules renonciations possibles sont que la juridiction statue en formation de droit commun (Art. 19 de la loi organique ; art. L. 562-24 du Code de l'organisation judiciaire), mais même dans cette hypothèse la coutume conserve sa compétence, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-678 DC du 14 novembre 2013 (consid. n° 37) précitée. Sur le juge pèse également la charge de la preuve de la coutume, celle-ci étant du droit et non du fait. La coutume ne peut non plus être écartée au nom de l'ordre public comme peut l'être une loi étrangère. 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 si elle présente des différences avec le droit commun. Ainsi, la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010), en refusant de contrôler la coutume au regard de l'ordre public, choisit 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. Néanmoins, la tolérance vis-à-vis de la coutume n'est pas sans limite et l'application de la coutume pourrait, de façon exceptionnelle, être alors écartée par le jeu d'une exception d'ordre public interpersonnel. Ce régime juridique de mise en œuvre de la coutume vaut autant pour le juge de Nouvelle-Calédonie que pour le juge métropolitain.

Pour le juge de Nouvelle-Calédonie, la connaissance de la coutume passe par la consultation des autorités et institutions coutumières – Sénat et conseils coutumiers – dont le rôle mériterait d'être davantage défini, et par l'instrument que constitue l'acte coutumier, rédigé par les officiers publics coutumiers. Si à ce jour peu de textes exigent expressément la production d'un acte coutumier, et que d'autres doivent être réformés pour justement les y intégrer à l'instar de la délibération du 3 avril 1967 sur l'état civil coutumier, le juge peut ordonner le recours à l'acte coutumier comme mode de preuve d'une décision coutumière et il le fait en matière familiale notamment, au point de qualifier cette exigence probatoire d'ordre public coutumier.

Pour le juge de métropole, il convient surtout de rappeler que les Kanak de statut civil coutumier demeurent de ce statut – parce qu'il s'agit d'un statut *personnel* – sur l'ensemble du territoire français, métropole comme dans les pays d'outre-mer et, par conséquent, restent soumis à la coutume en matière de droit civil. La logique est identique pour le droit civil calédonien qui a, lui également, une vocation à s'appliquer en dehors de la seule Nouvelle-

Calédonie. Et le régime de la coutume est, devant le juge métropolitain, le même que devant le juge de Nouvelle-Calédonie : la coutume est d'office applicable et la charge de la preuve de son contenu lui incombe. Faute de pouvoir disposer d'un code coutumier ou d'assesseurs coutumiers, le juge pourrait surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle spéciale à la juridiction en formation coutumière compétente, située en Nouvelle-Calédonie, celle-ci étant « seule » compétente, en vertu de l'article 19 de la loi organique, pour statuer dès lors que les parties sont de statut civil coutumier.

## **MEMBRES DE L'EQUIPE DE RECHERCHE**

**Jean-Sylvestre BERGE**, Professeur, Université Lyon 3, EDIEC

**Christine BIDAUD-GARON**, Maître de conférences HDR, Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

**Bérengère CAGNON**, doctorante, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Gatien CASU**, Maître de conférences, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Françoise CAYROL**, anthropologue, Ingénieur d'études, Université de la Nouvelle-Calédonie, LIRE

**Étienne CORNUT**, Maître de conférences HDR, Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

**Pauline DALMAZIR**, Docteur en droit, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Pascale DEUMIER**, Professeur, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Éric DURAFFOUR**, Magistrat (en charge de la section détachée des Îles Loyauté du tribunal de première instance de Nouméa, 2009-2012)

**Cyprien ELIA**, doctorant, UNC, LARJE, Chef du service des affaires foncières et coutumières, Nouméa

**Hugues FULCHIRON**, Professeur, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Régis FRAISSE**, Professeur associé à l'Université Lyon 3, EDPL (ancien président du Tribunal administratif de Nouméa)

**Patrice GODIN**, Maître de conférences en anthropologie, Université de la Nouvelle-Calédonie, CNEP

**Samuel GOROHOUNA**, Maître de conférences en sciences économiques, Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

