

RECHERCHE SUBVENTIONNEE PAR LE G.I.P. "MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE"

# **LA COUTUME JUDICIAIRE EN NOUVELLE-CALEDONIE**

*AUX SOURCES D'UN DROIT COMMUN COUTUMIER*

Par M. Régis LAFARGUE

*Magistrat*

*Maître de Conférences Associé à l'Université de Paris X - Nanterre*

Convention n°00.38 décision n°21.01 24 01 22 du 2 4 janvier 2001

## SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	7
<b>TITRE 1. - L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE A LA DEFINITION DU CADRE JURIDIQUE</b>	<b>14</b>
<b>CHAPITRE I - LA JURISPRUDENCE ET L'INVERSION DE LA TENDANCE A LA MARGINALISATION DU STATUT COUTUMIER</b>	<b>16</b>
<b>SECTION 1 - LA NEGATION IMPLICITE DU DROIT COUTUMIER</b>	<b>16</b>
<b>SECTION 2 - UNE RECONNAISSANCE PROGRESSIVE SUBORDONNEE A LA REFORME DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE</b>	<b>21</b>
§ 1 - LE SYMBOLE : LE SOCLE CONSTITUTIONNEL ET L'ORDONNANCE DU 15 OCTOBRE 1982	21
A - L'APPORT DECISIF DE L'ORDONNANCE 82-877 DU 15 OCTOBRE 1982	21
B - LA REINTERPRETATION DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES PAR REFERENCE AU CONTEXTE HISTORIQUE	22
§ 2 - LA MISE EN OEUVRE DE LA NOUVELLE DONNE INSTITUTIONNELLE : LA REFORME DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES	24
<b>CHAPITRE II - UNE SPECIFICITE JURIDIQUE CANTONNEE AU STATUT CIVIL PARTICULIER</b>	<b>27</b>
<b>SECTION 1 - LA COMPLEXITE DU DUALISME CIVIL</b>	<b>28</b>
§ 1 - LE "DUALISME" JURIDIQUE NE RECOUVRE QUE TRES PARTIELLEMENT LA DUALITE SOCIOLOGIQUE	28
§ 2 - L'ELARGISSEMENT DE L'AMPLITUDE ET DE LA PORTEE DU STATUT PARTICULIER	30
A - L'ELARGISSEMENT DU CRITERE DE COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE</i>	30
1°) LES REGLES RELATIVES AU STATUT SONT MARQUEES PAR LEUR VOCATION ASSIMILATIONNISTE D'ANTAN	33
a - UN ETAT : UN STATUT DETERMINE PAR LES REGLES DE FILIATION	33
* LE ROLE DE LA FILIATION DANS LA DETERMINATION DU STATUT	34
* UN STATUT PERSONNEL ET "UNIVERSEL"	35
b - VERS LA REMISE EN CAUSE DU CARACTERE UNIVOQUE DU CHANGEMENT DE STATUT	36
* LA RENONCIATION AU STATUT : UN ACTE DE VOLONTE LOURD DE CONSEQUENCES SOCIALES	36
* LA LIMITATION PAR LA JURISPRUDENCE DE LA PORTEE DE LA RENONCIATION AU STATUT	39
2°) L'INTRODUCTION DE LA VERITE SOCIOLOGIQUE	40
a - L'APPORT DE LA JURISPRUDENCE : L'ATTENUATION DE LA PREEMINENCE DU STATUT DE DROIT COMMUN	40
* LES EVENEMENTS EN PRINCIPE SANS INFLUENCE SUR LE STATUT	40
* LES EVENEMENTS EMPORTANT UN CHANGEMENT DE STATUT	42
- 1 <sup>ER</sup> CAS : LE CHANGEMENT DE STATUT CONSECUTIF A LA LEGITIMATION DE L'ENFANT NATUREL	42
- 2 <sup>EME</sup> CAS : LE CHANGEMENT DE STATUT INDUIT PAR L'ADOPTION DE L'ENFANT	43
* LES LIMITES ATTEINTES PAR LA JURISPRUDENCE	44
b - LA PRISE EN COMPTE LEGISLATIVE DE LA VERITE SOCIOLOGIQUE POUR UNE REELLE EGALITE ENTRE LES STATUTS	45
* L'ELARGISSEMENT DES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE CHANGER DE STATUT CIVIL	46

- L'EXTENSION DU NOMBRE DES PERSONNES RECEVABLES A AGIR	46
- L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE FOND	47
* LE CONTROLE DE L'OPPORTUNITE DU CHANGEMENT DE STATUT	49
- LES CONTROLES TRADUISANT LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS COLLECTIFS	50
- LA PROTECTION PAR LE JUGE DES INTERETS DES ENFANTS MINEURS	51
3°) LA PORTEE DE LA LOI DE 1999 ET SES LIMITES	51
* LA PORTEE DE L'ASSOUPLISSEMENT DU CRITERE DE COMPETENCE <i>RATIONE PERSONAE</i>	51
* NOUVELLES PERSPECTIVES JURISPRUDENTIELLES : VERS UNE ACTION GENERALE EN REVENDICATION DE STATUT	53
<b>B – LA SUPPRESSION DU CRITERE DE COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE</i></b>	<b>54</b>
1°) LA CONTRIBUTION DE LA JURISPRUDENCE A L'ELARGISSEMENT DE LA COMPETENCE D'ATTRIBUTION DES JURIDICTIONS AVEC ASSESSEURS COUTUMIERS	55
a – LE DROIT D'AGIR DES PERSONNES MORALES DEVANT LA JURIDICTION AVEC ASSESSEURS COUTUMIERS	55
b – LES RETICENCES A ETENDRE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS "COUTUMIERES" AUX AFFAIRES GRACIEUSES	56
* LES ENJEUX	56
* LA SOLUTION RETENUE	57
2°) LA SUPPRESSION PAR LA LOI DU CRITERE DE COMPETENCE <i>RATIONE MATERIAE</i>	59
a – LA NECESSITE D'ELARGIR LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION AVEC ASSESSEURS COUTUMIERS	59
* LA NECESSITE D'ASSEOIR LA LEGITIMITE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE	60
* LA NECESSITE DE RATIONALISER UNE DEFINITION JURISPRUDENTIELLE LACUNAIRE ET INCERTAINE	61
- S'AGISSANT DES REQUETES GRACIEUSES	61
- S'AGISSANT DU DROIT DE LA FAMILLE	62
- S'AGISSANT DU DROIT DES CONTRATS ET DE LA RESPONSABILITE	63
b – L'APPORT DE LA LOI ORGANIQUE : LA REDEFINITION DES PRINCIPES PAR LE LEGISLATEUR	64
* LE PRINCIPE : LES PERSONNES DE STATUT COUTUMIER SONT REGIES EN MATIERE DE DROIT CIVIL PAR LEURS COUTUMES	64
* LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA DEFINITION DU DOMAINE D'APPLICATION DE LA NORME COUTUMIERE	65
<b>SECTION 2 – LA NEGATION DU DROIT COUTUMIER SUBSISTE AU TRAVERS D'UN "NON-DROIT PENAL COUTUMIER"</b>	<b>68</b>
§ 1 – LES PRINCIPES DEMOCRATIQUES ET L'AMENAGEMENT DU PRINCIPE D'UNITE DU DROIT PENAL	69
A – L'ENCADREMENT D'UNE JUSTICE COUTUMIERE DELEGUEE : L'EXPERIENCE SUD-AFRICAINE	69
1°) LE PRINCIPE DE LA RECONNAISSANCE D'UNE JUSTICE PENALE COMMUNAUTAIRE	70
2°) LE CONTROLE DU POUVOIR DE SANCTION DES CHEFS COUTUMIERS	70
B – LA <i>COMMON LAW</i> AUSTRALIENNE VERS UNE REMISE EN CAUSE DE LA SUPREMATIE DU DROIT ETATIQUE	72
§ 2 – L'OPTION FRANÇAISE DE L'ABSOLUTISME DU PRINCIPE D'UNITE DU DROIT PENAL : LES PRINCIPES ET LE FAIT	73
A – LA REAFFIRMATION CONSTANTE DU PRINCIPE D'UNITE DU DROIT PENAL	74
1°) L'AFFIRMATION DE L'UNITE DU DROIT PENAL FACE A L'HERITAGE COLONIAL	74
2°) LE RAPPEL DES PRINCIPES	76
a – LE REFUS DE RECONNAITRE UN PRIVILEGE DE JURIDICTION AU PROFIT DES AUTORITES COUTUMIERES	76
b – LA NEGATION DE LA NORME PENALE COUTUMIERE	77
* L'ILLEGALITE DES SANCTIONS COUTUMIERES	78
* LE REJET DE TOUT ARGUMENT TIRE DE LA NORME COUTUMIERE	80
B – LA RECONNAISSANCE IMPLICITE ET PARCELLAIRE DU FAIT COUTUMIER DANS LE DOMAINE PENAL	85

1°) UNE RECONNAISSANCE IMPLICITE DANS LA PRATIQUE DES JURIDICTIONS	86
a - LA PERSONNALISATION DE LA PEINE ET LA PRISE EN COMPTE DU "PARDON COUTUMIER"	86
b - "L'OPPORTUNITE DES POURSUITES" A PERMIS DE PREVENIR LE RECOURS A DES SOLUTIONS DEROGATOIRES	87
2°) LA PORTEE DES REFORMES : D'UNE IGNORANCE DE PRINCIPE A UN PRINCIPE DE "TOLERANCE CULTURELLE"	88
a - UN ECHEVINAGE EN MATIERE PENALE	88
b - PERSPECTIVES D'AVENIR : LA "MEDIATION PENALE COUTUMIERE"	89
* LES DIFFICULTES PRATIQUES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA "MEDIATION PENALE COUTUMIERE"	90
* LA NECESSITE D'ADAPTER LES PRINCIPES	91
CONCLUSION DU TITRE 1	93

## **TITRE 2. - LA DEFINITION PAR LE JUGE DES REGLES APPLICABLES AUX CITOYENS DE STATUT COUTUMIER** **95**

INTRODUCTION	96
--------------	----

### **CHAPITRE I - L'ELABORATION DES REGLES DE PROCEDURE** **98**

#### **SECTION 1 – COMPOSITION ET FONCTIONNEMENT DES JURIDICTIONS AVEC ASSESSEURS COUTUMIERS** **98**

##### **§ 1 – UNE JURIDICTION D'EXCEPTION** **98**

A – LA LEGITIMITE COUTUMIERE DES ASSESSEURS : LA FORCE DES JURIDICTIONS 99

B – LE RISQUE DE BLOCAGE INSTITUTIONNEL NE DU REFUS DE SIEGER DES ASSESSEURS COUTUMIERS 100

##### **§ 2 – UNE JURIDICTION REPENSEE A LA LUMIERE DES EXPERIENCES PASSES** **102**

#### **SECTION 2 – LE DEDOUBLEMENT DE L'INSTANCE POUR CONNAITRE LA NORME APPLICABLE** **104**

### **CHAPITRE II – L'ELABORATION DES REGLES DE FOND** **106**

#### **SECTION 1 – LA JURISPRUDENCE ET L'ELABORATION D'UNE DROIT COUTUMIER DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE** **106**

##### **SOUS-SECTION 1 – LES PRINCIPAUX DOMAINES D'INTERVENTION DE LA COUTUME JUDICIAIRE** **107**

##### **§ 1 – DE L’AFFIRMATION DES DROITS INDIVIDUELS A L’ELABORATION D’UN STATUT COUTUMIER DE LA FAMILLE NATURELLE** **107**

A - L’AFFIRMATION JURISPRUDENTIELLE DES DROITS INDIVIDUELS 107

B – L’AFFIRMATION PAR LA COUTUME JUDICIAIRE D’UN NOUVEAU MODE D’ORGANISATION DES RAPPORTS FAMILIAUX 108

##### **1°) - LA DEFINITION PAR LES TEXTES DE CERTAINS ELEMENTS DU STATUT DE L’ENFANT NATUREL** **109**

    a - LE NOM PATRONYMIQUE DE L’ENFANT NATUREL 109

    b - LA RECONNAISSANCE DE L’ENFANT NATUREL 110

##### **2°) L’ELABORATION COUTUMIERE DU VERITABLE STATUT DE L’ENFANT NATUREL : LES ATTRIBUTS DE L’AUTORITE PARENTALE** **112**

    a – L'ENFANT NATUREL ET LE DROIT DE GARDE 112

    \* LE "DON" D'ENFANT DU VIVANT DES PARENTS 113

* LE "DON" D'ENFANT APRES LE DECES DE L'UN DES DEUX PARENTS	113
b - LE DROIT DE VISITE ET D'HEBERGEMENT DU PARENT NON-GARDIEN	114
c - L'OBLIGATION D'ENTRETIEN	114
§ 2 – LA REAPPROPRIATION JURISPRUDENTIELLE DU STATUT DE LA FAMILLE LEGITIME	115
A – LE PARTICULARISME DES REGLES QUI REGISSENT L'UNION COUTUMIERE	115
1°) LA CELEBRATION DU MARIAGE	115
a – LE PARTICULARISME DES REGLES DE FOND	116
b – LE PARTICULARISME DES REGLES DE FORME	116
2°) LES REGLES MODERNES TENANT AUX EFFETS DE L'UNION	117
B – LA DISSOLUTION DE L'UNION MATRIMONIALE DOMAINE D'EXPRESSION D'UN DROIT NOUVEAU	118
1°) LES CONDITIONS DE RECEVABILITE	119
a – LES CAUSE GENERALES D'IRRECEVABILITE : L'ABSENCE D'OPTION DE LEGISLATION	119
* L'IRRECEVABILITE TENANT AU STATUT DE LA PERSONNE	119
* L'IRRECEVABILITE TENANT AU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA REQUETE	121
b – UNE CAUSE PARTICULIERE D'IRRECEVABILITE : LE RESPECT DU "PREALABLE COUTUMIER"	123
* LA NATURE DU PREALABLE COUTUMIER	123
- UN PREALABLE, EN PRINCIPE, OBLIGATOIRE	124
- LE PREALABLE COUTUMIER, UNE FORMALITE EN DESUETUDE	126
* LA PORTEE LIMITEE DU REGLEMENT FAMILIAL	128
2°) LES CONDITIONS DE FOND DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE COUTUMIER	128
a – LA DISSOLUTION JUDICIAIRE POUR FAUTE	129
* LA FAUTE DE L'EPOUX A L'EGARD DES CLANS	129
* LA FAUTE ENTRE LES DEUX CONJOINTS	130
b – LA DISSOLUTION JUDICIAIRE FONDEE SUR L'ACCORD DES PARTIES	131
3°) LES EFFETS DE LA DISSOLUTION COUTUMIERE : UN FAISCEAU D'INDICES EN FAVEUR D'UNE SEPARATION DE CORPS	132
a - LES EFFETS DE LA DISSOLUTION DE L'UNION COUTUMIERE ENTRE LES EPOUX	133
b - LES EFFETS DE LA DISSOLUTION DE L'UNION COUTUMIERE VIS A VIS DES ENFANTS DU COUPLE	133
* LE MIMETISME DES REGLES	133
* LE PARTICULARISME DU DROIT DE GARDE	134
- LE PRINCIPE DE LA GARDE ATTRIBUEE AU PERE	134
- LES ATTENUATIONS JURISPRUDENTIELLES : LA PRISE EN COMPTE DE LA PAROLE DE L'ENFANT	135
§ 3 – LA JURISPRUDENCE ET LA DEFINITION DU STATUT DE L'ENFANT ADOPTE	136
<b>SOUS-SECTION 2 – LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE AUTONOME DU DROIT : APPRECIATION CRITIQUE</b>	<b>138</b>
§ 1 – L'ELABORATION D'UNE COUTUME JUDICIAIRE <i>CONTRA LEGEM</i> : REQUETES GRACIEUSES ET DROIT DES INCAPABLES	138
A - LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES REQUETES GRACIEUSES	139
B - LES REGIMES DE PROTECTION DES PERSONNES INCAPABLES	140
§ 2 – LA CREATION D'UN DROIT COMMUN COUTUMIER	141

A – DES AVANCEES JURISPRUDENTIELLES EN DEMI-TEINTES	143
1°) LA CREATION DE NORMES NOUVELLES	143
2°) L'IGNORANCE DES NORMES ANCIENNES	143
a – LA DENATURATION DU “PREALABLE COUTUMIER”	144
b – L'EXISTENCE CONTESTABLE DE DISSOLUTIONS AMIABLES DEVANT LA JURIDICTION COUTUMIERE	144
B – LE DANGER DES SOLUTIONS TRANCHEES	144
<b>SECTION 2 – LE DROIT DES TERRES ET L'INTRODUCTION DE LA COUTUME DANS LE DOMAINE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE</b>	<b>147</b>
§ 1 – DEFINITION ET STATUT ACTUEL DES TERRES COUTUMIERES	148
A – LA CONTINUTE DE LA DOCTRINE COLONIALE	149
B – L'INFLUENCE DE LA DOCTRINE COLONIALE SUR LA NOTION DE TERRES COUTUMIERES ET SUR LES PRINCIPES JURIDIQUES	151
1°) LA DEFINITION DES “TERRES COUTUMIERES” EXPRESSION DE LA DOCTRINE COLONIALE	151
a – LE TITRE INDIGENE : UN DROIT RESIDUEL ET ARCHAÏQUE	152
b – LA “TERRE COUTUMIERE” RECONNUE PAR L'ACCORD DE NOUMEA : UN DROIT MODERNE	152
2°) LA PORTEE DE LA DOCTRINE COLONIALE SUR LES PRINCIPES DOMINANT LE SYSTEME ACTUEL	153
§ 2 – LA MISE EN OEUVRE DES MODES DE REGLEMENT DES LITIGES FONCIERS	154
A – LE DROIT POSITIF ACTUEL	154
1°) LES REGLES DE COMPETENCE	154
2°) LES NORMES JURIDIQUES APPLICABLES	156
a – LE PRINCIPE : UN DROIT ORAL	157
b – L'EXCEPTION A L'ORALITE : LES REGLES REGISSANT LA DEVOLUTION SUCCESSORALE	157
B – LA NECESSITE D'UN VERITABLE NOTARIAT COUTUMIER	157
1°) UN TRAITEMENT JUDICIAIRE CONFRONTE A UN PROBLEME DE PREUVE	157
2°) LES PERSPECTIVES NOUVELLES FACE A LA PREVALENCE DES REGLES TRADITIONNELLES	161
CONCLUSION DU TITRE 2	162
<b>CONCLUSION GENERALE</b>	<b>165</b>
LISTE DES PRINCIPAUX JUGEMENTS ET ARRETS CITES	169
LISTE DES PRINCIPAUX TEXTES CITES	173
BIBLIOGRAPHIE	176
<b>ANNEXES</b>	<b>180</b>
TEXTES RELATIFS A L'ORGANISATION JUDICIAIRE	181
TEXTES RELATIFS AU STATUT PERSONNEL	189
TEXTES RELATIFS AUX TERRES COUTUMIERES	202

**AVERTISSEMENT : AFIN DE FACILITER D'EVENTUELLES RECHERCHES ULTERIEURES LES DECISIONS CITEES PRECISERONT LE NOM DES PARTIES.**

# LA COUTUME JUDICIAIRE EN NOUVELLE-CALÉDONIE

## AUX SOURCES D'UN DROIT COMMUN COUTUMIER

par M. Régis LAFARGUE

Magistrat<sup>1</sup>

Maitre de Conférences associé à l'Université de Paris X - Nanterre

Recherche subventionnée par le G.I.P. "Mission de Recherche Droit et Justice".

*"Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages, cette prise de possession annule tous les contrats antérieurs (...) Qu'en conséquence, les chefs et les indigènes de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de disposer en tout ou partie du sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière, soit par vente, échange, don volontaire ou mode de transmission quelconque, en faveur d'individus qui ne font pas partie de leur tribu, qui ne sont pas aborigènes dudit territoire". M. du Bouzet, 1855.<sup>2</sup>*

*"Nos terres ne sont pas à vendre, elles sont l'unité de notre peuple. Elles sont l'univers que nous partageons avec nos dieux" Jean-Marie Tjibaou.<sup>3</sup>*

## INTRODUCTION GENERALE

*"Aucun changement durable ne peut intervenir dans ce territoire sans la prise en compte de la spécificité de la société mélanésienne. Il ne s'agit pas de figer celle-ci dans son passé, mais de lui donner les moyens, tout en conservant et en développant ses valeurs originales, de maîtriser son avenir en intégrant les apports de la société moderne. Cette reconnaissance est d'abord une question de dignité..."<sup>4</sup>*

Cette déclaration d'intention qui sous-tend les quatre ordonnances de 1982<sup>5</sup> en mettant l'accent sur l'idée de "dignité" traduit la volonté du législateur, en ce qui concerne le peuple Kanak, de réparer les nombreuses iniquités laissées en héritage par la colonisation.

Mais des déclarations d'intention aux réalisations concrètes, il y a souvent loin comme

---

<sup>1</sup> Vice-président du T.G.I. d'Evreux, juge au tribunal de première instance de Nouméa de janvier 1989 à novembre 1994.

<sup>2</sup> Actes relatifs à la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie (acte n° 18) : Déclaration du Chef de Division, Gouverneur des Etablissements français de l'Océanie, relative à la propriété et à l'aliénation des terres, en Nouvelle-Calédonie et dépendance, en date du 20 janvier 1855, Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie 1853-1855, p. 26.

<sup>3</sup> Jean-Marie Tjibaou, Etre Mélanésien aujourd'hui, *Revue Esprit*, septembre 1981, n°57.

<sup>4</sup> Extrait de l'exposé des motifs de l'ordonnance n° 82-879 du 15 octobre 1982 portant création d'un office culturel, scientifique et technique canaque (*Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 29 octobre 1982, p. 1636).

<sup>5</sup> Ces quatre ordonnances intéressent respectivement la justice, le développement économique, la culture, et le foncier :

- Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel (*J.O.R.F.*, 17 octobre 1982, p. 3106) ;
- Ordonnance n° 82-878 du 15 octobre 1982 relative au développement économique de la Nouvelle-Calédonie ;
- Ordonnance n° 82-879 du 15 octobre 1982 portant création d'un office culturel, scientifique et technique canaque ;
- Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances.

le montre le processus d'élaboration d'une *coutume judiciaire* sur la base d'une disposition constitutionnelle (l'article 75)<sup>6</sup> réactivée à peine quelques mois après le "Plan Pons" pour la Nouvelle-Calédonie qui envisageait d'en abroger l'application dans ce territoire.

En fait, le point de départ de ce processus d'élaboration d'un Droit nouveau ne date pas de 1982, mais de la mise en œuvre des Accords de Matignon et, plus précisément, de la loi du 13 juin 1989<sup>7</sup> portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie.

Ce texte, étonnant par sa brièveté puisqu'il tient en une page, donnait relief et sens à un autre texte tout aussi laconique : l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982<sup>8</sup> qui organisait une "justice coutumière" 128 ans après la prise de possession de ce territoire, marquant bien tardivement le respect d'une société indigène si longtemps ignorée.

Certes entre 1982 et 1989, il y avait eu le drame d'Ouvéa. Du rapport de force allait-il naître un ordre nouveau et un Droit nouveau ? c'est, du moins, ce que proclamaient les déclarations d'intention. Encore fallait-il pour cela mettre en œuvre l'ordonnance de 1982 et donner un sens nouveau à l'article 75 de la Constitution : ce sera chose faite avec la loi de 1989 qui permet de voir apparaître un système plus proche de la *common law* anglo-saxonne que de notre tradition de droit écrit. C'est cette évolution qu'approfondit la loi organique du 19 mars 1999.<sup>9</sup>

La République française venait de créer les conditions de fonctionnement d'une justice civile propre à ceux des citoyens français que l'on ne considérait plus depuis la Constitution de 1946<sup>10</sup> comme des "sujets" de l'Empire mais que les juridictions calédoniennes considéraient encore à l'orée des années 1990 comme relevant exclusivement de "l'autorité" des chefs coutumiers sauf à renoncer à leur statut personnel, et au Droit qui constitue l'assise de leur vie sociale.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> L'article 75 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République (reprenant les termes de l'article 82 de la Constitution de 1946) précise : "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."

<sup>7</sup> Loi, n° 89-378, du 13 juin 1989 publiée au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie (JONC) du 27 juin 1989, p. 1402, complétée par un décret du 8 septembre 1989. Cette loi a adjoint deux sections détachées au Tribunal de première instance de Nouméa : section détachée de Koné (Province Nord) et section détachée de Lifou (Province des Iles). Cette loi est complétée par l'ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992 relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer, *Journal officiel* de la République française, 16 octobre 1992, p. 14518 (extraits en annexe).

<sup>8</sup> *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 29 octobre 1982, p. 1633 et suiv., et *J.O.R.F.*, 17 octobre 1982, p. 3106 et suiv.

<sup>9</sup> Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (*J.O.R.F.* n° 68, 21 mars 1999, p. 4197) prise en application de l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998 (*J.O.R.F.*, 27 mai 1998, p. 8039) après la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998.

<sup>10</sup> **Art. 81.** - "Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyens de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution".

La reconnaissance à tous de la citoyenneté n'interdisait nullement les statuts spécifiques ou les réglementations dérogatoires, comme le précisait l'article 80, de cette même Constitution, "Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer. Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens". D'ailleurs, cette proclamation de principe laissait subsister les réglementations locales applicables en matière de police des indigènes qui apportaient une atténuation sensible au principe de liberté. Ainsi, l'arrêté du 14 février 1946 (*Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 18 février 1946 pp. 89 et 90) édicte des règles de police applicables aux "**indigènes de race océanienne**" lesquels "**continueront à être placés sous l'autorité des syndicats de leur centre et des chefs des tribus**". Elle s'accompagnait aussi de la reconnaissance d'un statut civil de droit particulier : à cet égard, l'article 82 précisait "Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits, et libertés, attachés à la qualité de citoyen français".

<sup>11</sup> Cette position jurisprudentielle a été condamnée par la Cour de Cassation (Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, *Gnibekan c/ Kate*, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93, note Orfila).

L'ordonnance de 1982 ne concernait que la justice civile et non la justice pénale : cette dernière devra attendre la loi de 1989 pour voir un aménagement dans la composition des formations correctionnelles collégiales,<sup>12</sup> et l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 pour voir envisagée une *médiation pénale coutumière* dont le contenu n'est toujours pas défini.

Rien n'est dit sur le fonctionnement de la justice pénale applicable aux Mélanésiens, rien ou presque n'est dit sur la façon dont doivent procéder les juridictions civiles siégeant en formations coutumières.

L'existence même des juridictions (civiles) "coutumières" traduit la réinterprétation d'un article 75 de la Constitution perçu, désormais, comme le garant d'une dualité juridique qu'il était censé jusque là estomper.

Les juridictions pénales, quant à elles, sont un moyen de diffusion d'un ordre public républicain intolérant *a priori* à la "différence". La première caractéristique de ces divers textes est de rappeler le principe d'une sectorisation du droit applicable à une même population : un droit communautaire au plan civil et un droit "universaliste" au plan pénal, comme si la norme pénale n'avait pas vocation à sanctionner le non-respect des normes et principes qu'affirme la coutume.

La solution pour le moins équivoque du modèle français (en fait un compromis qui n'en est pas vraiment un) vaut-elle mieux que la solution australienne qui se développe non loin de là ? Vaut-elle mieux que le système aujourd'hui en vigueur dans une Afrique du Sud démocratique ?

En Australie, le droit coutumier n'est pas officiellement reconnu (hormis sous la forme du droit foncier indigène depuis l'*arrêt Mabo*<sup>13</sup>). Une proposition ancienne non suivie d'effet législatif proposait en 1986 de ne pas reconnaître le droit coutumier (que ce soit sous sa forme civile ou pénale) mais recommandait aux juridictions, dans l'application du Droit anglo-saxon, de tenir compte du "fait" coutumier.<sup>14</sup> Ainsi au plan civil la coutume aborigène, laissée à la porte des prétoires, ne constituerait qu'une source d'inspiration pour rendre la norme officielle un peu moins virtuelle dans son application à la communauté aborigène, hormis le cas où la coutume serait contraire aux règles d'ordre public : auquel cas, la coutume "indigène" demeurerait irrémédiablement exclue du processus d'adaptation de la norme officielle. Mais ces réserves de pur principe ont été, d'ores et déjà, partiellement balayées par la jurisprudence.

---

<sup>12</sup> Loi du 13 juin 1989, Art. 1<sup>er</sup> – II "Dans les matières où ils statuent en formation collégiale le tribunal de première instance et les sections détachées du tribunal sont complétés par deux assesseurs ayant voix délibérative (...) choisis parmi les personnes de nationalité française, âgées de plus de vingt-trois ans, présentant des garanties de compétence et d'impartialité...". Dès lors, lorsque les juridictions pénales siègent en collégialité elles comprennent cinq magistrats, parmi lesquels deux "assesseurs civils" nommés par arrêté du garde des Sceaux à la fin de chaque année judiciaire. Leur fonction est de transmettre à la juridiction la "sensibilité" de la société calédonienne. Il s'agit d'un système d'échevinage à ne pas confondre avec l'institution d'assesseurs "coutumiers" composant les juridictions civiles, lesquels expriment le droit coutumier (loi n° 89-376 du 13 juin 1989, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, du 27 juin 1989).

<sup>13</sup> R. Lafargue, La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n°5, septembre - octobre 1994, pp. 1329-1356.

<sup>14</sup> L'un des rapporteurs de la Commission de Réforme du Droit australien résume ainsi l'esprit des propositions au plan pénal : "la commission pose pour principe que le Droit pénal australien s'applique à tous les individus, Aborigènes et non-Aborigènes. Cependant, dans son application aux Aborigènes, il conviendra d'accorder une attention particulière à la permanence du Droit coutumier aborigène". (Cité par Peter Hennessy, *Aboriginal Customary Law and Sentencing, Aboriginal Law Bulletin*, février 1988 p. 13). Cette commission produira un avant projet de loi intitulé *Draft Aboriginal Customary Laws (recognition) Bill 1986*, présenté dans notre article, "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 (avril 1996) pp. 137-162.

Aux antipodes de ce système d'intégration "tempérée" par le juge, le mécanisme juridique de l'Afrique du Sud propose au contraire un système dualiste à la fois sur le plan civil (avec des règles proches de notre système) et sur le plan pénal. A cet égard, les nouvelles institutions démocratiques issues de la Constitution de 1996 paraissent dominées par le souci de réalisme en affirmant que si la primauté des droits constitutionnels doit être garantie, on ne saurait chercher à les faire prévaloir lorsque manifestement ces principes s'avèrent inadaptés à la réalité. En d'autres termes c'est au juge que revient l'appréciation de l'opportunité de faire primer l'ordre public démocratique sur les normes coutumières en fonction de ce que la sagesse et le réalisme commandent. La Constitution sud-africaine de 1996 apparaît, à cet égard, écartelée entre deux désirs : respecter la force de la coutume, tout en ne donnant pas le sentiment de pérenniser les barrières raciales d'antan.<sup>15</sup>

Le "projet" judiciaire pour la Nouvelle-Calédonie recèle des contradictions semblables, faites d'aspirations à la reconnaissance d'un statut propre à la communauté kanake, qui ne soit pas un facteur de régression ou de stagnation. On tente d'admettre la spécificité au nom de la "dignité", tout en minorant pudiquement la face cachée d'un système coutumier qui contredit les idéaux hérités du siècle des Lumières.

La coutume mélanésienne dans son volet civil est dite par les juridictions de la République. A côté de cela, les chefs coutumiers continuent à "concilier" au civil (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 15 octobre 1982) mais aussi, à rendre une justice "punitiv" survivance des pouvoirs de police des chefs (hérités bien plus de la période coloniale que de leurs traditions propres) et que notre Droit condamne, sans parvenir à en éradiquer la pratique.<sup>16</sup>

Toutes ces contradictions font du juge l'ultime recours pour tenter d'opérer la synthèse entre les propositions divergentes. Il lui incombe de trouver le compromis qui ne trahira ni le droit qu'il sert, ni la réalité sociale qui s'impose à lui. Car le juge se voit régulièrement rappeler par les faits qu'il est des normes condamnables dans leur principe qui n'en sont pas moins indispensables à l'équilibre social, et du risque qu'il y a, parfois, de voir les principes d'ordre public se muer en facteurs de désordre.

Parce que la Nouvelle-Calédonie est devenue depuis une décennie un laboratoire pour l'élaboration d'un "droit (commun) coutumier", et parce que poursuivant sur cette lancée ce territoire s'est vu doter, par la loi organique du 19 mars 1999,<sup>17</sup> d'un pouvoir législatif délégué sous la forme de *lois du pays*, il apparaît utile de définir les modes de production de ce droit nouveau (au niveau de l'appareil judiciaire) et les contours de ce système juridique en devenir.

S'agit-il d'un processus d'intégration déguisé où la coutume traditionnelle ne se verrait concéder qu'une place réduite aux côtés d'un droit "moderne" largement dominant ? Cette interprétation serait tentante pour bon nombre de juristes effrayés par cette "nouvelle mésaventure du positivisme"<sup>18</sup> lesquels semblaient moins émus par le déni de justice qui

---

<sup>15</sup> Notre article, "Entre rupture et continuité : la place du droit coutumier dans la définition du nouvel ordre juridique démocratique", colloque de Saint-Denis de la Réunion (des 7 et 8 décembre 1999) sur le thème *Droit et Transition Démocratique en Afrique du Sud* (à paraître à la revue *Droit et Cultures*).

<sup>16</sup> La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a - dans un arrêt du 10 octobre 2000, *Waehnya et autres*, n° 5871 - condamné toute forme de justice privée, en rejetant le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt condamnant les auteurs de châtiments corporels. La Cour de cassation (reprenant l'argumentation de l'arrêt de la Cour d'appel en date du 20 janvier 2000) affirme que "aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier. L'Etat reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public, et de garantie des libertés publiques".

<sup>17</sup> Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF, 21 mars 1999, p. 4197.

<sup>18</sup> Anne-Marie Le Pourhiet, Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme, *RDP*, 1999-4, p. 1023.

résultait de la situation antérieure.

S'agit-il d'un modèle qui pérennise le bicéphalisme juridique instauré par l'article 75 de la Constitution et qui a prévalu au lancement de l'expérience avec le recours apparemment anachronique à des juridictions coutumières que n'avaient eu de cesse de supprimer dans les années 1960 les pays affranchis de la tutelle coloniale ? Dans l'affirmative il importera de vérifier si cette bipolarisation juridique recouvre un véritable équilibre entre les deux statuts.

Ces juridictions coutumières sont, en soi, le symbole de la reconnaissance d'une norme qui garantit l'autonomie de la société traditionnelle par rapport à la société européenne.

L'exemple français, comme le modèle sud-africain, est fondé sur une dualité de systèmes juridiques, mais alors que le modèle français semble chercher à affirmer la spécificité du statut coutumier du Mélanésien, l'option sud-africaine est au contraire d'en avoir hérité comme d'un stigmate d'un passé honni et de vouloir gommer une dualité qui évoque trop l'obligation d'être différent et l'enfermement institutionnalisé dans une différence vécue comme oppressive. Et non plus comme un choix de vie et de société pour ceux qui le désirent. Les expériences sud-africaine et néo-calédonienne forment une sorte de chassé-croisé : en Nouvelle-Calédonie la volonté de réparer les torts du passé passe par l'élaboration d'une citoyenneté dérogatoire (corps électoral restreint, restriction à l'emploi pour les non-natifs du territoire, approfondissement du statut coutumier) et une territorialisation encore plus poussée du droit (les *lois du pays*) ; tandis qu'en Afrique du Sud, le processus de sortie de l'apartheid passe par l'harmonisation des régimes juridiques jusqu'alors attachés à des populations (système de *classification raciale*) et à des territoires (les *bantoustans* correspondant aux anciennes réserves indigènes).

Ces deux expériences, apparemment convergentes sur certains aspects, restent foncièrement différentes, surtout parce que la citoyenneté dérogatoire que revendiquent les Kanaks ne les astreint pas à vivre dans un cantonnement social et tribal, mais aussi parce que les règles ne sont pas aussi figées qu'elles le sont ailleurs. C'est là un avantage, mais aussi une faiblesse : à la différence de ce qui existe en Afrique du Sud, le juge français en Nouvelle-Calédonie ne dispose que de rares textes,<sup>19</sup> et d'aucun support universitaire qui puisse lui permettre de connaître le *droit traditionnel*, voire le *droit coutumier* qu'il élabore au fil des décisions rendues.

Pour connaître le droit applicable, le juge français devait être assisté d'assesseurs coutumiers. De cette collaboration, née voici dix ans, sont issues des solutions nécessairement fondées sur le compromis et l'équilibre entre des principes hétérogènes, parfois irréductibles. De cette confrontation naît ce que nous qualifions *droit coutumier* à savoir 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. En cela, l'expérience française peut se rapprocher de l'expérience menée par les juridictions du "bush" australien.

Le droit nouveau naît d'un contexte : l'immersion dans le milieu coutumier des institutions de la République constitue le premier des facteurs d'ouverture de notre Droit, et d'évolution de nos pratiques, comme l'avaient déjà éprouvé certains magistrats français en

---

<sup>19</sup> Le droit positif est, pour l'essentiel, constitué de la délibération de l'assemblée du territoire n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil et par la loi organique du 19 mars 1999 qui définit le "statut civil coutumier" et le régime des "terres coutumières".

poste dans nos anciens territoires d’Afrique,<sup>20</sup> comme l’éprouvent aujourd’hui les juges des sections détachées de Koné et de Lifou.

L’interrogation essentielle est de savoir si la coutume judiciaire se limitera à pérenniser un Droit toujours suspecté de marginaliser ses “sujets” par rapport à la société dominante ou si elle trahira le Droit traditionnel pour le Droit écrit comme en France autrefois, et plus nettement encore en Angleterre, le juge royal oeuvrant à l’unité du royaume trahissait, plus ou moins délibérément, le droit du peuple au profit du Droit des universités, en d’autres termes, le droit des communautés au profit d’un Droit centralisateur.<sup>21</sup>

Cette dualité juridique figée par la constitution ne peut plus, aujourd’hui, voir sa légitimité remise en cause, même si elle entretient une dichotomie ethnoculturelle entre autochtones et allochtones : d’un côté les premiers occupants mélanésiens dotés d’un statut particulier qualifié “statut coutumier” par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et, de l’autre, les populations relevant soit du statut de droit commun (Européens, Asiatiques..., mais aussi Tahitiens<sup>22</sup>) et les Wallisiens et Futuniens qui ont leur propre statut “particulier”.<sup>23</sup>

Cette dualité juridique doit, cependant, être appréciée au regard de son adéquation à la dichotomie ethnoculturelle fondamentale de la société néo-calédonienne. Cette dualité doit surtout être appréciée de façon critique au regard de sa portée, en ce que les règles qui définissent l’appartenance à un statut civil vont parfois à l’encontre du but poursuivi : à savoir, assujettir chaque catégorie de citoyen au corpus juridique qui sert le mieux ses intérêts, tout en respectant son appartenance à un groupe prédéterminé par sa filiation. Les règles régissant l’appartenance au statut, parce qu’elles ont longtemps été un instrument d’assimilation au statut dominant, ont souvent trahi l’objectif premier qu’elles étaient supposées servir, du moins, jusqu’à la loi organique du 19 mars 1999.

---

<sup>20</sup> V. Pierre Gentil (dir.) Les Derniers Chefs d’un Empire, *Travaux et Mémoires de L’Académie des Sciences d’Outre-Mer*, André Thiellement, La Justice en Afrique Noire, Oubangui 1948 : audience foraine, 1972, 371 pp.

<sup>21</sup> Voir Blandine Barret-Kriegel, L’Etat et les esclaves, réflexions sur l’histoire des Etats, 1989, Ed. Payot, qui souligne le rôle des juges de circuit dans la construction d’un Etat centralisateur en Grande-Bretagne : “si le juge a joué un grand rôle dans la société anglaise, c’est peut-être parce qu’il a été à l’origine un mur porteur de l’Etat (...) le développement hâtif de la centralisation gouvernementale réalisée par les juges ambulants a opéré l’unité juridique du pays. L’Angleterre n’a pas été, en ses débuts, moins étatiste que la France, elle l’a été plus diligemment, plus fougueusement, plus radicalement. A tire-d’aile, elle a constitué son Etat de droit” (op. cit. p. 128-129).

<sup>22</sup> Le territoire de Polynésie française a vu le statut civil particulier supprimé par un décret du 18 août 1868 et une ordonnance n° 45-482, du 24 mars 1945, B.L.D. 1945.111.

<sup>23</sup> Pour Wallis et Futuna, la loi, n° 61-814, du 29 juillet 1961 *conférant aux Iles Wallis et Futuna le statut de Territoire d’outre-mer* affirme l’existence d’un droit coutumier en son article 2. - “Les originaires des îles Wallis et Futuna ont la nationalité française. Ils jouissent des droits, prérogatives et libertés attachés à la qualité de citoyens français et sont soumis aux mêmes obligations. Ceux d’entre eux qui n’ont pas le statut de droit commun conservent leur statut personnel tant qu’ils n’y ont pas expressément renoncé.” (JORF, 30 juillet 1961 et JONC du 21 août 1962, p. 609). Cette loi crée une juridiction de droit local dont la compétence *ratione materiae* est définie par l’article 5 : “Il est institué sur le territoire des îles Wallis et Futuna une juridiction de droit commun (...) et une juridiction de droit local. La juridiction de droit commun est seule compétente en matière pénale (...) A charge d’appel la juridiction de droit local est compétente au premier degré 1° - Pour les contestations entre citoyens régis par un statut local et portant sur l’application de ce statut ; 2° - pour les contestations portant sur les biens détenus suivant la coutume. Toutefois, les parties justiciables de la juridiction de droit local peuvent, d’un commun accord, réclamer le bénéfice de la juridiction de droit commun ; en ce cas il leur est fait application des usages et coutumes les régissant(...) Un arrêté du Haut-Commissaire de la République dans l’Océan Pacifique organise la juridiction de droit local.” Il n’organisera cette juridiction de droit local que 17 ans plus tard. L’arrêté du 20 septembre 1978 précise, en son article 1<sup>er</sup>, que “la justice de Droit Local est administrée par trois tribunaux du premier degré, un tribunal du deuxième degré et par la Chambre d’Annulation de la Cour d’Appel de Nouméa“. Il définit sa compétence (article 2) et réaffirme (article 3) la possibilité pour les parties de renoncer à la présence des assesseurs coutumiers sans que cela emporte option de législation, le droit applicable demeurant le droit coutumier. Mais ces juridictions créées sur le papier n’ont pas encore vu le jour.

Le droit ne se limite pas à conforter la césure entre deux groupes sociaux : il est encore marqué par une vocation assimilationniste surannée. Il en résulte une compétition entre les deux statuts entretenue par la prétention à l'universalité des uns et la quête identitaire des autres, qui concourent à retarder tout processus d'harmonisation (ou de mixité) sociale et culturelle. En témoignent les débats suscités par l'arrêt *Waehnya* et par le projet de *médiation pénale coutumière*.<sup>24</sup>

Une dualité juridique peut parfois dissimuler une autre dualité (ou un autre ferment de division) lorsque le dualisme juridique ne recouvre pas le dualisme sociologique. Ce constat suscite des interrogations. Tout d'abord, les juridictions coutumières calédoniennes ont-elles les moyens de créer un droit commun "coutumier" ou devront-elles se contenter d'œuvrer en parallèle avec les juridictions "naturelles" : celles des chefs traditionnels ? C'est en effet ce type de dualisme, plus sociologique que juridique, qui caractérise toujours, sinon de plus en plus, les pays africains affectés par l'étiollement de leurs structures étatiques.<sup>25</sup> D'autre part, cette expérience prépare-t-elle effectivement la voie vers la codification du Droit comme pourrait le laisser penser l'institution des *lois du pays* ?<sup>26</sup> Jusqu'ici, les vellétés de codification se sont heurtées tant au secret entourant la coutume qu'au souci des autorités coutumières (représentées au Conseil Consultatif Coutumier<sup>27</sup> devenu en 1999 "sénat coutumier"), de perpétuer tant leur monopole dans la connaissance de ce Droit, qu'un mode d'organisation sociale fondé sur un privilège de masculinité et de séniorité. Au demeurant, toute codification risquerait de desservir la coutume, en réduisant sa diversité et en la figeant au moment précis où s'affirment des aspirations nouvelles chez les jeunes générations. La question est essentielle : dès lors que le législateur local écrira le droit, la coutume judiciaire perdra la position privilégiée qu'elle détient aujourd'hui dans le processus de création juridique.