**Régis LAFARGUE**, Magistrat, Docteur en droit, HDR (ancien conseiller à la Cour d'appel de Nouméa)

**Valérie MALABAT**, Professeur, Université Bordeaux IV, IS CJ

**Nadège MEYER**, Maître de conférences, Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

**Antoine NALLET**, doctorant, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Guylène NICOLAS**, Maître de conférences HDR, Aix-Marseille Université, Centre de droit de la santé

**Valérie PARISOT**, Maître de conférences, Université de Rouen, CUREJ, équipe du CREDHO-DIC

**Jone PASSA**, sociologue, Nouméa

**Victor POUX**, doctorant, Université Lyon 3, Équipe de droit privé

**Daniel RODRIGUEZ**, Magistrat (en charge de la section détachée de Koné du tribunal de première instance de Nouméa)

**Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE**, Professeur, Université Bordeaux IV, CRDEI

**TOURAIVANE**, Maître de conférences en informatique, Université de la Nouvelle-Calédonie, LIRE

## SOMMAIRE

<b>PREMIERE PARTIE : BILAN DU DROIT COUTUMIER JUDICIAIRE</b> .....	11
Introduction : Présentation de la base de données.....	11
Pascale DEUMIER	
<i>Chapitre 1. Le contentieux préalable du changement de statut</i> .....	21
Pauline DALMAZIR, Pascale DEUMIER	
<i>Chapitre 2. Le contentieux coutumier classique de la famille</i> .....	37
Section 1. Le mariage .....	37
Bérengère CAGNON	
Section 2. La filiation.....	51
Hugues FULCHIRON	
Section 3. La dissolution du mariage.....	83
Antoine NALLET	
Section 4. L'autorité parentale.....	89
Victor POUX	
Section 5. Les pensions alimentaires .....	95
Gatien CASU	
<i>Chapitre 3. Le contentieux classique de la terre</i> .....	101
Régis LAFARGUE	
<i>Chapitre 4. Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils</i> .....	141
Étienne CORNUT	
<i>Synthèse</i> .....	187
Pascale DEUMIER	
<b>SECONDE PARTIE : LES ENJEUX DE L'INTEGRATION DE LA COUTUME</b> .....	207
<i>Chapitre 1. Le rôle possible de la coutume en dehors du droit civil</i> .....	209
Section 1. En droit pénal.....	209
§ 1. La prise en compte de la coutume kanak en droit pénal .....	211
Valérie MALABAT	
§ 2. Pour que le châtement soit un honneur .....	233
Éric DURAFFOUR	

Section 2. Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque ....	243
Nadège MEYER	
<b>Chapitre 2. L'assise anthropologique et économique de la coutume .....</b>	<b>259</b>
Section 1. De quoi le « droit coutumier » est-il le nom ? Réflexions sociologiques autour des juridictions civiles coutumières en Nouvelle-Calédonie.....	261
Patrice GODIN, Jone PASSA	
Section 2. La Nouvelle-Calédonie n'est pas Wallis et Futuna ! Reconnaissance de statut particulier ou volonté d'intégration des Wallisiens et des Futuniens en Nouvelle-Calédonie .....	281
Françoise CAYROL	
Section 3. La réalisation des projets économiques sur terre coutumière et via les GDPL	
Samuel GOROHOUNA .....	291
<b>Chapitre 3. Les vecteurs de l'intégration .....</b>	<b>303</b>
Section 1. Le rôle des juridictions .....	303
§ 1. La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky).....	305
Daniel RODRIGUEZ	
§ 2. La juridiction administrative .....	337
Régis FRAISSE	
Section 2. Les relais institutionnels .....	341
§ 1. Le rôle des autorités et institutions coutumières .....	341
Guylène NICOLAS	
§ 2. L'acte coutumier.....	357
Cyprien ELIA	
§ 3. L'état civil coutumier .....	373
Christine BIDAUD-GARON	
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.....	409
Valérie PARISOT, Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE	
<b>RAPPORT GENERAL INTEGRATION DIRECTE OU INDIRECTE DE LA COUTUME DANS LE CORPUS NORMATIF DE LA NOUVELLE-CALEDONIE ? .....</b>	<b>491</b>
Étienne CORNUT	
Table des matières .....	543

**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**