Pour prendre la mesure du chemin parcouru en une décennie, il convient d'abord de revenir aux prémices de ce processus : l'extinction, par désuétude, était largement entamée lorsque interviendra la "résurrection" législative et jurisprudentielle, du statut civil coutumier. La loi organique du 19 mars 1999 est venue conforter ce renouveau du statut coutumier en conférant des compétences législatives (par le biais des *lois du pays*) au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, traduction d'une "souveraineté partagée".<sup>28</sup>

Cette évolution illustre la capacité normative de la jurisprudence, dès lors que certaines conditions sont réunies. Le législateur a rendu sens à l'article 75 de la Constitution. Le juge lui a emboîté le pas en complétant la définition du cadre dans lequel s'insère le statut de droit coutumier (I) et dans lequel trouve place la définition, largement jurisprudentielle, des règles propres aux citoyens de statut coutumier (II).

---

<sup>24</sup> Ces deux événements vont dans le sens de la charte pénale évoquée par le Procureur Général Gilles Lucazeau dans son article "Le temps en droit pénal, Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie", *Revue de science criminelle* (3), juillet-septembre 1990 p. 521 – 537.

<sup>25</sup> Dominique Darbon, et Jean du Bois de Gaudusson (dir.), *La Création du droit en Afrique, Karthala*, 1997.

<sup>26</sup> En effet, le droit coutumier relève du domaine de compétence du législateur néo-calédonien. Voir, J.-Y. Faberon, *La loi du pays*, in *Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, Paris, 2000.

<sup>27</sup> Créé par la loi référendaire, n° 88-1928, du 9 novembre 1988, portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, (JORF, 10 novembre 1988, pp. 14087 à 14099).

<sup>28</sup> J.-Y. Faberon et G. Agniel (dir.), *La Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé, La Documentation française*, Paris, 2000. Voir, aussi, les actes du colloque relatif à "L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie" (Montpellier, 1997) publiés à la revue *Droit et Cultures*, n°37, 1999/1.

## **Titre 1**

**L'apport de la jurisprudence  
à la définition du cadre statutaire.**

La restauration de la Coutume présentée comme une concession majeure à l'identité mélanésienne a été lente à mettre en œuvre car elle supposait de revenir sur une ségrégation de fait qui se traduisait, dans la période antérieure à 1989, par le renvoi des plaideurs à porter leur litige devant leurs autorités traditionnelles sauf à renoncer préalablement à leur statut pour pouvoir saisir la justice officielle.

Pour restaurer une coutume qui n'avait pas de véritable reconnaissance officielle, il fallait arriver à faire coïncider deux réalités considérées jusque là comme irréductibles : la Coutume et la Justice républicaine. Le domaine d'application du Droit coutumier restait jusqu'en 1999 un domaine d'exception. Avec la loi organique, la coutume est devenue la norme de principe pour régler tous les différends de nature civile opposant, entre eux, les citoyens de statut civil coutumier.

La jurisprudence avait amorcé, de 1989 à 1999, l'inversion du processus de marginalisation du statut coutumier préparant, ainsi, le renversement des principes opéré en 1999.

Chapitre I : La jurisprudence et l'inversion de la tendance à la marginalisation du droit coutumier.

Chapitre II : Une spécificité juridique cantonnée au statut civil particulier.

# Chapitre I

## La jurisprudence et l'inversion de la tendance à la marginalisation du statut coutumier.

La négation du droit coutumier n'était certes qu'implicite (**Section 1**) ; sa réhabilitation a été tout aussi peu évidente pour le praticien dépourvu d'instruments d'action, aussi cette reconnaissance a-t-elle été lente pour ne pas dire seulement symbolique à ses débuts (**Section 2**).

Section 1 - La négation implicite du droit coutumier.

Section 2 - Une reconnaissance subordonnée à la réforme de l'organisation judiciaire : du symbole à la réalité.

### Section 1 - La négation implicite du droit coutumier.

Le statut personnel kanak avait fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle dès les années 1920 et 1930.<sup>29</sup> Au moins pour affirmer, à l'occasion d'une demande en divorce présentée par deux personnes de droit particulier, que les personnes de statut particulier ne pouvaient renoncer à leur statut et qu'elle ne relevaient pas de la compétence des juridictions françaises :<sup>30</sup>

*“Considérant que la circonstance que le nommé Didyme, dit “Farge”, a acquis en 1920 un immeuble de la succession Higginson, ne saurait modifier en quoi que ce soit la situation juridique des parties litigantes, indigènes néo-calédoniens, soumis à leur statut personnel, auquel, sauf disposition spéciale et formelle de la loi, ils ne peuvent renoncer ni tacitement, ni expressément ;*

*Considérant que la Cour n'a donc pas à résoudre le dilemme posé par l'appelante et à chercher s'il existe entre la femme Marie Josèphe et le sieur Dydime, dit “Farge”, un mariage régulièrement célébré suivant les coutumes de la région de Nakéty, ou si au contraire leur union ne constitue qu'un simple concubinage et association de fait ; qu'en l'état de la législation, les litiges dans lesquels des indigènes seuls sont intéressés échappent à la connaissance des tribunaux français et ressortissent du service des affaires indigènes ;*

*Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, de renvoyer les parties devant leurs juges naturels ;*

*Par ces motifs, (...) Renvoie les parties devant les autorités indigènes et le service des affaires indigènes pour être statué conformément aux coutumes, tant sur la question du divorce que sur les droits respectifs des parties...”*

La reconnaissance de ce statut par le droit écrit a été plus tardive : elle n'apparaissait initialement qu'au travers de l'existence d'un double service de l'état civil réservant aux

---

<sup>29</sup> Voir notamment les arrêts du tribunal supérieur d'appel de Nouméa : - 28 février 1920, *Rec. Dareste*, 3, p. 96 ; - 11 juillet 1921, *Rec. Dareste*, 1921, 3, p. 238 ; - 8 août 1923, *Rec. Dareste*, 1923, 3, p. 111.

<sup>30</sup> Cour d'appel de Nouméa, 19 septembre 1933, *Rec. Penant*, 1934,1, p. 86.

ressortissants de la coutume un état civil propre, régi par la délibération n° 424 du 3 avril 1967.<sup>31</sup>

La marginalisation du droit traditionnel résultait implicitement des textes, et d'abord de ceux régissant l'organisation judiciaire : jusqu'en 1982 n'existait aucune structure judiciaire susceptible d'appréhender une coutume dont les règles étaient difficiles, voire impossibles, à connaître. Aussi, jusqu'en 1982 (et même, au-delà, jusqu'en 1989) le raisonnement des juridictions était tranché et semblait couler d'évidence : soit le plaideur réglait son litige devant l'autorité coutumière considérée comme son juge "naturel" (dans une société marquée par une logique de "développement séparé"), soit il avait échoué devant cette autorité et s'il saisissait le juge de droit moderne, on en déduisait son souhait de se voir appliquer le droit civil et ce, sans même qu'il ait au préalable renoncé explicitement à son statut particulier.<sup>32</sup> On reconnaissait, en quelque sorte, une faculté d'option à la fois tacite et partielle, dont certaines réminiscences subsistent encore de nos jours comme nous le verrons plus bas, et que certains systèmes étrangers ont institutionnalisés.<sup>33</sup>

Ce faisant la jurisprudence ne faisait que prolonger la tendance à la négation du droit coutumier qui avait vu la Cour d'appel de Nouméa en 1933<sup>34</sup>, affirmer que les juridictions de droit commun étaient incompétentes pour trancher les litiges entre indigènes en renvoyant ces derniers à saisir le *Service des affaires indigènes*.<sup>35</sup> C'est une position similaire qui avait prévalu ensuite : les juridictions se déclaraient incompétentes *ratione personae*, ou feignaient de ne pas voir que les parties étaient de statut coutumier pour leur appliquer le droit civil, ou présumaient la volonté de renoncer à l'application du droit coutumier lorsque le défendeur ne soulevait pas l'incompétence *ratione personae* de la juridiction de droit commun.

Ces solutions fondées sur l'idée d'une option tacite de législation que les juridictions déduisaient (sans même le dire) de l'attitude du plaideur procédaient du constat d'une contrainte insurmontable : l'absence de structure apte à appréhender un droit coutumier oral, puisqu'en Nouvelle-Calédonie nul travail de rédaction des coutumes n'a jamais été

---

<sup>31</sup> Délibération relative à l'état civil des citoyens de statut particulier, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 avril 1967, p. 360 à 364. Ce texte est complété par la circulaire, n° 13 - 2815, du 25 août 1967 du Haut commissariat de la Nouvelle-Calédonie, relative au fonctionnement de l'état civil des citoyens de statut particulier.

<sup>32</sup> En effet, la jurisprudence afin d'éviter au plaideur mélanésien d'avoir à changer de statut pour pouvoir agir en justice avait admis une solution médiane : les parties pouvaient solliciter d'un commun accord l'application du droit civil (en renonçant à se prévaloir d'une coutume que la juridiction n'était pas à même de connaître et, donc, d'appliquer). Cette solution, qui visait à éviter de renvoyer systématiquement les plaideurs mélanésiens devant les autorités coutumières à une époque où ne fonctionnaient pas encore les formations juridictionnelles créées par l'ordonnance du 15 octobre 1982, a été condamnée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 6 février 1991 (précité).

<sup>33</sup> C'est un mode de fonctionnement de ce type qui a été mis en place en Papouasie-Nouvelle-Guinée avec les "village courts". Dans ce pays on a fait le choix de superposer deux systèmes : des juridictions de proximité appliquant le droit coutumier au niveau de chaque village avec recours possible devant les juridictions de droit commun appliquant le droit moderne. Ce mode de fonctionnement souligne l'option offerte au plaideur de choisir soit directement, soit indirectement (par le biais d'un recours contre les décisions rendues en application du droit traditionnel) de porter leur litige devant les juridictions de droit commun appliquant le droit anglo-saxon.

L'inconvénient du système est de faire toujours apparaître le droit coutumier comme un droit de première instance susceptible d'être réformé par application du droit moderne. Le droit traditionnel est, en quelque sorte, mis au défi de résoudre un litige de façon satisfaisante sauf à s'exposer à être supplanté par le droit moderne. En fait sous l'apparence trompeuse d'un système dualiste on a là un dispositif de marginalisation ou d'acculturation de la coutume puisque cette dernière se trouve toujours en situation d'être censurée par l'application des règles du droit moderne, sans que la réciproque puisse jamais se produire. Voir, G. Hellis, Papua New Guinea shapes its legal system, *Australasian Law Times*, décembre 1993 p.10.

<sup>34</sup> Cour d'appel de Nouméa, 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, 1, p. 86.

<sup>35</sup> Le *service des affaires indigènes* supprimé en 1946, subsiste aujourd'hui sous la forme d'un *service territorial des affaires générales* (S.T.A.G.) lequel est chargé de la tenue de l'état civil des citoyens de statut coutumier.

entrepris.<sup>36</sup>

La solution consistait donc à confondre le critère organique (opposant les juridictions officielles aux autorités coutumières), et le critère juridique (opposant droit civil et droit coutumier) pour poser comme principe que les juridictions existantes n'auraient qu'à appliquer le Code civil, le simple fait de leur saisine par les plaideurs traduisant leur volonté d'échapper à l'application du droit coutumier (sans pour autant franchir le pas de l'abandon de leur statut personnel).

Ce raisonnement ne manquait pas de justesse puisque l'on y est revenu avec la loi organique de 1999, par l'effet combiné des articles 7 et 19 de cette loi : la juridiction avec assesseurs coutumiers applique le droit coutumier, tandis que la juridiction sans assesseurs applique le Code civil. Le principe n'est pas contestable en soi. Ce sont les conditions de sa mise en oeuvre qui conduisent à le dévoyer : lorsque le plaideur ne se voit pas offrir la possibilité de saisir une juridiction de droit local (situation des Kanaks avant 1989 et des Wallisien et Futuniens aujourd'hui), on ne peut sans abus déduire de la saisine de l'unique juridiction existante (la juridiction de droit commun) que le plaideur a entendu renoncer par là même à son statut. En effet, c'est un raisonnement du même ordre que l'on retrouve dans un arrêt de la cour d'appel de Nouméa en date du 12 avril 1999, relatif à un litige opposant des ressortissants de la coutume futunienne.<sup>37</sup> La cour d'appel confrontée à l'argument tiré de l'incompétence de la juridiction de droit commun, s'agissant de plaideurs qui s'étaient mariés en Nouvelle-Calédonie devant l'officier de l'état civil de droit commun (et pour cause, il n'existe pas d'état civil particulier pour les Wallisiens et les Futuniens hors de leurs îles natales) a déduit de l'existence de ce mariage célébré dans les formes du droit commun que *"leur qualité de citoyens français les autorisait à opter pour une institution régie par le droit civil commun sans que cela vaille pour autant renonciation au bénéfice du statut personnel."* De la sorte la cour d'appel rejetait le moyen d'incompétence évitant d'avoir à renvoyer les parties à saisir une juridiction coutumière certes créée par l'arrêté de 1978 mais qui n'a toujours pas d'existence matérielle à Wallis et Futuna sauf aux plaideurs à opter pour la composition sans assesseurs (article 3 de l'arrêté) en mettant le juge professionnel au défi d'appliquer un droit coutumier qu'il est dans l'incapacité de connaître (là, encore, pour cause d'oralité et de confidentialité de la coutume). Cet exemple qui illustre la nécessité d'étendre aux Wallisiens et Futuniens un dispositif comparable à celui dont bénéficient les Kanaks, souligne en outre la nécessité d'un dispositif qui permette aux citoyens autochtones de se voir appliquer partout où ils se trouvent leur Droit propre. Car leur statut est un statut personnel, qui les suit nécessairement partout où ils résident.<sup>38</sup>

Force est de constater qu'aujourd'hui à Wallis et Futuna, comme avant 1989 en Nouvelle-Calédonie, le législateur n'a pas mis en place les structures minimales pour que

---

<sup>36</sup> Il existe des travaux réalisés par des missionnaires tous suspects de parti pris religieux soit en faveur des catholiques, soit en faveur des protestants, tels ceux du Père Dubois concernant Maré, dont les écrits sont aujourd'hui invoqués dans le cadre de revendications foncières, alimentant le contentieux plus qu'ils ne servent à l'éclairer.

<sup>37</sup> Nouméa, n° 28/99, du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie*.

<sup>38</sup> Cour d'appel de Besançon, arrêt n° 476 du 13 juin 1995, *M<sup>lles</sup> Narmada et Radjeswari c/ M.P.* La cour rappelle s'agissant des citoyens de statut particulier indien que *"le décret du 21 septembre 1881 permet d'ailleurs aux citoyens de statut personnel particulier de renoncer au bénéfice de ce statut au moyen d'un acte explicite et non équivoque ;*

*Que ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français ; (...)*

*Qu'en outre et surtout, ce droit des citoyens français de garder leur statut personnel d'origine tout en restant maintenu dans l'ordre juridique français est consacré par l'article 75 de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République (...)."*

puissent être respectées les prescriptions de l'article 75 de la Constitution : dépourvu d'instrument d'action (en l'espèce d'assesseurs coutumiers) les juridictions interprètent les textes jusqu'à en déduire que la "citoyenneté" française permet de choisir son droit sans limitations quelconques.<sup>39</sup>

Jusqu'en 1989, en Nouvelle-Calédonie, l'unique juridiction républicaine étant une juridiction de droit moderne inapte à manier le droit coutumier, les citoyens de statut particulier devaient opter soit pour un traitement "judiciaire" de leur litige et alors se voyaient appliquer le droit commun, ou bien pour un traitement non-judiciaire et se voyaient renvoyer à saisir leurs autorités traditionnelles, la juridiction se déclarant alors incompétente *ratione personae*.<sup>40</sup>

Ce traitement judiciaire que d'aucuns qualifieront de déni de justice se voulait moderniste en poussant les citoyens de statut particulier à opter pour les valeurs républicaines incarnées par les juridictions de la République. Cette stratégie s'appuyait sur des justifications éthiques en partant du constat que le droit coutumier est très souvent contraire aux principes d'ordre public, et qu'il est quasiment impossible de trouver un compromis satisfaisant entre ces deux logiques, sauf à retarder l'extinction d'un Droit jugé archaïque.

Cependant un "grain de sable", gâtait cette belle logique : l'article 75 de la Constitution. Nombreux étaient ceux qui percevaient cette disposition comme le reliquat d'un système colonial révolu, en s'appuyant sur l'exemple des pays d'Afrique francophone qui avaient supprimé pour la plupart leurs juridictions coutumières dès les années 1960 ou, encore, sur l'exemple du territoire d'outre-mer voisin, la Polynésie, qui a vu le statut particulier supprimé par l'ordonnance du 24 mars 1945. L'article 75 de la Constitution apparaissait comme une norme en déclin à un second titre puisque son champ d'application potentiel se réduisait à Mayotte,<sup>41</sup> à Wallis et Futuna, et à la Nouvelle-Calédonie.

Pour la doctrine, elle-même, la cause paraissait entendue : le Pr. Luchaire écrivait en 1965 :

*"le statut personnel est expressément reconnu dans trois territoires, la côte des Somalis (...) les Comores (...) et les Iles Wallis et Futuna (article 2 de la loi du 29 juillet 1961). En Polynésie, le statut personnel a été abrogé pour Tahiti par le décret du 18 août 1868, pour les autres Iles du royaume de Pomaré par la loi du 30 décembre 1880 et pour l'ensemble du territoire par l'ordonnance du 24 mars 1945. En Nouvelle-Calédonie, la survivance du statut personnel peut se discuter : les Canaques ont longtemps vécu selon leurs coutumes et en marge des juridictions françaises ; mais ils s'adressent aujourd'hui de plus en plus aux tribunaux de droit commun **qui, en l'absence d'autres textes, doivent appliquer le droit commun** (...). D'ailleurs, par suite de l'industrialisation de la "grande terre", les rapports familiaux ont évolué dans des conditions qui rendent possible l'application du Code civil. Des règlements locaux ont, cependant, reconnu l'existence d'un statut civil de droit local et ont organisé un état civil particulier pour les bénéficiaires de ce statut (arrêté du 21 juin 1954, modifié par une délibération de l'Assemblée territoriale en date du 4 mars 1958)..."*<sup>42</sup>

<sup>39</sup> En l'occurrence, la célébration d'un mariage devant un officier de l'état civil incompétent à raison du statut des personnes a été validée, dans la mesure où il a été rattaché à l'exercice d'une option tacite de législation. Et ce, en dépit des termes restrictifs de la norme constitutionnelle qui n'envisage le changement de statut que par décision expresse et non équivoque, et surtout qui n'envisage aucun droit d'option permettant aux parties d'opter au gré de leurs intérêts circonstanciels soit pour un statut, soit pour l'autre.

<sup>40</sup> Nouméa, arrêt n° 167 du 23 novembre 1987.

<sup>41</sup> Le statut personnel applicable à Mayotte a été réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 25 février 1997 (n° 67) qui affirme ainsi l'applicabilité sur ce territoire de la République du Droit musulman.

<sup>42</sup> François Luchaire, *Le Droit d'Outre-Mer et de la Coopération*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, Coll. Thémis, 1965, p. 290.

Pour nombre de juristes, l'article 75 de la Constitution n'était donc qu'une machine à remonter le temps. Le stigmate d'une période coloniale d'autant plus difficile à assumer en Nouvelle-Calédonie qu'elle avait vu la colonisation fondée sur nombre de discriminations, sur la répression du soulèvement mené par le chef Ataï en 1878,<sup>43</sup> la politique de déplacement des populations, et les spoliations foncières puis le cantonnement<sup>44</sup> qui avaient précipité le déclin de cette ethnie au point de laisser douter, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, de sa survie.<sup>45</sup>

Le souci de ne pas pérenniser la marginalisation de cette ethnie supposait, pour un courant majoritaire, d'offrir au Mélanésien une vraie place dans la société contemporaine en favorisant son émancipation par rapport à des règles coutumières jugées archaïques, et un assujettissement à l'autorité des chefs que n'avait fait qu'exacerber le pouvoir colonial afin d'affermir le contrôle social de l'indigène. D'excellentes raisons – se rattachant toutes à l'idée de parachever un processus de décolonisation – justifiaient l'intégration juridique et sociale de la minorité mélanésienne, selon le schéma qui, dans la France du XIX<sup>ème</sup> siècle, avait permis l'intégration des "pays" de l'ancien régime et des minorités régionales.

C'est, assez paradoxalement, contre cette tendance que sera réactivé l'article 75 de la Constitution, que seront créés les assesseurs coutumiers (ordonnance du 15 octobre 1982), que sera réformée en 1989 l'organisation judiciaire, et que sera rendu, le 6 février 1991, l'arrêt par lequel la Cour de cassation affirme :

- tout d'abord, que lorsque l'un des plaideurs a renoncé à son statut particulier dans la mesure où son adversaire demeure de statut particulier les règles applicables au litige demeurent, en principe, celles du droit particulier,

- d'autre part, que lorsque les plaideurs de statut particulier renoncent à la présence des assesseurs coutumiers en réclamant l'application des règles de droit commun, cela ne signifie pas qu'ils puissent réclamer l'application des règles du Code civil, car **"ces règles ont trait non à la compétence mais à la composition du tribunal"**. Le renoncement à la présence des assesseurs coutumiers siégeant aux côtés du juge professionnel, imposera à cette juridiction d'appliquer tout de même le droit coutumier des parties.<sup>46</sup>

Le principe affirmé par la cour suprême est clair et sans réserves : le justiciable ne peut choisir sa loi. Il subit celle que lui assigne son statut. Tant qu'il n'y a pas renoncé de façon expresse et définitive.

La Constitution, la loi, et la jurisprudence affirmaient en Nouvelle-Calédonie ce que personne jusque là n'aurait imaginé possible : un bicéphalisme juridique, moins au nom de l'égalité des droits qu'au nom du droit au respect de la dignité. Un bicéphalisme, qui devait s'affirmer comme le mode normal d'expression de la justice. Le droit traditionnel allait

---

<sup>43</sup> Roselène Dousset-Leenhardt *Terre natale, Terre d'exil*, G.-P. *Maisonneuve & Larose*, 1976.

<sup>44</sup> Voir notamment l'arrêté, n° 864, du gouverneur Feillet en date du 23 novembre 1897 relatif à la procédure à suivre pour le cantonnement des indigènes.

<sup>45</sup> Au pasteur Maurice Leenhardt arrivant en 1902 en Nouvelle Calédonie, le maire de Nouméa demanda *"Que venez vous faire ici ? Dans dix ans il n'y aura plus un seul Canaque"*, (Maurice Leenhardt, *De la mort à la vie*, Paris 1953, propos rapporté par Roselène Dousset-Leenhardt, *Terre natale, Terre d'exil*, op. cité). La population Canaque de 42 519 âmes en 1887 était tombée à 28 835 personnes au recensement de 1911, le phénomène est expliqué en ces termes par le Pasteur Leenhardt dans un courrier du 2 juin 1903 : *"On nous a montré un peuple s'élançant dans les bras d'un bon Jésus, mais je ne trouve guère que le fier Canaque de l'Insurrection qui, vaincu, préfère ne pas avoir d'enfants que de les voir exploités par les Blancs"* (propos rapportés par Roselène Dousset-Leenhardt, *Colonialisme et contradictions. Nouvelle-Calédonie 1878-1978. Les causes de l'insurrection canaque de 1878*, Paris, *L'Harmattan*, 1978).

<sup>46</sup> Cette hypothèse de renonciation à la présence des assesseurs coutumiers est rare : en ce cas la juridiction donne acte aux parties de leur renonciation (voir notamment, cour d'appel de Nouméa, n° 360 du 20 décembre 1999, *Cica c/ Kaoupa*).

pouvoir éventuellement disparaître, un droit coutumier créé par les juridictions allait pouvoir naître de la composition mixte des juridictions.

## **Section 2 - Une reconnaissance progressive subordonnée à la réforme de l'organisation judiciaire : du symbole à la réalité.**

La reconnaissance d'un statut dérogatoire a été dénoncée parfois comme une atteinte aux principes démocratiques, mais résulte de notre droit positif. Etant, toutefois, souligné que les règles du statut coutumier n'ont pas encore eu l'occasion d'être confrontées à des normes telles que la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Si l'on se place du point de vue mélanésien, l'évolution historique peut donner le sentiment qu'il a fallu conquérir cette reconnaissance du particularisme du statut coutumier. D'abord en se réappropriant une disposition constitutionnelle essentiellement virtuelle, puis en obtenant une déclaration de pur principe avec l'ordonnance de 1982 (§ 1), pour finir par obtenir en 1989 une réforme de l'organisation judiciaire permettant de transformer les pétitions de principe en réalités concrètes (§ 2), et l'article 75 de norme "coloniale" en pierre d'angle d'un système social et juridique ouvertement communautaire.<sup>47</sup>

### **§ 1 - Le symbole : le socle constitutionnel et l'ordonnance du 15 octobre 1982.**

On notera ici l'inversion de notre logique institutionnelle : c'est une ordonnance qui donne du sens à la Constitution. L'ordonnance de 1982 a eu le mérite de rappeler l'existence de l'article 75 de la Constitution qu'elle obligeait à réinterpréter.

#### **A - L'apport décisif de l'ordonnance du 15 octobre 1982.**

L'ordonnance du 15 octobre 1982 est demeurée jusqu'en 1989, pratiquement, lettre morte. Les assesseurs coutumiers entrèrent en fonction le 1<sup>er</sup> janvier 1983 au tribunal civil de Nouméa. Elle ne sera saisie qu'une seule fois, puis les assesseurs coutumiers ne seront pas renouvelés.<sup>48</sup>

Sur le plan des principes, l'ordonnance du 15 octobre 1982<sup>49</sup> est venue adapter l'organisation judiciaire en instaurant la présence obligatoire d'assesseurs coutumiers au sein de la formation de jugement chaque fois que le litige mettait aux prises des personnes relevant du statut civil coutumier.

Sans créer des juridictions nouvelles – pas plus qu'un ordre de juridictions

---

<sup>47</sup> On observe un processus similaire en Nouvelle-Zélande avec la réinterprétation par les juridictions d'une norme encore plus désuète et archaïque : le Traité de Waitangi érigé par la jurisprudence en norme constitutionnelle écrite dans un pays qui n'a pas de Constitution écrite ce qui a fait dire à la doctrine que le Traité de Waitangi était la *Magna Carta* de la Nouvelle-Zélande.

<sup>48</sup> Cette requête portait sur une demande de "dissolution" d'un mariage coutumier. Faute d'avoir respecté le préalable coutumier devant les clans réunis, l'affaire sera renvoyée par un jugement du 9 août 1984 afin que les parties saisissent les instances familiales. L'affaire ne sera plus, ensuite, réinscrite au rôle. Telle était pour la période 1982 – 1989 le bilan de l'expérience, qui laissait augurer assez mal des chances de succès de la relance du processus en 1989.

Voir sur ce point, J-M Girault, Rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, document du sénat n° 264, annexe au procès verbal de la séance du 20 avril, p. 41 et 42.

<sup>49</sup> Ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 (*Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie du 29 octobre 1982).

coutumières – ce texte impose aux juridictions de droit commun<sup>50</sup> une composition élargie avec la présence d'assesseurs coutumiers à laquelle les plaideurs de droit particulier peuvent renoncer, s'ils en font la demande expresse en vertu de l'article 7 de l'ordonnance. L'ordonnance ne fait qu'adapter la composition des juridictions existantes.

Il serait donc inexact de dire que les juridictions calédoniennes n'avaient pas vocation à appliquer le droit coutumier avant 1982. Il est, en revanche, exact de dire qu'elles ne pouvaient en pratique mettre en oeuvre ce droit coutumier en l'absence de tout moyen de rapporter la preuve écrite de la coutume et en raison de la difficulté à en rapporter la preuve orale par le biais de sachants.

C'est donc à tort, comme l'a souligné la Cour de cassation, que les juridictions néo-calédoniennes avaient pour usage de se déclarer incompétentes "*ratione personae*".<sup>51</sup> C'est donc à tort que ces juridictions interprétaient, lorsqu'elles étaient saisies d'un litige opposant des citoyens de statut coutumier, le renoncement à la présence d'assesseurs coutumiers comme la volonté expresse des plaideurs de se voir appliquer le Code civil au lieu de la norme coutumière, admettant implicitement le principe que chacun puisse choisir sa loi en fonction de l'avantage attendu d'un pur choix de circonstance.

Cette position de la pratique ne pouvait plus se justifier dès lors que furent mis en place les assesseurs coutumiers, et que furent créées les sections détachées (loi du 13 juin 1989) concrétisant le système simplement ébauché en 1982. La loi du 13 juin 1989 réaffirmait s'agissant des sections détachées leur vocation à connaître des litiges coutumiers "*les sections détachées du tribunal sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant les assesseurs coutumiers*".<sup>52</sup> Ce que confirment les termes de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 82-877.<sup>53</sup>

Si l'ordonnance de 1982 n'a finalement été que le premier jalon de la renaissance du statut civil particulier, son apport ne doit pas être mésestimé : en posant des principes nouveaux, cette norme a contraint à une "relecture" du sens et de la portée de l'article 75 de la Constitution.

## **B - La réinterprétation des dispositions constitutionnelles par référence au contexte historique.**

L'énoncé de l'article 75 de la Constitution de 1958 doit, tout d'abord, être réexaminé à la lumière des articles 80, 81 et 82 de la Constitution de 1946 rappelés plus haut. Car cet article 75 se situe dans une continuité historique.

Sous le régime antérieur à la Constitution de 1946 la seule possibilité d'acquérir la

---

<sup>50</sup> Ce que traduit le changement de terminologie, puisque la loi organique de 1999 parle non pas de la juridiction coutumière mais (article 19) de "**la juridiction civile de droit commun (...) complétée par des assesseurs coutumiers...**" ce qui paraît cohérent avec l'affirmation que le droit coutumier constitue la norme de principe (le droit commun en quelque sorte) applicable aux personnes de statut coutumier comme le souligne l'article 7 de la loi organique : "**Les personnes dont le statut personnel (...) est le statut civil coutumier kanak (...) sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.**"

<sup>51</sup> Nouméa, arrêt n° 167 du 23 novembre 1987, *Gnibekan c/ Kate*, censuré par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1991 (précédemment évoqué).

<sup>52</sup> Loi n° 89-378 du 13 juin 1989, art. 1<sup>er</sup> – IV (JONC, 27 juin 1989, p. 1402).

<sup>53</sup> Cette disposition introduite par l'ordonnance n° 92-1150, du 12 octobre 1992, précise que "*Les sections détachées du tribunal de première instance sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par la présente ordonnance.*"

citoyenneté française pour les “sujets” de l'empire consistait en une procédure de naturalisation par laquelle le déclarant (qui engageait son épouse et ses enfants nés et à naître) demandait à être assujetti aux lois civiles et politiques françaises. Cette possibilité remontait à une loi du 24 avril 1833, et des décrets successifs, dont les deux derniers étaient en date du 21 août 1931, et du 23 juillet 1937. La tendance à l'assimilation était évidente à l'examen de ces deux décrets : la demande d'acquisition de la citoyenneté sous le décret de 1931<sup>54</sup> n'emportait pas changement de statut civil ; en revanche elle emportait automatiquement renonciation au statut personnel sous l'empire du décret de 1937. Dès lors, avant la constitution de 1946 l'obtention de la citoyenneté française finissait par emporter une totale assimilation du “sujet” qui perdait le bénéfice de son statut personnel.<sup>55</sup>

En réaction avec cet excès, et compte-tenu de ce que la loi du 7 mai 1946 accordait la citoyenneté à tous, la Constitution de 1946 (articles 80 et 82 qui préfigure notre article 75) distingue la citoyenneté – désormais reconnue à tous indistinctement – du statut personnel que le citoyen d'outre-mer conserve tant qu'il n'y a pas renoncé expressément. L'acquisition de la citoyenneté française n'emporte donc pas l'uniformisation juridique.

La citoyenneté accordée à tous, ne visait pas à enlever des droits mais à en ajouter en accompagnant une évolution progressive. L'article 75 de la Constitution, qui n'est que la reprise de l'article 82 de la constitution de 1946, ne se situe pas dans une logique de rupture ; mais, bien au contraire, dans une logique de continuité. L'article 75 relie les institutions actuelles à la “mission civilisatrice” de la III<sup>ème</sup> République et aux textes promulgués sous cette République empreinte dans ses rapports avec les peuples colonisés d'un évident sens de la pédagogie en préférant accompagner l'éveil progressif de ces peuples à la modernité. En témoigne le décret *Mandel*, du 15 juin 1939, *tendant à réglementer le mariage entre indigènes en A.O.F. et A.E.F.*<sup>56</sup> Le législateur colonial ne se départira pas de cette prudence : en 1958, à

---

<sup>54</sup> Le décret du 21 août 1932 qui exigeait une double déclaration – le déclarant qui saisissait l'administrateur d'une demande visant à être régi par les lois civiles et politiques françaises, devait faire acte de renonciation expresse à son statut personnel. Cette seconde exigence avait été supprimée par le décret du 23 juillet 1937 (article 6) c'est sur ce point que porte le litige dans l'affaire *Agbo* jugée par le tribunal de Cotonou analysé dans le titre 2.

<sup>55</sup> La portée assimilationniste du décret de 1937 est soulignée par deux décisions : Cour d'appel de Dakar, 19 novembre 1948, *José de Souza c/ Dame De Souza*, et Tribunal civil de Cotonou, jugement du 19 septembre 1949, *Dame Agbo c/ Agbo*, *Recueil Penant*, 1952, I, p. 12 à 18 note J. Brethe de la Gressaye.

Dans les deux cas l'une des parties avait (selon la procédure en vigueur avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1946) sollicité l'admission à la citoyenneté française ce qui conduisait à assujettir cette personne au droit commun, et *ipso facto* le litige (en l'espèce une procédure de dissolution d'un mariage) aux règles du Code civil (et aux tribunaux de droit commun), et ce bien que le mariage ait été célébré selon les règles coutumières.

La cour d'appel de Dakar souligne “... **la qualité de citoyen français accordée à un sujet français de l'Afrique Occidentale Française, entraîne de plein droit la concession de ladite qualité à la femme et aux enfants mineurs légitimes issus de cette union, et inscrits aux registres de l'état-civil (...)** Considérant que de Souza a contracté, le 20 mai 1933 (...) **Considérant que ce mariage, contracté suivant les règles coutumières, doit être considéré comme produisant, en raison du décret de naturalisation, tous les effets d'une union célébrée devant l'officier de l'état civil français, et se trouve être soumis aux règles du Code civil français (...)** que c'est à bon droit que la dame de Souza, citoyenne française par le décret de naturalisation de son mari, a soumis à la juridiction française sa demande de divorce, sur laquelle le Tribunal de Cotonou avait compétence pour statuer...”

La portée assimilationniste du décret de 1937 apparaît avec encore plus d'évidence dans le jugement rendu par le tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Cotonou dans son jugement *Agbo* du 19 septembre 1949 : “**Attendu que la condition juridique de l'indigène naturalisé est identique à celle du citoyen français de naissance ; que les uns comme les autres sont soumis à la loi française, la seule dont ils puissent se prévaloir à l'avenir et qui puisse être invoquée contre eux ; que concevoir différemment la naturalisation serait admettre implicitement l'existence sur un même territoire des citoyens ayant des droits contradictoires...**”. Une affirmation que se chargera de démentir le constituant en 1946, en plus encore le législateur pour la Nouvelle-Calédonie (loi organique du 19 mars 1999) qui conçoit non seulement des citoyens ayant sur un même territoire des droits contradictoires, mais aussi une citoyenneté attachée à un “pays”, c'est à dire une citoyenneté infra nationale.

<sup>56</sup> Il était affirmé dans l'exposé des motifs que “... *Fidèle à l'engagement pris par elle de respecter les traditions établies,*

la veille des indépendances, il ne cherchait toujours pas à imposer la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.<sup>57</sup> De nos jours, encore, la procédure réglementant le mariage des personnes de statut particulier à Wallis et Futuna est, à l'instar de l'Afrique coloniale, celle de la simple "déclaration" du mariage coutumier que les époux font "constater" devant l'officier de l'état civil.<sup>58</sup> Il en va toujours ainsi du mariage entre personnes de statut coutumier kanak.<sup>59</sup>

Ces textes, au-delà de la continuité d'inspiration qu'ils traduisent, soulignent le caractère pragmatique de la colonisation menée par la France dans le domaine juridique.<sup>60</sup> Aussi ne voir, à la fin des années 1980, dans l'article 75 de la Constitution qu'un instrument d'assimilation au modèle dominant constituait-il un détournement manifeste de sa philosophie initiale.

L'article 75 et sa mise en œuvre en Nouvelle-Calédonie renoue avec l'idée d'un "ordre public colonial" notion toujours d'actualité conçue par le maître incontesté du droit colonial français, Henry Solus, pour justifier une relative coexistence entre nos principes d'ordre public et la reconnaissance des normes coutumières contraires à cet ordre public.<sup>61</sup>

## § 2 - La mise en œuvre de la nouvelle donne institutionnelle : la réforme des institutions judiciaires.

La loi du 13 juin 1989, portant diverses dispositions relatives à l'organisation

---

*la France s'est gardée de troubler, par une intervention prématurée, la vie sociale et familiale de ses sujets...". Il était ajouté que "... Ce respect des coutumes indigènes ne doit pas aller toutefois jusqu'à nier la transformation opérée sous notre influence. Pour ce qui concerne notamment la femme indigène, sa condition dans la société s'est aujourd'hui améliorée et relevée. Le moment est venu de consacrer dans un texte la jurisprudence nouvelle qui subordonne au consentement de la jeune fille la validité du mariage et qui assure à la veuve la libre disposition d'elle-même."* Dans la même optique le décret n° 973, du 13 décembre 1940, pris en application du décret du 15 juin 1939 (*Journal officiel* de l'A.E.F. 1941, p. 28) se préoccupant de lutter contre le mariage forcé, avait instauré un âge minimum pour se marier et subordonnait au consentement des époux la validité de l'union contractée. Enfin, l'article 9 déclarait "nulle, de plein droit, 1° - toute convention matrimoniale concernant une fille impubère, qu'elle soit ou non accompagnée du consentement de celle-ci ;

2° - toute convention matrimoniale concernant une fille pubère, lorsque celle-ci refuse son consentement ;

3° - toute revendication de veuve ou de toute autre personne, enfants notamment, faisant partie d'une succession coutumière, lorsque cette personne refuse de se rendre chez l'héritier auquel elle est attribuée."

<sup>57</sup> Conformément à la Délibération du 20 mai 1958, les époux se mariant coutumièrement devaient seulement faire "constater" leur union au moyen d'une déclaration faite devant l'officier de l'état civil du Centre Principal d'Etat Civil dans le ressort duquel avait été contracté le mariage. Le législateur colonial avait ainsi réalisé la vanité de vouloir imposer la célébration du mariage devant l'officier d'état civil. Cette déclaration devait intervenir dans les deux mois suivant la célébration du mariage, en présence des témoins et des personnes habilitées à consentir au mariage selon la coutume. Cette publicité devait permettre, à l'officier de l'état civil, de contrôler la régularité de l'union au regard des règles d'ordre public : avant d'enregistrer la déclaration il vérifiait le respect des règles relatives à l'âge minimum des époux, la réalité du consentement des conjoints, l'absence d'opposition au mariage, et le versement effectif de la dot (Délibération du 20 mai 1958, article 15). C'est notamment à cette occasion que les époux pouvaient prendre l'engagement de renoncer à la polygamie, ce qui les exposait alors au prononcé du divorce en cas de violation de cet engagement (article 22). Le colonisateur français ne faisait que réglementer les formes et les procédures du mariage coutumier, tout en rendant inopposable une union coutumière célébrée au mépris des règles d'ordre public.

<sup>58</sup> Voir, *infra*, Tribunal civil de Nouméa, n° 930 / 90, 11 juin 1990, *Siuli Maleta*.

<sup>59</sup> La délibération n° 424 du 3 avril 1967 précise, **art. 40.** - "Le mariage des citoyens de statut civil particulier est régi par la coutume. **Les conjoints devront déclarer leur mariage coutumier, dans les trente jours qui suivent l'événement, au maire du lieu de célébration**" (*Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 avril 1967, p. 360).

<sup>60</sup> C'est une procédure de ce type que suggérait pour les Aborigènes le rapport publié en 1986 par la Commission de Réforme du Droit Australien (op. cité).

<sup>61</sup> Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes*, Paris, 1927. V. aussi du même auteur sur la question de l'ordre public colonial un article plus récent : *Le problème de la dot en Afrique noire, Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1950, p. 453 à 471.

judiciaire en Nouvelle-Calédonie, a créé deux sections détachées du Tribunal de première instance de Nouméa, l'une à Koné (Province Nord) et l'autre à Lifou (Province des Iles). Cette loi conférait compétence générale aux juges des sections détachées en matière civile et pénale à l'exception de certains services tels que l'instruction et l'application des peines.

En matière pénale, elle instaurait une compétence concurrente entre celle, générale, du tribunal correctionnel de Nouméa et celle, particulière, des deux autres tribunaux correctionnels.<sup>62</sup>

En matière civile elle conférait compétence aux sections détachées pour connaître des litiges civils de droit commun et des litiges civils opposant les citoyens de statut coutumier.<sup>63</sup>

En faisant des sections détachées de véritables juridictions de proximité, cette loi rendait pour la première fois accessible la justice de la République aux populations mélanésiennes. Ce faisant, elle créait les conditions d'apparition d'une coutume judiciaire fondée sur un ensemble de décisions jurisprudentielles prises dans le respect d'un contexte sociologique. Cette observation vaut essentiellement pour les tribunaux implantés à proximité immédiate voire au sein même des zones coutumières : la section de Koné et plus encore la section détachée de Lifou.

Il convient certes, de souligner que la coutume est d'une vitalité variable selon les lieux : très forte aux Iles Loyautés, la coutume et les chefferies voient leur autorité souvent battue en brèche sur le Grande-Terre. Sous cette réserve, la jurisprudence ne peut que prendre acte d'une situation sociale et d'une revendication à la dignité d'un groupe humain qui passe par le respect de ses structures sociales, quand bien mêmes seraient-elles le vecteur de valeurs fort éloignées des nôtres. Comme le souligne M. Verdier, "Pour les vieux Mélanésien la coutume était le "chef" et on était libre quand on lui obéissait...".<sup>64</sup> La dignité de l'individu est un droit qui transcende tous les autres en ce qu'il implique le respect d'un mode de vie propre à chaque communauté ou groupe d'individus. Le droit à la dignité suppose le respect de l'identité collective, et notamment des solidarités ou des allégeances dès lors qu'elles sont vécues comme un mode privilégié d'accomplissement des destins individuels.

La loi du 13 juin 1989, certes n'a pas tout créé. Mais elle a, de fait, transformé la donne en créant de nouvelles conditions de fonctionnement. Qualitativement, elle rend possible la mise en œuvre et la sanction des règles propres aux deux domaines de la vie sociale qui relèvent de la coutume : le "statut particulier" et les "terres coutumières".

Le **statut particulier** s'est longtemps résumé à des règles dérogatoires en matière d'état civil.<sup>65</sup> Aujourd'hui, il est régi par la délibération du 3 avril 1967 relative à l'état civil

---

<sup>62</sup> Loi n° 89-378 du 13 juin 1989, Art. 1<sup>er</sup> – II. Voir arrêt de la Cour de Cassation, Crim. 10 janvier 1996, *Bull. crim.* N°10. Cet arrêt rappelle que si les articles L. 932-3 et R. 932-4 du Code l'organisation judiciaire donnent compétence aux sections détachées (du tribunal de première instance de Nouméa) pour juger des délits commis dans leur ressort, cette compétence ne remet pas en cause la compétence générale que le tribunal correctionnel de Nouméa tient des articles L. 931-7, L. 931-10 et L. 931-11 du Code de l'organisation judiciaire, ainsi que de l'article 382 du Code de procédure pénale.

<sup>63</sup> Loi n° 89-378 du 13 juin 1989, Art. 1<sup>er</sup> – IV (JONC, 27 juin 1989, p. 1402), et ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992 relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer (laquelle étend, art. L. 933-1 à L. 933-3, aux sections détachées le mécanisme des assesseurs coutumiers (JORF, 16 octobre 1992, p. 14518 et suivantes).

<sup>64</sup> R. Verdier, De la terra nullius du colonisateur à la tellus mater de l'autochtone, *Droit et Cultures*, n°37, 1999/1, p. 7.

<sup>65</sup> - L'Etat civil a successivement été régi par les textes suivants :

- Arrêté n° 1.305, du 30 décembre 1908, *Arrêté au sujet de l'état civil indigène*, JONC, 1<sup>er</sup> février 1909, p. 51.

- Décret du 30 mai 1933 relatif à la *condition juridique des métis nés de parents inconnus en Nouvelle-Calédonie*, JONC, 29 juillet/5 août 1933, p. 463.

- Arrêté 631 du 21 juin 1934, *portant création d'un Etat civil des Indigènes*, JONC, 15 juillet 1934, pp. 299-301.

des citoyens de statut particulier<sup>66</sup> laquelle modifiait la délibération du 19 novembre 1964.<sup>67</sup> Ces textes ne concernent pas seulement les questions d'état civil, mais aussi les règles relatives au mariage coutumier et sa dissolution, l'adoption... Désormais, l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999<sup>68</sup> conduit à en élargir le champ au-delà du seul droit des personnes et de la famille légitime pour englober la famille naturelle notamment, mais aussi tous les rapports de droit civil entre personnes de statut coutumier.

S'agissant des **terres coutumières**, l'article 19 de la loi organique confère une compétence générale aux juridictions avec assesseurs coutumiers *pour connaître des litiges et requêtes relatifs aux terres coutumières*. Cette formulation large suscite, d'ailleurs, des difficultés d'interprétation, notamment sur le point de savoir si le droit coutumier peut régir les activités économiques en relation avec les terres coutumières ce que ne paraît pas l'article 7 de la loi organique.

L'autre apport de la loi du 13 juin 1989 fut d'étendre le traitement juridictionnel de ces matières, en faisant passer l'état civil de statut particulier (lequel commande en fait tout le droit des personnes) du traitement essentiellement administratif qui était le sien auparavant à un traitement juridictionnel. Il s'agit, là encore, d'un complet changement de perspective.

Si l'on est parvenu dès 1989, après l'occasion ratée de 1982, à inverser la tendance à la marginalisation du statut coutumier, ce processus n'avait pas conduit à une reconnaissance de la loi coutumière comme norme de générale et de principe applicable aux personnes de statut coutumier, jusqu'à ce que l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 vienne affirmer que "*Les personnes dont le statut personnel (...) est le statut civil coutumier kanak (...) sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.*"

Cette disposition clôt le lent processus de reconnaissance du droit coutumier dans l'ordre juridique étatique amorcé en 1946. Mais la reconnaissance du droit coutumier demeure cantonnée au statut civil : derrière le dualisme civil, le volet pénal des règles coutumières est toujours nié, ignoré, lorsqu'il n'est pas condamné.

---

- Arrêté n° 1195 du 28 août 1954 modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 13 septembre 1954, p. 453.

- Arrêté n° 1913 du 20 décembre 1955 modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 26 décembre 1955, p. 691.

<sup>66</sup> Délibération n° 424 du 3 avril 1967, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 avril 1967 p. 360.

<sup>67</sup> Délibération n° 189 du 19 novembre 1964, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 21 décembre 1964 p. 1060.

<sup>68</sup> *Journal officiel* de la République française, 21 mars 1999, pp. 4197 et suivantes.

## Chapitre 2

### Une spécificité juridique cantonnée au statut civil particulier.

La compétence des juridictions chargées de la mise en œuvre du “statut civil particulier” était habituellement encadrée par un double critère cumulatif de compétence *ratione personae* et *ratione materiae*. Avec l’article 7 de la loi organique (n° 99-209 du 19 mars 1999) le critère de compétence *ratione materiae* a disparu. Ce critère de compétence qui constituait un instrument d’assimilation demeure encore d’actualité s’agissant du statut civil particulier applicable aux Wallisiens et Futuniens.<sup>69</sup>

La loi organique du 19 mars 1999 qui n’intéresse que le statut particulier mélanésien, définit ainsi le régime juridique et la portée du “statut civil coutumier kanak” :

**Art. 7.** - *“Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la construction, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.”*

**Art. 8.** - *“La personne qui a le statut civil coutumier est inscrite sur un registre d'état civil coutumier tenu dans chaque commune par les officiers d'état civil.”*

**Art. 9.** - *“Dans les rapports juridiques entre les 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 les 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.”*

L’expérience française est un permanent paradoxe, car derrière la façade d’un dualisme civil plus complexe qu’il n’y paraît (**Section 1**), demeure la réalité têtue d’un “non-dit” : celle d’un “non-droit pénal coutumier” en quête de légitimité (**Section 2**).

Section 1 – La complexité du dualisme civil.

Section 2 – La négation du droit coutumier subsiste au travers d’un “non-droit pénal coutumier”.

---

<sup>69</sup> La jurisprudence le définit en ces termes (Nouméa, arrêt n° 28/99, 12 avril 1999, *Tialetagi c/. Lie*) : “Attendu qu’aux termes de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de Territoire d’outre-mer, les personnes originaires de ces îles bénéficient des droits, prérogatives et libertés attaché tant à leur qualité de citoyens français qu’à leur statut personnel ; que ceux qui n’ont pas le statut de droit commun conservent leur statut personnel tant qu’ils n’y ont pas expressément renoncé ; Attendu que le statut personnel régit des matières précises tenant notamment à l’état civil, au mariage, à la rupture de ce dernier et à la dévolution des biens ; qu’il est intimement lié à la notion de coutume...”.

## Section 1 – La complexité du dualisme civil.

Si le terme dualisme renvoie à une représentation simple, la réalité est plus complexe avec en fait l'existence de trois (au lieu de deux) sources de droit. En effet, même en mettant de côté le Droit civil qui constituera le Droit supplétif applicable aux citoyens de statut particulier dans les matières que n'appréhendent pas – ou mal – les normes issues du Droit traditionnel (droit de la responsabilité et droit des contrats), le Droit coutumier applicable est d'abord l'expression du droit écrit coutumier constitué par les délibérations de l'assemblée territoriale, et bientôt par les "*lois du pays*".

A ce Droit écrit vient s'ajouter un droit coutumier d'origine jurisprudentielle qui nous retiendra plus particulièrement.

Le droit traditionnel, quant à lui, demeure le droit appliqué par les autorités coutumières au stade de la "conciliation" coutumière prévue par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982.

Non seulement le droit applicable n'est pas dual (mieux vaudrait dire qu'il est pluriel) mais en outre, le dualisme juridique ne recouvre pas le clivage sociologique entre la communauté mélanésienne et les autres communautés néo-calédoniennes. En d'autres termes, alors qu'il existe une société kanake cohérente avec ses structures et ses valeurs, la saisine du tribunal par les citoyens de statut coutumier ne les assure pas de se voir appliquer le droit traditionnel : tout dépendra de la nature du litige, même si le principe dorénavant est que le droit coutumier s'applique aux rapports de nature civile entre les personnes relevant de ce statut. Tout dépendra aussi du statut éventuellement divergent des parties en litige, ce qui confnera parfois à l'absurde : par exemple, lorsque l'une des parties sera rattachée au statut de droit commun mais vivra selon un mode traditionnel. La juridiction compétente ne comportera pas d'assesseurs coutumiers alors même que le litige portera essentiellement sur des rapports coutumiers.

On peut supposer que face à la complexité de ces règles, nombre de plaideurs ne préfèrent en rester au stade de la "conciliation" coutumière - en renonçant à saisir les juridictions officielles - en voyant dans cette solution l'assurance de se voir appliquer le droit correspondant à leur culture.

La complexité des règles régissant l'appartenance statutaire entretient la défiance et par voie de conséquence le repli identitaire, le conservatisme et l'archaïsme. La seule alternative consisterait dans la reconnaissance d'une action en revendication de statut fondée sur la possession d'état. Aujourd'hui, en dépit des assouplissements apportés par la loi organique de 1999 (§ 2) force est de constater que la dualité juridique n'est pas le reflet exact de la dualité sociologique (§ 1).

### **§ 1 - Le "dualisme" juridique au plan civil ne recouvre qu'imparfaitement la dualité sociologique.**

Le dualisme juridique en Nouvelle-Calédonie a toujours existé entre d'une part les juridictions de la République et les juridictions traditionnelles (les chefs coutumiers officiellement investis d'un pouvoir de conciliation). Mais ce dualisme s'est encore enrichi et complexifié à partir de 1991, date à laquelle la Cour de cassation a sanctionné le non-respect

par les juridictions calédoniennes d'un nouveau principe dualiste s'appliquant dans le fonctionnement des juridictions elles-mêmes, lesquelles devaient (en fonction de ce que commandait le statut des plaideurs et la nature du litige) être capables soit de statuer comme juridiction coutumière appliquant le *droit coutumier* et, en d'autres occasions, exercer leur mission classique en appliquant le Droit civil.

On observe donc, au terme de ce processus, une sorte de système à trois "strates" :

- un traitement par le droit traditionnel, dit par les chefs coutumiers qui officiellement n'ont qu'un pouvoir de "conciliation" dans la mesure où leurs décisions sont dépourvues de toute valeur contraignante. Cependant, cette conciliation relève, *de facto*, d'un pouvoir de décision que viennent parfois garantir des sanctions coutumières, récemment condamnées par la Cour de Cassation ;

- en cas d'échec de la conciliation, le plaideur de statut coutumier peut voir son litige examiné par une juridiction "coutumière" appliquant le droit coutumier, laquelle est présidée par un juge professionnel, et composée d'assesseurs coutumiers (sauf renonciation expresse des parties à la présence des assesseurs<sup>70</sup>) ;

- enfin, le litige relèvera exclusivement de la juridiction de droit commun, lorsque l'un des plaideurs aura le statut de droit commun.

Au stade de la saisine des juridictions, le dualisme a longtemps été dominé par l'application cumulative de deux séries de règles : d'une part, celles qui déterminent l'appartenance à l'un des deux statuts personnels et, d'autre part, celles qui définissent deux blocs de compétence : compétence coutumière et compétence civile. Etant rappelé que, transcendant ces clivages, c'est la même juridiction civile qui connaît de l'ensemble de ces litiges, avec une variante tenant à la possibilité de compter en son sein des assesseurs coutumiers dont la présence est de droit (sans être systématique) en cas de litiges entre personnes de statut coutumier.

C'est ce mode dual, une troublante schizophrénie juridique, dans le fonctionnement même des juridictions de la République qui, après avoir été longtemps ignoré, a été affirmé par les textes et par la Cour de cassation voici une décennie.

Cette dualité retrouvée a permis aux juridictions de poser un principe d'égalité entre les deux statuts : statut coutumier pour les Mélanésiens et statut de droit commun pour le reste de la population. Ce dualisme a été conçu pour rendre à la coutume une place dans les enceintes judiciaires qu'elle n'avait jamais eue en Nouvelle-Calédonie. Le principe même de la saisine d'une juridiction de la République appliquant un droit coutumier est, donc, une idée neuve. Ce revirement de tendance est à mettre en parallèle avec les progrès du principe de dignité et de tolérance dans notre droit. Il atteste d'un effort de redéfinition des notions classiques de liberté et d'égalité visant à permettre aux principes républicains de s'accommoder des héritages culturels, religieux ou, encore, juridiques de certaines communautés.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Ordonnance, n° 82-877, du 15 octobre 1982, art. 7, et Nouméa, arrêt n° 360 du 20 décembre 1999, *Cica c/ Kaoupa*.

<sup>71</sup> Comme l'ont souligné les débats doctrinaux à l'occasion de l'affaire du "foulard islamique", la règle de droit aujourd'hui tend à exprimer un *principe de tolérance* (v. sur ce thème, J. Mourgeon, Tolérance et règle de droit, *Ann. Univ. de Toulouse* 1988, 189 et s.). C'est le constat fait à l'occasion de la décision du Conseil d'Etat dans (C.E. 2 novembre 1992, Kherouaa et autres), comme dans l'avis exprimé par ce même Conseil d'Etat le 27 novembre 1989 (avis n° 346 893, *Revue française de Droit administratif* 6 (1), janv. - févr. 1990, p. 6 et s.) relatif au port de signes d'appartenance à une communauté religieuse au sein d'établissements scolaires publics. V. dans ce sens, G. Koubi, De la laïcité à la liberté de conscience, *Petites Affiches*, 1990, n°3, p. 6 et suiv.

Le système juridique applicable aux Kanaks de la Nouvelle-Calédonie a ainsi renoué avec les principes contenus dans la constitution de 1946 qui rappelait sous le titre "De l'Union Française" s'agissant des ressortissants des territoires d'outre-mer que "des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens" (art 80) et qu'ils "conserveront leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé" (article 82). Cette constitution prônait un équilibre, entre le principe de droits reconnus à tous, et le maintien de statuts propres à certains.<sup>72</sup> Tout en précisant que "ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés, attachés à la qualité de citoyen français" (article 82, second alinéa). C'est là, le principe fondateur de toutes les politiques de discrimination positive : le statut particulier ne pouvant jouer que dans le sens de droits supplémentaires par rapport au droit commun, et non comme un facteur de privation des droits reconnus à tous.

Cependant, ce "dualisme" juridique jouait jusqu'à la loi organique de 1999 comme un miroir déformant. Loin de refléter fidèlement la réalité sociologique, il atténuait le caractère communautaire de la société néo-calédonienne : en attestait l'amplitude limitée du statut particulier, ce que la loi organique est venue corriger avec le principe posé par l'article 7.

## § 2 - L'élargissement de l'amplitude et de la portée du statut particulier.

Seules certaines personnes relèvent du statut civil particulier (critère personnel), et seules certaines matières jusqu'en 1999 donnaient lieu à l'application des règles coutumières (critère matériel). Aujourd'hui ne demeure que le critère de compétence *ratione personae*.

Le critère de compétence *ratione personae* restreint le champ de compétence coutumier parce qu'il est un critère juridique (même s'il a évolué en laissant, depuis la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, une certaine place à la possession d'état).

Cette première cause de restriction de l'amplitude du statut dérogatoire se cumulait jusqu'en 1999 avec un critère de compétence *ratione materiae* qui réduisait le "bloc de compétence coutumière" à l'état des personnes, aux affaires familiales et à la seule dévolution successorale concernant les biens situés sur des "terres coutumières" (le domaine des anciennes réserves). Ces deux critères étant cumulatifs, leur combinaison réduisait encore le champ d'intervention des normes traditionnelles dans le fonctionnement judiciaire : le dualisme juridique était donc particulièrement déséquilibré.

Aujourd'hui, le critère de compétence *ratione personae* a été considérablement élargi, et le critère de compétence *ratione materiae* a purement et simplement disparu.

### A - L'élargissement du critère de compétence *ratione personae*.

Jusqu'à la loi organique, le critère définissant l'appartenance au statut était exclusivement juridique. La comparaison des systèmes australien et français soulignait le manque de souplesse de ce dernier.

---

<sup>72</sup> Cette disposition est la traduction du principe de spécialité législative énoncé par l'article 72 de la Constitution de 1946 : "Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative.

**En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union.**

En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le Président de la République en Conseil des Ministres sur avis préalable de l'Assemblée de l'Union."

Le système australien, né de la pratique des juridictions, est fondé sur l'appartenance ethnique dans la mesure où il reflète un fait : le justiciable se voit appliquer les règles traditionnelles dès lors qu'il est constaté son appartenance à la communauté que régissent ces règles. Cette appréciation de pur fait permet aux juridictions australiennes de rechercher la règle qui seule permettra l'apaisement effectif du conflit, et ce alors même que la Constitution australienne de 1901 n'a jamais reconnu l'existence de l'Aborigène et de ses droits.<sup>73</sup> C'est précisément l'absence de reconnaissance officielle de la règle coutumière qui a permis aux juridictions de mettre en oeuvre un critère qui s'apparente à la possession d'état : l'individu se voit appliquer, au nom du principe de non-discrimination raciale,<sup>74</sup> la règle qui régit effectivement son existence. Les juridictions australiennes ne cherchent ni à assimiler, ni à exclure, elles tirent les conséquences d'une apparence.

Rien de tel, s'agissant du système français tel qu'il fonctionnait en Afrique notamment, et tel qu'il régissait les rapports juridiques en Nouvelle-Calédonie jusqu'au début des années 1990.

Le critère juridique d'appartenance au statut a longtemps constitué un instrument de d'assimilation, certes "tempérée". La prise en compte aujourd'hui de la vérité sociologique ouvre sans nul doute une page nouvelle des rapports interethniques appréciés sous l'angle d'une assimilation qui apparaît "différée".

### Principes généraux :

La marque de la reconnaissance du statut particulier en Nouvelle-Calédonie est relativement récente au regard de certains autres territoires : le statut personnel avait été expressément reconnu dans trois territoires : Côte des Somalis,<sup>75</sup> Comores<sup>76</sup> et Wallis et Futuna.<sup>77</sup> Si la reconnaissance du statut personnel kanak avait fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle (par la cour d'appel de Nouméa) dans les années 1920 et 1930<sup>78</sup> la reconnaissance de ce statut par le droit écrit a été plus tardive : elle n'apparaissait (avant la loi organique du 19 mars 1999) qu'au travers de l'existence d'un double service de l'état civil réservant aux ressortissants de la coutume un état civil régi par la Délibération n°424 du 3 avril 1967.<sup>79</sup>

Par ailleurs, la définition des rapports entre le statut de droit commun et le statut

---

<sup>73</sup> L'arrêt Mabo de 1992 a certes reconnu le titre indigène (les droits fonciers traditionnels) mais cette reconnaissance n'est que le fait de la *common law*, relayée ensuite par le législateur (*Native Title Act 1993*). L'Australie n'offre aucune garantie de nature constitutionnelle à ses premiers occupants, comparable soit à notre article 75, soit au traité de Waitangi (1840) pour la Nouvelle-Zélande ou à la Proclamation Royale de 1763 pour le Canada, et ce pour une raison historique : lors de l'entrée en application de la Constitution fédérale de 1901 cette déclaration apparaissait superflue, tous s'accordant à anticiper l'extinction prochaine et inéluctable de l'ethnie aborigène. Voir, sur ces questions, nos précédentes publications : La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n°5, septembre - octobre 1994, pp. 1329-1356, et La Révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, novembre 1999, n°43, pp. 89-134.

<sup>74</sup> Principe contenu dans une loi fédérale : *Racial Discrimination Act (C<sup>th</sup>) 1975*.

<sup>75</sup> Notamment, par décret du 19 décembre 1900 (article 64) et par décret du 4 juin 1938 (article 52).

<sup>76</sup> Décret du 1<sup>er</sup> juin 1939, articles 6 et 19.

<sup>77</sup> Loi du 29 juillet 1961, article 2 (précité).

<sup>78</sup> Voir notamment les arrêts du tribunal supérieur d'appel de Nouméa, en date des

- 28 février 1920, *Recueil Dareste*, 1920, III, p. 96.

- 11 juillet 1921, *Recueil Dareste*, 1921, III, p. 238 ;

- 8 août 1923, *Recueil Dareste*, 1923, III, p. 111 ;

- 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, I, p. 86.

<sup>79</sup> Ce texte est complété par la circulaire, n° 13 - 2815, du 25 août 1967 du Haut commissariat de la Nouvelle-Calédonie, relative au fonctionnement de l'état civil des citoyens de statut particulier.

particulier ne résultait que de l'article 75 de la constitution et de l'interprétation qu'en donnera le Conseil d'État dans son avis de 1955. Il faudra donc attendre la loi organique de 1999 pour voir définies précisément les conditions d'accession ou de retour d'un statut personnel vers l'autre.

Cette loi a, par ailleurs, remis en cause un principe essentiel : le Droit civil a cessé d'être le statut de droit commun c'est-à-dire un statut de principe, alors que statut de Droit coutumier n'était considéré jusque là que comme un statut d'exception. Désormais, la norme constitutionnelle définit deux statuts égaux dans leurs rapports mutuels chacun se voyant appliquer un corps de règle propre : Code civil pour le statut de droit commun, et droit coutumier pour les personnes de statut coutumier, et ce dans toutes les matières qui touchent aux rapports régis dans l'autre statut par le Code civil.

Cependant, dans les rapports entre les deux statuts en cas de conflit de normes une primauté toute relative est réservée au droit civil :

- l'enfant né de deux parents ayant des statuts différents a le statut de droit commun ;
- l'individu devenu majeur dispose de la faculté constitutionnelle de renoncer, pour lui-même, à son statut de droit particulier au profit du statut de droit commun, et ce de façon définitive et irrévocable. Mais ce principe a connu de nombreuses atténuations introduites par la loi de 1999 ;
- cependant, l'enfant né de parents inconnus, acquiert, en principe, le statut personnel de droit local ou le statut de ceux qui l'ont élevé.

Ces règles, qui constituent toujours les principes de base, heurtaient à la fois l'idée d'égalité entre les statuts, et la volonté de respecter les choix individuels (contrariés par l'effet irrévocable de la renonciation), tout comme la réalité sociologique qui voyait souvent des personnes assujetties au droit commun demeurer volontairement soumises aux allégeances coutumières d'antan. C'est cette inégalité flagrante qu'a voulu corriger l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998. Le document d'orientation constate en effet que :

*“Certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité. Le statut civil particulier est source d'insécurité juridique et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certaines situations de la vie moderne. En conséquence, les orientations suivantes sont retenues :*

- *le statut civil particulier s'appellera désormais statut coutumier.*
- *toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui y aurait renoncé, ou qui s'en serait trouvée privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou pour toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) pourra le retrouver. La loi de révision constitutionnelle autorisera cette dérogation à l'article 75 de la constitution.”*

Dès lors, compte-tenu de l'importance des dérogations apportées par la loi organique du 19 mars 1999, la présentation traditionnelle des règles régissant le statut individuel a sensiblement évolué.

Tout d'abord, en cas de conflit de norme, le droit commun ne prime plus de façon systématique : l'article 9 alinéa 2 de la loi de 1999 prévoit qu'en cas de concurrence de deux statuts de droit particulier (kanak et wallisien ou futunien, par exemple) les parties peuvent échapper à l'application du Droit civil<sup>80</sup> si elles conviennent de l'application de l'un des deux

---

<sup>80</sup> Cette solution novatrice pour la Nouvelle-Calédonie n'était pas inconnue ailleurs. En effet, si le principe généralement admis est qu'en cas de conflit entre deux droits coutumiers on applique le droit commun, certains textes prévoyaient autrefois des solutions différentes : dans les territoires de l'Afrique centrale, de même que pour les côtes des Somalis, le

droits particuliers en présence.

Par ailleurs, l'influence du choix individuel (qui s'exerce discrétionnairement, et qui interdit tout contrôle sur l'opportunité de cet abandon du statut local) a été considérablement atténuée, notamment en prenant en compte la vérité sociologique. Cette dernière a donc vocation à primer sur les choix opportunistes émis par les individus sans considération de leur réel intérêt.

Toutes ces "dérogations" à l'article 75 de la Constitution concourent à ne conférer de primauté au statut de droit commun, que lorsque la volonté individuelle et la réalité sociologique concordent enfin, ou lorsque la dualité de statuts, faute d'accord trouvé entre les parties, impose la prééminence du droit commun sur le droit particulier.

Mais cet apport de la loi organique du 19 mars 1999 avait été préparé et anticipé par la jurisprudence.

Le critère juridique par son manque de souplesse a longtemps été utilisé comme un moyen d'assimilation (1°). La jurisprudence d'abord, puis la loi organique du 19 mars 1999 ont apporté des assouplissements pour tenter de concilier critères juridiques et "vérité sociologique" (2°).

### **1°) Les règles relatives au statut sont encore marquées par leur vocation assimilationniste d'antan.**

Jusqu'à la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, les règles d'appartenance au statut semblaient répondre à une stratégie d'assimilation. La tendance a commencé à s'inverser à partir de 1990 sous l'effet d'une jurisprudence qui s'est construite souvent à la limite de la dénaturation des termes clairs de l'article 75 de la Constitution - sauf à imaginer que cette disposition constitutionnelle ne formule qu'une modalité particulière de renonciation au statut sans exclure d'autres modalités de transfert d'un statut vers l'autre.

Cette jurisprudence souffrait incontestablement d'une faiblesse : la question se posait de savoir si cette disposition constitutionnelle pouvait ainsi indéfiniment être interprétée *lato sensu* jusqu'à se trouver détournée de sa vocation initiale. Au bout d'une décennie, la loi organique de 1999 est venue, fort heureusement, conforter les avancées jurisprudentielles en les entérinant purement et simplement.

Le statut personnel est un élément de l'état de la personne puisqu'il est déterminé par la filiation (a). La possibilité de changer de statut ne pouvait demeurer exclusivement univoque (b).

#### **a - Un état : un statut déterminé par les règles de filiation.**

La loi organique (article 10) pose pour principe que "*L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier*". C'est donc bien la filiation de la personne qui détermine un statut que l'on qualifie de "personnel".

---

décret du 4 juin 1938, en son article 52, désignait en ce cas la coutume du défendeur. Mais d'autres règles prévoyaient qu'en cas de mariage on appliquait la coutume qui avait présidé à la négociation du contrat, pour d'autres contrats on appliquait la coutume du lieu du contrat.

Les textes prévoyaient parfois aussi que le juge doit appliquer les deux coutumes à la fois, et ne réservaient l'application du droit commun que dans les hypothèses où il ne pouvait en aller autrement en raison d'un conflit irréductible entre les deux droits coutumiers (cas des Comores, avec l'article 19 du décret du 1<sup>er</sup> juin 1939).

### \* Le rôle de la filiation dans la détermination du statut.

Il résulte des termes de l'article 10 de la loi organique que l'appartenance statutaire de l'enfant légitime sera la même que celle de ses deux parents en cas de concordance de leurs statuts et qu'en cas de discordance des statuts parentaux l'enfant sera assujéti au statut de droit commun.<sup>81</sup> Cette règle classique de primauté du droit commun est, en outre, consacrée par l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi organique.<sup>82</sup>

Lorsque l'enfant naturel né d'une mère de statut coutumier est reconnu par son père de statut de droit commun, la question se posera de savoir si la reconnaissance emportera changement de statut pour l'enfant ou si la jurisprudence maintiendra sa position antérieure qui distinguait deux hypothèses au nom de la stabilité des relations juridiques et de l'intérêt de l'enfant : la cour d'appel de Nouméa considérait que la simple reconnaissance paternelle était sans influence sur le statut de l'enfant,<sup>83</sup> mais qu'en revanche la reconnaissance suivie de la légitimation par mariage imposait le changement de statut de l'enfant (celui-ci étant assimilé à un enfant légitime).

Une modification de cette jurisprudence est envisageable car les règles nouvelles laissent entendre que l'enfant naturel né d'un parent de statut particulier doit automatiquement perdre le statut de droit local au profit du statut de droit commun dès qu'il est reconnu par une personne de statut de droit commun, quand bien même cette reconnaissance serait tardive. Cependant, le rôle du juge dans l'appréciation et la protection de l'intérêt de l'enfant - tout aussi louable dès lors que l'intérêt de l'enfant est d'avoir un statut identique à celui de son environnement familial immédiat - pourrait amplement justifier le maintien de la jurisprudence locale.

Enfin, demeure *a priori* inchangée la règle traditionnelle qui voit l'enfant, né de parents inconnus, présumé de statut coutumier. C'est la règle du lieu de la naissance qui déteint en quelque sorte sur la personne. C'est là une solution ancienne retenue par la Cour de cassation,<sup>84</sup> et formellement consacrée par la délibération n° 424 du 3 avril 1967, dont l'article 8 *in fine* précise que "*Si l'enfant n'est reconnu ni par le père ni par la mère, l'enfant, né de parents inconnus, mais présumé de statut civil de droit particulier, ne sera enregistré que sous des prénoms.*" En pratique par souci de réalisme les services de l'état civil accordaient parfois à l'enfant le statut des personnes qui l'avaient élevé ou, encore, le statut de droit commun était conféré à l'enfant manifestement né de relations avec une personne relevant du statut de droit commun, tels les métis : depuis longtemps le fait crée le droit. La recherche de la vérité sociologique n'est donc pas une préoccupation entièrement nouvelle.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Principe rappelé par la Cour d'appel : arrêts n° 196 du 3 septembre 1990 *Nyipi*, et n° 20 du 15 janvier 1992 *Herpet*.

<sup>82</sup> Loi du 19 mars 1999, art. 9. - "*Dans les rapports juridiques entre les 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 les 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.*"

<sup>83</sup> Tribunal civil de Nouméa, n° 780, 2 octobre 1989 *Nonmoigne* confirmé par arrêt n°195, du 3 septembre 1990. De même, Nouméa, arrêt n° 16 du 15 janvier 1992, *Cadin*.

<sup>84</sup> Civ. 27 décembre 1951, *Revue juridique et politique de l'Union française*, 1952, 123.

<sup>85</sup> Le décret du 30 mai 1933 applicable en Nouvelle-Calédonie, posait une règle propre aux métis nés d'un parent mélanésien et d'un parent de souche européenne ou présumé tel : "*Tout individu né sur le territoire de parents dont l'un, demeuré légalement inconnu et présumé d'origine française (Ce terme désigne avant 1946 toutes les personnes qui ont la citoyenneté et donc le statut de droit commun) ou d'origine étrangère de souche européenne, peut obtenir la reconnaissance de la qualité de Français, à condition de justifier de cette origine et d'une possession d'état d'un statut français*" (entendre, statut de droit commun).

Désormais, la réalité sociologique est créatrice de droits pour tous les enfants, qu'ils soient reconnus ou non, qu'ils soient naturels ou légitimes : le législateur a fait en quelque sorte application du principe d'égalité en étendant à tous les enfants la règle dérogatoire jusqu'ici réservée aux enfants naturels dépourvus de filiation établie.

Enfin, la force probante des actes de l'état civil n'emporte pas détermination du statut. Si l'inscription auprès de l'un des deux services d'état civil désigne, en principe, le statut d'appartenance,<sup>86</sup> cette inscription ne fournit qu'une simple présomption d'appartenance et ne fait pas perdre à la personne concernée le droit de réclamer le statut qui doit normalement être le sien,<sup>87</sup> pas plus que l'inscription sur les registres de l'état civil en métropole d'un enfant né de statut coutumier ne lui fait perdre le bénéfice du statut coutumier attaché à sa filiation.<sup>88</sup>

### \* Un statut personnel et "universel".

Le statut suit l'individu en quelque lieu où il aille, même lorsque ce dernier se trouve durablement hors de l'aire culturelle dans laquelle s'épanouit ce droit spécifique, comme l'a rappelé Cour d'appel de Besançon, le 13 juin 1995.<sup>89</sup>

Cette juridiction a jugé que le statut civil personnel est universel et s'impose en métropole au même titre qu'il s'impose dans le territoire d'outre-mer dont est originaire la personne :

*"Ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français."*

Cette jurisprudence n'est que l'expression du principe d'unité de la République qui suppose de respecter un principe de continuité territoriale.

C'est une position similaire qu'a adopté le tribunal civil de Nouméa s'agissant de citoyens de statut particulier originaires des îles Wallis et Futuna, venus vivre en Nouvelle-Calédonie. Le statut personnel existant à Wallis et Futuna demeure attaché à la personne partie vivre hors de son contexte originel, puisque :

*"Les originaires du territoire des îles Wallis et Futuna ont la nationalité française."*

---

<sup>86</sup> La loi organique précise, article 8, "La personne qui a le statut coutumier est inscrite sur un registre d'état civil coutumier tenu dans chaque commune par les officiers d'état civil".

<sup>87</sup> La procédure de rectification d'une erreur d'enregistrement, qui consistera à radier l'acte de naissance de l'un des états civils et à ordonner l'inscription auprès de l'autre service, relève de la compétence du tribunal de première instance. Elle est définie par l'article 25 de la délibération du 3 avril 1967. Ce texte a été complété plus récemment par la délibération n° 314 / CP du 18 mai 1994 portant réforme de la procédure civile relative au droit des personnes, au droit de la famille, aux droits de l'enfant, et à diverses dispositions (les articles 23 à 32 définissent les modalités de la rectification des actes de l'état civil) JONC, 14 juin 1994, p. 1935-1954.

En fait il convient de distinguer deux hypothèses :

1°) La procédure de rectification des actes d'état civil est utilisée en cas d'erreur de transcription (due à une confusion entre les deux registres d'état civil). En ce cas la naissance mentionnée à tort sur le registre de droit commun est annulée et la tribunal ordonne son inscription dans le registre de droit particulier.

2°) Lorsque l'enfant issu de parents de statut coutumier, est né en métropole ou à l'étranger et a été, de ce fait, inscrit sur les seuls registres de droit commun existant, le tribunal n'annule pas l'acte de naissance et se limite à faire préciser en marge de cet acte que l'enfant est de statut coutumier (sect. Lifou, n° 9/90 du 26 novembre 1990, affaire Ajapuhnya, s'agissant d'un enfant né aux Nouvelles-Hébrides et inscrit sur les registres de l'état civil de Nantes).

<sup>88</sup> Voir en ce sens les six arrêts rendus par la Cour d'appel de Nouméa le 15 janvier 1992, n° 16, 17, 18, 19, 20, 21.

<sup>89</sup> Besançon, arrêt n° 476, 13 juin 1995, M<sup>lles</sup> Narmada et Radjeswari c/ M.P. (non publié).

*Ils jouissent des droits, prérogatives et libertés attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations. Ceux d'entre eux qui n'ont pas le statut le droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas expressément renoncé".<sup>90</sup>*

Faisant application de ce principe, dans un jugement du 11 juin 1990<sup>91</sup> le tribunal civil de Nouméa a considéré que conformément aux dispositions de l'arrêté du Haut Commissaire de la République dans l'Océan Pacifique, en date du 13 mars 1962, lequel régleme l'état civil des personnes originaires du territoire de Wallis et Futuna, le mariage religieux suffisait à établir l'existence d'une union, sans que le mariage ait besoin d'être célébré en mairie. Ce texte réduit le rôle de l'officier de l'état civil à enregistrer la déclaration du mariage, cette formalité ne constitue donc pas la condition d'existence du mariage, et n'intéresse que la preuve de l'union.

Le droit coutumier Wallisien a donc vocation à régir les ressortissants de cette coutume vivant hors de leur territoire d'origine.

Ce principe pose l'insurmontable problème de la connaissance effective de la règle coutumière à appliquer et peut jouer dans le sens de la non-reconnaissance du statut coutumier invoqué par les parties (arrêt *Tialetagi c/. Lie*<sup>92</sup>, évoqué précédemment).

#### **b - Vers la remise en cause du caractère univoque du changement de statut.**

D'unique mode de changement de statut hier (hormis quelques exceptions jurisprudentielles), la renonciation au statut de droit particulier n'est aujourd'hui que la première des modalités de changement de statut. Et ce, du fait des "dérogations" apportées, par la loi organique du 19 mars 1999, à l'article 75 de la constitution.

Hormis quelques aménagements jurisprudentiels qui seront évoqués plus bas, avant la loi organique le changement de statut présentait deux caractères : il était, à la fois, univoque et discrétionnaire.

Univoque, il n'opérait que dans le sens de l'abandon du statut coutumier au profit du statut de droit commun, dans une logique assimilationniste.

Discrétionnaire, la renonciation résultait d'un acte de volonté individuelle insusceptible de contrôle.

Cet acte de volonté n'est pas anodin et s'avère lourd de conséquences sociales. De plus, cette renonciation n'offre plus la garantie, pour celui qui y souscrit, de se voir appliquer les règles du droit commun.

#### **\* La renonciation au statut : un acte de volonté lourd de conséquences sociales.**

Cette procédure est connue de longue date, puisque régie par un décret du 21 septembre 1861 pour les Etablissements français des Indes. Elle a été précisée, quant à ses

---

<sup>90</sup> Loi n° 61-814, du 29 juillet 1961, art. 2 (JORF, 30 juillet 1961 et JONC du 21 août 1962, p. 609).

<sup>91</sup> Tribunal civil de Nouméa, n° 930 du 11 juin 1990, *V<sup>ne</sup> Siuli Maleta*. Dans cette affaire, le mari ayant disparu en mer, l'épouse sollicitait de la CAFAT (organisme de protection sociale propre au territoire) une pension de réversion que cet organisme lui refusait au motif que le bénéfice de cette pension était réservé par la réglementation au veuves ayant vécu au moins deux années dans les liens du mariage avec la personne décédée. C'est dans ces conditions que le tribunal a déclaré que le mariage religieux constituait l'union requise par les textes au regard du droit coutumier applicable en l'espèce.

<sup>92</sup> Nouméa, n° 28/99, du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie*.

effets, par la Cour de Cassation en 1885.<sup>93</sup>

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie la procédure applicable n'était régie, avant 1999, par aucun texte législatif. La première norme juridique qui fonde cette procédure est l'avis du Conseil d'Etat, en date du 22 novembre 1955<sup>94</sup> qui rappelle que le fondement constitutionnel (en l'espèce, l'article 82 de la constitution de 1946) constitue la base juridique à l'exercice de ce droit, et qui définit la nature de la procédure et son caractère irrévocable.<sup>95</sup> Cet avis sera relayé par une "instruction de monsieur le ministre de la France d'outre mer" en date du 27 décembre 1955<sup>96</sup> et par une circulaire du ministre de la Justice en date du 7 mars 1957<sup>97</sup> qui rappelle à nouveau le caractère déclaratif de la renonciation, et la nécessité qu'elle émane d'une personne capable, informée du caractère irrévocable de sa renonciation tant pour elle-même que pour ses enfants à naître.

Cela signifie que la renonciation n'aura aucun effet rétroactif.

La cour d'appel de Nouméa en a déduit qu'il s'agissait d'un droit personnel, non susceptible d'être soumis au contrôle de son opportunité :

*"la renonciation au droit particulier est un droit personnel dont le titulaire ne doit aucun compte... l'article 75 de la Constitution ne le soumet à aucune condition. Dès lors, peu importe que cette renonciation vise seulement à donner compétence au droit commun pour trancher le litige."*<sup>98</sup>

Cette renonciation est donc une faculté constitutionnelle soumise seulement à quelques conditions minimales :

*"le changement de statut est de droit dès lors que le requérant est majeur et a exprimé de manière libre et éclairée, sa volonté de renoncer à son statut d'origine."*<sup>99</sup>

Enfin, la cour d'appel a réaffirmé qu'il s'agissait d'un acte personnel marquant ainsi sa volonté de rompre avec la jurisprudence coloniale qui considérait que la requête présentée

---

<sup>93</sup> Civ. 16 février 1885, Recueil Sirey 1888, 1<sup>ère</sup> partie, p. 479, *Rasson Guanaducarayaodear c/. Apoudaodeai*. Cette décision qui concerne les Etablissements français de l'Inde affirme "Attendu qu'aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 21 septembre 1861 les Indiens natifs des établissements français de l'Inde, qui ont renoncé à leur statut personnel dans les formes prescrites par ce décret, sont, par le fait de leur renonciation, déclarée définitive et irrévocable, régis, ainsi que leurs femmes et leurs enfants, par les lois civiles et politiques applicables aux Français dans la colonie... que par conséquent, l'indigène qui, en renonçant à son statut personnel, s'est créé un état civil et des intérêts nouveaux semblables en tous points à ceux des français..."

<sup>94</sup> Avis du Conseil d'Etat (section finance) du 22 novembre 1955 (n° 262-176), *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 350 – 356 note René Pautrat.

<sup>95</sup> "Il apparaît clairement à la lecture de l'article 82 de la constitution que la renonciation a un caractère déclaratif ; Qu'il convient d'admettre que la déclaration à souscrire par l'autochtone qui entend renoncer à son statut personnel doit émaner d'une personne capable, agissant en pleine connaissance de cause ; Que de plus l'autochtone qui renonce doit se trouver dans une situation juridique qui ne mette pas obstacle à son passage dans le statut de droit commun ; Qu'enfin la déclaration doit être reçue par une autorité française appropriée, d'accès facile pour le déclarant ; Qu'il doit être gardé trace de cette déclaration dont le recours doit pouvoir être formé ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la déclaration ne pourrait être faite que par un autochtone majeur de vingt et un ans, préalablement informé du caractère irrévocable de la renonciation et des conséquences que celle-ci entraîne ; Que cet autochtone doit être célibataire ou monogame ; Que la déclaration doit être formée devant la juridiction civile de droit français compétente en matière d'état des personnes qui sera la plus proche de la résidence du déclarant et qui donnera acte de la déclaration ; Qu'il devra être tenu un registre des déclarations ; Que contre le refus de donner acte seront ouverts, sans qu'il soit besoin de dispositions spéciales, les recours ordinaires..." (Conseil d'Etat, avis n° 262-176 du 22 novembre 1955, extraits). Voir, René Pautrat, note sous l'avis du Conseil d'Etat (section finance) du 22 novembre 1955 (n° 262-176) *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 350 – 356.

<sup>96</sup> *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 703

<sup>97</sup> *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 707.

<sup>98</sup> Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, affaire *Hmeun c/ Rokuad*.

<sup>99</sup> Nouméa, arrêt n° 41 du 30 mars 1992, affaire *Poacoudou*.

par le chef de famille valait aussi pour les enfants mineurs déjà nés.<sup>100</sup> La cour d'appel de Nouméa précise dans son arrêt du 3 septembre 1990<sup>101</sup> que la requête présentée par le mari n'engage ni l'épouse, ni les enfants déjà nés, lesquels doivent rester libres à leur majorité d'opérer ce choix eux-mêmes.

Cette position de principe connaissait une exception au moins, au nom de l'intérêt pour les enfants à disposer du même statut que leurs parents dans le cas où la renonciation au statut par l'un des deux parents visait à se mettre en conformité avec le statut de l'autre parent. Telle sera la position adoptée par le tribunal civil de Nouméa, dans un jugement du 1<sup>er</sup> juillet 1991 : le cas père changeait de statut tandis que la mère était déjà de statut de droit commun, le tribunal estimera alors de l'intérêt des enfants déjà nés du couple d'avoir le même statut que leurs deux parents. Dès lors, le tribunal prononcera le changement de statut des enfants (au profit du statut de droit commun) par l'effet de la seule volonté du père d'abandonner son statut initial.<sup>102</sup> Cette position "dissidente" au regard de celle de la cour d'appel visait à traduire une vérité sociologique au-delà, fut-ce à l'encontre, des règles juridiques. C'est d'ailleurs, en ce sens qu'a tranché la loi organique laquelle permet au parent de statut de droit coutumier de présenter une requête pour ses enfants mineurs tendant à les faire passer du statut de droit commun au statut coutumier (article 11).

La procédure en changement de statut, parce qu'elle reposait sur la liberté individuelle du déclarant, tout en cherchant à favoriser l'érosion du statut particulier, présentait dans ses effets de nombreuses incohérences :

- elle n'avait pas d'influence sur le statut du conjoint qui pouvait dans ce cas se trouver assujéti à un statut différent de celui pour lequel venait d'opter le déclarant ;

- elle n'avait pas non plus d'influence sur le statut des enfants mineurs déjà nés, lesquels auraient alors un statut conforme à celui de l'un des parents et différent du déclarant, et surtout différent du statut de droit commun qu'auraient nécessairement d'éventuels frères ou sœurs à naître.

En définitive, cette procédure, sauf le cas où elle était présentée conjointement par deux époux dépourvus d'enfants communs, créait une différenciation de statut au sein d'une

---

<sup>100</sup> La solution consistant à admettre que le père puisse renoncer pour lui-même en même temps que pour ses enfants mineurs déjà nés résultait de la jurisprudence de la cour de cassation (notamment Cass. civ. 27 novembre 1950, *RJPUF*, 1951, p. 270) et des juridictions de l'Empire (notamment, Tribunal civil de Conakry, jugement n° 237 du 25 mai 1956, Konate Madimoussa, *RJPUF*, 1958, p. 357).

<sup>101</sup> Nouméa, arrêt n° 195 du 3 septembre 1990, *Nomoigne*. La cour d'appel affirme : *“La reconnaissance de l'enfant par un citoyen relevant du statut civil de droit commun ne pourrait entraîner changement de statut personnel de cet enfant que si les textes admettaient une primauté d'un statut sur l'autre ; or juridiquement aucun des deux statuts - en matière de filiation naturelle - ne l'emporte sur l'autre et en conséquence Lorenza N... demeure bien de statut particulier. Par ailleurs, la renonciation au statut de droit particulier ne peut résulter que d'un acte de volonté de la personne qu'elle concerne et non, comme en l'espèce, d'une demande formulée par le père de la personne concernée. En effet, la renonciation au statut civil de droit particulier doit s'analyser en un acte déclaratif émanant d'une personne majeure, préalablement informée du caractère irrévocable de cette renonciation et des conséquences qu'elle entraîne. Dans un avis du 22 novembre 1955, le Conseil d'Etat, analysant les dispositions de l'article 81 de la constitution de 1946 reprises par la constitution du 4 octobre 1958 dans son article 75 susvisé, retient cette analyse qui conduit à imposer que la renonciation soit nécessairement effectuée après de la juridiction compétente en matière d'état des personnes ; Ainsi un enfant né sous un statut de droit civil particulier ne peut en changer à raison de circonstances indépendantes de sa propre volonté et doit continuer à relever de ce statut jusqu'au jour où devenu majeur, il pourra en décider autrement, par lui-même et par une manifestation de volonté claire et expresse.”*

<sup>102</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 941 du 1<sup>er</sup> juillet 1991 : *“Attendu que par application des principes contenus dans l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 le changement de statut des parents n'emporte pas en principe le changement de statut des enfants ; Attendu cependant qu'à cette règle trop générale il convient d'apporter des exceptions lorsque l'intérêt des enfants, notamment, le commande”*.

même famille contraire au principe d'intégration de l'enfant dans son milieu familial (ce qu'avait cherché à corriger le tribunal de Nouméa dans son jugement du 1<sup>er</sup> juillet 1991, précité).

Plus qu'un acte juridique, la renonciation au statut était, et demeure, un acte de portée morale et sociale considérable.

La renonciation au statut est un acte de portée exceptionnelle dans l'ordre social. Il exprime la volonté d'échapper à l'autorité coutumière dont il remet en cause la légitimité. La volonté d'un seul individu contredit les usages et la volonté collective du clan. Aussi, l'abandon du statut particulier ne peut être que le fait de personnes ayant rompu avec leur mode de vie ancestral, et insérées dans la société dominante. À défaut, la renonciation au statut sera perçue comme un défi à l'autorité coutumière, exposant son auteur à la marginalisation.

Le caractère irrévocable de la renonciation au statut coutumier, avant 1999, dramatisait d'autant cette décision. Et la société mélanésienne confrontée à l'érosion constante de la coutume ne pouvait guère réagir autrement face à un dispositif constitutionnel perçu comme un appel à la désertion sociale et à la désobéissance.

Aussi les caractères d'unilatéralisme et d'irrévocabilité avaient-ils subi quelques atteintes jurisprudentielles dès le début des années 1990, avant d'être remis en cause par la loi organique.

#### **\* La limitation par la jurisprudence de la portée de la renonciation au statut.**

Faute de pouvoir contrôler l'opportunité du changement de statut, la jurisprudence a choisi de limiter la portée dudit changement, pour lui enlever tout caractère attractif et pour prévenir les abus. Cette évolution n'est intervenue qu'après l'arrêt de la cour de cassation du 8 février 1991 : jusque là on admettait que le changement de statut puisse viser seulement à tirer bénéfice des règles du Code civil comme en témoigne l'arrêt du 27 août 1990.<sup>103</sup>

Sachant que la plupart des requêtes en changement de statut étaient présentées à la seule fin de bénéficier d'un Droit plus favorable, contredisant le principe selon lequel nul ne peut choisir son juge et son droit, la jurisprudence a affirmé que le changement de statut ne conduira pas nécessairement à assujettir le litige, en instance, à l'application des règles du Code civil. C'est ce qu'a affirmé la Cour de Cassation dans son arrêt du 6 février 1991<sup>104</sup> qui souligne que même en présence d'une renonciation de l'une des parties à son statut en vue de l'instance, la cour d'appel aurait dû appeler les assesseurs coutumiers à compléter la formation de jugement.

Dès lors, la renonciation au statut constitue le préalable nécessaire, mais pas toujours suffisant, pour voir un litige soumis à l'application des règles du Code civil. Ainsi, le mariage contracté selon le droit coutumier ne peut être dissous qu'en appliquant les mêmes règles qui avaient prévalu lors de sa formation. Cette solution jurisprudentielle posée par la

---

<sup>103</sup> *“la renonciation au droit particulier est un droit personnel dont le titulaire ne doit aucun compte... l'article 75 de la Constitution ne le soumet à aucune condition. Dès lors, peu importe que cette renonciation vise seulement à donner compétence au droit commun pour trancher le litige”* (Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, *Hmeun c/ Rokuad*).

<sup>104</sup> La Cour de cassation relève *“Qu'en ayant retenu que M. X... avait renoncé à son statut particulier en présentant sa requête introductive mais qu'il n'en allait pas de même pour M. Y... qui continuait à l'invoquer, la cour d'appel s'est déclarée incompétente (...); Qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement d'appeler des assesseurs désignés conformément à l'ordonnance précitée à compléter la formation de jugement, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...) Par ces motifs (...) Casse et annule...”* (Civ., 2°, Recueil Dalloz Sirey, p. 93).

cour d'appel prive de tout intérêt le recours au changement de statut généralement utilisé par les femmes mélanésiennes en vue de se voir appliquer un droit plus protecteur.

En optant pour cette solution la jurisprudence allait déjà dans le sens du respect de la vérité sociologique, mais cette position jurisprudentielle était récente, ce qui explique le constat fait par les signataires de l'accord de Nouméa de ce que "*certaines Kanaks ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité...*".

Face à cette situation d'affrontement de deux statuts, perçue comme transitoire dans l'attente d'une disparition bien hypothétique du statut particulier, la jurisprudence puis la loi de 1999 ont apporté des assouplissements visant à faire coïncider critères juridiques et vérité sociologique.

## **2°) L'introduction de la vérité sociologique.**

L'objectif de rétablissement d'une certaine égalité entre les statuts est aujourd'hui atteint. Des solutions jurisprudentielles novatrices furent entérinées par la loi organique de 1999, laquelle devrait induire, à son tour, de nouvelles avancées. Elle affirme, en effet, dans ses articles 11, 12 et 13 la nécessité de prendre en compte les intérêts des enfants et de la famille, et permet au juge de rejeter un projet de changement de statut qui leur serait préjudiciable.

C'est à la fois l'équité, le respect de la vérité sociologique, et le respect des engagements familiaux (en préservant l'insertion sociale et familiale de l'individu) que servent les dispositions nouvelles venues tempérer à la fois la tendance à assimiler et la toute puissance des choix individuels.

Si le statut de droit commun demeure le premier des statuts (puisque'il s'impose dès lors que l'enfant naît de parents de statuts divergents) la jurisprudence (a) puis la prise en compte de la vérité sociologique par la loi de 1999 (b) ont permis d'atténuer les effets pervers nés d'une prééminence excessive.

### **a - L'apport de la jurisprudence : l'atténuation de la prééminence du statut de droit commun.**

Même si la loi organique a clos le débat soulevé par les solutions jurisprudentielles évoquées ci-dessous, il n'est pas inutile de rappeler dans quelles conditions ces solutions avaient vu le jour.

Alors que la Constitution faisait de l'abandon unilatéral du statut particulier l'expression d'un choix purement individuel la jurisprudence avait décidé de tempérer la toute puissance de la volonté individuelle en liant le statut personnel à l'état de la personne. Dans ces conditions **la légitimation de l'enfant naturel**, tout comme son **adoption** influaient le cas échéant sur le statut personnel de l'enfant. Cette jurisprudence a donc été élaborée en contradiction flagrante avec les termes de la Constitution.

### **\* Les événements en principe sans influence sur le statut.**

Trois événements n'altéraient d'aucune sorte le statut de la personne dans la mesure où ils ne modifiaient pas l'état de la personne : le mariage, la reconnaissance de l'enfant naturel par son père, et le changement de statut des parents de l'enfant.

**Le mariage.** Si le mariage de citoyens de statuts différents est régi par le droit commun (ce que les juridictions ont déduit des termes de l'article 42 de la délibération du 3 avril 1967,<sup>105</sup> et ce que confirme l'article 9 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi organique), et si les enfants issus de cette union sont nécessairement de droit commun,<sup>106</sup> le conjoint de statut particulier qui se marie avec une personne de statut de droit commun ne perd pas son statut propre.

Chacun des conjoints conservera son statut. Cependant, si la personne de droit particulier décide de renoncer à son statut pour adopter celui du conjoint, elle pourra désormais revenir sur ce choix notamment en cas de divorce, en se fondant sur l'article 13 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi organique.<sup>107</sup>

En revanche le conjoint de droit commun ne pourrait pas renoncer à son statut afin, par exemple, de s'intégrer à la famille de son épouse de droit particulier. L'assimilation du citoyen de droit commun à une communauté de droit particulier reste prohibée, quand bien même un tel changement de statut ne serait que la concrétisation d'une volonté et d'un état de fait, et serait conforme aux intérêts familiaux. Ces règles statutaires soulignent encore (malgré les tempéraments apportés) leur fonction d'assimilation univoque au profit du statut de droit commun. Voici un champ de réflexion pour la jurisprudence qui voudrait faire prévaloir le respect dû à l'intimité de la vie privée sur l'automatisme d'une "mécanique" statutaire toujours, et encore, discriminante.

Ces règles chaque fois qu'elles visent à assimiler, constituent encore une entrave au développement de mariages intercommunautaires, dont la rareté entretient la fracture ethnique.

**On peut regretter que le législateur n'ait pas permis une option de législation en cas, permettant aux époux de choisir au moment du mariage le statut de la famille. Cette possibilité d'option aurait permis de faire du statut personnel, une institution au service de l'intérêt de la famille sans remettre en cause la nécessaire stabilité du statut personnel. Là, encore, le principe d'indisponibilité du statut renvoie à la vieille alternative ségrégation et/ou assimilation qui n'a plus lieu de subsister aujourd'hui.**

**La reconnaissance d'un enfant naturel par son père n'entraînait pas jusqu'ici de changement dans le statut de l'enfant. Seule sa légitimation par le mariage de ses parents avait un tel effet.**<sup>108</sup>

À partir du jugement du tribunal civil de Nouméa, en date du 22 mai 1989, *Rokuad c/ Mheun*, il a été affirmé de façon constante que la reconnaissance de paternité naturelle n'est d'aucun effet sur le statut de l'enfant, et ce, pour deux motifs : tout d'abord, le principe d'égalité des deux statuts, et ensuite le principe selon lequel la renonciation au statut prévue par l'article 75 de la constitution, est un choix personnel devant être réservé au seul concerné

---

<sup>105</sup> Délibération n° 424 du 3 avril 1967, art. 42. - *"Le mariage mixte entre une personne de statut de droit commun et une personne de statut civil particulier ne peut avoir lieu que devant l'officier de l'état civil de droit commun."*

<sup>106</sup> Nouméa, arrêts n° 196 du 3 septembre 1990, *Nyipi*, et n° 20 du 15 janvier 1992, *Herpet*. Et loi organique : art. 10, *a contrario*.

<sup>107</sup> **Art. 13.** - *"Toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier."*

<sup>108</sup> L'enfant ne changeait de statut que lorsqu'il était légitimé par le mariage de ses parents : Tribunal civil de Nouméa jugement n° 1038 du 6 novembre 1989, *Nyipi*, confirmé par l'arrêt n° 195 du 3 septembre 1990 : *"La reconnaissance de l'enfant par un citoyen relevant du statut civil de droit commun ne pourrait entraîner changement de statut personnel de cet enfant que si les textes admettaient une primauté d'un statut sur l'autre ; or juridiquement aucun des deux statuts - en matière de filiation naturelle - ne l'emporte sur l'autre et en conséquence Lorenza N. demeure bien de statut particulier."*

(en l'espèce, l'enfant qui, devenu majeur, pourra faire lui-même ce choix).

Cependant, la loi organique est susceptible de remettre en cause indirectement cette solution dès lors, par exemple, que l'enfant naturel de droit commun (pour être né d'une mère de droit commun) vivant auprès de son père de droit particulier (ou de membres de la branche paternelle tels ses grands-parents paternels ou oncles), pourra devenir de statut particulier sur le fondement de l'article 11 de la loi organique, sur requête présentée par ceux qui exercent, même de fait, l'autorité parentale.<sup>109</sup>

#### **\* Les événements emportant changement de statut.**

La jurisprudence admettait deux cas de changement de statut. Tous deux liés à une modification de l'état de la personne (légitimation ou adoption). Mais elle n'avait pas encore envisagé de relier le changement de statut à la notion de respect de l'intimité de la vie privée qui est sous-jacente dans la loi organique.

#### **- 1<sup>er</sup> cas : le changement de statut consécutif à la légitimation de l'enfant naturel.**

Dans la mesure où la légitimation confère à l'enfant le statut d'enfant légitime, la jurisprudence combinait trois dispositions, empruntant à la fois au droit civil et au droit local : l'article 311-14 du Code civil, qui précise que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère de l'enfant ; l'article 42 de la délibération de 1967, qui confère le statut de droit commun à l'enfant né d'une union mixte ; et l'article 332-1 du Code civil, qui assimile l'enfant légitimé à l'enfant légitime : *“la légitimation confère à l'enfant légitimé les droits et les devoirs de l'enfant légitime...”*.

Ainsi, l'enfant naturel né d'une mère de statut particulier, et reconnu postérieurement par son père de statut de droit commun, avait un statut initial conforme à celui de sa mère (statut particulier), lequel se muait en statut de droit commun lorsque l'enfant était légitimé par le mariage de ses parents par application de l'article 332-1 du Code civil, précité. Cette solution, résultait d'une jurisprudence constante tant des tribunaux que de la cour d'appel de Nouméa élaborée à partir de 1989.<sup>110</sup>

On remarquera d'abord, que l'hypothèse inverse ne pouvait se produire. En effet, l'enfant né d'une mère de statut de droit commun qui aurait été légitimé par le mariage de celle-ci avec un homme de statut de droit particulier conservait le statut de droit commun puisque les effets du mariage (contracté entre personnes de statuts divergents) sont régis par le droit commun. Quoique aujourd'hui les dispositions de la loi organique (l'article 11 pour l'enfant mineur et l'article 12 pour le jeune majeur) permettent de conférer à l'enfant le statut

---

<sup>109</sup> **Art. 11.** - *“Le statut coutumier peut être demandé au bénéfice d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale.*

*La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts du mineur ou de l'un de ses ascendants, descendants ou collatéraux sont insuffisamment préservés. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée”.*

<sup>110</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 1038 du 6 novembre 1989, *Nyipi*, confirmé par l'arrêt n° 196 du 3 septembre 1990. La cour d'appel affirme que *“l'enfant légitimé par le mariage de ses parents devant l'officier d'état civil de droit commun acquiert à cette date la statut civil de droit commun des enfants légitimes issus de mariages mixtes et doit être inscrit sur les registres de cet état civil et son acte de naissance sur les registres de droit particulier doit être annulé. Il y a lieu par ailleurs d'observer que l'application de ces mêmes principes permet d'assurer au sein d'une famille dont les parents sont mariés selon les règles de droit commun l'unité de statut entre les enfants nés avant le mariage et ceux à naître.”* Cette solution a été réaffirmée de façon constante par la cour d'appel, notamment dans deux arrêts n° 22 (*Bokoe-Gowe*) et n° 16 (*Cadin*), rendus le 15 janvier 1992.

coutumier si celui-ci correspond à son mode de vie, et préserve ses intérêts tant personnels que familiaux.

On observera, ensuite, que le mariage d'une mère de statut de droit particulier avec un père assujetti au droit commun enlève à la "coutume" (et donc, à la communauté clanique) l'un de ses membres, alors que la relation hors mariage (concubinage ou Pacs) entre parents de statuts différents permettra à l'enfant qui en sera issu de conserver le statut de droit particulier de sa mère. C'est toujours le cas aujourd'hui même si, sur requête des parties, la prise en compte de la vérité sociologique permet désormais au juge de substituer le statut coutumier au statut de droit commun (articles 11 et 12 de la loi organique).

Les règles qui affirment la primauté du statut de droit commun, présentent le risque - face à une société coutumière qui résiste à l'assimilation - de bannir l'institution matrimoniale au profit du concubinage : mariage intercommunautaire rimant avec érosion du statut coutumier.

Cette solution d'évitement du mariage (dans une telle hypothèse) est confortée par le fait que la société mélanésienne organisée sur un mode matrilineaire privilégie le lien entre l'enfant et le clan maternel, particulièrement l'oncle utérin : l'appartenance statutaire contredirait le lien qui (dans cette hypothèse) unirait un enfant de droit commun à un oncle de droit particulier, qui serait considéré par l'environnement social comme un véritable père pour l'enfant. Pour toutes ces raisons, le mariage entre deux personnes de statuts divergents risque encore d'être perçu comme une trahison des allégeances coutumières par la femme mélanésienne qui y consent.

La loi de 1999 a certes atténué considérablement cet inconvénient, mais en érigeant le juge en arbitre entre deux options statutaires : entre le statut que la naissance désigne de façon automatique (article 9 de la loi organique) et le statut qui régit la vie quotidienne de la personne (articles 11 et 12).

#### **- 2<sup>ème</sup> cas : le changement de statut induit par l'adoption de l'enfant.**

La jurisprudence est fondée sur un double constat :

- le droit particulier connaît l'adoption<sup>111</sup> (elle est assimilée à notre adoption plénière) définie par l'article 37 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967) ;<sup>112</sup>

- la situation de l'enfant adopté lui fait rejoindre celle de l'enfant légitime, ce qui signifie que l'enfant acquiert d'office le statut de ses parents adoptifs, et le droit commun si ces derniers sont de statuts dissemblables.

Cette solution ne posait guère de problème s'agissant d'un enfant de statut particulier adopté par des parents relevant du statut de droit commun : l'enfant de statut particulier prenait le statut de droit commun des adoptants. Cette solution était conforme à l'idée que le changement de statut est univoque c'est à dire toujours dans le sens du particulier vers le général.

Mais la jurisprudence a innové en admettant la possibilité inverse, à savoir que l'enfant de droit commun, adopté par des parents de statut particulier, puisse acquérir le

---

<sup>111</sup> Voir Manuéli-Ridel Blandine, L'adoption coutumière en milieu mélanésien, mémoire de D.E.A., juillet 1998, Université Française du Pacifique, 80 pp.

<sup>112</sup> Cet article précise que "les adoptions des citoyens de statut particulier par d'autres citoyens de statut civil particulier sont régies par la coutume et basées sur le consentement des familles intéressées."

même statut que ses adoptants en devenant citoyen de droit particulier. Cette solution qui remettait en cause le caractère univoque du changement de statut a été adoptée pour la première fois par le tribunal civil de Nouméa, le 25 juin 1990, et confirmée par la Cour d'appel du 21 mars 1991.<sup>113</sup> La cour a estimé que ce changement de statut était "(...) dans la logique des effets de l'adoption plénière qui emporte l'intégration complète de l'adopté dans la famille des adoptants et qui substitue cette nouvelle filiation à l'ancienne". La cour aurait pu arrêter son raisonnement à ce stade mais elle continue en trouvant une seconde justification à cette solution, rejoignant en cela le premier juge : "la différence initiale de statuts entre adoptants et adopté ne fait pas obstacle à cette conséquence alors qu'aucun des statuts n'a prééminence sur l'autre ; enfin l'identité de statuts après adoption offre à l'adopté les meilleures possibilités d'intégration dans sa famille adoptive et l'entourage de celle-ci".

Cette jurisprudence intégrait donc, dans son second motif, une dimension sociologique, avec l'idée que l'adoption devait poursuivre, au niveau de ses effets, l'intégration de l'enfant à sa nouvelle famille, ce dont le statut participait. Cette jurisprudence, qui affirmait implicitement l'idée que le statut devait servir l'intérêt de l'enfant, n'a soulevé aucune difficulté dans ce cas précis. Pourtant, admettre que l'intérêt de l'enfant puisse justifier de modifier son appartenance statutaire revenait à remettre en cause le principe de l'indisponibilité de l'état de la personne, et à ignorer les dispositions pourtant claires de l'article 75 de la Constitution.

Ces solutions jurisprudentielles soulignaient la nécessité de confronter la justesse des critères juridiques à la vérité sociologique. Aussi ces deux avancées jurisprudentielles ont-elles été validées par la loi organique qui les a entérinées, toutes deux, en une disposition unique : l'article 10.

*Art. 10. - L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier.*

Vérité sociologique et égalité entre les statuts participent donc, d'une même et unique réalité.

### **\* Les limites atteintes par la jurisprudence.**

Certes, l'absence de primauté d'un statut sur l'autre a été affirmée par plusieurs arrêts de la Cour d'Appel de Nouméa, rendus le 15 janvier 1992<sup>114</sup> mais l'égalité de statuts supposait de garantir une vraie dualité juridique, ce qui était loin d'être le cas.

Le chemin parcouru était notable, mais manifestement insuffisant au regard des nombreuses manifestations de la prééminence du droit commun :

- le droit civil constitue un droit supplétif pour pallier les silences du droit coutumier comme l'affirme la cour d'appel<sup>115</sup> ;

- en cas de litige entre citoyens de statuts différents, les règles du droit commun priment sur celles du droit particulier (à l'exception du cas prévu par l'article 9 alinéa 2 de la loi organique) ;

<sup>113</sup> Nouméa, arrêt n° 43, du 21 mars 1991, *époux Heo Félix*.

<sup>114</sup> Nouméa, arrêts n° 16-17-18-19-20-21-22, du 15 janvier 1992.

<sup>115</sup> Nouméa, arrêt n° 467 du 27 septembre 1993, *Poadae* : "Attendu qu'un citoyen de statut particulier ne saurait solliciter l'application d'une règle de statut civil de droit commun, sans avoir au préalable renoncé à son statut et donc opté pour le statut civil de droit commun ; Attendu qu'il ne saurait en être autrement qu'en l'absence de règles coutumières régissant la question."

- en cas de dissolution du mariage, lorsque les époux sont de statuts différents, la dissolution de l'union est régie par le droit commun. Ceci n'est plus tout à fait vrai : le juge ignorera l'abandon du statut coutumier survenu dans le cours du mariage et appliquera lors de la dissolution la loi qui avait régi la formation de l'union<sup>116</sup> ;

- l'inégalité la plus flagrante entre les deux statuts résultait du caractère univoque du changement de statut et de ce qu'une fois actée cette renonciation était irrévocable.

En dépit des efforts de la jurisprudence, l'érosion du statut coutumier au profit du statut dominant semblait irréversible, anticipant, en quelque sorte, une disparition inéluctable de la société traditionnelle. On ne saurait s'étonner que de telles règles aient pu engendrer une réaction de repli de la coutume sur elle-même et une réprobation sociale sanctionnant toute renonciation au statut coutumier.

Les efforts de la jurisprudence en vue de réduire la tendance à l'érosion du statut particulier n'apparaissent que comme des demi-mesures, qui n'enlevaient rien au caractère assimilationniste de l'article 75 de la Constitution. Pour rétablir une certaine égalité entre les deux statuts, il convenait d'introduire un critère sociologique dans la détermination du statut applicable. Tel sera l'apport de la loi organique du 19 mars 1999.

### **b - La prise en compte législative de la vérité sociologique pour une véritable égalité entre les statuts.**

Si au moment de l'adoption de la loi de 1999, le principe d'égalité des deux statuts civils concurrents avait été affirmé depuis quelques années ; ce principe connaissait encore de nombreuses restrictions. Il appartenait à la loi de poursuivre et de conforter le processus jurisprudentiel.

Le statut de droit commun ne se trouve plus depuis 1999 surprotégé par rapport au statut particulier. Etant rappelé que jusqu'à la loi organique si l'on admettait une procédure en rectification d'erreur matérielle des actes de l'état civil, on n'admettait aucune forme d'action en "réclamation de statut" pour les personnes nées dans le statut de droit commun mais vivant en milieu tribal par choix ou par nécessité (par exemple enfants issus d'une union mixte, mais vivant en tribu). Ces personnes se voyaient imposer l'application sans faille du droit civil alors même que leur mode de vie les astreignait au respect des règles coutumières.

Ce qui valait pour l'enfant de droit commun adopté par des parents de statut particulier ne s'appliquait pas aux autres enfants tout aussi concernés par l'idée d'une nécessaire "intégration familiale" visée tant par le tribunal civil de Nouméa que par la cour d'appel.<sup>117</sup> Cette inégalité de traitement a été corrigée (en partie) par l'article 12 de la loi de 1999 qui permet de rectifier les effets néfastes de l'application, dans le passé, du seul critère juridique au profit des requérants ayant entre 18 et 21 ans.<sup>118</sup>

Cette loi pose trois règles : le droit de renoncer au statut **lorsque ce droit est exercé**

---

<sup>116</sup> Délibération du 3 avril 1967, article 42.

<sup>117</sup> Nouméa arrêt, n° 43/91, du 21 mars 1991, *affaire époux Heo Félix*.

<sup>118</sup> Loi 99-209 du 19 mars 1999, **art. 12.** - "Toute personne majeure capable âgée de vingt et un ans au plus dont le père ou la mère a le statut civil coutumier, et qui a joui pendant au moins cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier, peut demander le statut civil coutumier

*La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts de l'un des ascendants, descendants, collatéraux du requérant ou les intérêts de son conjoint sont insuffisamment préservés*".

**personnellement demeure un droit discrétionnaire** (article 14), mais **ce droit cesse d'être un droit exclusif de l'individu** pour être exercé par des tiers au nom et pour le compte de son titulaire (article 11) enfin, et surtout **la renonciation n'est plus un processus univoque**, et il est désormais possible d'acquérir le statut coutumier par abandon du droit commun (articles 12 et 13).

L'exercice de cette faculté constitutionnelle est donc diversifié mais, en même temps, conditionné et encadré.

#### **\* L'élargissement des conditions d'exercice du droit de changer de statut civil.**

Cet élargissement des conditions de recours au changement de statut intéresse tant les titulaires de ce droit que les conditions de fond du passage d'un statut à l'autre. La loi a voulu découpler statut et filiation et adapter les automatismes instaurés par les textes en fonction du mode de vie de la personne et de son insertion sociale et familiale. Le statut est tout autant le reflet de la filiation que le reflet du mode de vie ce dernier primant chaque fois que l'intéressé le réclame. C'est en ce sens que la notion de protection de la vie privée apparaît sous-jacente dans ce texte.

#### **- L'extension du nombre des personnes recevables à agir.**

##### **Un droit exercé par l'intéressé lui-même.**

Le changement de statut demeure, comme autrefois une faculté dont l'auteur n'a pas à justifier les motifs, dès lors seulement qu'il s'agit d'abandonner le statut coutumier au profit du droit commun.

*Art. 13 (alinéa 4). - "Toute personne de statut civil coutumier peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun."*

Dès lors que l'acte de renonciation émane d'une personne capable (article 14), il est discrétionnaire, le juge se bornant à constater la renonciation. Cette disposition n'est donc que la reprise du droit antérieur.

*Art. 14. - "La demande en renonciation doit émaner d'une personne capable. La renonciation est constatée par le juge qui ordonne les modifications correspondantes sur les registres d'état civil."*

L'intéressé dispose, en outre, d'une action nouvelle tendant à faire constater son statut en levant les incertitudes qui pourraient subsister à cet égard :

*Art. 15. - Toute personne a le droit d'agir pour faire déclarer qu'elle a ou qu'elle n'a point le statut civil coutumier.*

Cette disposition permet de répondre au cas particulier de la personne dont les parents sont de statut coutumier mais qui étant née en métropole (ou dans un pays étranger) a été inscrite, de ce seul fait, sur les registres de droit commun. La jurisprudence, dans ce cas de figure, ordonnait que soit mentionnée la qualité de citoyen de statut particulier en marge de l'acte de naissance de droit commun, cette hypothèse ne relevant pas d'un cas d'erreur matérielle.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Sect. Lifou, n° 9, du 26 novembre 1990, *Ajapuhnya* (s'agissant d'un enfant né aux Nouvelles-Hébrides – ex-

L'action fondée sur l'article 15 apparaît comme une action en revendication de statut en ce qu'elle ne se limitera pas à demander à une juridiction d'interpréter les actes de l'état civil, mais aussi à constater un fait : là encore, le principe du respect de l'intimité de la vie privée paraît se profiler derrière la question de l'appartenance statutaire.

### **Un droit susceptible d'être désormais exercé par des tiers.**

Les titulaires de l'autorité parentale peuvent agir pour le compte d'un mineur afin de réclamer, pour celui-ci, le statut coutumier. Ce qui va dans le sens de l'intégration familiale de l'enfant :

*Art. 11 - Le statut coutumier peut être demandé au bénéfice d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale....*

Cette idée d'intégration de l'enfant mineur au milieu familial vaut aussi dans l'autre sens. Le titulaire de l'autorité parentale pouvant agir pour faire acquérir au mineur le statut de droit commun, dès lors que celui qui exerce en fait l'autorité parentale aura, au préalable, fait ce choix pour lui-même :

*Art. 13 (alinéa 4). - Toute personne de statut civil coutumier peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun. La demande au bénéfice d'un mineur est faite par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée.*

Avec les articles 11 et 13 alinéa 4 le principe d'intégration de l'enfant dans son environnement familial, que la jurisprudence avait fait prévaloir sur les termes de l'article 75 de la constitution a acquis, du fait de la loi organique, une indéniable valeur de principe constitutionnel.<sup>120</sup>

Si la renonciation au statut a cessé d'être un droit exclusivement personnel, elle a cessé, aussi, d'être un droit exclusivement discrétionnaire.

### **- L'assouplissement des conditions de fond.**

Alors qu'autrefois nul n'avait à demander à celui qui renonçait à son statut les motifs de son acte (c'est toujours le cas dans l'hypothèse de la renonciation visée aux articles 14, et 13 alinéa 4) il est, désormais, possible d'abandonner le statut de droit commun au profit du

---

Condominium franco-britannique, et actuel Vanuatu - et inscrit sur les registres de l'état civil de Nantes). En revanche, en cas de simple erreur d'inscription entre les deux registres d'état civil (enfant de statut particulier née en Nouvelle-Calédonie et inscrit par erreur sur les registres de droit commun) le tribunal prononce l'annulation de l'acte de naissance porté au registre de droit commun, et rend un jugement supplétif d'acte de naissance dont il ordonne la transcription dans le registre d'état civil de droit particulier tenu à la mairie du lieu de naissance de l'enfant.

<sup>120</sup> Par-là même, la loi donne raison au tribunal civil dans sa résistance à la position adoptée par la cour d'appel : la cour d'appel avait réaffirmé que la renonciation au statut n'engageait que celui qui y souscrivait fut-il le chef de famille (arrêt n°195/90, du 3 septembre 1990, *Nomoigne*, précité) et en aucun cas ses enfants mineurs. Le tribunal civil avait affirmé le contraire à l'occasion d'une espèce où la mère ayant la première abandonné le statut particulier, et le père abandonnant à son tour son statut d'origine, le tribunal avait estimé que les enfants du couple devaient aussi voir leur statut de droit coutumier abandonné au profit du statut de droit commun par l'effet de la seule volonté du père d'abandonner son statut initial. (Tribunal civil de Nouméa, n° 941, du 1<sup>er</sup> juillet 1991 : "Attendu que (...) le changement de statut des parents n'emporte pas en principe le changement de statut des enfants ; Attendu cependant qu'à cette règle trop générale il convient d'apporter des exceptions lorsque l'intérêt des enfants, notamment, le commande".)

statut coutumier, sous certaines conditions.

Ces hypothèses correspondent exclusivement au cas où la personne de droit commun, mais vivant au sein de la société mélanésienne, souhaite avoir un statut (coutumier) conforme à son mode de vie. Elles permettent de revenir sur des renonciations passées émanant soit du requérant, lui-même (auquel cas il s'agit d'un "**retour au statut coutumier**"), soit de ses ascendants (auquel cas il s'agit d'une "**accession au statut coutumier**"). Le retour ou l'accession au statut coutumier ne permet pas à l'individu de droit commun, qui n'a aucun ascendant mélanésien, mais qui se marierait avec un Mélanésien et qui vivrait en tribu d'acquérir le statut qu'impliquerait pourtant son mode de vie comme son intégration à son nouvel environnement social. L'assimilation demeure et l'ouverture des critères juridiques sur la vérité sociologique rencontre très vite ses limites.

**Le "retour" au statut coutumier**, qui permet de revenir sur une renonciation au statut particulier souscrite autrefois par le requérant, est prévu par l'article 13 alinéa 1<sup>er</sup>.

*Art. 13 (alinéa 1<sup>er</sup>). - Toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier...*

L'"**accession**" au statut coutumier constitue une hypothèse très différente de la précédente : elle constitue une forme de réparation des abus engendrés autrefois par la politique assimilationniste, ce dont témoignent les deux sous-hypothèses prévues par la loi.

La demande peut être présentée soit par celui dont les parents ont eu le statut coutumier et qui depuis 5 ans dispose lui-même d'une possession d'état de personne de statut coutumier (article 12) :

*Art. 12. - Toute personne majeure capable âgée de vingt et un ans au plus dont le père ou la mère a le statut civil coutumier, et qui a joui pendant au moins cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier, peut demander le statut civil coutumier.*

La demande peut, aussi, être présentée dans un délai de 5 années (soit jusqu'en 2004) par toute personne qui cherche à recouvrer le statut coutumier de ses ancêtres et qui prouve que ses ascendants en ont disposé. C'est cette disposition, limitée dans le temps, qui permettra le cas échéant de revenir sur l'essentiel des abus auxquels aurait pu par le passé donner lieu l'application de l'article 75 de la constitution (article 13 alinéa 2) :

*Art. 13 (alinéa 2). - Dans le délai de cinq ans qui suit la promulgation de la présente loi, toute personne qui justifie que l'un de ses ascendants a eu le statut civil coutumier peut renoncer au statut civil de droit commun au profit du statut civil coutumier.*

Ces deux dispositifs ont en commun de concerner des personnes qui n'ont jamais eu le statut coutumier (à la différence de l'hypothèse du retour au statut coutumier de l'article 13 alinéa 1<sup>er</sup>), mais ils se distinguent, entre eux, très nettement aussi : l'article 13 alinéa 2 introduit un dispositif transitoire mais très souple, tandis que l'article 12 qui constitue le dispositif permanent pose des conditions plus strictes.

### **1<sup>er</sup> cas d'accession au statut coutumier : le dispositif transitoire de l'article 13 alinéa 2.**

Sur le fondement de l'article 13 al. 2, pour acquérir le statut de droit coutumier le requérant devra prouver que l'un de ses ascendants a eu le statut civil coutumier. La quasi-absence de conditions, fait de ce dispositif la procédure contraire de l'article 75 de la constitution. On notera cependant, qu'il est laissé un délai de 5 ans pour revenir sur plus d'un siècle de politique d'assimilation.

Cette disposition permet le retour sur un processus d'acculturation plus ou moins forcée. Le bilan de l'application de ce dispositif (qui commençait tout juste à donner lieu à l'introduction des premières requêtes au cours de l'année 2001) reste à dresser : sa valeur symbolique et politique éclipsera sans nul doute son intérêt pratique pour les personnes concernées.

Cette disposition offre la possibilité à ceux qui ne rempliraient pas les conditions de l'article 12, de pouvoir néanmoins renoncer au statut de droit commun, sans qu'ils aient à justifier avoir par le passé appartenu au statut coutumier, et sans, non plus, avoir à justifier de l'appartenance actuelle de leurs pères ou mère au statut particulier.

L'article 13 al. 2 peu exigeant en termes de conditions a donc manifestement vocation à s'appliquer prioritairement par rapport à l'article 12, d'autant que sa durée de validité est limitée à 5 années à compter de la promulgation de la loi organique.

Il s'agit d'une disposition qui exprimera tout autant, sinon plus, une "quête identitaire" qu'une réalité sociologique.

### **2<sup>ème</sup> cas d'accession au statut coutumier : le dispositif permanent de l'article 12 et ses exigences.**

L'article 12, pose trois conditions cumulatives, qui mettent l'accent sur la recherche de la vérité sociologique. Le requérant doit :

- agir à bref délai entre l'âge de sa majorité et 21 ans ;
- justifier que son père ou sa mère a le statut coutumier au moment où il présente sa requête, et
- prouver qu'il a, depuis au moins 5 ans, une possession d'état conforme au statut coutumier qu'il revendique.

Si les conditions ont été élargies pour rétablir une certaine vérité voire une réelle équité dans la détermination statutaire, en contrepartie, le juge judiciaire s'est vu investir d'une mission nouvelle en ce domaine : il veille à la sécurité juridique et aux intérêts personnels ou familiaux.

#### **\* Le contrôle de l'opportunité du changement de statut.**

Le contrôle du juge s'exerce au niveau de la requête, avant l'audience par la consultation de l'autorité coutumière et au niveau de l'audience par le biais de l'audition de l'enfant et de la vérification de ce que l'acte projeté n'est pas contraire aux intérêts familiaux. Il prend parfois en compte l'ordre public.

L'instruction que mène le juge lui permet de rejeter la requête après en avoir apprécié

l'opportunité. Le changement de statut n'est plus seulement l'affaire de l'individu mais devient aussi l'affaire de la famille et du clan, lorsque l'intéressé veut revenir au statut coutumier (ce qui est logique puisque ce statut valorise le droits du clan au détriment des droits de l'individu) et lorsque l'adulte désire en plus de son propre changement de statut modifier, aussi, le statut de ses enfants mineurs (ce qui met en cause l'intérêt de l'enfant dont le juge est le garant).

L'intervention judiciaire vise donc, à la fois, à prendre en compte les intérêts collectifs et à protéger les enfants mineurs.

#### **- Les contrôles traduisant la prise en compte des intérêts collectifs.**

Sur le principe, du moins, une inégalité de traitement subsiste entre les deux statuts car le juge n'exerce toujours pas le moindre contrôle sur l'abandon du statut de droit coutumier.<sup>121</sup> En revanche, il est supposé apprécier les motifs d'une requête tendant soit à l'accession soit au retour au statut coutumier.<sup>122</sup> Comme si de telles requêtes pouvaient être socialement nocives alors que l'abandon du statut coutumier au profit du statut de droit commun bénéficie toujours d'un présupposé favorable :

*Art. 16. - Toute requête ayant pour objet de demander l'accession ou le retour au statut civil coutumier est motivée, et précise le registre d'état civil coutumier sur lequel l'inscription de l'accession ou du retour au statut civil coutumier sera portée.*

*Le juge est tenu de consulter l'autorité coutumière compétente.*

Le juge doit prendre en compte les intérêts sociaux et familiaux, ce qui implique :

- l'obligation de consulter l'autorité coutumière compétente en cas de demande tendant à l'accession ou au retour au statut de droit coutumier (article 16, *in fine*) ; cette consultation apparaît de pur principe dans la mesure où la loi ne prévoit pas de rejet de la requête fondée sur l'avis défavorable de ces autorités ;

- plus importante est l'obligation de vérifier que la requête ne porte pas atteinte aux intérêts des ascendants, descendants, des collatéraux ou du conjoint. Si les intérêts de ces proches n'apparaissent pas "suffisamment protégés" le juge peut rejeter la requête. Il s'agit là d'un véritable contrôle de l'opportunité du retour ou de l'accession au statut particulier (voir en ce sens les articles 11 alinéa 2, 12 alinéa 2, et 13 alinéa 3).

Le contrôle du juge est plus poussé, encore, s'agissant d'une requête en "retour" au statut coutumier. Cette solution est logique : puisque le requérant a, par le passé, fait le choix d'abandonner le statut coutumier, il est légitime de s'interroger sur les raisons d'un nouveau changement de statut afin de prévenir toute tentation de fraude :

- l'ordre public peut enfin constituer un motif suffisant pour rejeter cette la requête ;
- elle sera rejetée également si elle porte atteinte à *la stabilité des relations juridiques* ce

---

<sup>121</sup> Cette procédure est visée aux articles 14 et 13 alinéa 4.

<sup>122</sup> Madame de Collors (juge aux affaires familiales au tribunal de Nouméa) souligne qu'en pratique le juge n'a aucun moyen de vérifier la réalité de l'intérêt qui s'attache à l'accession ou au retour au statut coutumier. Pour autant le plaideur a manifestement pris la mesure exacte de son intérêt personnel à se prévaloir de telles dispositions : Madame de Collors ajoute, qu'au terme de plusieurs mois de mise en œuvre, les requêtes en accession ou retour au statut coutumier sont exclusivement le fait d'hommes et non de femmes mélanésiennes.

qui offre une possibilité de contrôle on ne peut plus large (article 13 alinéa 3) :

*Art.13 alinéa 3. – ...Si le requérant a déjà exercé la faculté de renonciation au statut civil de droit commun, le juge vérifie que le changement de statut ne porte pas atteinte à l'ordre public ou à la stabilité des situations juridiques.*

### **- La protection par le juge des intérêts des enfants mineurs.**

Les enfants sont nécessairement entendus dès lors que ceux qui les élèvent décident pour eux un changement de statut qu'il s'agisse de leur faire acquérir le statut coutumier (article 11 alinéa 2)<sup>123</sup> ou au contraire le statut de droit commun (article 13 alinéa 4).

L'intérêt de l'enfant pourra motiver le rejet de la requête.

En cas de requête visant à conférer aux enfants mineurs le statut coutumier, à peine d'irrecevabilité la requête ne pourra être présentée que par un ascendant ayant déjà le statut coutumier. Ceci évitera à la jurisprudence de se trouver confrontée à l'hypothèse d'une requête double visant pour le père de famille à changer de statut et à conférer le même statut aux enfants mineurs ce qui aurait amené le juge soit à lier le sort des deux requêtes ou le cas échéant à accorder au père ce qu'il réclame pour lui-même en refusant le changement sollicité au nom et pour le compte de l'enfant.

En revanche rien n'empêchera de voir la mère de statut coutumier présenter cette requête au nom des enfants du couple et le père (de statut de droit commun) présenter pour lui-même une demande d'accession ou de retour au statut coutumier. La jurisprudence sera donc amenée soit à lier le sort des deux requêtes (en privilégiant l'insertion familiale de l'enfant sur l'intérêt de celui-ci) ou au contraire à préférer la protection de l'enfant.

### **3°) La portée de la loi et ses limites.**

L'apport de cette loi ne doit pas être mésestimé même si des parcelles d'inégalité entre les statuts subsistent, çà et là. Ce faisant la loi ouvre de nouvelles perspectives pour la jurisprudence.

#### **\* La portée de l'assouplissement du critère de compétence *ratione personae*.**

La jurisprudence puis les articles 10 à 13 de la loi de 1999 ont remis en cause le caractère univoque de règles qui ne se préoccupaient que de protéger l'intégrité du statut de droit commun, et jouaient le rôle de repoussoir des individus vers leurs catégories juridiques respectives. En n'offrant que le droit de renoncer au statut particulier, ces règles constituaient un frein à l'interpénétration des catégories et finalement à la mixité culturelle. Le droit délibérément assimilationniste produisait les effets d'un droit ségrégationniste, car s'il peut être indifférent à un enfant de statut de droit commun de passer au statut de droit particulier (une hypothèse marginale), il n'est pas indifférent de voir un enfant de statut particulier devenir de droit commun lorsqu'il sera adopté par des parents de droit commun ou de statuts discordants. En effet, l'enfant qui perd son statut particulier risque fort de perdre, aussi, tous ses droits au sein de la société mélanésienne, ce qui au-delà de l'aspect patrimonial intéressera l'ensemble de ses liens coutumiers et donc familiaux. De fait, les

---

<sup>123</sup> **Article 11 alinéa 2** “...Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée”.

règles relatives au statut cantonnaient l'adoption à ne fonctionner convenablement que dans un cadre intracommunautaire.

Cette approche des individus sur la base d'une appartenance à des catégories juridiques trop "étanches" jouait comme un instrument de ségrégation ethnique. Le présupposé que trahit le texte même de la Constitution de 1946 était que ces catégorisations allaient disparaître par abandon progressif du statut de droit particulier. L'échec de ces prévisions conduisait, inévitablement, à l'abandon d'un système qui au lieu de produire de l'harmonie sociale entretenait des rapports de rupture.

Avec la loi de 1999 l'appartenance à un statut sert l'individu dans sa vie privée et non plus l'objectif d'assimilation. Le statut pour la première fois vise à permettre à l'individu de se voir appliquer la loi de son milieu, en lui évitant d'être assujéti à des obligations nouvelles qui sous couvert de liberté individuelle annihilent ses droits patrimoniaux au sein de sa société d'origine, et qui sous couvert de lui assurer des droits économiques et sociaux commencent par le priver du seul réel soutien que constitue une solidarité clanique encore vivace.

La loi de 1999 trahit-elle l'article 75 ? Nous ne le croyons pas. Car ce texte, au-delà de sa lecture constitutionnelle méritait aussi d'avoir, aussi, sa lecture civiliste, en n'incarnant non pas seulement des préoccupations sociales et collectives mais aussi, des valeurs de respect de l'individu.

Cet article 75 de la Constitution définit une appartenance à un statut qui paraît comme un élément de l'état de la personne, dès lors qu'il s'agit d'un citoyen de statut particulier, puisque (sauf hypothèses marginales introduites par la loi organique) on ne devient pas de statut de droit particulier, on naît dans ce statut, tout comme l'on naît dans le statut de droit commun.

La différence entre les deux statuts venait, jusqu'en 1999, de ce que le statut de droit particulier (à la différence du statut de droit commun) n'était pas garanti par le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. On pouvait (et on peut toujours) dès lors que l'on atteint la majorité souscrire un acte de renonciation à son statut de droit particulier en faveur du statut de droit commun, l'inverse n'est pas vrai, sauf les cas prévus désormais aux articles 11, 12 et 13 de la loi organique, sous certaines conditions, et sous réserve de l'appréciation du juge (la réciproque n'est pas vraie trahissant le présupposé que l'abandon du statut coutumier serait nécessairement conforme aux intérêts collectifs, individuels, et familiaux).

On peut donc déduire, aujourd'hui, des termes mêmes de l'article 75 de la Constitution complétés par la loi organique (elle-même poussée par la jurisprudence locale) que cette disposition constitutionnelle n'est que la traduction du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes tempéré par la prise en considération d'une donnée sociologique (la volonté pour un membre d'une communauté particulière de parfaire son intégration à cette communauté). Avec la loi de 1999, on a rompu avec l'idée du constituant de 1946 selon laquelle l'intérêt de l'individu passait nécessairement par l'intégration de tous les citoyens de la République dans le même schéma de société (ayant vocation à devenir le modèle social unique) comme le soulignait, jusqu'en 1999, le caractère univoque de la procédure de changement de statut.

On est donc passé de "l'assimilation tempérée" à "l'assimilation différée". Ce faisant le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique.

**\* De nouvelles perspectives pour la jurisprudence : pour une action générale en revendication de statut.**

L'évolution constatée dans le droit fait ressortir le rôle essentiel joué par deux principes : l'intérêt de l'enfant et le respect de la vie privée.

L'idée de préserver les intérêts de l'enfant - ce dont participe le fait de garantir son insertion familiale - avait conduit la jurisprudence à permettre à l'enfant légitimé, tout comme à l'enfant adopté, de changer de statut pour être assujéti si nécessaire au statut de droit coutumier et ce au détriment du statut de droit commun. L'article 10 affirme aujourd'hui, comme une évidence, que *"L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier"*.

La loi organique va plus loin en admettant avec son article 11 que le parent (au sens large du terme) de droit coutumier qui élève de fait un enfant de droit commun, puisse solliciter pour cet enfant un changement de statut en faveur du statut coutumier, ce que le juge accordera dans l'intérêt de l'enfant.

L'idée de rattacher l'appartenance statutaire à la notion de respect de la vie privée, constitue sans nul doute une occasion manquée pour la jurisprudence d'avant 1999 : elle constitue une perspective intéressante pour l'avenir.

En effet, c'est bien à la jurisprudence que l'on doit d'avoir entamé le processus qui a conduit à l'affirmation d'un principe de non-prééminence d'un statut sur l'autre qui ne résultait pas (loin s'en faut) de l'article 75 de la Constitution. Ce faisant, la jurisprudence avait fait prévaloir un principe de valeur législative (l'insertion de l'adopté dans la famille de l'adoptant) sur un principe de valeur constitutionnelle (l'impossibilité de perdre le statut de droit commun au profit du statut particulier).

La jurisprudence avait donc commencé à réinventer l'article 75 de la Constitution, mais n'était pas allée jusqu'au bout de son raisonnement en refusant, en d'autres occasions, d'admettre que la considération de l'intérêt de la personne puisse justifier un changement de statut. En adoptant cette position contrastée la jurisprudence n'était ni plus ni moins cohérente que ne l'était la Cour de Cassation avant son revirement de jurisprudence du 11 décembre 1992<sup>124</sup> lorsqu'elle refusait d'autoriser la rectification des mentions contenues à l'état civil relatives au sexe de la personne, au nom du principe d'indisponibilité de l'état de la personne. La Cour de Cassation refusait de mettre l'identité de la personne en cohérence avec sa possession d'état. Et ce, alors même qu'elle admettait la rectification des mentions de l'état civil relatives au sexe de l'individu lorsqu'il s'agissait de couvrir un changement subi dans sa morphologie ou lorsqu'il s'agissait simplement de lui permettre d'user d'un prénom plus conforme à son apparence comme à son vécu personnel.

Cette position de la Cour de Cassation a été abandonnée au nom du respect de l'intimité de la vie privée, qui prime sur le principe de l'indisponibilité de l'état de la personne. Cette prééminence d'un principe sur l'autre, et cette logique nouvelle si elles étaient appliquées aux règles déterminant l'appartenance statutaire devraient conduire à admettre une action générale en revendication de statut fondée sur la primauté due au respect de l'intimité de la vie privée affirmé par la Convention européenne des droits de

---

<sup>124</sup> Deux arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 11 décembre 1992, à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, le 25 mars 1992. Voir, J.C.P. 92, II, 21955, note Garré, et JCP 93, II, 21991, conclusions Jeol, note Memeteau ; ou RTD-civ 1993, 97, obs. Hauser.

l'homme.

Le principe du respect de la vie privée (puisque le mode d'insertion sociale d'un individu recoupe le respect du mode de vie de la personne, le respect de ses valeurs, et en l'occurrence le respect de ses allégeances) aurait pu permettre avant 1999, et permettra peut-être à la jurisprudence à venir de poursuivre son travail de réduction de la prééminence d'un statut sur l'autre. L'idée de protection de la vie privée de l'individu devrait pouvoir fonder la reconnaissance d'une action en revendication de statut.

Certes, aujourd'hui cette action existe du fait de la loi organique (article 15) mais réinterprétée par rapport aux surplus des dispositions légales elle obéit à des conditions strictes : le législateur ayant manifestement privilégié la stabilité et la sécurité juridique à l'objectif de vérité sociologique et au droit au respect de la vie privée des individus. Cependant la lecture littérale de l'article 15, sans se référer au reste du texte, conduit à admettre une action générale en revendication de statut. C'est à juste titre que certains commentateurs ont souligné que cette loi ouvrait encore au juge (quand bien même le regretterait-on) de "bien belles perspectives",<sup>125</sup> les mêmes perspectives que celles ouvertes par le principe du droit au respect de la vie privée, lequel rejoint le principe du droit à la dignité. Ni plus, ni moins.

Même si le critère personnel d'appartenance au statut permet désormais d'appliquer une norme vécue plutôt qu'une norme subie, l'amplitude du statut coutumier serait demeurée très en deçà de la place qu'occupe le droit traditionnel dans la société mélanésienne, si cet assouplissement du critère de compétence *ratione personae* ne s'était accompagné de la suppression pure et simple du critère de compétence *ratione materiae* qui délimitait un "bloc de compétence coutumière".

## **B - La suppression du critère de compétence *ratione materiae*.**

Le critère matériel déterminait jusqu'en 1999 un "bloc de compétence coutumière" restreint. Avant la loi organique, pour relever de la compétence des juridictions avec assesseurs coutumiers l'affaire devait non seulement opposer des personnes de statut coutumier, mais aussi relever de la compétence *ratione materiae* de ces juridictions.

A ces deux conditions certains voyaient deux autres exigences cumulatives, nées d'un dédoublement de la compétence *ratione materiae* : l'ordonnance 82-877 donnait compétence aux juridictions avec assesseurs coutumiers pour connaître des "contestations" ou "litiges" en passant sous silence le sort des requêtes gracieuses. Par ailleurs, cette ordonnance semblait réserver la saisine de ces juridictions aux seules personnes physiques puisqu'elle n'évoquait au nombre des plaideurs que les "citoyens" de statut particulier.<sup>126</sup>

La jurisprudence avait réglé ces deux dernières questions dans le sens de l'élargissement de la compétence coutumière, tandis qu'il faudra attendre l'article 7 de la loi organique pour condamner l'idée même d'un *bloc de compétence coutumière*.

---

<sup>125</sup> "... **On peut regretter que, emporté par sa volonté de bien faire et dans un souci louable d'exhaustivité, le législateur ait mis en place une procédure qui paraît de prime abord trop complexe, voire contradictoire ouvrant au juge civil de bien belles perspectives**" Guy Agniel, *Souveraineté partagée en Nouvelle Calédonie...* op. cit. p. 136.

<sup>126</sup> L'article 2 de cette ordonnance précise "**Les contestations entre citoyens de statut particulier, sur les matières régies par ledit statut peuvent être directement portées à l'initiative de l'une quelconque des parties devant le tribunal de première instance.**"

La jurisprudence avait élargi la compétence d'attribution des juridictions coutumières aux affaires gracieuses et aux recours intéressant les personnes morales ; la loi organique fera disparaître l'idée même d'un droit coutumier dérogatoire pour en faire la norme de principe applicable aux personnes désignées par leur appartenance statutaire.

### **1°) La contribution de la jurisprudence à l'élargissement de la compétence d'attribution des juridictions avec assesseurs coutumiers.**

L'action de la jurisprudence a été contrastée : elle a élargi la catégorie des personnes susceptibles de saisir la juridiction avec assesseurs coutumiers, pour reconnaître ce droit aux personnes morales de statut particulier **(a)**, mais a été réticente à étendre la compétence de ces juridictions aux affaires gracieuses **(b)**.

#### **a - Le droit d'agir des personnes morales devant la juridiction avec assesseurs coutumiers.**

L'article 2 de l'ordonnance de 1982 interprété, *stricto sensu*, semblait réserver la saisine de cette juridiction aux personnes physiques puisque n'y sont évoquées que les "*contestations entre citoyens de statut particulier*". Il aurait pu en être déduit que les personnes morales de droit particulier relevaient de la seule juridiction de droit commun. Cette distinction fondée sur la nature de la personne, guère convaincante, a été ignorée par les juridictions du fond.

Un arrêt de la Cour d'appel, du 9 avril 1987<sup>127</sup> a étendu la possibilité d'agir en justice aux clans en se fondant sur les dispositions expresses de la délibération du 14 mai 1980<sup>128</sup> puis de deux textes successifs (article 10 de l'ordonnance n° 85-1184 du 13 novembre 1985, puis depuis son abrogation, l'article 42 de la loi du 17 juillet 1986<sup>129</sup>).

Cet arrêt a, certes, élargi le domaine d'application de l'article 2 de l'ordonnance 82-877 en interprétant l'expression *citoyens de statut particulier* comme incluant les clans. Mais elle aurait pu le faire sans disposition expresse de la loi, tout comme la cour de cassation l'avait fait pour les comités d'entreprise, puisque "*la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés...*"<sup>130</sup>

Ce faisant, l'omission de la Cour d'appel à ce rallier à ce principe général, lui permettait de ne pas évoquer la question du droit à agir en justice des autres groupements (tribu, district, et leurs conseils respectifs) qui dotés d'une possibilité d'expression collective et agissant pour la défense d'intérêts licites, avaient eux-aussi vocation à se voir reconnaître la personnalité juridique comme le droit d'ester en justice. Cette décision qui restreignait la possibilité pour les personnes morales issues de la société coutumière de saisir les juridictions, apparaît cohérente avec cet autre arrêt rendu la même année, le 23 novembre 1987<sup>131</sup> (objet de l'arrêt de cassation du 6 février 1991) qui voyait la cour se déclarer

<sup>127</sup> Nouméa, 9 avril 1987, *Clans Mararheu c/. Clan Nerho*, Semaine Juridique, 1987, n°45, 20880, note Vivier.

<sup>128</sup> Délibération, n° 116, en date du 14 mai 1980, fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière, JONC, 2 juin 1980, p. 627. Ce texte affirme le droit des clans d'accéder à la propriété coutumière (article 4) et définit leur représentation (article 5).

<sup>129</sup> Cet article précise : "La personnalité morale est reconnue aux groupements de droit particulier local qui ont déposé une déclaration auprès du président du conseil de région et qui ont désigné un mandataire" (loi n° 86-844 du 17 juillet 1986, relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 19 juillet 1986, p. 8927).

<sup>130</sup> Cass. civ., 2°, 28 janvier 1954, Gaz. Pal., 1954. 1. 205 ou Dalloz 1954, p. 217.

<sup>131</sup> Nouméa, 23 novembre 1987, *Gnibekan c/. Kate*, n° 167/87.

incompétente *ratione personae* en cas de saisine par des citoyens de statut particulier. Car s'il avait fallu un texte pour justifier la reconnaissance de la personnalité morale aux tribus, il eût suffi de se reporter à la délibération du 10 mars 1959<sup>132</sup> qui affirme que les réserves sont la propriété des tribus, lesquelles se sont vues attribuer la personnalité juridique au XIX<sup>ème</sup> siècle, par l'arrêté du 24 décembre 1867. Mais, en tout état de cause, nul texte n'est requis afin de reconnaître l'existence d'une personne morale, qui est une réalité sociale en ce qu'elle traduit un mouvement spontané qui répond à une nécessité.

#### **b - Les réticences à étendre la compétence des juridictions avec assesseurs coutumiers aux affaires gracieuses.**

Les articles 2 et 3 de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 investissaient clairement cette juridiction d'une compétence exclusivement contentieuse : qu'il s'agisse de traiter de "contestations" (terme utilisé par l'article 2)<sup>133</sup> ou encore de "litiges" (terme utilisé par l'article 3).<sup>134</sup> On aurait pu considérer qu'il ne s'agissait là que d'une imprécision terminologique que les juridictions auraient pu "rectifier" d'elles-mêmes. La Cour d'appel de Nouméa n'avait pas osé franchir le pas ; la Cour de Cassation l'a fait. La difficulté sera tranchée par la Cour de Cassation à l'occasion de l'affaire *Poadae*.<sup>135</sup>

La question de la compétence des juridictions avec assesseurs dans le domaine gracieux souligne l'enjeu que constitue la création de ces juridictions. Elle illustre, aussi, la capacité des juridictions du fond à créer du droit en adoptant des solutions d'abord fondées sur des considérations de pure opportunité, à la faveur de l'imprécision des textes.

#### **\* Les enjeux.**

La question du domaine de compétence de cette juridiction constituait un enjeu considérable : car certaines matières, essentielles dans la vie communautaire, relevaient de la juridiction de droit commun si l'on interprétait limitativement les articles 2 et 3 de l'ordonnance 82-877 : notamment, les adoptions, changements de nom, régimes de protection.

L'interprétation restrictive de l'ordonnance posait un problème de cohérence, car supposer que l'on admette que ces matières ne relevaient pas de la juridiction avec assesseurs coutumiers, cela ne signifiait pas que la question posée à la juridiction n'intéressait pas le droit traditionnel, cela ne signifiait pas non plus que cette affaire se trouvait dispensée de la phase de la "conciliation" devant l'autorité traditionnelle. Pourtant ces affaires, perçues comme essentielles par la communauté traditionnelle, se voyaient précisément privées de la garantie qu'offre la composition élargie aux assesseurs coutumiers.

Cantonner l'intervention de la juridiction coutumière à un type de plaideurs (personnes physiques) puis pratiquement aux seules relations familiales, et en dernier lieu

<sup>132</sup> Délibération n° 67 du 10 mars 1959, JONC du 6/13 avril 1959, p. 206.

<sup>133</sup> **Art. 2.** – "Les contestations entre citoyens de statut civil particulier, sur des matières régies par ledit statut peuvent être directement portées, à l'initiative de l'une quelconque des parties, devant le tribunal de première instance."

<sup>134</sup> **Art. 3.** – "Lorsque le tribunal de première instance est saisi des litiges mentionnés à l'article précédent, il est complété par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair.

Lorsque la cour d'appel est saisie des mêmes litiges, elle est complétée par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, qui n'ont pas connu de l'affaire en première instance.

Les assesseurs ont voix délibérative."

<sup>135</sup> Cass. civ., 1<sup>o</sup>, 13 octobre 1992, arrêt 1209 P, J.C.P. 1992, IV, n° 3046, affaire *Poadae*.

aux seuls recours contentieux *stricto sensu* aurait privé ces juridictions d'une partie de leur intérêt. La définition restrictive de leur mission contredisait l'objectif recherché lors de leur création : tenter pour les juridictions de la République de s'approprier un contentieux sous-jacent en ouvrant au citoyen de droit coutumier un large accès à l'institution judiciaire.

Une première source de difficulté résultait de la nécessité de trouver une articulation logique entre cette compétence juridictionnelle et la nécessité de respecter la mission de conciliation des chefs coutumiers affirmée par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance :

*Art. 1<sup>er</sup>. - Les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local régulièrement instituées sont investies du pouvoir de conciliation entre citoyens de statut particulier dans les matières régies par ce statut.*

On pouvait être tenté d'en conclure que l'ordonnance réservait la fonction gracieuse aux organes traditionnels. Or, cette répartition des rôles entre tribunal et chefs coutumiers s'avérait inexacte car contraire à la réalité, puisque la conciliation coutumière n'est pas un préalable obligatoire (sauf, peut-être, en matière de dissolution de mariage). On devait donc en déduire que les plaideurs pouvant saisir directement le tribunal, celui-ci est nécessairement compétent pour examiner les requêtes gracieuses.<sup>136</sup>

De plus, cette prétendue répartition de compétences entre organes de conciliation traditionnels et juridictions était contredite par la compétence jusqu'alors incontestée de la juridiction de droit commun pour connaître des requêtes en changement de nom, adoption ou visant à mettre en place un régime de protection.

Enfin, les chefs coutumiers ne se sont jamais vus reconnaître la qualité d'organes juridictionnels (à la différence du *Cadi* de Mayotte), et il n'existe pas (sauf en matière de dissolution du mariage coutumier) de compétence juridictionnelle concurrente entre autorités traditionnelles et tribunaux.

#### \* La solution retenue.

Après que la Cour d'appel,<sup>137</sup> s'en tenant à la lettre du texte, ait retenu une interprétation restrictive de la compétence de la juridiction coutumière, la cour de cassation en procédant au contraire à une interprétation *lato sensu* des termes "litiges" et "contestations" a, dans son arrêt du 13 octobre 1992, poursuivi sur la lancée de son précédent arrêt de 1991, à savoir :

*"Vu les articles 3 et 7 de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie ;*

*Attendu qu'il résulte de ces textes que, dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie, lorsque le tribunal de première instance et la cour d'appel **sont saisis de contestations** entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ce statut, les juridictions sont complétées d'assesseurs de statut civil particulier (...)*

*Attendu que pour se déclarer incompétente, la cour d'appel a retenu que les dispositions du Code civil relatives aux incapables ne s'appliquent pas aux citoyens relevant (...) du statut civil particulier ;*

<sup>136</sup> Délibération n°82-877, du 15 octobre 1982, article 2.

<sup>137</sup> Madame *Poadae* avait saisi le juge de Koné (juge des tutelles) aux fins d'obtenir le placement sous tutelle ou curatelle de son concubin victime d'un accident de la circulation, aux fins de préserver les intérêts de leurs enfants communs. Les parties étaient toutes de statut particulier.

Par jugement du 4 avril 1990 confirmé par la cour d'appel (arrêt du 27 août 1990) les juridictions du fond ont considéré que les parties du fait de leur statut particulier ne pouvaient se voir appliquer les dispositions du Code civil qui régissent les régimes de protection des incapables majeurs. Le juge des tutelles, puis la cour d'appel s'étaient déclarés incompétents.

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les juridictions de droit commun sont compétentes à l'égard de toutes les personnes et qu'il lui appartenait seulement, le cas échéant, d'appeler des assesseurs, désignés conformément à l'ordonnance précitée, à compléter la formation de jugement, la cour d'appel a violé les textes susvisés."*

Pour la Cour de Cassation (qui renvoie le juge à créer le droit) le terme "contestation" n'a pas la signification que les juges du fond lui avaient donné. Selon la Cour de Cassation, toute requête adressée à une juridiction par un citoyen de statut particulier doit conduire à une décision au fond, la juridiction étant tenue à appeler à siéger à ses côtés les assesseurs coutumiers dès lors que l'affaire même non contentieuse (en l'espèce le concubin objet de la requête avait donné son accord à la procédure) relève d'une matière régie par le statut particulier.

Ainsi, après avoir écarté la possibilité pour les juridictions néo-calédoniennes de se déclarer incompétentes *ratione personae* (arrêt du 6 février 1991),<sup>138</sup> la cour de cassation privait ces mêmes juridictions de la possibilité de se déclarer incompétentes *ratione materiae* (arrêt du 13 octobre 1992).<sup>139</sup>

La Cour de Cassation (complétant sa condamnation des pratiques jurisprudentielles passées) ouvrait l'accès à la justice à tous les plaideurs de statut particulier qu'elle que soit la nature (contentieuse ou gracieuse) de leurs requêtes. Elle écartait, une seconde fois, la tentation d'un repli judiciaire derrière la loi qui aurait abouti à préférer une décision d'incompétence à une décision créant le droit.

Force est donc de constater que le pouvoir de conciliation des chefs coutumiers n'a rien d'un pouvoir juridictionnel faute d'être garanti par des règles de compétence (hormis, peut-être, en matière de dissolution du mariage). En outre, la juridiction composée d'assesseurs coutumiers avait d'ores et déjà une compétence plus large que celle que lui conférait la lettre de l'ordonnance de 1982. Mais c'est contraire, que la Cour d'Appel de Nouméa a créé une coutume judiciaire, encouragée voire aiguillonnée par la Cour de Cassation, laquelle l'invitait à créer un droit jurisprudentiel sans s'arrêter au contenu littéral des textes, en recherchant l'esprit des textes, et donc en interprétant les intentions supposées du législateur (méthode téléologique).

Pourtant, encore récemment, seul le juge unique statuait en matière de placement sous tutelle ou curatelle, de changement de nom, d'adoption, de renonciation au statut coutumier. La lourdeur de cette composition au regard de questions sans enjeux contentieux explique qu'en ces domaines la jurisprudence considère plus commode d'interpréter *stricto sensu* l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982.

Cette position est désormais condamnée par les termes clairs de la loi organique de 1999 dont l'article 19 précise que : "*La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier (...). Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers (...)*". On doit en déduire notamment que la formation élargie aux assesseurs coutumiers est compétente pour connaître des requêtes en changement de statut. La volonté du législateur n'a-t-elle pas été de prévoir cette composition mixte afin de marquer l'égalité des deux statuts constitutionnels ? Pourtant ce

<sup>138</sup> Cass. civ., 2°, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93, note Orfila, *affaire Gnibekan c/. Kate*.

<sup>139</sup> Cass. civ., 1°, 13 octobre 1992, arrêt 1209 P, J.C.P. 1992, IV, n° 3046, *affaire Poadae*. Après avoir fait l'objet de cinq décisions (Juge des tutelles de Koné, n°7/90 du 4 avril 1990 - Nouméa, arrêt n°190 du 27 août 1990 - Cass. civ., 1°, arrêt n°1209, du 13 octobre 1992 - Nouméa, arrêt n° 467 du 27 septembre 1993 - Nouméa, arrêt du 10 novembre 1994, n° 463) le majeur objet de la requête a préféré renoncer à son statut coutumier pour couper court à tous débats sur la compétence et la norme applicable qui retardaient une décision nécessaire à la garantie des intérêts patrimoniaux de ses enfants.

même législateur au travers de l'ensemble des dispositions relatives au changement de statut (articles 11, 12, 13, 14 et 16 de la loi organique) évoque non point la juridiction avec assesseurs mais le “**juge**”. Un terme qui pourrait être interprété comme désignant le juge unique qui constitue la juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie.

Enfin, si l'on adopte une interprétation téléologique de l'ordonnance de 1982, on soulignera que la volonté du législateur était de prévoir une composition élargie afin de connaître et faire application de la norme coutumière. Or, en l'espèce, dans les requêtes en changement de statut il ne s'agit pas d'appliquer le droit coutumier mais, seulement, une disposition constitutionnelle. En revanche pour certaines autres affaires gracieuses (adoptions, notamment) il paraît difficile de ne pas adopter la composition avec assesseurs coutumiers, sauf à s'arc-bouter sur l'interprétation littérale que la Cour d'appel faisait de l'ordonnance de 1982 en cantonnant la compétence de la juridiction coutumière au seul domaine contentieux.

Enfin, une telle interprétation des textes serait en contradiction avec les termes de l'article 7 qui supprime purement et simplement le critère de compétence *ratione materiae*.

## **2°) La suppression par la loi du critère de compétence *ratione materiae*.**

Avant 1999, le critère de compétence à raison de la matière érigeait la juridiction coutumière en une sorte de juridiction de la famille élargie aux affaires du clan.

Cette compétence recouvrait les contentieux de la filiation naturelle, des contributions aux charges du mariage, de la “dissolution” et de “l'après-dissolution” du mariage coutumier (les textes n'évoquent ni le terme “divorce” ni celui de “séparation de corps”).

Désormais les autres matières relevant du droit des personnes et de la famille, mais dont le caractère gracieux n'est pas douteux, relèvent aussi de la juridiction avec assesseurs coutumiers : les requêtes en changement de nom, les requêtes aux fins d'adoption, et les régimes de protection, l'assistance éducative (en témoigne une décision renvoyant pour la première fois cette question devant la juridiction avec assesseurs coutumiers rendue le 20 juillet 2001 par la section détachée de Koné).

“Chambre de la famille-bis”, la juridiction coutumière intervient (encore de façon marginale) dans le contentieux foncier. En principe, son domaine de compétence se limitait à la veille de l'entrée en vigueur de la loi organique de 1999 au seul contentieux né des règles régissant la dévolution successorale des biens situés sur les anciennes terres des réserves. Mais la pratique jurisprudentielle s'était affranchie de ces limites, en appelant systématiquement les assesseurs à compléter la juridiction en raison de la complexité des rapports inter-claniques à l'origine des litiges fonciers.

L'extension de la compétence des juridictions avec assesseurs ressentie de longue date comme une nécessité (a), a été parachevée par la loi organique (b).

### **a - Le nécessaire élargissement de la compétence de la juridiction avec assesseurs coutumiers.**

Il s'agissait non seulement d'asseoir la légitimité de l'intervention judiciaire, mais aussi de mettre un terme aux incertitudes de la jurisprudence.

### \* La nécessité d'asseoir la légitimité de l'intervention judiciaire.

Dans leur mode de fonctionnement, particulièrement au niveau des sections détachées, les juridictions avec assesseurs coutumiers apparaissaient comme ayant une vocation générale à connaître de tous les litiges mettant aux prises entre eux les citoyens de statut coutumier. Tel était le but de l'ordonnance de 1982, puisque l'objectif poursuivi était de donner aux juridictions de la République la capacité à réguler les rapports sociaux au sein de la société mélanésienne.

L'élargissement de la compétence de la juridiction avec assesseurs est susceptible d'entraîner l'affaiblissement corrélatif de l'autorité des chefs et des conseils des anciens. Aussi la volonté de supplanter l'autorité traditionnelle n'est-elle, peut-être, pas exempte des buts poursuivis par l'ordonnance 82-877, ou de ceux qui l'ont interprétée.

Elargir en pratique leur domaine d'intervention était dans la nature de ces juridictions qui ont toujours cherché à affirmer leur rôle et donc leur légitimité. Ainsi lorsque la section détachée de Koné a été amenée à statuer à la demande d'un Conseil des anciens sur une requête en expulsion d'un membre de la tribu qui occupait indûment un terrain,<sup>140</sup> ce litige ne relevait pas *a priori* de la compétence *ratione materiae* de la composition civile avec assesseurs mais de la juridiction de droit commun. La décision aurait sans nul doute souffert d'un manque de légitimité si la composition élargie n'avait pas été préférée, à la formation ordinaire (à juge unique).

Cette composition élargie permettait aussi de mieux appréhender le conflit : le juge de Koné a pu déléguer ses assesseurs coutumiers pour assister aux délibérations du conseil des anciens sur la question de l'expulsion de ce membre. Les assesseurs se trouvant investis d'une fonction de conciliation, sous couvert d'enquête, la décision finale a permis d'entériner le consensus trouvé lors de cette démarche conciliatrice.<sup>141</sup>

L'intérêt de cette méthode est de rendre le tribunal partie prenante au règlement du litige, puisqu'il annonçait dans sa décision avant dire droit sa ligne de conduite à venir et la règle dont il entendait faire application en rappelant "*... que l'appartenance à la collectivité de la tribu constitue, tout autant que le lien avec la terre, un élément essentiel de l'identité du citoyen de statut civil particulier ; qu'il importe en conséquence (...) de s'assurer que l'élimination du groupe reste exceptionnelle*". La décision définitive, ne fait que mettre en œuvre ce principe, puisqu'il est noté pour justifier le rejet de la requête que "*la personne dont l'expulsion est demandée, a été accueillie au sein de la tribu depuis plus de 40 ans ; Qu'il y a pris femme et a été autorisé à bâtir une maison ; Que l'intéressé en tant que membre régulièrement accueilli mérite la protection de la coutume ; que la coutume repose sur des valeurs de respect de la dignité de l'homme et de traditions d'hospitalité ; Que l'homme est âgé et a effectué une démarche envers le conseil des anciens, démarche qui aurait dû être suivie d'un pardon ; Qu'en conséquence le tribunal déboute les demandeurs*".<sup>142</sup>

La juridiction, selon une méthode dont on trouve une nouvelle application dans un contentieux plus récent,<sup>143</sup> proclame un principe traditionnel pour ensuite exercer un contrôle de l'opportunité de sa mise en œuvre. En l'espèce la juridiction a exercé un contrôle

<sup>140</sup> Sec. Koné, n° 95 du 4 septembre 1991 (jugement avant dire droit), et n° 125 du 20 novembre 1991 (jugement définitif), *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala*.

<sup>141</sup> Le tribunal déléguait ses assesseurs coutumiers "*... pour assister à la prochaine réunion du conseil des anciens à laquelle la personne visée par la demande d'expulsion devra être convoquée*." (Sec. Koné, n° 95 du 4 septembre 1991, *Boaoutho c/ Goa-Houala*).

<sup>142</sup> Sec. Koné, n° 125/91, 20 novembre 1991 (jugement définitif), *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala*.

<sup>143</sup> Voir *infra*, sur la question de la reconnaissance d'un enfant naturel par le père de celui-ci, Nouméa, arrêt du 23 novembre 2000, *Ministère public c/ Trutrune Emmanuel*.

sur le refus du conseil des anciens d'accorder le pardon coutumier au "sujet" repentant, et déclaré abusive l'attitude de cette autorité tribale. La mesure d'enquête visait moins à informer la juridiction qu'à convaincre le clan demandeur de l'inanité de son action.

La présence des assesseurs coutumiers pour connaître des litiges nés au sein de la société mélanésienne permet donc, à la fois d'asseoir la légitimité de l'intervention judiciaire, voire de faire accepter le principe de la décision avant même que ne soit rendu le jugement final (en cas de recours à cette pseudo mesure de conciliation), en un mot de faire accepter l'intervention judiciaire dans le litige et d'expliquer les motifs afin de convaincre de la justesse de la décision. En utilisant les assesseurs coutumiers comme des médiateurs culturels entre la juridiction et les parties, le juge de Koné<sup>144</sup> a servi, à la fois, la cause du rétablissement du lien social au sein de la tribu et présenté la juridiction sous un jour suffisamment attractif pour surmonter les appréhensions de ceux qui hésiteraient encore entre le juge et le chef coutumier.

La question de la compétence de la juridiction avec assesseurs intéresse le symbole tout autant que le Droit : cette composition élargie étant perçue par le plaideur mélanésien comme une marque de considération à son égard, mais aussi comme la garantie d'une meilleure compréhension du litige.

On observera enfin, que dans l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation *Siwel Waehnya et autres* du 10 octobre 2000,<sup>145</sup> il est reproché aux chefs coutumiers de Lifou de s'être fait justice à eux-mêmes, et implicitement de n'avoir pas saisi la juridiction civile pour solliciter l'expulsion des sujets récalcitrants à la loi tribale. Outre le fait que pour des chefferies traditionnelles dont l'autorité n'est guère contestée, la saisine de la juridiction civile serait une démarche humiliante, ne serait-ce pas ajouter à l'humiliation que de les astreindre à saisir une juridiction dépourvue d'assesseurs coutumiers ? Que vaudrait le jugement rendu par un juge professionnel statuant à juge unique concernant un litige qui intéresse la collectivité mélanésienne au plus haut point, puisqu'il touche à son équilibre même ?

Cet exemple jurisprudentiel soulignait - à une époque où s'imposait encore le critère de compétence *ratione materiae* - la nécessité de concevoir une disposition permettant, dans tous les cas, aux plaideurs de statut coutumier la faculté de demander l'examen de leur affaire par la formation avec assesseurs coutumiers. La question ne se pose plus, dès lors que l'article 7 de la loi organique énonce le principe qu'entre citoyens de statut coutumier, pour toutes les questions qui intéressent les rapports civils, la coutume s'applique.

**\* La nécessité de rationaliser une définition jurisprudentielle lacunaire et incertaine du domaine de compétence.**

On note ces lacunes ou contradictions au regard du sort fait aux requêtes gracieuses, mais aussi au niveau du droit de la famille ou du droit des contrats, notamment.

**- S'agissant des requêtes gracieuses.**

La jurisprudence a toujours considéré que la juridiction avec assesseurs coutumiers

---

<sup>144</sup> M. Philippe Hoareau, actuellement vice-président au TGI de Saint Pierre (Réunion), qui fut le premier titulaire du poste nouvellement créé à Koné.

<sup>145</sup> Affaire dite des *Coutumiers de Chepenehe* (Cass. crim. 10 octobre 2000, n° 5871).

(probablement du fait de sa lourdeur et de sa solennité) devait se cantonner à trancher des litiges ou des différends. Cette position a été maintenue en dépit de l'arrêt de la cour de cassation du 13 octobre 1992, renvoyant à la composition avec assesseurs coutumiers le domaine du droit des incapacités.

#### - S'agissant du droit de la famille.

Il était admis, sur le fondement d'une interprétation *a contrario* de la loi de 1970 que l'ensemble du droit de la famille relevait, à la fois, de la juridiction coutumière, et de l'application du droit coutumier.

La réticence de certains assesseurs coutumiers à appliquer la coutume dans les rapports hors mariage a conduit, récemment, à s'interroger sur le fait de savoir si la famille naturelle relevait du droit coutumier ou du droit commun.<sup>146</sup> La délibération du 3 avril 1967 en déterminant des règles dérogatoires en matière de reconnaissance de l'enfant naturel met, sans l'ombre d'un doute, la famille naturelle dans la sphère d'influence du droit coutumier. Par ailleurs si la mère célibataire, et l'enfant dépourvu de filiation paternelle posent difficulté dans la société traditionnelle, il existe des dispositifs permettant de les y intégrer en normalisant une situation que condamne le droit traditionnel imprégné de principes religieux. On ne peut donc soutenir qu'au regard du droit traditionnel les rapports hors mariage, et l'enfant naturel, ne disposent d'aucune reconnaissance. Rien ne permet d'en déduire que, seul, le droit commun aurait légitimité pour traiter ces questions.

Enfin, dans la mesure où la norme coutumière régit la famille légitime ; ce serait opérer une discrimination entre individus, fondée sur la naissance, que d'assujettir la famille naturelle au droit commun.

Pourtant, d'aucuns soulignent que tel le veut la coutume, et qu'en désavouant ceux qui avaient une lecture traditionaliste du droit traditionnel le Sénat Coutumier n'aurait cherché qu'à adapter le droit coutumier aux attentes de la société (et du droit dominant).<sup>147</sup>

Le cas de l'assistance éducative illustre l'incohérence de certaines positions : jusqu'à une époque très récente l'assistance éducative était traitée par la juridiction de droit commun (le juge des enfants statuant sans assesseurs coutumiers) alors que le clan était intéressé à trouver une solution adaptée qui ne pouvait être envisagée en dehors d'une prise en compte (même limitée) de la norme coutumière. C'est l'esprit, même, de l'ordonnance de 1945 qui commande de rechercher par priorité des solutions assurant le maintien du mineur dans son environnement familial. Cette logique, qui impose l'ouverture de la juridiction vers la société coutumière, appelle la composition élargie aux assesseurs coutumiers.

---

<sup>146</sup> Nouméa, arrêt du 21 mai 2001, *Teimbouanou c/ Tein Mala*, la cour sollicite l'avis du sénat coutumier "sur le point de savoir si une contestation relative à une pension alimentaire pour un enfant naturel de statut civil coutumier est régie par le statut coutumier" après avoir souligné dans ses motifs "Attendu que la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 dispose en son article 7 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ; que cette formulation beaucoup plus large est susceptible de recouvrir le litige dont la cour est saisie ; **qu'il apparaît cependant que certains assesseurs coutumiers ont pu refuser de statuer en ce domaine estimant qu'il ne ressortissait pas de la coutume...**" (cette affaire souligne la difficulté que pose le refus des assesseurs de statuer, ceux-ci étant majoritaires dans la composition de première instance).

<sup>147</sup> L'avis du Sénat Coutumier, en date du 13 août 2001, fonde la solution retenue par la Cour d'appel dans son arrêt du 26 novembre 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala*, : la cour dit très clairement que le litige intéressant l'enfant naturel "relève de la compétence de la Cour d'appel en sa formation complétée par des assesseurs de statut civil coutumier."

### - S'agissant du droit des contrats et de la responsabilité.

A plusieurs reprises, les sections de Koné et de Lifou et même la Cour d'appel siégeant avec des assesseurs coutumiers ont eu à connaître de demandes d'expulsion concernant des personnes occupant des parcelles sans droit ni titre, ce que l'on pouvait rattacher au contentieux des droits fonciers.

L'imprécision des termes de l'ordonnance du 15 octobre 1982, laquelle renvoie à la juridiction coutumière l'ensemble des litiges et différends entre citoyens de statut particulier, ne permet pas d'écarter de la compétence de cette juridiction les contestations intéressant le droit des contrats ou la responsabilité civile. C'est, donc, très légitimement que le tribunal de Koné a eu recours à des assesseurs coutumiers pour examiner la validité d'une décision d'expulsion d'un membre d'une tribu, pour manquement à ses devoirs coutumiers. Le litige excédait le cadre à la fois des questions foncières, et des rapports familiaux. On était donc bien en l'espèce dans le domaine du droit des contrats.<sup>148</sup>

De plus, dans l'arrêt *Waehnya*,<sup>149</sup> lorsque la Cour de Cassation condamne le recours aux sanctions coutumières, et lorsque l'on fait implicitement grief aux autorités coutumières d'avoir préféré sanctionner les sujets récalcitrants plutôt que d'avoir saisi le tribunal civil d'une requête en expulsion, il paraît difficile de considérer que cette requête serait exclue de la compétence de la juridiction composée d'assesseurs coutumiers - au motif qu'excédant le droit de la famille la requête touche aux rapports contractuels. Cet arrêt de la Cour de Cassation qui incite à user de la voie civile prive de sens l'exclusion *a priori* de la compétence de la juridiction coutumière dans le domaine du droit des contrats (sauf à priver, d'emblée, l'intervention judiciaire de toute légitimité).

On ne peut non plus exclure de la compétence de ces juridictions les litiges intéressant le droit de la responsabilité. Certes, il est avéré qu'en cas d'accident de la circulation routière, les victimes de statut civil coutumier ne se constitue pas partie civile au plan pénal, pas plus qu'elles ne saisissent la juridiction civile. Le litige est réglé par le biais d'arrangements coutumiers pris en dehors des instances judiciaires. L'absence de contentieux n'implique pas l'absence de litige. D'autre part, rien ne permet de conclure (bien au contraire) qu'une évolution qui rapprocherait la société traditionnelle de la société moderne irait dans le sens d'un rétrécissement du domaine d'intervention de la juridiction avec assesseurs coutumiers.

Ces exemples soulignent les incertitudes de la jurisprudence, nées de réponses différentes qui reflètent la plus ou moins grande perméabilité des juridictions à l'influence du milieu : les juges des sections détachées ayant généralement une conception du domaine de compétence de la juridiction avec assesseurs coutumiers, plus large que leurs collègues des juridictions nouméennes. C'est la preuve de la vitalité de l'expérience menée en Nouvelle-Calédonie. C'était, surtout, une invitation pour le législateur à redéfinir les principes.

L'article 7 de la loi organique a permis de balayer une position réservée de la jurisprudence essentiellement fondée sur des formulations inadéquates et les incohérences relevées entre deux textes : l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 et la loi de n° 70-589 du 9 juillet 1970 *relative au statut civil de droit commun* (laquelle déterminait le domaine de compétence du droit commun, et donnait une définition *a contrario* du domaine du statut particulier).

---

<sup>148</sup> Voir supra, *Boaoutho c/ Goa-Houala* (Sec. Koné, n° 95 du 4 septembre 1991, et n° 125 du 20 novembre 1991).

<sup>149</sup> Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 5871.

La non-applicabilité au citoyen de statut particulier des règles du Code civil régissant le droit des personnes et de la famille résulte de la lecture *a contrario* de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1970 qui énonce : "**la présente loi s'applique aux dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités, faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l'article 75 de la constitution. Elle ne déroge pas au statut personnel mentionné audit article.**"<sup>150</sup> La jurisprudence en déduisait que le droit coutumier régissait l'état des personnes, la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités.

Mais l'ordonnance du 15 octobre 1982 restreignait encore ce domaine de compétence coutumière en désignant comme relevant de cette compétence les seules actions contentieuses (en excluant les changements de statut, de nom et de prénom, les adoptions, la protection des incapables, les mesures d'assistance éducative).

Tout concourrait à accréditer l'idée que non seulement les juridictions avec assesseurs coutumiers n'avaient qu'une compétence d'attribution, mais qu'en outre, le droit coutumier n'avait qu'une compétence d'exception par rapport au Droit civil posé d'emblée comme la norme de principe applicable à tous - ce qui n'était, pourtant, nulle part affirmé par les textes.

Les juridictions avec assesseurs et le droit coutumier voyaient, dès lors, leur domaine défini par un double critère cumulatif : le critère de compétence *ratione personae* et, surtout, un critère *ratione materiae* tout à fait essentiel en ce qu'il permettait de réduire l'amplitude d'une compétence, fut-elle de principe, en faveur du droit coutumier résultant du premier de ces critères.

#### **b - L'apport de la loi organique : la redéfinition des principes par le législateur.**

L'article 7, de la loi organique, a évincé purement et simplement le critère de compétence *ratione materiae*, et condamné la jurisprudence qui avait interprété comme dérogoratoire la norme coutumière au motif que la juridiction chargée de sa mise en oeuvre n'avait qu'une compétence d'attribution.

Si la loi de 1999 clarifie le débat en posant ce principe nouveau, la généralité du principe amènera certainement la jurisprudence à en préciser la portée.

#### **\* Le principe : les personnes de statut civil coutumier sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.**

L'article 7 renverse le pseudo-principe, admis jusqu'alors, qui déduisait de la compétence d'attribution de la juridiction avec assesseurs coutumiers que le domaine d'application du droit coutumier n'était qu'un domaine d'exception par rapport à la règle qui faisait du Droit civil la norme de principe s'appliquant à tous.

Ce raisonnement correspondait à l'idée d'une prééminence du droit commun comme si le Code civil avait été une norme de valeur supérieure à la norme coutumière. Or, la seule norme qui ait désormais prééminence - à la fois sur le droit civil et sur le droit coutumier - est la norme constitutionnelle, en l'espèce la loi organique, laquelle rappelle, en définitive, que si la compétence d'attribution des juridictions coutumières détermine un domaine

---

<sup>150</sup> Loi, n° 70-589, du 9 juillet 1970, relative au *statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer*, J.O.R.F., 10 juillet 1970, p. 6459.

limité, on ne peut en déduire que le droit coutumier serait une norme d'exception.

L'article 7 fondé sur l'existence de deux statuts civils d'égale valeur, affirme que s'agissant des personnes de statut coutumier, seul le droit coutumier peut régir leurs rapports de nature civile. Cette disposition tout en réaffirmant le rejet dans son principe d'un statut pénal dérogatoire, pose le principe de la plénitude de compétence de la norme coutumière pour régir au-delà du domaine du droit des personnes et du droit de la famille l'ensemble des rapports de droit privé (hormis les rapports commerciaux ou les rapports du travail). Le rappel, par ce même texte, de ce que la norme coutumière régît aussi les terres coutumières, conforte la généralité du principe ainsi posé.

L'article 7 de la loi de 1999 va donc incontestablement dans le sens voulu par la Cour de Cassation<sup>151</sup> qui imposait d'étendre la compétence de la juridiction créée en 1982 à l'ensemble des affaires gracieuses (en l'espèce au régime des incapacités). Il va aussi dans le sens voulu par la chambre criminelle en octobre 2000, laquelle en interdisant les sanctions coutumières pousse les citoyens de statut coutumier à saisir les juridictions coutumières de l'ensemble de leurs contestations, bien au-delà de la sphère du droit des personnes et de la famille.

L'article 7 de la loi du 19 mars 1999 ne permet plus de douter de la compétence de principe dont disposent les juridictions créées par l'ordonnance du 15 octobre 1982 pour connaître de l'ensemble des affaires (gracieuses et contentieuses) mettant en cause entre elles des personnes de statut coutumier.

Mais la généralité du principe n'en fait pas un principe absolu : elle appelle la jurisprudence à en définir et préciser les contours exacts.

#### **\* Le rôle de la jurisprudence dans la définition du domaine d'application de la norme coutumière.**

Le principe de l'article 7 connaît déjà une exception notable : les requêtes en changement de statut seront examinées en présence d'assesseurs coutumiers, alors qu'elles ne sont régies ni par le droit coutumier ni par le Code civil mais par une norme de valeur constitutionnelle (les dispositions de la loi organique de 1999).

De même, si le droit coutumier régît les terres coutumières, il serait peut être excessif de considérer qu'il régît aussi l'ensemble de l'activité économique en rapport avec l'exploitation de ces terres.

Le principe étant posé, le réalisme imposera certainement de l'adapter à la réalité. Mais on ne peut retenir pour tenter de contourner l'article 7 certains arguments, notamment celui consistant à souligner que l'ordonnance du 15 octobre 1982 définit une composition particulière sans, pour autant, préciser le droit que cette composition doit appliquer. Outre le fait que la loi organique prime sur l'ordonnance, soutenir que la juridiction avec assesseurs coutumiers n'aurait pas à appliquer nécessairement le droit coutumier impliquerait d'admettre que la réciproque soit vraie : à savoir que le juge unique statuant comme juridiction de droit commun n'ait pas nécessairement à appliquer le Code civil.

Sauf à remettre en cause la légitimité de ces juridictions, il n'est pas contestable que la composition détermine le droit applicable, sauf les trois exceptions expressément prévues :

---

<sup>151</sup> Cass. civ., 1<sup>o</sup>, 13 octobre 1992, J.C.P. 1992, IV, n<sup>o</sup> 3046 (*affaire Poadae*).

- l'article 9 alinéa 2 de la loi organique qui permet une option de législation au détriment du droit commun, en principe applicable en cas de conflit de norme ;<sup>152</sup>

- l'article 19 de la loi organique qui renvoie à la juridiction avec assesseurs coutumiers le soin d'appliquer une norme constitutionnelle s'agissant des requêtes en changement de statut ;<sup>153</sup> et

- l'article 7 de l'ordonnance du 15 octobre 1982 qui permet aux parties de renoncer à la présence des assesseurs coutumiers sans que pour autant la juridiction puisse se dispenser d'appliquer les règles du droit coutumier.<sup>154</sup>

Les juridictions avec assesseurs coutumiers ont été créées pour dire le droit coutumier et, dans le silence du droit coutumier, pour le créer (comme le rappelle la Cour de Cassation dans son arrêt de 1992) au besoin en recourant à un droit supplétif. La possibilité de recourir aux règles du Code civil comme droit supplétif ne signifie pas que l'on reconnaît aux parties, pas plus qu'au juge, le droit de choisir entre deux lois ou deux systèmes juridiques. Cette solution ne s'impose que dans le silence du droit coutumier lorsqu'il convient d'éviter un déni de justice.

Enfin, le fait que la juridiction avec assesseurs coutumiers lorsqu'elle examine des requêtes en changement de statut n'applique ni le Code civil, ni le droit coutumier mais une norme constitutionnelle primant sur les deux premières souligne que le droit civil n'a nulle prééminence sur le droit coutumier, les deux normes se trouvant – en principe – placées sur un strict pied d'égalité. Chacune d'elles a vocation à constituer la norme de principe applicable au statut personnel qui lui correspond.

L'article 7 traduit l'abandon de la doctrine assimilationniste : aussi n'y a-t-il rien d'étonnant à voir une norme si étrangère à nos traditions soulever tant d'interrogations.

\*

L'article 75 de la Constitution est une disposition à tout faire et à tout dire, parce qu'elle exprime les préoccupations circonstanciées du constituant de 1946. Elle a dû être réinterprétée pour n'être plus seulement un instrument à intégrer, et pour devenir le garant de l'identité collective d'une minorité ethnique, le Peuple Kanak.

Encouragée à réinterpréter cet article 75, la jurisprudence s'était arrêtée en chemin, contrainte par les termes clairs de cette norme. La contrainte normative a joué, sans conteste, comme un facteur d'inertie.

La loi organique 99-209 du 19 mars 1999 avec ses "dérogations" a permis de réécrire pour la Nouvelle-Calédonie cette disposition, afin qu'elle puisse prendre en compte la vérité sociologique. Ce texte récent souligne que l'article 75 de la Constitution ne pourra devenir la disposition protectrice qu'il a la prétention d'être qu'en étant le garant pour chaque individu du droit à se voir appliquer une norme adaptée à son propre vécu et non plus celle héritée

---

<sup>152</sup> **Art. 9. al. 2** – (...) *Dans les rapports juridiques entre les 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.*

<sup>153</sup> **Art. 19.** - *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier (...). Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers...*

<sup>154</sup> Puisque ces règles n'ont pas trait au fond du droit mais seulement au mode de composition de la juridiction comme l'a formellement rappelé la cour de cassation (Cass. civ., 2°, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93).

(au travers de sa filiation) des choix arbitraires de ses ascendants.

Il importe de se garder, en ce domaine, de toute généralisation. Le choix et, plus encore, l'héritage d'un statut inadapté peut constituer un handicap social pour l'individu. Réciproquement, l'abandon de son statut d'origine peut avoir un effet positif, lorsqu'il est facteur d'insertion - et d'ascension - sociale. Aussi, convient-il de considérer que si l'article 75 n'a pas vocation à permettre à l'individu de choisir sa loi, encore faut-il lui permettre de jouer avec suffisamment de souplesse pour permettre à l'individu d'être régi par la norme qui appréhende le mieux ses rapports sociaux.

L'article 75 lorsqu'il affirme la stabilité du statut joue comme un facteur de sécurité dans les rapports juridiques, mais lorsqu'il devient le garant imperturbable d'une totale indisponibilité du statut (sauf pour abandonner le statut particulier), il opère une discrimination entre les deux statuts et les deux catégories d'individus, il porte atteinte au principe du respect de l'intimité de la vie privée et, au-delà, remet en cause le droit au respect de la dignité de la personne, et du groupe social auquel elle appartient tant par son vécu que par la naissance.

Cette réinterprétation de la norme constitutionnelle et cette reconnaissance de droits collectifs, sur la base de critères culturels, traduit une avancée dans le sens de la reconnaissance des droits autochtones. Mais elle met un peu plus en exergue le décalage existant entre les principes du droit civil et ceux du droit pénal.

## Section 2 – La négation du droit coutumier subsiste au travers d’un “non-droit pénal coutumier”.

Au travers de la justice pénale, on perçoit toute l’ambiguïté du “modèle” français et la distance qui sépare parfois le droit proclamé du droit effectivement mis en oeuvre.

Ce “modèle” proclame un principe d’autonomie juridique en établissant des règles déterminant des catégories de citoyens, en reconnaissant des droits fonciers traditionnels, et au-delà tout le versant civil de la coutume, en se dotant pour cela de juridictions sur mesure. L’article 75 ne serait-il qu’un leurre constitutionnel au regard de la loi pénale ? Celle-ci traduit encore l’objectif d’intégration du droit autochtone au droit “dominant”.

La dualité civile impose, d’ores et déjà, à la coutume de se mouler – au moins formellement – dans le corset que constituent les principes d’ordre public. Mais elle est condamnée à disparaître ou à rester dans un cadre extra-judiciaire (qui lui a permis jusqu’ici de perdurer), si on l’appréhende dans son volet pénal.

Certes, cette situation n’est pas le propre de la Nouvelle-Calédonie : elle caractérise de nombreux pays d’Afrique mais aussi les pays neufs (Australie, Canada, notamment).<sup>155</sup>

La solution pour sortir de cette contradiction, qui conduit à l’impasse, ne consiste-t-elle pas à admettre le droit traditionnel dans toute sa dimension dans l’attente d’une éventuelle évolution de la société mélanésienne.<sup>156</sup> Mais cela supposerait de déléguer une partie du traitement des infractions pénales soit à des juridictions pénales disposant d’une composition élargie (ce que préfigurent déjà les assesseurs civils des formations collégiales) ou des juridictions pénales indigènes exerçant une justice pénale déléguée et strictement encadrée comme dans l’exemple sud-africain, que nous évoquerons plus bas.

Le législateur français a cru pouvoir en 1946 avec la suppression de l’indigénat et le code pénal indigène supprimer les juridictions pénales coutumières qui existaient en Afrique notamment.<sup>157</sup>

Aujourd’hui, l’accord de Nouméa envisage une “*médiation pénale coutumière*” qui ouvre la boîte de Pandore de tous les espoirs et peut-être de toutes les frustrations qui pourraient en découler, car la synthèse entre “*médiation pénale*” et la référence “*coutumière*” apparaît bien difficile à réaliser ces deux choses étant inconciliables au regard du sacro-saint principe d’unité du droit pénal. En tout cas cette notion inédite montre que les principes ne sont pas aussi affirmés qu’autrefois ni aussi assurés de leur pérennité, et qu’une

---

<sup>155</sup> Voir en ce sens l’expérience judiciaire canadienne dite *circle sentencing* (v. Ross Gordon Green, *Justice in Aboriginal Communities : sentencing alternatives*, *Purish Publishing*, 1998, 192 pp.).

<sup>156</sup> Le 30 mai 1997 le Ministre de la Justice (Attorney-General) de l’Etat du Queensland, M. Denver Bealand annonçait pour la région de Cape York la possibilité de reconnaître officiellement aux responsables coutumiers le droit de juger, au sein de leurs communautés, les contraventions de simple police (en les érigeant en *Justice of the Peace*) le but étant de leur permettre de prononcer des peines (y compris d’emprisonnement ferme) concurremment avec certaines condamnations de nature coutumière. Le 21 juin 1997, son homologue du Territoire du Nord, Denis Burke, se déclarait d’accord avec la proposition de certains responsables aborigènes de recourir plus souvent aux solutions coutumières au sein des communautés pour sanctionner les délinquants, tout en se déclarant hostile au recours aux sanctions corporelles prévues par la coutume.

<sup>157</sup> Décret du 3 avril 1946, portant suppression de la justice indigène en matière pénale, *J.O.R.F*, 1<sup>er</sup> mai 1946, p. 3680. Pour un témoignage sur le fonctionnement de ces juridictions sur le territoire de l’actuelle République Centrafricaine, v. André Thiellement, *La Justice en Afrique Noire, Oubangui 1948 : audience foraine*, in Pierre Gentil (dir.) *Les Derniers Chefs d’un Empire, Travaux et Mémoires de L’Académie des Sciences d’Outre-Mer*, 1972.

évolution est d'ores et déjà envisagée. D'aucuns s'interrogent sur la légitimité de cette évolution, en est-il encore temps alors même que l'examen de la pratique démontre son caractère inéluctable.

Le Droit comparé démontre que l'aménagement du principe d'unité du droit pénal n'est pas synonyme de remise en cause des principes démocratiques (§ 1). D'autant que l'application uniforme du droit pénal en Nouvelle-Calédonie recèle déjà une reconnaissance implicite du fait coutumier (§ 2).

### **§ 1 - Les principes démocratiques et l'aménagement du principe d'unité du droit pénal.**

Le modèle français semble ne pas concevoir de dualisme en matière pénale sauf à renoncer aux principes des droits de l'Homme. L'arrêt *Siwel Waehnya et autres* rendu par la Cour de Cassation, le 10 octobre 2000, illustre cette position qui n'offre qu'une alternative : soit refuser toute concession à la justice pénale coutumière, soit renoncer à la sauvegarde des droits de l'Homme. En effet, dans cette décision la Cour de cassation reprenant l'argumentation de la Cour d'appel de Nouméa affirme "*aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier. L'Etat reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public, et de garantie des libertés publiques*".<sup>158</sup>

Refuser de reconnaître une justice pénale coutumière de peur de cautionner un système non respectueux des principes démocratiques est, sans conteste, réducteur au regard de la reconnaissance déjà acquise du statut civil particulier et des exemples étrangers. C'est, en effet, une position diamétralement opposée qu'a adoptée l'Afrique du sud, en reconnaissant l'altérité y compris en ce domaine afin de pouvoir encadrer l'exercice de la justice répressive dans les tribus (A). Quant au système judiciaire australien, après avoir hésité longuement, il semble aujourd'hui de plus en plus tenté par un renversement des principes (B).

Force est de constater, cependant, que l'article 75 de la constitution ne reconnaît que le volet civil du statut coutumier, et que sur le plan pénal cette disposition joue pleinement son rôle de norme contraignante.

#### **A - L'encadrement d'une justice coutumière déléguée : l'expérience sud-africaine.**

Hormis les infractions énumérées à l'annexe III du *Black Administration Act 1927* (atteintes à la sécurité de l'Etat et au chef de l'Etat, assassinat, homicide volontaire, viol, et vol), le juge coutumier sud-africain connaît de toutes les infractions intéressant les citoyens

---

<sup>158</sup> Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 5871. Cet arrêt rejetait le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa prononcé le 20 janvier 2000, qui avait confirmé le jugement, n°46/99, rendu par le tribunal de Lifou le 17 juin 1999.

Le 15 janvier 1999 après avoir vainement banni deux femmes de la tribu, qui en raison de leur appartenance aux Témoins de Jéhovah refusaient de s'acquiescer de certains travaux coutumiers comme de se rendre à certaines cérémonies, les coutumiers de Chepenehe vinrent chercher les deux sujets récalcitrants, les firent agenouiller pour leur administrer le fouet, selon l'usage, avec un nerf de bœuf. Apprenant que les deux femmes avaient porté plainte, ils les châtièrent une seconde fois.

En lieu et place de la simple peine d'amende de 25 000 F CFP prononcée par le tribunal de Lifou (à l'encontre de chacun des huit prévenus) la cour d'appel portera ces peines à six et quatre mois d'emprisonnement avec sursis pour les plus impliqués et à 80 000 et 100 000 F CFP d'amende pour les moins impliqués des prévenus.

Le pourvoi en cassation visait à faire sanctionner la non-reconnaissance, par les juges du fond, de la légitimité de la justice coutumière laquelle se prévalait de son antériorité historique par rapport à la justice française.

de statut coutumier.

A la différence des exemples français et australiens le système sud-africain organise une justice pénale coutumière pour tenter d'en canaliser le fonctionnement. La norme pénale traditionnelle reconnue dans son principe est néanmoins cantonnée au cadre communautaire tout en restant soumise au contrôle des juridictions de droit commun.

### **1°) Le principe de la reconnaissance d'une justice pénale communautaire.**

En Afrique du Sud, le droit pénal coutumier est reconnu à la section 20-1-i du *Black Administration Act 1927*, et la compétence pénale des juges coutumiers définie par la section 20.<sup>159</sup>

La composition même des *magistrates' courts* statuant en matière pénale exprime cette reconnaissance du droit pénal coutumier. En effet, la section 93 *Ter* du *Magistrates' Courts Act 32 of 1944* permet au juge professionnel de se faire assister par deux assesseurs (pris sur une liste établie par le ministre compétent). Les assesseurs sont choisis par le juge (section 93 *Ter*-4) en fonction de "*l'environnement social et culturel du prévenu*", son niveau d'études, la nature et la gravité de l'infraction, la nature et la gravité de la peine encourue ou encore, précise le texte, en fonction de "*l'intérêt particulier que revêt le jugement de cette affaire soit pour la collectivité en général, soit pour une communauté en particulier*". Cette disposition finale traduit la prise en considération d'un ordre public communautaire, car dans ce cas de figure les assesseurs coutumiers pourront jouer une fonction de porte-parole des aspirations de la communauté auprès du tribunal et, en retour, une fonction d'explication de la décision à l'adresse de la population concernée. Il y va de la crédibilité des juridictions, et surtout de la sécurité du prévenu qui risque toujours de voir s'exercer à son encontre une justice privée, le risque étant d'autant plus grand si la peine prononcée par le tribunal est mal perçue par la population.

Cependant, la compétence de principe des chefs traditionnels pour juger des contraventions et des délits commis par leurs "sujets" trouve sa limite lorsque les faits touchent aux intérêts de personnes de race blanche qu'elles soient auteur, coauteur, complice ou même victime des faits, et ce afin d'éviter un conflit de normes.<sup>160</sup> La justice pénale coutumière demeure donc une justice communautaire.

### **2°) Le contrôle du pouvoir de sanction des chefs coutumiers.**

La compétence des autorités traditionnelles est encadrée par une définition stricte des

---

<sup>159</sup> *Black Administration Act 1927*, section 20-1. - *Le ministre peut discrétionnairement conférer à tout chef traditionnel ou notable le pouvoir de juger et de punir tout individu de race africaine qui se sera rendu coupable dans sa zone de compétence d'une :*

(i) *infraction aux règles de la Common law ou du Droit africain ou coutumier à l'exception des infractions énumérées à l'annexe 3 de la présente loi.*

(ii) *infraction aux règles écrites (statute law), définies limitativement par le ministre, à l'exception de celles énoncées à l'annexe 3 de la présente loi.*

<sup>160</sup> Le *Black Administration Act 1927*, section 20-1 précise *in fine* que la compétence des chefs traditionnels s'exerce hormis le cas où l'infraction touche aux rapports interraciaux, puisque "*(...) aucune de ces infractions ne pourra en principe être jugée par un chef africain ou notable lorsqu'elle aura été commise en réunion par plusieurs personnes dont l'une d'elles n'est pas de race noire, ou au détriment d'une personne qui n'est pas de race noire ou au détriment d'un bien appartenant à une personne qui n'est pas de race noire, à moins que l'infraction ne porte sur des biens mobiliers ou immobiliers qui sans leur appartenir ont été remis en jouissance à une tribu, une communauté africaine, ou à un groupe d'africains ou à titre individuel à une personne de race noire*".

peines applicables. A cette fin la loi de 1927, en sa section 20, énonce un principe (20-1) et des exceptions (20-2), tendant à concilier l'application de la règle pénale coutumière et la garantie constitutionnelle des droits de l'Homme.

La règle de principe affirme que le droit coutumier africain régit le prononcer comme l'exécution des peines, à moins que l'autorité réglementaire n'en ait disposé autrement.<sup>161</sup>

Mais les juridictions coutumières ne peuvent prononcer des peines qui seraient attentatoires soit à la liberté soit à l'intégrité corporelle de l'individu, ce qui exclut tant le recours à l'emprisonnement que la pratique des châtiments corporels. La section 20-2 précise que le juge coutumier statue sur la culpabilité, puis sur la peine, et qu'il en assure l'exécution.

Le juge coutumier ne peut prononcer d'amendes excédant 100 Rands, ce qui ne lui interdit pas *a priori* de recourir à des peines conformes à la tradition : réparation du préjudice subi par la victime, pardon, interdiction de séjour ou bannissement.<sup>162</sup>

Le montant maximum de l'amende encourue reste modeste. Mais le mécanisme qui en garantit le règlement effectif montre que les juridictions coutumières jouent en réalité une fonction de justice pénale déléguée.

En effet, la condamnation à l'amende n'est pas sans évoquer la logique de nos peines dites de substitution, dans la mesure où le non-paiement de l'amende se traduira par le prononcer d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas 3 mois.<sup>163</sup> Cette peine sera prononcée par le juge de droit commun qui garantit le respect des décisions rendues par le juge coutumier lorsque ce dernier prononce la seule peine (de droit) moderne dont il puisse faire usage : l'amende.

Ces dispositions démontrent que le pouvoir de sanction des chefs coutumiers n'a plus grand chose à voir avec l'archaïsme des sanctions "disciplinaires" ou coutumières exercées ailleurs. Il est l'exercice d'une véritable justice pénale coutumière admise dans la mesure où elle n'est pas attentatoire aux droits de l'Homme. Et ce d'autant plus que ce pouvoir juridictionnel reste soumis à l'appel devant la *magistrate's court*.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> Section 20-2 : *A moins que le ministre n'en ait disposé autrement par voie d'arrêté pris conformément à la section 9, le droit coutumier africain s'imposera dans la procédure applicable aux affaires jugées par les chefs, les notables ou leurs délégués dans le cadre de la présente section, dans la sanction, dans la mise à exécution des peines prononcées en application des dispositions de la section 9-1-b du Black Authorities Act (...), ainsi que dans le mode d'affectation du produit des amendes (...).*

<sup>162</sup> Le Black Administration Act 1927, section 20-2 interdit à l'autorité coutumière d'infliger des sanctions "(...) impliquant la mort, la mutilation, de graves atteintes corporelles ou une peine d'emprisonnement, ou une amende excédant 100 Rands ou deux têtes de gros bétail ou dix petits animaux, ou des châtiments corporels."

<sup>163</sup> Black Administration Act 1927, section 20-5 :

(a) *Lorsqu'une autorité coutumière ne peut recouvrer tout ou partie d'une amende prononcée en application de la sous-section 2, elle peut faire arrêter la personne et la faire détenir à charge pour elle, dans les quarante-huit heures de son arrestation, de la déférer ou la faire déférer devant la magistrate's court compétente territorialement à raison du lieu où la décision a été rendue.*

(b) *Le magistrat devant lequel est déférée la personne en application du paragraphe (a) s'assure de la légalité de l'amende prononcée et de ce qu'elle n'a pas été payée en tout ou en partie, il fait injonction à la personne condamnée de la payer, et à défaut pour celle-ci d'y déférer, il peut la condamner à une peine d'emprisonnement n'excédant pas trois mois.*

(c) *Le magistrat qui prononce une peine d'emprisonnement, dans les conditions de cette section, décerne mandat de dépôt.*

<sup>164</sup> Section 20-6 : *Toute personne condamnée par l'autorité coutumière en vertu des dispositions de la présente section pourra, faire appel de cette condamnation et des peines prononcées devant la magistrate's court du district dans lequel la décision attaquée aura été rendue, en se conformant aux procédures et délais fixés par la sous-section 9.*

Cette dernière sous-section (section 20-9) précise que : "Le ministre pourra prendre toutes mesures réglementaires :

(a) *chaque fois que cela sera nécessaire pour toutes les questions définies à la présente section relevant de sa compétence;*

Le système sud-africain offre une piste intéressante s'agissant de définir ce que pourrait être le contenu de la "médiation pénale coutumière". Le placement d'une justice pénale communautaire sous le contrôle d'un magistrat du parquet (qui pourrait être l'option française) ou d'un magistrat du siège (option sud-africaine) participe, incontestablement, de la même logique.

Le système sud-africain est pragmatique, et surtout prudent en prévenant les "débordements" que connaît actuellement la *common law* australienne en la matière.

## **B - La *common law* australienne vers une remise en cause de la suprématie du Droit étatique.**

Les juridictions australiennes ont désormais dépassé le cadre proposé voici quelques années par la Commission Australienne de Réforme du Droit,<sup>165</sup> laquelle n'envisageait que de reconnaître le "fait" coutumier, pour n'avoir pas à reconnaître la norme coutumière et prévenir un possible conflit de normes.

Elles ont progressivement réinterprété les principes du droit pénal dans leur application au contexte social en procédant à une analyse critique des normes étatiques et en les confrontant à la loi, dite *Racial Discrimination Act 1975*, qui interdit toutes les formes (directes ou indirectes) de discrimination raciale. De cette loi fédérale, qui prime sur les autres textes, le juge australien a fait le socle juridique d'un système de contrôle de la constitutionnalité des normes qu'il applique. Elle lui sert à justifier des solutions qui voient le droit pénal étatique, parfois, contraint de composer avec la norme coutumière.

L'évolution de la *common law* a été sur ce point progressive, mais elle paraît s'orienter inexorablement vers un système, non pas dualiste au sens classique du terme, mais qui verrait la suprématie du droit étatique céder devant la faculté, appréciée par le juge, de faire prévaloir l'ordre public communautaire sur l'ordre public étatique au nom d'un principe supérieur : le principe de non-discrimination raciale.

La logique qui sous-tend ce dualisme (qui ne se définit pas comme tel) est de veiller à ne pas appliquer un droit qui dans sa mise en œuvre aurait des effets si défavorables pour la communauté aborigène qu'il pourrait constituer une discrimination raciale indirecte : le juge doit veiller à ce que l'application du droit, tout le droit et rien que le droit, ne constitue le comble de l'injustice pour ces populations : *summum jus, summa injuria*.

Cette évolution a été jalonnée d'arrêts retentissants depuis l'arrêt *Sydney William* de 1976,<sup>166</sup> *Walker* de 1994<sup>167</sup> (qui admettent l'existence de circonstances "culturelles" atténuantes) jusqu'au jugement rendu en première instance en 1998 dans l'affaire *Yunupingu* qui pour la première fois déclare recevable une exception tirée du droit coutumier, et tranche

---

(b) pour déterminer la procédure et les délais qui régissent l'exercice de l'appel prévu à la section 6 ;

(c) pour définir les règles de procédure qui régissent les divers recours et voies de droit, définis à la présente section".

<sup>165</sup> L'Australian Law Reform Commission instituée en 1977 a déposé en 1986 un rapport (*The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Canberra, n° 31, A. G. P. S., 1986). Voir notre article, 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 (avril 1996) pp. 137-162.

<sup>166</sup> *R v. Sydney William* (1976) 14 S.A.S.R 1. Sydney Williams était jugé pour le meurtre de Dorothy Williams, son épouse. Cette dernière, alors qu'elle se trouvait en état d'ébriété avait enfreint un tabou en révélant des secrets tribaux dont au surplus, une femme ne peut connaître.

<sup>167</sup> *R v. Wilson Jagamara Walker*, *Supreme Court of Northern Territory*, 10 February 1994, SCC n° 46 of 1993 (non publié).

un conflit de normes en faisant primer la coutume sur le droit pénal australien.<sup>168</sup>

## § 2 - L'option française de l'absolutisme du principe d'unité du droit pénal : les principes et le fait.

Nos principes ont permis parfois, la prise en compte du fait coutumier et ce dans des cas extrêmes où ce fait constituait une contrainte morale irrésistible, eu égard au sexe, aux facultés mentales, au milieu social, et aux croyances de l'accusé.<sup>169</sup> Mais c'est, là, l'exception. Une affaire *Pebou-Polae* jugée par Cour d'assise de Nouméa, le 20 juillet 1994 évoquait aussi la nécessité pour l'accusé d'obéir à une force occulte, mais elle n'a pas permis d'envisager l'idée d'une contrainte morale, les débats ayant essentiellement brillé par l'absence de tout élément ou indice matériel en ce sens, comme par le refus de l'accusé de s'expliquer.<sup>170</sup> Pour

<sup>168</sup> *Police v. Yunupingu, magistrate's court, Darwin, 20 February 1998, n° 9709243* (non publié).

Les faits reprochés avaient valu à Galarwuy Yunupingu (président du Northern Land Council) des poursuites pour viol accompagné de détériorations et de violences sur la personne de la victime, Michael McRostie. Ce dernier, qui exerçait au moment des faits la profession à Darwin de photographe, se trouvait le 4 avril 1997, sur une zone du bord de mer soumise à l'autorité coutumière (située à la périphérie de la ville de Nhulunbuy).

Il y prenait des photos à caractère commercial sans avoir obtenu l'autorisation des responsables coutumiers.

M. Yunupingu accompagné de membres de son clan (parmi lesquels deux enfants mineurs) se rendait sur ce site qui appartient au clan des Gumatj, clan dont il est le responsable le plus âgé. Or selon le droit coutumier local (la coutume Yolngu) la qualité d'ancien investissait M. Yunupingu de la mission de surveiller et éduquer les enfants mineurs qui l'accompagnaient. Toujours selon la coutume Yolngu le fait de prendre des clichés d'une terre ou de ses habitants est considéré comme une forme d'appropriation de l'esprit de cette terre ou de ces gens. Peu après leur arrivée sur le site le prévenu se rendit compte que le photographe avait pris des photos des deux mineurs et ce alors qu'ils étaient nus. Du fait que l'autorisation n'avait pas été demandée à M. Yunupingu (seul habilité à la délivrer) celui-ci était fondé à réclamer soit le film soit une indemnisation de 50 dollars. Le juge a constaté que cette transaction était conforme au droit coutumier et qu'elle ne constituait nullement une tentative d'extorsion comme le prétendait le photographe.

Faute d'accord, M. Yunupingu était donc fondé à s'emparer de l'appareil photographique et à détruire la pellicule, la juridiction n'ayant pas retenu l'existence de faits de violence physique.

<sup>169</sup> Cour criminelle de l'A.E.F., siégeant à Fort Lamy, 4 février 1953, *Penant*, 1954, III, p. 281 s., note Léauté. L'accusée était une femme qui accusée de sorcellerie, et sommée de boire un poison d'épreuve mortel des jours durant par Bayo, le sorcier du village, s'évadera de la case où elle était séquestrée se précipitera sur sa propre fille en plongerà par deux fois un couteau dans le ventre de cette dernière "Attendu qu'en agissant ainsi, Dehouma, voulant démontrer qu'elle n'était pas sorcière, employait le seul moyen que les superstitions locales proposaient et imposaient à son cerveau primitif ; Attendu, en effet, que, la croyance étant, d'une part, que la sorcellerie se transmet obligatoirement des parents aux enfants, et, d'autre part, que les entrailles mises à nu d'un sorcier bouillonnent et se tordent comme des serpents, Dehouma, en ouvrant le ventre de sa fille, pensait prouver que l'accusation de sorcellerie, portée contre elle par Bayo, était fausse ; Attendu que si horrible et inhumain qu'apparaisse un tel acte, il convient, pour l'apprécier, de tenir compte des divers éléments qui l'ont déterminé ; qu'il y a lieu de relever d'abord que Dehouma passait dans le village pour faible d'esprit et que c'est probablement la raison qui l'a fait choisir par Bayo comme victime de sa machination ; qu'elle a été pendant plusieurs jours séquestrée par lui et poussée, par exhortations et menaces, à accomplir un geste qui, pour elle, équivalait à un suicide ; qu'aucune autorité communale n'est intervenue pour mettre fin à cette odieuse violence, en face d'une population surexcitée par Bayo, alors que nul n'ignorait quelles pouvaient en être les tragiques conséquences ; Attendu, ainsi, qu'il est établi par les débats que Dehouma a agi sous l'empire d'une contrainte morale irrésistible pour elle, eu égard à son sexe, à ses facultés mentales, au milieu dans lequel elle a vécu et à ses superstitions, et qu'il échet de la déclarer non coupable du crime de meurtre qui lui est imputé par application de l'article 64 du Code pénal..."

<sup>170</sup> Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie, arrêt n° 14-b du 20 juillet 1994, *Ministère public c/ Pebou-Polae*. Il s'agit ici du "procès du boucan" (terme qui désigne la sorcellerie en Nouvelle-Calédonie). Jean-Pierre Pebou-Polae avait poignardé le 13 novembre 1992 Germain Tchouarame, car il était persuadé que ce dernier avait provoqué quelques temps auparavant la mort de son père adoptif par le recours à la magie (les deux clans s'opposaient sur des questions foncières et le litige n'avait pas été réglé du fait de l'incurie des autorités coutumières). L'accusé précisait qu'un sorcier consulté par lui l'avait assuré de l'origine maléfique de la mort de son père. Comme le soulignera le soir même du procès au journal télévisé, Nathalie Daly, le chroniqueur judiciaire : "Absence d'autorité tribale, problèmes fonciers, traces de sorciers dont l'un que l'accusé appelle le guérisseur secret et qui aurait, en fait, armé son bras en lui révélant la participation magique du clan ennemi dans la mort de son père. De ce guérisseur secret on n'en saura pas plus. Car ce procès c'est aussi celui du non-dit, celui du silence, celui dans lequel se mure Jean-Pierre Pebou-Polae. Les témoins se succèdent, évoquent certes la démission des autorités coutumières dans un conflit qui aurait pu ne pas basculer dans le drame. Mais pour le reste on se tait. Car la magie fait peur, et les superstitions pèsent comme une chape de plomb sur la petite tribu. Seul coup de théâtre, la

autant la Cour tiendra manifestement compte du contexte culturel en ne retenant pas la circonstance de préméditation du crime.

Le principe d'unité du droit pénal réaffirmé récemment par la Cour de cassation (A) se heurte à la réalité sociale et à la survie des structures héritées de la colonisation, aussi connaît-il en pratique de nombreuses atténuations (B).

## A - La réaffirmation constante du principe d'unité du droit pénal.

L'unité/uniformité du droit pénal heurte une réalité sociale façonnée par l'histoire.

### 1°) L'affirmation de l'unité de droit pénal face à l'héritage colonial.

L'organisation sociale, comme les pouvoirs reconnus aux chefferies, sont l'héritage d'une organisation coloniale qui avait investi les chefferies de pouvoirs exorbitants afin de permettre un contrôle social sans faille sur les populations autochtones.<sup>171</sup>

En 1887<sup>172</sup> est instauré le régime de l'indigénat (prorogé par le décret promulgué le 9 juin 1897) permettant au gouverneur de faire interner l'indigène sans jugement. La liberté de déplacement des Kanaks, restreinte dès les années 1860, est réglementée à partir de la décision du 9 août 1898<sup>173</sup> organisant le service des affaires indigènes (article 28 à 34).

C'est la décision du 9 août 1898 qui précise les droits et devoirs des "grands-chefs" responsables du maintien de l'ordre dans les "districts", lesquels contrôlent les "petits-chefs" placés à la tête des "tribus", et peuvent sanctionner les indigènes soumis à leur juridiction.<sup>174</sup>

Sur le plan des droits individuels, l'évolution a été lente et l'indigène ne s'est vu reconnaître que très tardivement un statut de citoyen à part entière. Cette réalité explique l'attachement des chefferies aux pouvoirs qu'elles avaient reçus dans le cadre du système colonial dit de "l'administration indirecte", et le respect par leurs sujets d'une organisation certes surannée mais vivace dans les esprits (ceci étant variable selon les endroits).

Annonçant les transformations apportées par la Constitution de 1946 et la loi Lamine-

---

*déclaration tardive de l'accusé : vous jugez mon acte barbare, dit-il à la cour, mais j'ai agi pour faire justice moi-même, pour venger la mort de mon père...*". Pour le parquet général il n'y avait pas lieu de faire le procès de la coutume et du "boucan" eu égard notamment à la préméditation de l'acte, élément constitutif de l'assassinat. La défense soulignera au contraire l'arrière plan culturel de ce crime, selon le chroniqueur judiciaire : "A la défense M<sup>o</sup> Sénac insiste, au contraire, sur l'empreinte du boucan. L'explication du drame est dans la culture de J.-P. Pébou-Polae dit-il. Rappelez-vous au XVII<sup>ème</sup> siècle le procès de Loudun, où on brûlait les sorciers. De la même façon, J.-P. Pébou-Polae a tué celui qu'il croyait responsable de la mort par boucan de son père. L'obscurantisme des siècles passés est encore présent dans la tribu perdue d'Ouénia. Et le boucan, conclura M<sup>o</sup> Sénac, est une réalité mélanésienne dont il faut tenir compte pour comprendre le geste de J.-P. Pébou-Polae..."

En définitive, la cour ne retiendra ni l'idée d'une contrainte morale, ni la circonstance de préméditation, et condamnera l'accusé à huit ans de réclusion criminelle au lieu des treize années réclamés par l'accusation.

<sup>171</sup> Isabelle Merle, Le régime de l'indigénat et l'impôt de capitation en Nouvelle-Calédonie. De la force et du droit : la genèse d'une législation d'exception ou les principes fondateurs d'une ordre colonial, in Alain Saussol et Joseph Zitonievsky (dir.) Colonies, Territoires, Sociétés, L'Harmattan, 1996, p. 223 et s.

<sup>172</sup> Arrêté du 23 décembre 1887 investissant l'Administrateur, chef du service des affaires indigènes, des fonctions d'officier de police judiciaire, auxiliaire du Procureur de la République.

<sup>173</sup> Décision du Gouverneur, n° 840, portant organisation du service des affaires indigènes, BONC, 1898, pp. 366-376.

<sup>174</sup> Cette décision opère une évolution sémantique : auparavant l'organisation administrative coloniale imposait l'existence de tribus subdivisées en villages. Désormais, cet arrêté crée des districts indigènes dirigés par des grands-chefs et à l'échelon administratif inférieur se trouvent des tribus (qui correspondent aux simples villages d'antan) placées sous l'autorité de petit-chefs. C'est l'organisation qui prévaut encore de nos jours.

Gueye,<sup>175</sup> une décision du gouvernement provisoire de la République, en date du 22 décembre 1945<sup>176</sup> décrétait l'abolition du régime de l'indigénat. Mais le 14 février 1946, le gouverneur de la Nouvelle-Calédonie signait un arrêté *relatif aux indigènes de race océanienne* restaurant un régime pénal dérogatoire pour les Mélanésiens, lequel a perduré en définitive plus longtemps que ne le laissaient entendre les proclamations.<sup>177</sup>

Cet arrêté disposait sur la base d'une discrimination ethnique que :

**Art. 1.** - *“Les indigènes de race océanienne continueront à être placés sous l'autorité des syndics de leur centre et des chefs des tribus. Les indigènes sont tenus de répondre aux convocations du service des affaires indigènes, des syndics et des chefs de tribus ainsi que d'exécuter les ordres qui leur seront donnés par ces diverses autorités dans la limite de leurs attributions.”*

De plus, les règles de police applicables aux indigènes entravant leur liberté de circulation demeuraient puisque l'article 2 précisait :

**Art. 2.** - *“Les indigènes sont tenus de résider dans les limites de leur tribu, à moins qu'ils ne soient munis d'une autorisation écrite du syndic de leur centre ; ou d'un contrat de travail régulièrement conclu et approuvé. Toutefois, les résidents libres restent régis par la réglementation précédemment en vigueur.”*

La distinction était donc maintenue entre ceux qui étaient libres d'aller et de venir et les autres. D'ailleurs, l'article 3 ajoutait, s'agissant de ces derniers, que :

**Art. 3.** - *“Tout indigène âgé de dix-huit ans ou plus qui se trouve en dehors des limites de sa tribu doit être porteur d'une carte d'identité avec photographie (ou, à défaut, avec empreintes digitales) délivrée par le service des affaires indigènes.”*

Enfin, complétant ce dispositif discriminatoire, l'article 4 précisait les sanctions encourues :

**Art. 4.** - *“Tout indigène qui aura contrevenu aux dispositions du présent arrêté sera passible d'un emprisonnement d'un à quinze jours et d'une amende d'un à mille deux cents francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, le maximum de la peine d'emprisonnement sera obligatoirement prononcé. Sera passible des mêmes peines tout indigène qui aura : refusé ou négligé d'exécuter un ordre de réquisition ou de prestation régulièrement donné ; ou contrevenu à la réglementation en vigueur sur l'achat et la consommation des boissons alcooliques par les indigènes ; ou détenu une arme à feu sans autorisation ; ou pris part à un pilou-pilou sans autorisation ; ou contrevenu aux obligations réglementaires en matière d'état civil des indigènes.”*

Au moment même où l'indigénat était aboli partout ailleurs, et où la citoyenneté était conférée aux Mélanésiens, un autre texte édictait des règles de police particulières : un statut pénal dérogatoire. La distinction civil/pénal qui fonde notre système se retrouvait ici : le Kanak, nouveau *citoyen* français sur le plan civil demeurait néanmoins sur le plan pénal “l'indigène” d'autrefois, à une différence près : il n'était plus passible des sanctions relevant de la compétence des administrateurs, il serait désormais justiciable que des juridictions judiciaires.

En droit, il demeurait soumis au pouvoir “disciplinaire” des chefs. C'est cette

---

<sup>175</sup> Loi, n° 46-940 du 7 mai 1946 *tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer*, J.O.N.C., 21 octobre 1946, p. 422.

<sup>176</sup> “Décrète Art. 1<sup>er</sup> - Est supprimé à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1946 le régime de l'indigénat tel qu'il est défini par les dispositions suivantes à savoir (...) 4° - articles 1<sup>er</sup> et 13 du décret du 12 mars 1937 portant réglementation des sanctions de police administrative applicables aux indigènes non-citoyens français en Nouvelle-Calédonie et dépendances”. (Décision, n° 45-0137, du 22 décembre 1945, J.O.N.C. du 18 février 1946, p. 88).

<sup>177</sup> Arrêté, n° 136, du 14 février 1946 *relatif aux indigènes de race océanienne*, J.O.N.C. 18 février 1946 pp. 89 et 90.

coexistence entre pouvoir disciplinaire des chefferies et compétence judiciaire au plan pénal qui survit dans les faits, et que la Cour de Cassation a condamnée dans son arrêt du 10 octobre 2000 en la déclarant non compatible avec le droit positif actuel après que notre droit l'ait organisée et imposée dans les esprits.

Le pouvoir des chefferies intact sous l'empire de la législation de 1946 a même été réaffirmé par l'article 10 de l'arrêté du 6 juillet 1954,<sup>178</sup> qui rappelle que "les grands chefs autochtones sont responsables du maintien de l'ordre dans leurs districts. Ils prennent toutes les mesures nécessaires pour que la sécurité et la tranquillité publiques ne soient pas troublées par les autochtones."<sup>179</sup>

Cette organisation se trouvait légitimée par le fait qu'elle était soutenue par la règle traditionnelle qui permet au conseil des anciens de prendre tous types de décisions dans l'intérêt de la communauté qu'il s'agisse de décisions à caractère civil (ce que conforte la "conciliation" civile prévue par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 15 octobre 1982) ou de décisions à caractère "disciplinaire" pour ne pas dire pénal dont la légalité est certes contestable mais dont la légitimité demeure néanmoins forte au sien des tribus.

De fait, aujourd'hui le citoyen français d'ethnie mélanésienne (tout comme celui d'ethnie wallisienne ou futunienne) risque fort de se voir sanctionner deux fois pour le même fait : d'abord, par l'autorité coutumière et ensuite par nos juridictions répressives. Ou encore, de se voir sanctionner dans le cadre tribal en violation du principe *nullum crimen sine lege* pour avoir bravé des interdits coutumiers quand bien même le comportement incriminé serait parfaitement "normal" au regard de notre droit.

La position française sur cette question apparaît inaltérable : les principes régulièrement rappelés font des "chefs" des justiciables ordinaires. Et des sanctions qu'ils prononcent de vulgaires actes, non de justice, mais de vengeance.

## 2°) Le rappel des principes.

Les principes paraissent simples : la jurisprudence refuse de reconnaître tout privilège de juridiction au profit des chefs coutumiers poursuivis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (a) et réaffirme sans faiblesse l'absence de tout droit pénal coutumier (b).

### a - Le refus de reconnaître un privilège de juridiction au profit des autorités coutumières.

Même si le chef exerce une fonction administrative, il ne peut invoquer devant les juridictions pénales un privilège de juridiction et revendiquer un statut semblable à celui d'un élu ou d'un magistrat.

A l'occasion de quatre décisions *M.P. c/. Evanes Boula et autres*,<sup>180</sup> l'incompétence du

<sup>178</sup> Arrêté, n° 895, du 6 juillet 1954, *fixant les attributions du service des affaires autochtones*, JONC, 19 juillet 1954, p. 346.

<sup>179</sup> L'article 11 continue dans le même sens précisant que : "Sous l'autorité et le contrôle des grands chefs, les petits chefs maintiennent l'ordre et la tranquillité dans les tribus." L'article 12 place néanmoins l'ensemble de ces pouvoirs de police sous le contrôle des gendarmes "syndics des affaires autochtones" puisque : "Les grands chefs et les petits chefs sont tenus d'aviser le commandant de la brigade de gendarmerie dont ils dépendent de tout ce qui se passe sur le territoire soumis à leur autorité."

<sup>180</sup> Cette affaire recouvre quatre jugements du tribunal correctionnel de Lifou, en date du 11 août 1994 (n° 46, 47, 48 et 50) mettant en cause la Grande Chefferie du *District de Loessi* (Grande-chefferie de MOU) et le Grand Chef Boula d'une part,

tribunal correctionnel a été soulevée au motif qu'en sa qualité de Grand-Chef, le prévenu était titulaire d'une délégation spéciale et bénéficiait à ce titre des dispositions des articles 679 et 681 du Code de procédure pénale. En rejetant ce moyen le tribunal, qui faisait une application classiquement restrictive des dispositions du Code de procédure pénale, réaffirmait implicitement le principe d'unité du droit pénal.<sup>181</sup>

L'argumentation du Grand-Chef Boula était fondée sur quatre dispositions :

- l'arrêté du 24 décembre 1867<sup>182</sup> déclarant l'existence légale de la tribu dans l'organisation coloniale qui précisait dans ses attendus la fonction de police des autorités coutumières : *"... la tribu a des devoirs généraux auxquels elle est soumise, des droits qu'elle exerce sous la direction immédiate de son chef, sous le contrôle de l'administration coloniale (...) Qu'à sa tête se trouve un grand chef, à qui sont adjoints des chefs de villages et des conseillers, qu'il choisit parmi les plus influents : tous ayant pour mission de veiller au bien général de la communauté ; d'empêcher au moyen de l'autorité dont ils disposent (...) que nul ne soit atteint dans sa personne ou dans ses biens (...); Attendu que les naturels (...) sont constitués en en tribus distinctes, formant chacune une communauté ayant pour intérêt commun et multiple la culture et la distribution des denrées alimentaires, la défense de la communauté, la garantie de la sécurité individuelle, le maintien de l'ordre public..."* ;

- la décision du gouverneur, en date du 9 août 1898,<sup>183</sup> qui instituait en son article 19 le *district* comme entité administrative et chargeait le *grand-chef* du maintien de l'ordre en l'investissant d'un pouvoir punitif : *"Les grands chefs indigènes sont responsables du maintien de l'ordre dans leur district..."* (article 22) ; *"Ils peuvent prononcer des punitions contre les chefs de tribu et les indigènes qui se trouvent sur le territoire soumis à leur influence"* (article 23) ;

- l'article 10 de l'arrêté du 6 juillet 1954 (précité)<sup>184</sup> qui réaffirme le pouvoir de police des *grands-chefs* dans ce système d'administration indirecte ; et

- l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 qui reconnaît aux autorités coutumières un pouvoir général de conciliation dans le domaine civil ;

Cette argumentation présentait plus d'intérêt historique que juridique, en tentant de tirer argument de dispositions abrogées, notamment celles fondant le régime de l'indigénat.

## **b - La négation de la norme pénale coutumière.**

Le principe d'unité du droit pénal condamne les sanctions coutumières à l'illégalité, et à rejeter tout argument fondé sur le droit coutumier.

---

et le maire de la commune de Lifou M. Hamu Cono et les clans alliés à ce dernier, d'autre part.

<sup>181</sup> Le tribunal correctionnel précise que les dispositions de l'article 681 du Code de procédure pénale *"édicte expressément que lorsqu'une des personnes énumérées à l'article 679, ou un maire, (...), ou le président ou le vice-président d'une délégation spéciale sont susceptibles d'être inculpés... ; Que le président ou le vice-président d'une délégation spéciale visé à l'article 681 du Code de procédure pénale sont élus par la délégation spéciale nommée par le représentant de l'Etat dans un département conformément aux dispositions de l'article L 121-5 du Code des Communes, en cas de dissolution du conseil municipal, ou de démission de tous ses membres en exercice, ou en cas d'annulation définitive de l'élection de tous ses membres, ou lorsqu'un conseil municipal ne peut être constitué ; Que manifestement Evanes Boula n'est pas titulaire d'une délégation spéciale au sens de l'article 681 du Code de procédure pénale ; Que dès lors le moyen tenant à la nullité de l'information poursuivie à son encontre et de tous les actes ultérieurs, pour violation des dispositions des articles 679 et 681 du Code de procédure pénale, doit être écarté."*

<sup>182</sup> Extrait de la page 355 du *Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie*, année 1867.

<sup>183</sup> Décision, n° 840, du 9 août 1898, relative à l'organisation du Service des Affaires indigènes, *Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1898, pp. 366-376. Cet acte gubernatorial définissait le régime de l'indigénat.

<sup>184</sup> Arrêté, n° 895, du 6 juillet 1954, *fixant les attributions du service des affaires autochtones*, JONC, 19 juillet 1954, p.346.

### \* L'illégalité des sanctions coutumières.

L'illégalité des sanctions coutumières conduit à traiter certaines manifestations de l'autorité traditionnelle comme des comportements déviants : grands-chefs, petits-chefs et leurs séides sont des délinquants lorsqu'ils exercent certains actes autrefois autorisés. Ce hiatus entre le droit positif et une certaine réalité sociale (celle de communautés relativement autarciques) s'explique par l'histoire, comme par le mythe que véhicule l'article 75 de la constitution, lequel donne crédit à un discours abusif – au regard du droit positif – sur le thème du droit à la différence.

Avec *l'affaire des Chefs de Chepenehe*<sup>185</sup> condamnés pour avoir sanctionné coutumièrement des témoins de Jéhovah, la Cour de Cassation a rappelé "*aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier...*"

Cette position jurisprudentielle n'est pas nouvelle, et rejoint la condamnation prononcée à l'encontre des exécutants d'une condamnation coutumière par le Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*.<sup>186</sup>

Ces deux décisions ouvrent un débat commun à la Nouvelle-Calédonie et à l'Australie, mais qui n'a pris de réelle ampleur que dans ce dernier pays.

Le premier exemple de prise en compte des sanctions coutumières en Australie date d'un arrêt rendu en matière criminelle en 1976.<sup>187</sup> La juridiction, ayant considéré que l'accusé subirait un châtement coutumier dès sa sortie de prison, ne l'a condamné qu'à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis. Elle le renvoyait dans sa tribu pour y connaître le jugement de ses aînés et y subir telle sanction que les autorités tribales prononceraient à son égard. Cette décision traduisait une reconnaissance implicite de la norme coutumière, puisque le sursis probatoire imposait au condamné de repartir vivre au sein de sa tribu, de se soumettre à l'autorité des Anciens et de se conformer à leur volonté.

L'arrêt *Sydney Williams* tire sa valeur, de décision de principe, du fait que le crime commis était en étroite relation avec la coutume. En outre, l'acte criminel appelait un châtement coutumier, ce que la juridiction de jugement semblait admettre, tout en rappelant que Sydney Williams n'aurait à se soumettre qu'aux ordres et décisions licites de l'autorité tribale ("*...obey their lawful orders and directions*"). La juridiction entendait, ainsi, se démarquer d'une sanction néanmoins inéluctable (la traditionnelle blessure par jet de sagaie), tout en sachant que cette réserve ne pourrait empêcher l'expression de la coutume dans ce qu'elle a de plus contraire aux droits de l'Homme : le châtement qui conditionne la réadmission du condamné dans sa communauté d'origine.

Cette jurisprudence n'est pas demeurée isolée. D'autres exemples peuvent être cités concernant, principalement, le Territoire du Nord, et l'Australie Occidentale.<sup>188</sup>

En février 1994, dans l'arrêt *Wilson Jagamara Walker*, la Cour suprême du Territoire du

---

<sup>185</sup> Cass. crim. 10 octobre 2000, *Siwel Waehnya et autres* (rappel des faits note, *supra*).

<sup>186</sup> Les faits consistaient en des coups et blessures portés à un individu dans le cadre de sanctions coutumières. Ce dernier devait décéder quelques jours après à la fois d'un défaut de soins et de ces blessures : les faits seront correctionnalisés.

<sup>187</sup> Supreme Court of South Australia (Criminal Court) 14 Mai 1976, *Regina v Sydney Williams* (1976) 14 S.A.S.R. 1 (rappel des faits voir note *supra*).

<sup>188</sup> Voir les arrêts *Regina v Neal* (1982) 149 C.L.R. 305, *Regina v Friday* (1984) 14 A.Crim.R. 471, *Regina v Yougi* (1987) 33 A. Crim.R.301, *Regina v Rogers and Murray* (1989) 44 A. Crim. R 301, *Regina v Juli* (1990) 50 A. Crim. R. 31.

Nord, prononçait une peine d'emprisonnement avec sursis à l'encontre de l'auteur d'un homicide, en se fondant là encore sur l'inéluctabilité du châtement coutumier.<sup>189</sup> Cependant, sans s'arrêter aux réserves émises dans l'affaire *Sydney Williams* quant au caractère licite des injonctions de l'autorité coutumière, dans *Walker* le Chief Justice Brian Martin a ordonné que les agents du service de probation soient présents lors de l'exécution de la sentence coutumière, et lui fassent rapport sur son déroulement.

Plus récemment encore, la Cour suprême du Territoire du Nord a, dans un arrêt *Barnes* du 28 novembre 1997,<sup>190</sup> condamné un individu à la peine de 48 mois d'emprisonnement dont 28 mois avec sursis (la partie ferme couvrant la détention provisoire déjà exécutée) pour le meurtre de son propre neveu. Là encore le juge Dean Mildren prit en considération la certitude du châtement coutumier, lequel avait été évoqué lors d'une précédente demande de mise en liberté sous caution, rejetée par décision du 13 octobre 1997, la Cour n'ayant pas voulu prononcer une mise en liberté motivée par la volonté des parties de mettre en œuvre des sanctions coutumières d'une sévérité extrême.<sup>191</sup> Pourtant, dans sa décision statuant au fond, le 28 novembre 1997, la juridiction prononça une peine qui permettait la libération du condamné à l'audience en prenant en compte le fait que l'entourage familial entendait mettre en œuvre le châtement coutumier que le condamné réclamait pour lui-même. Le juge Mildren évoquant le châtement coutumier déclara : "Je le prends en considération, car j'y suis contraint, non pas parce que la cour approuve le payback en tant que mode de sanction mais parce qu'il ne serait pas juste qu'une personne soit punie deux fois, à la fois par sa propre communauté et par les juridictions".<sup>192</sup>

L'arrêt *Barnes* de 1997 (comme les arrêts *Walker* de 1994, et *Sydney Williams* de 1976) rejette avec force l'amalgame, fait par ses détracteurs, entre la prise en considération du châtement coutumier et la reconnaissance de sa légalité. Il s'agit seulement de tenir compte d'un élément de fait pour apprécier et personnaliser la peine. Sans encourager de telles pratiques, il convient d'en tenir compte pour ne pas renchérir sur une sanction coutumière déjà importante : la justice officielle tire les conséquences de l'incapacité de l'Etat australien d'empêcher de telles pratiques.

Un pas de plus a été franchi avec l'arrêt *Minor*,<sup>193</sup> puisque la juridiction a distingué entre des sanctions coutumières tolérables et des sanctions coutumières dont la gravité empêchait toute forme de reconnaissance. Dans cette affaire le juge Mildren considéra qu'une sanction coutumière pouvait être tenue pour légale si elle avait l'agrément de celui qui allait la subir, et si la sanction n'exposait pas ce dernier à un danger de mort ou à subir

---

<sup>189</sup> Supreme Court of Northern Territory, 10 février 1994, *Regina v Wilson Jagamara Walker*, SCC n° 46 of 1993 (non publié), *Aboriginal Law Bulletin*, Juin 1994 p. 26.

<sup>190</sup> *Indigenous Law Bulletin*, vol. 4 n° 8 (décembre 1997 - janvier 1998) p. 18.

<sup>191</sup> *Barnes v. The Queen* (arrêt statuant sur une demande de mise en liberté sous caution) Northern Territory Supreme Court (non publié) Bailey judge, 13 octobre 1997. M. Barnes, accusé du meurtre de son neveu Cédric Ross survenu le 19 mars 1996, avait indiqué son intention de plaider coupable, et demandait sa mise en liberté sous caution à seule fin de pouvoir retourner dans sa tribu pour y subir la sanction coutumière. Cette demande était soutenue par un responsable coutumier, M. Martin Johnson, lequel informa officiellement la cour sur la nature de la sanction : exposition des jambes de l'accusé à des jets de lances (à raison de quatre ou cinq fois), des coups de poings au visage et sur le torse, des coups sur la tête et le dos avec des grands et lourds boomerangs lesquels seraient lancés contre l'accusé, qui ne disposerait que d'un petit abri pour tenter de se protéger. Cette sanction était revendiquée par l'accusé qui invoquait sa nécessité à la fois pour le bien de sa famille comme pour lui-même. Toutefois, la juridiction rejeta cette demande de mise en liberté afin de ne pas s'exposer à cautionner un probable homicide.

<sup>192</sup> *Sydney Morning Herald* du 4 décembre 1997, p. 3.

<sup>193</sup> *Regina v Neil Inkamala Minor*, Northern Territory Court of Appeal, 13 janvier 1992 (1992) 2 NTLR 183, *Aboriginal Law Bulletin* n° 55 avril 1992 p. 19.

des séquelles physiques invalidantes.<sup>194</sup> On peut voir dans cet arrêt la reconnaissance d'un simple pouvoir disciplinaire (qui serait compatible avec la loi australienne) permettant, au-delà et passé un certain seuil de gravité, de condamner la pratique de sanctions graves, insusceptible de toute forme de tolérance.

Cette évolution jurisprudentielle semble culminer avec la décision du juge Anthony Gillies de la Magistrates' Court de Darwin en date du 20 février 1998, *Police v. Yunupingu*,<sup>195</sup> qui admet pour la première fois une excuse tirée du Droit coutumier aborigène (décision présentée *infra*).

Dans le cas français, l'article 75 en n'inscrivant dans la constitution que la reconnaissance d'un statut civil dérogatoire dénie toute espèce de légalité aux sanctions coutumières. Pourtant, dans la mesure où la coutume "civile" est admise ne pourrait-elle servir d'argument en défense dans le cadre d'une instance pénale ? La question reste posée, le cas ne s'étant jamais présenté à ce jour.

### **\* Le rejet de tout argument tiré de la norme coutumière.**

L'excuse tirée de la coutume, tout comme celle tirée de l'obéissance à un ordre légitime au regard de la norme coutumière n'ont aucune chance de succès.

Ainsi, les "policiers coutumiers" sont condamnés au même titre que le grand chef même s'ils ne sont que de simples exécutants (affaire *Evanes Boula*<sup>196</sup>).

De même, c'est en vain que *Siwel Waehmya* et les coutumiers de Chepenehe vinrent exposer devant le tribunal correctionnel et devant la tribu assemblée dans la salle d'audience, leur désarroi : les deux victimes des sanctions coutumières avaient, tout d'abord, refusé à raison de leur adhésion à un mouvement sectaire, de respecter l'organisation collective et la répartition des tâches au sein de la tribu. Elles furent averties dans le cadre d'un *palabre*, puis face à leur refus persistant firent l'objet d'une décision de bannissement. Ce n'est que dans la mesure où elles résisteront à cette décision de bannissement, en défiant l'autorité légitime de la tribu, qu'elles feront l'objet d'une sanction, constitutive de coups et blessures volontaires, présentée comme l'ultime recours pour garantir le respect des décisions régulièrement prises dans le cadre tribal.<sup>197</sup>

Certes, on pourra objecter que la coutume civile est reconnue, et que la solution aurait consisté à demander au tribunal de Lifou d'ordonner l'expulsion des sujets réfractaires au travail collectif et donc à l'ordre social coutumier. Outre le caractère humiliant d'une telle démarche devant un magistrat dépourvu de toute légitimité coutumière (que viendrait à peine atténuer la présence des assesseurs coutumiers nécessairement présents dans la composition), outre la liberté de manœuvre que l'on imagine réduite pour la juridiction saisie, outre le fait que rendre une décision favorable aux autorités coutumières reviendrait à légitimer un ordre social qui nie la liberté de conscience comme toute forme de liberté individuelle, cette démarche paraît hautement irréaliste car elle signifierait l'abdication du pouvoir de direction qu'avaient réussi, jusqu'à présent, à conserver les responsables coutumiers. Elle risquerait de signifier bien d'avantage encore s'il était fait droit à semblable

---

<sup>194</sup> *Regina v Neil Inkamala Minor*, 13 janvier 1992, (1992) 2 NTLR, pp. 195-196.

<sup>195</sup> Magistrates' Court, Darwin, 20 February 1998, n° 9709243 (non publié).

<sup>196</sup> Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *MP c/ Evanés Boula et autres*. Cette affaire a vu un *grand-chef* et ses *policiers coutumiers* condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis.

<sup>197</sup> Témoignage de Madame Joëlle Rondreux de Collors, magistrat au tribunal de première instance de Nouméa.

requête : l'abdication de nos "principes Républicains".

C'est l'un des paradoxes de l'évolution actuelle : la mise en œuvre de la coutume civile voit le tribunal avec assesseurs coutumiers priver de légitimité l'exercice par l'autorité traditionnelle de ses pouvoirs de "police tribale". Mais poser certaines questions au tribunal civil risquerait fort de conduire à admettre des solutions qui battraient en brèche le bel "universalisme" de nos principes.

Aux antipodes de la situation néo-calédonienne, l'Australie a vu de façon récente le tribunal de Darwin admettre (*Police v. Yunupingu*<sup>198</sup>) un argument en défense tiré du volet civil de la coutume : en l'espèce le titre indigène. Ce n'est, certes, pas la première fois que semblable argumentation est soutenue,<sup>199</sup> mais c'est la première fois qu'elle l'est avec succès.<sup>200</sup>

Le tribunal a cependant nettement distingué selon qu'il s'agirait de juger d'une

---

<sup>198</sup> Magistrates' Court, Darwin, 20 February 1998, n° 9709243 (Anthony Gillies J). Voir rappel des faits note *supra*.

<sup>199</sup> La décision *Yunupingu* a été précédée de trois tentatives infructueuses : *Mason v. Tritton* (34 NSWLR 572), puis *Dershaw v. Sutton* (90 A Crim R), et enfin *Eaton v. Yanner* (Queensland Supreme Court, 27 February 1998).

Dans les deux premières affaires les prévenus, poursuivis pour infraction aux règlements en matière de pêche, arguaient de ce qu'ils ne faisaient qu'user d'un droit de pêche traditionnel. Dans ces deux cas ils furent condamnés faute d'avoir pu prouver l'existence du droit de pêche coutumier.

Dans la seconde affaire (*Dershaw*) le prévenu avait pêché pour les besoins d'une cérémonie funéraire réunissant 300 personnes. Lors de l'instance d'appel devant la Supreme Court of Western Australia, la juridiction était cependant divisée : si la majorité (Franklyn et Murray JJ) admettait que le prévenu avait pu croire que sa qualité d'Aborigène l'autorisait à pêcher dans une zone normalement interdite, mais considérait que cela ne constituait pas la preuve de l'existence d'un droit de pêche traditionnel, dans son jugement minoritaire le juge Wallwork retenait un raisonnement diamétralement opposé en considérant que l'on aurait dû relaxer le prévenu au bénéfice du doute, la preuve de l'absence de droit de pêche traditionnel n'étant pas rapportée. Cette décision est intéressante dans la mesure où elle souligne un réel débat au sein de la juridiction, et que lorsqu'il s'agit de choisir entre deux principes - celui de la présomption de connaissance de la loi et celui de la présomption d'existence d'un droit traditionnel - dès lors que le prévenu est un Aborigène, la discussion est désormais ouverte.

Dans le troisième arrêt (*Yanner*) le prévenu était poursuivi pour avoir tué des crocodiles en infraction à la législation fédérale sur la protection de la faune - *Fauna Conservation Act 1974 (Cth)* - qui soumet la chasse de certaines espèces à un régime d'autorisation préalable destiné à s'assurer que la chasse ne vise qu'à satisfaire les besoins domestiques du titulaire de ce droit (et ne soit pas exercée à des fins commerciales). Mais le prévenu soutenait qu'il avait accompli un acte conforme au droit coutumier, et avait réussi à prouver l'existence de ce droit traditionnel : on se trouvait donc ici dans un cas de conflit de normes. La question était alors de savoir laquelle devait prévaloir. Et ce d'autant que la loi sur le titre indigène de 1993, *Native Title Act 1993 (Cth)*, permet en sa section 211 d'invoquer un droit de chasse traditionnel. La discussion qui s'en est suivie au sein de la juridiction d'appel annonçait la décision rendue en 1998 par le tribunal de Darwin.

En appel le jugement majoritaire considéra que le droit indigène avait été éteint dès la promulgation de la loi fédérale de 1974 sur la protection des espèces animales, dès lors que cette loi édictait une norme contraire tout en ne réservant pas les droits traditionnels des Aborigènes.

Mais une position dissidente (celle du juge Fitzgerald) soutenait que :

1° - la loi de 1974 n'avait pas éteint le titre indigène puisqu'elle n'avait fait que soumettre l'exercice du droit de chasse traditionnel à un régime d'autorisation (cette position dissidente rejoint celle de la jurisprudence canadienne qui estime que la reconnaissance de pouvoirs de police au profit de la Couronne, ou de droits d'exploitation ou de propriété qui remettent en cause l'exercice du droit traditionnel ne suffit pas éteindre le droit de chasse ou de pêche coutumier. Tout au plus, en suspend-il l'exercice) ;

2° - que ce droit traditionnel, certes pour un temps limité dans son exercice, avait été restauré dans toute sa plénitude par l'effet de la section 211 du *Native Title Act 1993 (Cth)*, qui abroge implicitement le régime d'autorisation dès lors que le droit est exercé en conformité avec le droit traditionnel dont le principe est consacré par cette loi fédérale (entrée en application au 1<sup>er</sup> janvier 1994).

Cette contestation sera tranchée au plus haut niveau, puisque le recours a été porté devant la *High Court of Australia*, juridiction suprême australienne.

<sup>200</sup> Cette décision suscita les critiques du ministre de la justice du Territoire du Nord, Shane Stone, lequel déclara que le droit coutumier aborigène est "barbaric and unacceptable" (Sydney Morning Herald, 23 February 1998) et que cette décision cautionnait les "tribal killings, the taking of child brides and sexual intercourse with minors", ce à quoi un ancien chief Justice de l'Australie ajouta que cette décision était peut être le résultat des excès du droit pénal du territoire du Nord qui contraignait, en cas de culpabilité, à condamner le prévenu à une peine incompressible de 14 jours d'emprisonnement.

atteinte aux biens (l'excuse est recevable) ou d'une atteinte aux personnes (auquel cas l'excuse tirée du titre indigène est irrecevable). Cette décision australienne ne remet pas en cause l'unité du droit pénal, qui est par ailleurs proclamée, puisqu'elle n'admet pas d'excuse tirée du volet pénal de la coutume, mais seulement des droits et notions relevant du volet civil du droit coutumier.

Le tribunal retint les deux arguments présentés en défense à savoir, tout d'abord, que Yunupingu avait agi en conformité avec le droit coutumier lequel fait, désormais, partie du droit applicable dans le territoire du Nord depuis la reconnaissance du titre indigène par la jurisprudence et en vertu des articles 24 et 26(1)(a) du *Criminal Code Act (N.T.)* qui renvoient au titre indigène et aux droits qui en sont l'accessoire (l'ensemble des droits réels).<sup>201</sup>

Le second argument est que le prévenu avait agi de bonne foi en croyant respecter tout à la fois le droit coutumier et le droit de l'Etat. Ce second point souligne que la dualité juridique (droit civil coutumier / droit pénal étatique) peut constituer une cause d'atténuation du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. C'est ce que l'on qualifie "*honest claim of law*" ou "*mistake of law*" c'est à dire le moyen tiré de l'ignorance (de bonne foi) du droit applicable ou de l'erreur (de bonne foi) sur le contenu du droit applicable, lequel est admis par l'article 30(2) du *Criminal Code Act (N.T.)*.

Au-delà de ces moyens fondés sur des textes propres au Territoire du Nord, la jurisprudence depuis l'intégration de la notion de titre indigène dans le *common law* permet à tout Aborigène, sur l'ensemble du territoire de la Fédération, d'invoquer le respect des droits traditionnels en défense dans le cadre de poursuites pénales. Cette possibilité a été reconnue d'abord par l'arrêt *Mabo (n°2)* de 1992, puis par l'arrêt *Wik Peoples* : ainsi le juge Gummow souligna que même après l'octroi de ces terres en concession à des éleveurs, les Aborigènes pénétrant sur ces terres pour y exercer leurs droits de passage, de chasse, de cueillette... ne

---

<sup>201</sup> Les fondements textuels invoqués ont été réinterprétés au vu de la jurisprudence *Mabo* puisque les articles 24 et 26(1) du *Criminal Code Act (N.T.)* prévoient que la personne poursuivie peut invoquer en défense le fait que l'acte reproché était "**fondé (sur) (...) un droit créé ou reconnu légalement**". Cette disposition résulte d'une loi datant de 1983. L'expression "**reconnu légalement**" renvoie au Droit propre au Territoire du Nord, lequel doit s'entendre depuis l'entrée en vigueur du *Native title Act 1993* comme comprenant les coutumes indigènes et notamment la coutume Yolngu. De plus, le territoire du Nord dispose de textes propres, particulièrement la loi de 1976 dite *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act 1976 (Cth)* qui reconnaît implicitement l'opposabilité de la coutume indigène s'agissant de réglementer les droits fonciers (puisque par l'effet de cette loi toute la région de *Arnhem* – où se sont déroulés les faits - a été remise aux communautés traditionnelles "**au bénéfice des Aborigènes qui ont en vertu de la tradition aborigène le droit d'user et d'occuper les terres en cause**" précise l'article 4 (1) de l'*Aboriginal Land Rights 1976*).

Dès lors, même si cette loi de 1976 ne définit pas le contenu du droit indigène, elle renvoie à l'ensemble des coutumes et traditions, car comme l'a rappelé le tribunal, cette loi a pour objectif de permettre aux Aborigènes "**de continuer à vivre, si telle est leur volonté, selon leur tradition ce qui suppose entre autres choses, de respecter et de veiller à l'application du droit coutumier de l'aire où ils vivent**" (*Police v. Yunupingu*, p. 16). Le tribunal en a déduit que la loi garantissait l'application de la Coutume aborigène sur l'aire qui lui correspond.

On notera que c'est précisément parce qu'en Australie aucune disposition constitutionnelle ne définit un statut civil dérogatoire, que les juridictions peuvent en s'appuyant sur la reconnaissance simplement législative du volet civil de la coutume élaborer des solutions qui préfigurent un statut pénal coutumier.

Cette solution jurisprudentielle pose néanmoins une réserve : le droit traditionnel n'est opposable que s'il respecte les principes d'ordre public auxquels font référence les articles 24 et 26(1) du *Criminal Code Act (N.T.)* (en ce qu'ils prévoient que la personne poursuivie peut invoquer, en défense, le fait que l'acte reproché est "*fondé (sur)... un droit créé ou reconnu légalement.*"). Le droit coutumier invoqué doit donc être conforme aux principes généraux du droit étatique qui lui sert de base légale. Cette réserve avait déjà été formulée par le juge Brennan dans l'arrêt *Mabo (n°2)* (p. 61), lequel avait rappelé que le droit traditionnel ne serait pas reconnu comme norme intégrante du droit étatique s'il s'avérait "*contraire aux principes de droit naturel, à l'équité, et aux principes moraux*" ("*repugnant to natural justice, equity and good conscience*").

En l'espèce, le tribunal de Darwin a considéré que le comportement du prévenu était un comportement strictement nécessaire à la protection du droit traditionnel : une action adaptée à la défense des valeurs morales portées par le droit coutumier.

pouvaient être poursuivis comme ayant violé la propriété d'autrui ("*trespassers*") s'ils avaient agi "*on the basis of a bona fide assertion of a claim to rights conferred by native title*".<sup>202</sup>

Pour la doctrine australienne, le jugement du tribunal de Darwin n'affirme pas l'existence d'un droit pénal coutumier autonome par rapport au droit pénal étatique. Il admet seulement au profit de la règle coutumière des excuses légales permettant de veiller à ce que cette dernière ne soit pas bafouée, dès lors que la règle coutumière n'est pas contraire à l'ordre public étatique.

Au surplus, cette solution reste d'une portée limitée. Le moyen tiré des notions de "*honest claim of right*" ou de "*mistake of law*" ne peut être invoqué qu'en cas d'atteintes aux biens, et non en cas d'atteintes aux personnes. En outre, il faudra que le prévenu puisse prouver son erreur (la confusion entre deux droits divergents) commise de bonne foi, en raison de l'ambiguïté juridique née de l'interférence des règles du droit moderne et des normes coutumières admises dans l'ordre juridique étatique. Enfin, seul peut être invoqué un droit coutumier de nature civile (tel un droit réel) et en aucun cas une notion coutumière tirée d'un droit pénal coutumier qui n'est toujours pas reconnu en Australie.

Cette solution présente l'intérêt de laisser au juge l'opportunité de résoudre équitablement un conflit de normes, entre droit pénal étatique et droit pénal coutumier. Le principe d'unité du droit pénal reste sauf, et pourtant le droit pénal appliqué cesse d'être discriminatoire, en fonction de l'appréciation des faits par la juridiction.

*A priori*, rien dans le système néo-calédonien n'exclut semblable approche. Certes, les juridictions françaises sont tenues à une interprétation stricte du droit pénal, mais la relaxe d'un prévenu peut intervenir sur la base d'une réglementation déclarée illégale, ou sur un procès verbal déclaré nul ou sur la base d'une norme internationale (telle la Convention Européenne des Droits de l'homme). L'unité du droit pénal n'imposant aucune forme de cécité ou d'ostracisme juridique, rien n'interdirait de faire droit à un moyen tiré d'une norme (civile) coutumière qui bénéficie aujourd'hui d'une reconnaissance quasi-pléthorique (depuis l'article 75 de la constitution jusqu'à la loi organique du 19 mars 1999 confortant le *statut civil coutumier*). Tous ces textes fondent l'existence d'une organisation sociale séparée mais, en même temps, intégrée à notre système juridique.

A reconnaître la différence coutumière et à cultiver et approfondir la spécificité juridique comme c'est le cas depuis dix ans, ces normes finissent par fissurer la belle unité de notre droit pénal. Pourtant semblable débat n'a jamais été posé en Nouvelle-Calédonie, sauf à l'occasion de l'arrêt *Siwel Waehmya* du 10 octobre 2000, et de façon indirecte à l'occasion de l'affaire de la tribu de Néami jugée par les assises de Nouvelle-Calédonie le 17 avril 1996.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Les arrêts *Mabo* et *Wik Peoples* sont présentés respectivement dans nos deux articles : La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n°5, septembre - octobre 1994, pp. 1329-1356 ; La Révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, novembre 1999, n°43, pp. 89-134.

<sup>203</sup> Arrêt criminel n° 4/1996, du 17 avril 1996, *M.P. c/. Pouya et autres*. On apprend à la lecture de la procédure que le 23 septembre 1994, Noël Pouya avait surpris à son domicile son épouse en compagnie de la victime Poaracagu dans une situation qui ne laissait aucun doute sur sa propre infortune. Il frappait son épouse et menaçait Poaracagu d'une sanction coutumière qui serait prononcée lors de la prochaine séance du Conseil des Anciens, lequel se réunissait tous les 15 du mois. C'est le clan Pouya (le clan du mari bafoué) qui décida, sans attendre la moindre décision coutumière, d'infliger une sanction à Poaracagu qui se situait donc en marge de la coutume. Cette affaire montre aussi le retour en force du droit coutumier puisqu'au sein de cette tribu il avait été décidé (lors du Conseil des Anciens tenu en avril 1994) de remettre en vigueur les sanctions coutumières. Il avait même été précisé la sanction encourue : la famille de la victime ayant la possibilité de frapper à mains nues l'auteur d'une infraction grave. Or en l'espèce l'enquête montrera que rien de tel ne se produisit : la victime qui avait prévenu de son arrivée de Nouméa sera reçue, le 14 octobre au soir, par les cris guerriers

Dans cette affaire qui évoque un “lynchage” coutumier, en réponse à l'argumentation des exécutants (d'une prétendue sanction coutumière), lesquels se réclamaient de la coutume, l'accusation démontrait au contraire que la coutume se trouvait bafouée : la victime ayant été frappée de façon répétée jusqu'à sa mort par des personnes n'ayant aucune légitimité pour exécuter une sanction coutumière et, en particulier, des femmes. Le seul fait de poser la question de la validité de cet argument tiré des usages coutumiers, et d'en souligner la vanité au regard du non-respect des règles alléguées pourrait être perçu comme une forme indirecte de reconnaissance de l'existence même de règles pénales coutumières. On ne cesse en la matière d'entretenir l'ambiguïté comme le montre le caractère singulier d'un tel débat dans un procès criminel où la loi coutumière est censée n'avoir nulle place ni considération.

Le juge d'instruction souligne dans son ordonnance du 19 février 1996<sup>204</sup> :

*“Les inculpés déclaraient, tout au long de l'information que l'affaire était strictement coutumière, et déniaient à la Justice le droit de s'y intéresser. De même, les membres du conseil des anciens de Néami, entendus lors de l'enquête (...) ainsi que le président du conseil des anciens François Pouya estimaient qu'il s'agissait là d'une «punition coutumière» méritée par la victime. Antoine Nadu-Maina, petit chef adoptait le même point de vue.*

*Cependant, tous les témoignages recueillis, notamment ceux de Clément Poaracagu, chef de clan, d'Auguste Poadja, grand chef du district de Poindah et d'Isaac Poariwa, président du conseil consultatif coutumier de l'aire Paici-Cemuhi tendaient à démontrer que les coups infligés à Poaracagu André ne s'inscrivaient pas dans une logique coutumière, pour les raisons suivantes :*

*- dans un cas d'adultère, avant toute intervention des coutumiers, un arrangement aurait dû être tenté entre les familles des membres fautifs.*

*- aucun membre de la famille Poaracagu n'avait été convié au conseil des anciens au cours duquel devait être débattu le problème d'adultère.*

*- le clan Pouya étant directement concerné par le problème d'adultère, à la réunion du conseil des anciens prévue, il aurait été juge et partie.*

*- l'arbitrage d'une autorité coutumière supérieure aurait dû être sollicité.*

*- la sanction n'avait pas été précédée d'un jugement coutumier.*

*- l'application de la sanction n'avait pas revêtu les formes d'une sanction coutumière : elle n'avait pas été appliquée par le conseil des anciens, qui dans le cas d'un châtement corporel aurait dû prendre toutes les précautions nécessaires à ce qu'aucun débordement ne se produise. Sur ce point, le docteur Michel C... médecin-chef du dispensaire de Koné affirmait que personne parmi son personnel médical, paramédical ou ouvrier, n'avait été avisé au cours des mois de septembre ou octobre 1994 d'un éventuel châtement corporel.*

*- lors d'un châtement corporel, on ne frappe pas un homme à terre, on ne déshabille pas le puni (sur ces points les avis du grand chef et du président du conseil consultatif différaient).*

*- les femmes ne siégeant pas au conseil des anciens, elles n'avaient pas à participer au châtement.*

*- coutumièrement Suzanne Pouya et Dorotheé Pouya n'avait pas le droit de porter la main sur André Poaracagu, car ils étaient cousins.*

*- le petit chef et le président du conseil des anciens n'avaient pas eu l'attitude de responsables coutumiers.”*

Les dires des personnes entendues, soulignent que c'est dans le sens d'un renforcement de l'influence de la coutume et d'un meilleur respect des règles édictées par celle-ci en matière répressive que s'oriente l'attente d'une partie de la population. Il n'est point ici question de renoncer aux sanctions coutumières mais d'en revenir à la pureté des pratiques afin que la légitimité du recours aux sanctions ne se trouve plus mise en cause. D'ailleurs le juge d'instruction souligne que du point de vue des parties civiles,

---

des membres du clan Pouya et recevra des coups portés à la fois par les hommes et les femmes. Il sera laissé une nuit durant, exhibé nu, avant d'être conduit au dispensaire de Koné le lendemain matin 15 octobre où il décèdera.

<sup>204</sup> Ordonnance de transmission des pièces de procédure à Monsieur le Procureur Général (côte D. 297 du dossier).

l'intervention judiciaire ne se conçoit que comme la sanction d'un abus ou d'un débordement dans l'application de pseudo-sanctions coutumières.

*"Daniel Poaracagu, frère de la victime, dénonçait la passivité des coutumiers et du grand chef. Quant à Gustave Poaracagu, fils de la victime, il évoquait un règlement entre clans.*

*Albert Goropoadjilei, père de Léonie et vice-président du conseil des anciens de la tribu de Néami, n'avait pas été informé du problème d'adultère devant être débattu au cours du conseil des anciens du 15 octobre 1995. Pour lui, il ne s'agissait pas d'une sanction coutumière : à son avis Noël Pouya s'était laissé emporter par sa violence et il avait entraîné d'autres sujets.*

*Enfin, toujours de ce point de vue, l'ambiance à la tribu de Néami était au cours de l'information, la suivante : des tentatives de coutume étaient entreprises par les sujets de la tribu de Néami, mais se soldaient par des échecs, les membres du clan Poaracagu estimant que la justice devait suivre son cours. Des démarches coutumières pourraient être effectuées mais après avoir laissé passer du temps, voire des années."*

Ce dernier membre de phrase souligne qu'en tribu on attend fort peu d'un procès pénal tout comme de la sanction qui sera prononcée : ce sont là des choses qui n'intéressent pas l'ordre tribal, la prison n'ayant pas dans la société mélanésienne la connotation péjorative ou infamante qu'elle a dans la nôtre. Ce que nous ont confirmé tant MM. Bensa que Guiart.

La contestation de la légitimité de l'intervention judiciaire, se trouve explicitée un peu plus loin lorsque le juge d'instruction souligne que "... Des coutumiers de Néami adressaient différentes lettres soit aux autorités coutumières, soit au juge d'instruction, soit encore à la brigade de Koné, dénonçant systématiquement l'incarcération des sujets de la tribu et le fait que Léonie Pouya soit, pour sa part, libre."

Cette affaire au lieu d'alimenter la contestation de la coutume a conduit plutôt à une reprise en main coutumière comme le montre l'intervention directe de la grande chefferie dans le règlement de la succession du défunt : "... la succession de la victime était réglée par procès-verbal de palabre, établi le 23 février 1995, par le syndic des affaires coutumières de la brigade de Koné. Ce palabre était présidé par le grand chef Auguste Poadja, et non, comme habituellement, par les coutumiers de Néami."

Enfin, la réconciliation entre les clans, évoquée plus haut, a bien fini par avoir lieu : mais c'est le clan de l'amant exécuté qui est venu demander pardon au clan du mari bafoué, renversant en quelque sorte les rôles de "victime" et d'agresseurs définis par la justice officielle. Ce cas d'espèce démontre, à tout le moins, que le "fait coutumier" demeure incontournable.

## **B - La reconnaissance implicite et parcellaire du fait coutumier dans le domaine pénal.**

L'article 75 de la Constitution est une norme claire dans ses termes et pourtant ambiguë dans sa philosophie et ses intentions réelles. Cette ambiguïté n'a fait que croître au cours de la décennie écoulée. Le droit autochtone, au plan civil, est mis en oeuvre par des juridictions à composante mixte, qui doivent dire le droit coutumier sous la réserve que ce droit soit conforme aux principes d'ordre public... Ce qui est une aberration puisque nos principes d'ordre public découlent de concepts, de liberté individuelle et d'égalité, incompatibles avec un droit indigène affirmant la toute puissance des droits collectifs au détriment de l'individu.

A côté de cela, le Droit pénal ne souffre aucune entorse à son unité, sauf à admettre une mixité ethnique dans la composition des juridictions correctionnelles collégiales (qui siègent à 5 membres : trois magistrats professionnels et deux assesseurs civils). Cette composition n'existe nulle part ailleurs (hormis le territoire de Wallis et Futuna où l'unique juge est assisté de deux assesseurs).

Il est tentant de conclure, du constat de cette ambiguïté, que l'action des juridictions tend toujours (mais sous d'autres formes) vers l'intégration juridique puisque le droit coutumier doit se conformer aux principes fondateurs de notre droit.

En Nouvelle-Calédonie, malgré la réaffirmation de principes clairs, fondés sur l'idée d'intégration à un modèle dominant censé garantir les droits individuels, la résistance sociale à l'assimilation entretient la légitimité des autorités investies de la "police tribale" et à ce titre de compétences "punitives". Cette résistance à l'assimilation conduit à des aménagements pratiques qui constituent la reconnaissance implicite du fait coutumier.

Qu'il s'agisse de prendre en compte le "pardon coutumier", de l'usage que le parquet fait de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, de "l'échevinage" introduit dans les juridictions répressives ou, plus récemment encore, de la "médiation pénale coutumière", la reconnaissance du "fait coutumier" d'implicite qu'elle était initialement tend de plus en plus à devenir explicite. Elle sous-tendait la pratique des juridictions (1°) pour s'affirmer progressivement et de plus en plus ouvertement au travers des réformes récentes ou en cours (2°).

### 1°) Une reconnaissance implicite dans la pratique des juridictions.

De façon ancienne, la personnalisation de la peine a permis de prendre en compte les arrangements coutumiers, sans que les juridictions aient à mettre en œuvre des solutions dérogatoires du fait de l'action du parquet qui exerce un rôle de filtre en amont du procès.

#### a - La personnalisation de la peine et la prise en compte du "pardon coutumier".

En Nouvelle-Calédonie, comme en Australie, les peines d'emprisonnement infligées n'éteignent ni l'obligation de "rachat" du crime à l'égard du clan de la victime, ni l'exigence d'une sanction infligée par le propre clan de la victime (souvent à la fois à la victime elle-même et à son agresseur), la logique de rétablissement de la paix sociale que privilégie la sanction coutumière heurtant souvent le caractère rétributif et proportionné de nos propres sanctions.<sup>205</sup>

---

<sup>205</sup> Tribunal Correctionnel Lifou, n° 35/99, du 8 avril 1999, *M.P. c/ Meite*.

Cette décision illustre la place faite dans la société coutumière aux victimes. Une jeune fille se plaignait d'avoir été violée par son ancien petit ami, à l'occasion d'un bal. Les faits ont été reconnus par l'agresseur. Cependant, un châtimeut coutumier identique a été appliqué tant à la victime qu'à l'agresseur (cinq coups de baguette sur le dos) et la victime a été contrainte de quitter la tribu. La sanction coutumière de ces deux jeunes s'inscrivait dans le cadre d'un arrangement coutumier entre les deux familles, et c'est l'oncle de la victime qui a été chargé de l'exécution de la sanction coutumière à la fois sur sa propre nièce et sur l'agresseur de cette dernière. La coutume de pardon est décrite en ces termes par la mère de la victime "... les parents de Meite Wananije sont venus me voir. Ils ont proposé de faire la coutume du pardon. Ils m'ont offert un ou deux billets de 1000 francs cfp. Je ne sais pas exactement car j'ai aussitôt donné l'argent à ma tante. J'ai accepté cette coutume du pardon sans aucune pression de quiconque et je leur ai dit que je n'irai pas apporter le certificat médical à la gendarmerie et que pour moi, l'affaire était close."

L'oncle de la victime précise qu'il avait agi à la demande du père de l'agresseur : "le père de Wananije m'a demandé de faire venir les deux jeunes, et dans le cadre coutumier de les "astiquer". Wananije et Jacqueline sont donc venus chez moi et je leur ai donné des coups de baguette dans le dos. J'ai donné cinq coups de baguette à chaque jeune. **Ces choses ont été faites pour les punir coutumièrement et pour qu'ils comprennent qu'ils n'avaient plus à se rencontrer.** À la suite de cette coutume les familles sont retournées chez elles."

Le tribunal condamnera l'agresseur à une peine de trois ans d'emprisonnement et décernera mandat de dépôt à l'audience : "attendu que les faits sont d'une particulière gravité s'agissant d'une agression sexuelle sur une mineure âgée de moins de 13 ans ; que contre toute équité c'est jusqu'à présent la victime qui a été la plus sévèrement sanctionnée puisqu'elle a dû subir un châtimeut coutumier et quitter Lifou ; que pour rétablir l'équité et réparer ainsi le grave trouble à l'ordre public causé par l'infraction et le sort fait à la victime, il convient de délivrer immédiatement mandat de dépôt à

En Nouvelle-Calédonie, lorsqu'un président de correctionnelle pose au prévenu la question de savoir s'il y a eu un "pardon coutumier" après la commission des faits ou si la victime invoque l'existence d'un tel pardon pour ne pas réclamer de dommages et intérêts, cela ne signifie pas nécessairement que les faits aient été pardonnés au sens où l'entend le Christianisme. Cela atteste d'un "arrangement coutumier" : un acte de "réparation" qui a pu consister en des "sanctions" coutumières. La reconnaissance de la sanction coutumière (pas nécessairement attentatoire aux droits de l'Homme) est implicite, mais elle existe bel et bien. On ne saurait, pour autant, en déduire que les tribunaux légitiment le châtement coutumier.

La jurisprudence australienne (de façon claire et assumée) et les pratiques néo-calédoniennes (implicitement et moins systématiquement) traduisent la recherche d'un compromis entre deux principes irréductibles : le principe d'unité du droit pénal et, d'autre part, le principe selon lequel nul ne peut être sanctionné deux fois pour les mêmes faits.

L'application aveugle de la loi pénale de l'Etat revient à soumettre le prévenu à deux sanctions successives : celle qu'impose la coutume outre celle que prononcent les tribunaux.

Il en résulte en pratique une rupture de l'égalité devant la loi, égalité que le droit pénal est dans l'incapacité de garantir. Le réalisme imposerait de faire le constat de ce que l'unité du droit pénal n'est qu'un principe virtuel là où l'Etat n'a pas le monopole effectif de la sanction, en raison de la persistance d'une forme de "justice privée". Ignorer cette réalité ne la fera pas disparaître. L'ignorer renforce le sentiment d'incompréhension et d'injustice ressenti à l'égard d'un droit officiel perçu comme venant ajouter à la sanction sociale.

#### **b - L'opportunité des poursuites a permis de prévenir le recours à des solutions dérogatoires.**

L'audace de la jurisprudence australienne par rapport à la pratique des juridictions néo-calédoniennes s'explique par l'absence de Parquet. En Nouvelle-Calédonie, c'est le ministère public, en amont du procès, qui se préoccupe du respect des valeurs mélanésiennes. Tout d'abord, en classant sans suites des affaires qui verraient interférer la justice pénale dans des questions sensibles touchant aux valeurs coutumières ou à l'autorité des grandes chefferies. Ensuite en usant de son pouvoir de requalifier les faits poursuivis en correctionnalisant des agissements qui relèveraient, en principe, d'une qualification plus grave<sup>206</sup>.

Cette seconde prérogative (cumulée avec la première) exercée par le ministère public sans éclat ni publicité, présente par rapport au système australien l'avantage, non négligeable, de préserver les apparences en accréditant l'idée d'une unité parfaite du Droit pénal. L'action du parquet dispense les juridictions d'avoir à créer des notions juridiques dérogatoires pour telle ethnie considérée, prévenant les critiques de ceux qui y verraient une justice à deux vitesses.

Ces pratiques judiciaires en Nouvelle-Calédonie ont, longtemps, évité d'avoir à poser officiellement la question de la reconnaissance d'une justice privée. La sanction coutumière a été longtemps tolérée comme l'exercice d'un pouvoir disciplinaire admis par ceux-là même

---

*l'encontre du condamné.*"

<sup>206</sup>Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*. Les faits consistaient en des coups et blessures portés à un individu dans le cadre de sanctions coutumières. Ce dernier devait décéder quelques jours après. La qualification criminelle retenue à l'origine a été, par la suite, correctionnalisée et ces faits qualifiés de coups et blessures volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours.

qui y sont soumis, lesquels ne portaient jamais plainte contre les auteurs et les instigateurs des châtiments corporels (l'affaire *Waehnya* constitue un cas inédit à cet égard). Cette situation est en train de changer sous l'action d'associations d'aide aux victimes. Certains indices tendent à l'accréditer : c'est le même mouvement qui tend à l'émancipation des femmes. Mais il convient aussi de tempérer ce point de vue en ayant toujours à l'esprit le caractère variable de l'influence coutumière selon les aires, et surtout de confronter cette aspiration à plus de liberté avec le mouvement en faveur d'un retour au statut coutumier (par voie d'accession notamment) qui exprime une quête identitaire peut-être plus forte encore.

Dans l'attente d'une évolution des mœurs que prédisait déjà M. Luchaire au début des années 1960 et que certains croient, plus que jamais, percevoir, la justice pénale veille à sanctionner tous les débordements auxquels peuvent donner lieu les sanctions coutumières, notamment lorsque dépassant le pouvoir de sanction que leur confèrent les usages, les coutumiers se livrent à des actes incontrôlés (en commettant les faits sous l'empire d'un état alcoolique) conduisant au décès final de la personne punie<sup>207</sup> ou lorsque, abusant de leur pouvoir, ils se livrent à des actes de représailles dépassant le cadre toléré de leurs compétences<sup>208</sup> ou enfin lorsque des personnes sans légitimité coutumière perpètrent des actes qui ne peuvent se rattacher à l'exercice du pouvoir de sanction mais à un "lynchage", parodie de justice coutumière, insusceptible de se rattacher à la coutume.<sup>209</sup>

De fait, le pouvoir disciplinaire exercé par les autorités traditionnelles est implicitement toléré dans la stricte mesure où l'exercice de ces prérogatives ne porte pas atteinte à l'ordre public. Le contexte culturel impose au parquet dans l'exercice de son pouvoir une certaine tolérance pour que son action ne soit pas perçue comme entachée d'ethnocentrisme, et ressentie par une partie de la société comme attentatoire à un ordre social traditionnel que confortent l'article 75 de la constitution et la loi organique. Enfin, l'idée même d'une "médiation pénale coutumière" légitime cette "tolérance culturelle".

## **2°) La portée des réformes : d'une ignorance de principe à un principe de "tolérance culturelle".**

A ceux qui s'interrogeraient sur le sens de l'évolution actuelle, on objectera tout d'abord que l'échevinage en matière pénale fonctionne depuis une décennie sans équivalent en France métropolitaine en dépit du principe selon lequel tous les citoyens sont égaux devant la loi.

On notera enfin que la notion de "médiation pénale coutumière" existe même si ceux qui craignent d'y déceler la préfiguration d'un statut pénal dérogatoire préfèrent prudemment n'y voir qu'une notion *sui generis* pour n'avoir pas à en analyser la portée.

### **a - Un échevinage en matière pénale.**

Une adaptation notable a été consentie avec la loi du 13 juin 1989 qui aménage la composition des juridictions pénales. Ce texte institue au sein des formations correctionnelles collégiales, des "assesseurs civils" qui transmettent à la juridiction la "sensibilité" de la société néo-calédonienne. Il s'agit là encore d'un système d'échevinage

<sup>207</sup> Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*.

<sup>208</sup> Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *MP c/ Evanes Boula et autres*.

<sup>209</sup> Arrêt criminel n° 4/1996, du 17 avril 1996, *M.P. c/ Pouya et autres*.

mais distinct en principe des “assesseurs coutumiers” composant les juridictions civiles, lesquels expriment le droit coutumier.

L'ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992<sup>210</sup> a ajouté deux dispositions au Code de l'organisation judiciaire concernant ces assesseurs :

**Art. L. 933-1.** - “En matière correctionnelle, lorsqu'ils statuent en formation collégiale, le tribunal de première instance et les sections détachées de ce tribunal sont complétés par deux assesseurs ayant voix délibératives.”

**Art. L. 933-2.** - “Les assesseurs titulaires et suppléants sont choisis, pour une durée de deux ans, parmi les personnes de nationalité française, âgées de plus de vingt-trois ans, présentant des garanties de compétences et d'impartialité et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance prévue par les articles L. 5 et L. 6 du code électoral.”

A la différence des “assesseurs coutumiers” de l'ordonnance n°82-877 qui sont tous d'ethnie mélanésienne et relèvent nécessairement du statut de droit particulier, les citoyens qui composent les juridictions pénales, recrutés à partir des listes électorales, représentent la diversité de la composante ethnique du pays.

A l'instar des “assesseurs coutumiers” des formations civiles, les “assesseurs civils” des juridictions pénales ont voix délibérative et participent à la prise de décision d'égal à égal avec les magistrats professionnels, mais ils participent à la prise d'une décision pénale qui ne concède rien au droit coutumier, même s'ils expriment les attentes de l'opinion publique locale. Si cette institution traduit une reconnaissance sociale et culturelle, ce n'est que de façon implicite : on reste encore dans le “non-dit”.

Ces “assesseurs civils” traduisent incontestablement une avancée dans le sens de la “territorialisation” du droit. En effet, si leur recrutement sur la base des listes électorales permet un recrutement ethnique très diversifié en ce qui concerne le tribunal correctionnel de Nouméa, la proportion de Mélanésiens est plus marquée s'agissant du tribunal de Koné. Quant au tribunal correctionnel de Lifou, les assesseurs sont exclusivement Mélanésiens, car l'aire de compétence de cette juridiction correspond à d'anciennes réserves intégrales. Aussi la force de la coutume est-elle palpable, sinon oppressante, pour qui a eu l'occasion de siéger au sein du tribunal correctionnel de Lifou.

Cette composition élargie des juridictions correctionnelles peut s'interpréter soit comme un “contre-feu”, soit comme un début d'aménagement essentiellement porteur de potentialités. Le système français privilégie, là encore, des solutions qui obligent à adapter les pratiques des juges professionnels pour ne pas avoir à aborder de front la question de l'adaptation de nos notions juridiques. Là encore, le juge est investi de la mission périlleuse d'éclairer le chemin.

L'aménagement des règles de procédure, comme des règles de fond, peut s'avérer un exercice difficile, en plus d'une démarche courageuse. C'est la voie dans laquelle se sont lancés les Australiens au prix de beaucoup de polémiques et d'interrogations. C'est celle que suggérait déjà le Procureur général près la cour d'appel de Nouméa en 1990.<sup>211</sup>

## **b - Perspectives d'avenir : la “médiation pénale coutumière”.**

<sup>210</sup> *Journal officiel* de la République française, 16 octobre 1992, p. 14518.

<sup>211</sup> Gilles Lucazeau, *Le temps en droit pénal, Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie, Revue de science criminelle* (3), juillet-septembre 1990 p. 521 – 537.

L'accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998 précise dans sa partie intitulée document d'orientation que **“Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale” (1.2.4)**. Parmi ces compétences immédiatement transférées (3.3.1. de l'accord) et pour lesquelles le Congrès a mandat pour prendre une délibération, se trouve “la médiation pénale coutumière”, de même que “la définition de peines contraventionnelles sanctionnant les infractions aux lois de pays.”

A ce jour, ces déclarations d'intention restent toujours à l'état de projet. Elles focalisent sur elles l'ensemble des contradictions relevées plus haut.

Pour les uns, cette *médiation pénale coutumière* ne peut qu'être exercée sous le contrôle du ministère public et adopterait les formes et modalités de la médiation pénale que connaît notre Code de procédure pénale. Elle ne saurait constituer la reconnaissance d'un droit pénal particulier.

Pour les autres, elle est une revanche inespérée face au rappel, sans faille, des principes par la Cour de Cassation dans *l'affaire des coutumiers de Chepenhe* : ils y voient la reconnaissance du rôle des autorités coutumières dans la prévention et la solution des conflits. C'est précisément la fonction dont se targuait le petit chef Waehnya.

Pour les chefferies, l'expression même *médiation pénale coutumière* renvoie à des *infractions coutumières* dont l'existence n'est, pourtant, pas reconnue par notre droit pénal. Les tenants de cette interprétation sont aussi ceux qui soutiennent la légitimité des sanctions coutumières. Pour eux, la sanction des coupables n'est pas plus illégitime que l'usage de la force strictement nécessaire pour faire respecter les lois et règlements. Il s'agit selon eux, de la sanction normale de la violation de la règle coutumière. Cette conception des choses est fondée sur la cohérence du Droit coutumier : pour les chefferies, il n'est pas concevable d'envisager la médiation coutumière autrement que comme une procédure au service de la société coutumière et des valeurs qu'elle représente.

L'ambiguïté de la formule “*médiation pénale coutumière*” est enfin aggravée par le silence de ses concepteurs quant aux hypothèses dans lesquelles on y aurait recours. En préciser le domaine aurait permis de définir sa nature et de la rattacher ou non à la médiation, que connaissent nos textes, exercée sur délégation du procureur de la République.

A supposer qu'il ne s'agisse que d'une extension de la médiation existant déjà, celle-ci posera des problèmes pratiques, mais surtout des problèmes de principe.

#### **\* Difficultés pratiques dans la mise en œuvre de la “médiation pénale coutumière”.**

A supposer que les signataires de l'accord aient entendu placer l'autorité coutumière sous le contrôle du procureur, les textes du droit français qui régissent la procédure applicable à la médiation sont suffisamment larges et imprécis pour pouvoir être transposés purement et simplement à la médiation coutumière. L'exécution des mesures ou décisions susceptibles d'être prises dans le cadre de la médiation que nous connaissons (dommages et intérêts, excuses, rappel à la loi, travail d'intérêt général) sont parfaitement transposables en droit coutumier.

Mais il en résulterait des difficultés pratiques tenant à un problème de légitimité pour le médiateur coutumier.

Tout d'abord, à supposer qu'un médiateur coutumier accepte la tutelle du parquet (ce qui est loin d'être assuré), se poserait le problème de la légitimité du médiateur. Cette légitimité étant liée, non à son mode de désignation,<sup>212</sup> mais aux critères sur la base desquels il aura été choisi.

La difficulté consisterait à trouver les candidats idoines. Les médiateurs seraient-ils recrutés au niveau de l'aire coutumière, du district, de la tribu, du clan ? Car, en milieu mélanésien, il est d'usage que les instances de décision connaissent les parties. Pour avoir la légitimité nécessaire, le médiateur doit être suffisamment proche des parties (un aspect que l'on retrouve dans les conflits fonciers). Un médiateur, fut-il issu de l'aire coutumière des parties mais vivant dans un autre district que ces dernières, refusera probablement de prendre en charge la mission pour des raisons de crédibilité et d'autorité. On ne sait s'il n'en irait pas de même pour un médiateur seulement étranger à la tribu, voire au clan lui-même : les sanctions coutumières étant souvent infligées par l'oncle maternel.

*Une loi du pays* pourra, seule, régler ce préalable.

#### **\* La nécessité d'adapter les principes.**

Les détracteurs du projet perçoivent la médiation pénale coutumière comme une régression face à un courant social qui verrait s'affirmer progressivement les droits des victimes.

La première objection tient au fait que la médiation suppose l'accord de la victime. Or, la société traditionnelle ne reconnaît aucun statut à la victime, qui se trouve souvent sanctionnée en même temps que l'auteur, notamment en matière d'infraction aux mœurs.<sup>213</sup> La *médiation pénale coutumière* impose de s'interroger sur la définition et la place de la victime.

Définir la "victime" : dans "*l'affaire de la tribu de Néami*" c'est le clan du mari bafoué qui a été condamné par la justice. Mais quelques années plus tard, c'est le clan de l'amant "lynché" qui est venu demander pardon aux agresseurs en leur reconnaissant finalement un statut de victimes (victimes des agissements d'une femme infidèle et d'un amant que personne ne plaint plus). Notre terme de "victime" a-t-il seulement un sens pour la société traditionnelle ?

La médiation pénale coutumière imposerait de définir la place de la victime et d'affirmer ses droits. Or dans la société traditionnelle, la victime, en tant que telle, est ignorée : seul son clan d'origine a des droits et pourrait, le cas échéant, se sentir bafoué. Si l'atteinte aux intérêts du groupe n'est pas avérée, l'agression subie par la victime (si grave soit-elle) n'appelle aucune réprobation sociale au niveau de la société traditionnelle, et la condamnation pénale prononcée par la juridiction se heurtera à l'incompréhension ou simplement à l'indifférence, comme le souligne M Alban Bensa au sujet de "*l'affaire de la tribu de Néami*".<sup>214</sup> Cependant, en ce domaine, aussi, les mentalités semblent-elles évoluer, sous l'influence d'associations d'aide aux victimes.

La seconde critique, que suscite ce dispositif, tient au fait qu'il semble aller à l'encontre de la volonté de celui (surtout de celle) qui porte plainte devant le procureur de la

---

<sup>212</sup> Les médiateurs proposés seraient conformément aux dispositions du Code de procédure pénale habilités par l'assemblée générale des magistrats sur proposition du procureur de la République.

<sup>213</sup> Tribunal Correctionnel Lifou, n° 35/99, du 8 avril 1999, *M.P. c/ Meite* (exposé des faits note *supra*).

<sup>214</sup> Alban Bensa, "le Bien Commun" émission que France Culture a consacré à la Nouvelle-Calédonie le 20 janvier 2001.

République. Cette démarche traduit, en effet, la volonté de faire échapper le conflit aux modes de règlement traditionnels. On comprendrait mal qu'une victime, qui a cherché à s'émanciper de l'emprise clanique, soit renvoyée à un règlement qui réinvestirait l'autorité coutumière de tout ou partie du pouvoir de décision. La victime pourrait y voir une forme de déni de justice, rappelant étrangement les déclarations d'incompétence *ratione personae* que prononçaient les juridictions civiles avant 1991.

Ces difficultés conduisent ceux qui ne conçoivent rien d'autre que la transposition de la médiation que connaît déjà le Code de procédure pénale, à s'interroger sur l'adaptation nécessaire de cette institution par une loi qui définirait un champ d'action particulier et des modalités sur mesure avec, peut-être, des médiateurs qui au lieu d'être placés sous le contrôle étroit du parquet, disposeraient d'une plus grande autonomie, quitte à offrir aux justiciables une voie de recours, soit devant un juge, soit devant le procureur de la République. Mais n'est-ce pas un schéma qui rejoindrait peu ou prou le modèle des juridictions pénales coutumières sud-africaines aux pouvoirs à la fois cantonnés à certains domaines et étroitement contrôlés ?

A supposer, enfin, que l'on s'éloigne du schéma classique de la médiation pénale, ne tomberait-on pas, là encore, dans un système de justice pénale déléguée à la façon de ce que connaît l'Afrique du Sud ?

En l'état actuel, la collaboration nécessaire entre l'institution judiciaire et l'institution coutumière, et surtout l'assujettissement de cette dernière placée sous le contrôle du procureur de la République paraissent constituer un obstacle infranchissable si l'on respecte le vœu d'une justice coutumière qui revendique son autonomie, et ne veut rien céder de son autorité sur ses "sujets".

Refuser toutes concessions à la logique coutumière et refuser une troisième voie au plan pénal fait le jeu des traditionalistes qui ne cherchent qu'à pérenniser le mode de développement séparé, hérité de la colonisation et de l'administration indirecte.

Le débat, en contrepoint, sur la *médiation pénale coutumière* concomitant avec la réaffirmation solennelle du principe d'unité du droit pénal (par la Cour de cassation le 10 octobre 2000) souligne un décalage extrême entre la réalité et les principes posés. La survie de l'unité du droit pénal passe nécessairement par un assouplissement indispensable au nom de la cohérence de nos propres règles, et surtout de leur crédibilité. Car l'ignorance du droit pénal coutumier, la négation de l'autorité du chef et de la parole collective qu'il transmet est d'une portée considérable. Le débat ne se réduit pas à une querelle de juristes : cette ignorance est une négation des symboles et de l'identité kanaks. Elle recèle la remise en cause de l'organisation sociale traditionnelle. Elle manifeste la permanence des idées et des méthodes : la logique de rupture qui a fondé la colonisation de la Nouvelle-Calédonie. Elle expose toujours le droit, dit par le juge, à être bafoué par le chef. Or ce chef - que la loi pénale prétend dépouiller de ses attributs - c'est "*la parole du clan*" comme le soulignait le pasteur Leenhardt : le symbole d'une société luttant pour préserver son identité.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> Maurice Leenhardt, rappelle le rôle que la parole (le verbe) joue dans cette société et le rôle qu'elle confère au chef puisque lui seul peut porter cette parole : "... Le Canaque se sent soutenu par sa conformité à la parole. Ce qu'il appelle *parole mauvaise* ou *parole torse* n'est point une parole qu'il juge coupable, mais qu'il qualifie de nuisible à l'ensemble et à l'équilibre de sa société. Il connaît la vertu de la parole droite et apprécie la nécessité du conformisme qu'elle exige. La parole maintient donc l'intégrité de la vie sociale. Elle construit le comportement social des membres du groupe (...) La chefferie calédonienne, dont l'autorité repose toute entière sur le prestige de la parole, confirme étrangement ces

## Conclusion du Titre 1

L'article 75 apparaissait, avant la loi de 1999, tout à la fois désuet et contraignant pour la jurisprudence. Désuet au regard de son décalage par rapport à la jurisprudence. Mais contraignant en ce qu'il interdisait, et interdit encore, de remettre en cause une réalité historique : la France a assuré l'assujettissement de certains peuples en leur reconnaissant certes, la pérennité de leur loi privée, mais seulement de leur loi civile. La décolonisation passe-t-elle par la remise en cause de l'unité du droit pénal ? Le principe paraît en être admis par l'accord de Nouméa, mais sa réalisation concrète paraît se heurter à des obstacles quasi insurmontables pour qui voudrait à la fois disposer d'un mode de règlement communautaire des conflits qui ne s'éloigne pas trop de la norme commune. L'expérience néo-calédonienne nous réserve encore de nouveaux développements.

Même sur le plan civil, l'évolution n'est certainement pas terminée. Le statut personnel est un élément de l'état d'une personne, qui a été un enfant (légitime ou naturel). Dès lors, les règles déterminant l'appartenance au statut doivent s'harmoniser avec les principes de protection de l'intérêt de l'enfant, et de non-discrimination entre enfants naturels et enfants légitimes. Et, sauf à considérer que le citoyen de statut coutumier doit être traité comme un non-citoyen français : il a tous les droits du citoyen français sauf les aménagements tenant à l'existence des règles particulières qui résultent de l'appartenance à un statut civil particulier. Il n'est ni un étranger ni un citoyen de seconde catégorie comme l'ont affirmé les 80, 81, et plus particulièrement l'article 82 de la Constitution de 1946.<sup>216</sup> Il ne peut donc se voir retirer le droit au respect de sa vie privée tel qu'il est défini par la Convention européenne des droits de l'homme, notamment. Or ce droit au respect de la vie

---

observations. Le chef a pour tâche de rappeler dans des discours nourris, toutes les traditions, alliances et heures fameuses du clan, tous les engagements, tout son honneur. Sa parole est faite de récits fixés, mythiques ou non, d'images qui évoquent des moments de vaillance, elle a un contenu dynamique, elle est la sagesse et la flamme des âges, elle a une valeur de symbole. Elle donne sa signification à la tradition, elle l'actualise, elle situe les hommes dans le temps qu'ils vivent, elle les soulève sur un plan plus élevé, elle les appelle à l'existence. La tâche du chef calédonien est un ministère (...). Il est dépositaire de la parole du clan. Le chef est le verbe du clan. Cette définition ne m'appartient pas. Je l'ai recueillie de la bouche d'un chef authentique, *Mindia*, un jour qu'un gouverneur curieux de spectacle, avait demandé de voir un chef prononcer ces harangues *qui embrasent le peuple*. Or, négligent à l'endroit des traditions indigènes, ce gouverneur avait précédemment sanctionné un jeu d'intrigues que la colonisation favorise parfois : il avait réduit au minimum la chefferie du grand chef *Mindia*, de très haute lignée, au profit de quelques parvenus qui avaient brigué titres et dépouilles.

Invités à haranguer, voici ces pseudo-chefs, qui caracolaient à cheval autour du premier magistrat, se désistent les uns après les autres. Et, sur l'insistance de ce dernier, ils déclarent enfin :

- "C'est *Mindia* seul qui peut parler."

On alla vers *Mindia*. Et celui-ci de répliquer :

- "Ces gens de rien disent qu'ils sont chefs, qu'ils le prouvent."

Et dans un haussement hautain d'épaules lourd de pitié pour ces prétentieux, il ajouta :

- "**Le chef, c'est la parole du clan.**"

J'ai traduit : le verbe du clan. *Mindia* refusa d'aller galvauder la parole (...) la parole est aussi sacrée dans la bouche du chef que l'autel est sacré sous la main du sacrificateur. Parole des harangues et rites de l'autel ne se profanent pas.

Le Mélanésien a besoin de l'un et de l'autre pour assurer sa stature...". (Do Kamo, *Gallimard*, p. 225).

<sup>216</sup> "Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer. Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens" (article 80). "Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union Française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution" (article 81). "Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. **Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits, et libertés, attachés à la qualité de citoyen français**" (article 82).

privée contient en germe le droit d'exercer une "action en revendication de statut" en ce que le statut doit servir à traduire un mode de vie et un choix libre d'opter pour un comportement social. Dès lors, **un traitement réellement égalitaire entre les deux catégories de citoyens imposerait d'aménager le principe d'indisponibilité du statut, au-delà si nécessaire des cas énumérés par la loi organique de 1999.**

Enfin, si l'on admet que le statut est un élément essentiel de l'état des personnes et donc le socle de l'organisation familiale, et si l'on veut bien respecter le principe de cohésion familiale sans lequel il n'y a pas d'épanouissement harmonieux pour l'individu et particulièrement l'enfant, **on peut regretter que la loi n'ait pas permis au couple de choisir d'un commun accord, le statut de la famille et, donc, celui de l'enfant.**

L'action du juge judiciaire en Nouvelle-Calédonie a donc accompagné et contribué à la redéfinition de la norme constitutionnelle qui régit les rapports entre les deux statuts. Ce premier volet relatif à l'étude de la coutume judiciaire ne constitue qu'une approche exploratoire du rôle assumé par la jurisprudence.

Le second apport de cette jurisprudence concerne la définition des règles de droit privé au sein du statut coutumier, c'est à dire tout le volet intracommunautaire.

Ce second aspect montrera en quoi la coutume judiciaire peut constituer l'instrument d'élaboration d'un véritable droit commun coutumier néo-calédonien, c'est à dire d'une *troisième voie* entre droit traditionnel et droit moderne.

Une troisième voie, susceptible de transcender la "territorialisation" d'un droit traditionnel réparti sur huit *aires coutumières* dotées, chacune, de leur propre particularisme juridique.

Une troisième voie juridique qui permettrait aussi de moderniser la coutume en dépassant les réticences de certains coutumiers à voir évoluer leur droit pour prendre en compte des réalités sociales nouvelles telle que la famille hors-mariage. Une troisième voie nécessairement sujette à interrogations : la société mélanésienne est fondée sur une institution essentielle qu'est le mariage décidé par les familles (un don entre clans, d'abord d'une femme donnée au clan du mari et ensuite, en contrepartie, du premier enfant à naître donné au clan dont la mère est issue). La remise en cause - par le biais de la reconnaissance du caractère "coutumier" de l'union libre - d'une institution matrimoniale qui assujettit l'individu aux clans familiaux est à la fois récente et appuyée par la jurisprudence avec le soutien du Sénat Coutumier. Les praticiens perçoivent la menace, pour la pérennité des valeurs traditionnelles, que recèle cette évolution, au point - comme l'exprime Madame de Collors - d'émettre quelques doutes quant à leur légitimité à assumer un tel rôle.

Une troisième voie fondée enfin sur l'élaboration de règles de procédure novatrices. C'est une organisation judiciaire dérogatoire qui a permis aux valeurs de la société mélanésienne de faire leur entrée dans les enceintes judiciaires, mais c'est à une procédure d'exception - qu'aucun texte ne régleme - que l'on devra, soit le succès, soit l'échec, à venir de cette expérience judiciaire.

L'article 75 de la Constitution, cette norme soumise à des lectures diverses selon les époques et les territoires a généré ce paradoxe : le lancement voici une décennie d'un processus d'élaboration d'un *droit commun coutumier* dans le pays qui se targue depuis deux siècles d'avoir donné à la "civilisation" le Code civil, un "modèle" de droit écrit.

## **Titre 2**

### **La définition par le juge des règles applicables aux citoyens de statut civil coutumier**

“Vieux sceptique, quelque peu athée, je ne crois pas au mythe de la création. Surtout pas quand il s’agit du droit. Pour autant que créer soit faire sortir du néant (...) j’admets difficilement que le droit, qu’il soit perçu comme un ensemble de règles (les juristes l’aiment tel) ou un ensemble de processus (les anthropologues le préfèrent souvent ainsi) sorte du néant” . J. Vanderlinden.<sup>217</sup>

L’article 75 de la Constitution ne définissant pas le domaine du statut particulier, pas plus que l’ordonnance 82 877 du 15 octobre 1982, la jurisprudence avait donc élaboré un critère de compétence *ratione materiae* condamné désormais par l’article 7 de la loi organique qui précise que :

*“Les personnes dont le statut personnel (...) est le statut civil coutumier kanak (...) sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes.”*

La portée générale du principe est confortée par l'article 18 qui affirme que la coutume régit, en outre, les “terres coutumières” :

*“Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier (...)*

*Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.”*

Enfin, l'ensemble des requêtes intéressant ces matières sont tranchées par la juridiction avec assesseurs coutumiers, créée par l’ordonnance du 15 octobre 1982, sans qu'il y ait lieu de distinguer les requêtes gracieuses des affaires contentieuses<sup>218</sup> comme le rappelle l’article 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. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi (...).”*

La définition du droit, en principe, applicable (article 7 précité) est conforme au principe d’égalité des deux statuts lequel interdisait de continuer à considérer le Droit civil comme la norme de principe applicable à tous, et le droit coutumier comme une sorte de norme d’exception cantonnée à certains domaines. L'article 7 ramène le droit civil à n’être, lui aussi, qu’une norme catégorielle : la norme applicable aux seuls citoyens de droit commun. Cette nouvelle définition des rapports entre les deux statuts n’est pas incompatible avec les termes de la loi du 9 juillet 1970<sup>219</sup> relative au statut civil de droit commun, qui précise en son article 1<sup>er</sup> que “**la présente loi s’applique aux dispositions relatives à l’état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités, faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l’article 75 de la constitution. Elle ne**

---

<sup>217</sup> Jacques Vanderlinden, A propos de la création du droit en Afrique : Regards d’un absent, in La Création du droit en Afrique (dir. Dominique Darbon, et Jean du Bois de Gaudusson), Karthala 1997.

<sup>218</sup> Cette formulation condamne définitivement la distinction, entre affaires gracieuses et contentieuses, malencontreusement introduite par les articles 2 et 3 de l’ordonnance du 15 octobre 1982 (voir *supra* le débat sur la compétence *ratione materiae*).

<sup>219</sup> Loi, n° 70-589, du 9 juillet 1970, relative au statut civil de droit commun dans les territoires d’outre-mer, J.O.R.F. du 10 juillet 1970, p. 6459.

## **déroge pas au statut personnel mentionné audit article.”**

La loi de 1970 a pour objet seulement d'adapter le droit civil applicable au droit des personnes et de la famille des citoyens de statut de droit commun dans les territoires d'outre mer. C'est à un parti pris assimilationniste que l'on devait son interprétation *a contrario* laquelle ne visait qu'à définir des rapports de sujétion entre les deux statuts. La jurisprudence avait attribué à cette loi un rôle qui ne pouvait incomber qu'à une norme constitutionnelle et certainement pas à une norme législative intéressant l'un des deux statuts civils en présence.

On ne devrait plus parler, comme on aurait pu le faire autrefois, de l'existence d'un bloc de compétence coutumière défini par le juge. Mais en apportant des exceptions à la compétence de principe posée par l'article 7 de la loi organique, le juge va progressivement définir les contours d'un domaine coutumier et, donc, d'un "bloc de compétence coutumière".

Le but n'est pas de fixer le droit traditionnel, mais plutôt de procéder à une reconstruction de ce droit - ou d'élaborer un droit néo-traditionnel - en passant la norme coutumière au travers du filtre judiciaire et en restituant un droit influencé par les procédures mises en œuvre pour approcher la réalité sociale et culturelle.

C'est la raison pour laquelle l'action du juge a consisté à élaborer des règles de procédures, jusque là inexistantes, afin de tirer la coutume de sa confidentialité et la rendre accessible au débat contradictoire. Il a aussi élaboré des règles de fond, dans une logique de compromis, à partir d'un droit positif existant et d'une tradition orale qui affirme la prééminence du groupe sur l'individu.

**Chapitre I : L'élaboration des règles de procédure.**

**Chapitre II : L'élaboration des règles de fond par la jurisprudence.**

## Chapitre 1

### L'élaboration des règles de procédure.

La composition et les conditions de fonctionnement des juridictions coutumières influent directement sur leur capacité à élaborer un droit qui soit à la fois adapté à la revendication identitaire et qui réponde aux aspirations à la modernité. Mais la capacité de la juridiction à dire un droit souvent confidentiel (car non écrit) dépend d'abord de la mise en oeuvre d'une procédure judiciaire adaptée.

**Section I. - Composition et fonctionnement des juridictions avec assesseurs coutumiers.**

**Section II. - L'élaboration d'un schéma procédural particulier.**

**Section I. - Composition et fonctionnement des juridictions avec assesseurs coutumier.**

Il importe d'appréhender le fonctionnement de la juridiction créée par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 qui a pu apparaître longtemps comme une juridiction d'exception. Caractère que cherche à gommer la loi organique qui ne parle plus de *juridiction coutumière* mais préfère évoquer une "*juridiction civile de droit commun (...) complétée par des assesseurs coutumiers* (article 19).

Cette juridiction au-delà des apparences, est différente des juridictions "coutumières" de la période coloniale expérimentées en Afrique et, plus récemment, aux Nouvelles-Hébrides jusqu'à l'accession à l'indépendance du Condominium franco-britannique en 1980.

C'est à la fois une juridiction d'exception (§ 1), et une juridiction repensée afin d'en garantir la crédibilité (§ 2).

#### **§ 1 - Une juridiction "d'exception".**

L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 proclame la compétence générale des autorités coutumières pour concilier les parties. Cette compétence ne constitue pas une étape obligatoire (sauf en matière de dissolution du mariage), les parties pouvant directement saisir le tribunal (article 2) de toutes requêtes contentieuses comme gracieuses (*supra*, affaire *Poadae*).<sup>220</sup>

Cette juridiction pourra, si les deux parties s'accordent sur ce point ne comporter aucun assesseur coutumier (article 7), ce qui pour autant ne l'autorise pas à appliquer les dispositions du Code civil.<sup>221</sup>

Cette formation juridictionnelle présidée par un magistrat professionnel comprendra

<sup>220</sup> Cass. civ., 1<sup>o</sup>, 13 octobre 1992, J.C.P. 1992, IV, n°3046 (*affaire Poadae*).

<sup>221</sup> Cass. civ., 2<sup>o</sup>, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93

des assesseurs de statut civil particulier en nombre pair (article 3) représentant la coutume de chacune des parties (article 5) car la coutume varie d'une aire coutumière à l'autre, la Nouvelle-Calédonie étant répartie en 8 aires coutumières.<sup>222</sup>

Cette règle vaut aussi bien devant le tribunal de Première Instance (Tribunaux de Nouméa et ses deux sections détachées de Koné et Wé-Lifou) que devant la Cour d'Appel de Nouméa.

La Cour d'appel de Nouméa exerce son activité à trois titres : juridiction d'appel de décisions rendues en matière de droit commun, mais aussi des décisions rendues par la formation avec assesseurs coutumiers (en ce cas elle comporte, elle aussi, des assesseurs dans sa composition) et juridiction d'annulation des décisions rendues dans le territoire de Wallis et Futuna par les juridictions créées par l'arrêté de 1978<sup>223</sup> (ce troisième chef de compétence, qui excède le cadre de cette étude, ne sera pas abordé).

Sa composition coutumière fait la force, mais aussi la faiblesse de cette juridiction : les assesseurs coutumiers de par leur mode de recrutement ont une incontestable légitimité coutumière, laquelle influe sur leur légitimité à statuer sur certaines affaires (notamment les affaires foncières) et peut se traduire par un blocage de l'institution en raison de leur éventuel refus de siéger (ce qu'aucun texte n'a envisagé).

#### **A - La légitimité coutumière des assesseurs : la force de la juridiction.**

Ces assesseurs coutumiers sont nommés pour une année (conformément à l'article 4 de l'ordonnance 82-877) et peuvent être renouvelés dans leurs fonctions. La décision de les nommer appartient à l'assemblée générale de la Cour d'appel sur proposition du Procureur général, sans que l'ordonnance ait prévu de procédure de concertation avec les autorités coutumières, ce qui *a priori* priverait ces assesseurs de légitimité coutumière mais garantirait leur indépendance à l'égard des chefferies.

Ces assesseurs sont choisis en fonction de l'aire coutumière de chacune des parties. C'est dire que le droit "coutumier" élaboré par la jurisprudence sera un droit commun coutumier fait des décisions rendues à partir des huit Droits traditionnels existants, puisqu'il existe huit aires coutumières. Il importe donc peu que les assesseurs coutumiers par leur mode de désignation soient dépourvus de légitimité coutumière, leur fonction étant de collaborer à l'élaboration d'un droit nouveau et non point de porter la parole sacrée du chef, à supposer (même) que cela eût été possible. Enfin, les autorités coutumières peuvent se faire entendre par le biais de la conciliation préalable (prévue à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 15 octobre 1982), et par le biais des orientations données par le Sénat coutumier qui peut être valablement consulté sur tel ou tel point de droit particulier.

Pourtant en pratique, les assesseurs coutumiers sont pressentis après une concertation préalable avec les chefferies. Ils disposent donc bien d'une légitimité coutumière.

Cette légitimité coutumière est même une nécessité : nul assesseur ne siégera dans

---

<sup>222</sup> La Nouvelle-Calédonie est divisée en huit "aires coutumières" : aire **Djubea Kapone** (Nouméa), aire **Xaracuu** (Boulouparis), aire **Ajie Aro** (Houaïlou), aire **Paici Camuki** (Poindimié), aire **Hoot Ma Whaap** (Pouébo), aire de **Iaai** (Ouvéa), aire **Drehu** (Lifou), aire **Nengone** (Maré). Ces aires coutumières regroupent 58 "districts" (en quelque sorte d'anciens royaumes) qui ont à leur tête des "Grands Chefs". Ces 58 "districts" sont subdivisés en 336 "tribus".

<sup>223</sup> Arrêté (mettant en oeuvre la loi 61-814 du 29 juillet 1961 relative au statut de Wallis et Futuna) en date du 20 septembre 1978, art. 1<sup>er</sup> - "la justice de Droit Local est administrée par trois tribunaux du premier degré, un tribunal du deuxième degré et par la Chambre d'Annulation de la Cour d'Appel de Nouméa".

une affaire s'il ne se sent pas le droit de juger au regard, soit de la localisation spatiale du conflit (nul assesseur n'accepterait de siéger dans un litige intéressant des personnes étrangères à son propre district, voire au sein du même district dans un litige intéressant des personnes habitant par exemple de l'autre côté de la chaîne montagneuse qui sépare l'est de l'ouest), soit au regard de l'appartenance familiale (une certaine proximité familiale ou clanique entre le juge et les parties est indispensable pour que l'assesseur se sente réellement impliqué dans la recherche d'une solution au litige, car dans la conception traditionnelle le juge doit être celui qui favorise une solution transactionnelle et qui doit disposer pour cela d'une capacité de persuasion et non celui qui tranche un conflit entre des individus qui lui sont parfaitement étrangers).

En d'autres termes, pour pouvoir juger et rendre une décision acceptable par tous, l'assesseur coutumier ne doit être ni trop étranger ni trop éloigné des parties. C'est de cette exigence, qui conditionne l'autorité dont sera revêtue la décision, que découlent les difficultés de gestion que rencontrent ces juridictions menacées de blocage par des assesseurs rétifs à connaître de certaines affaires, mais qui n'osent l'exprimer sauf sous la forme d'un absentéisme injustifié.

Incontestablement, c'est la présence des assesseurs coutumiers qui donne force et légitimité aux décisions rendues. Cette présence est majoritaire en première instance : la juridiction est composée de trois magistrats parmi lesquels deux assesseurs coutumiers.

En revanche les assesseurs sont minoritaires en appel (la cour d'appel statue à cinq membres parmi lesquels deux assesseurs coutumiers). Cependant, rien n'indique dans l'ordonnance du 15 octobre 1982 qu'ils soient limités au nombre de deux, cette ordonnance ne posant que l'exigence d'assesseurs en nombre pair. Rien, *a priori*, n'interdirait d'accroître leur nombre afin de donner plus de poids à leurs décisions, notamment au niveau de la Cour d'appel, ce qui aurait aussi l'avantage de prévenir le blocage de la juridiction du fait de la défection de certains d'entre eux.

## **B - Le risque de blocage institutionnel né du refus de siéger des assesseurs coutumiers.**

Une composition aussi lourde aggrave le risque de renvois motivés par l'absentéisme des assesseurs lors de l'audience.

Cela peut tenir d'abord au fait que devant appartenir à l'aire coutumière des parties,<sup>224</sup> ces assesseurs coutumiers viennent parfois de loin, fréquemment des Iles Loyautés pour participer aux audiences tenues à Nouméa.

Cette lourdeur est aggravée par le fait que sans nul discernement l'ordonnance n° 82-877 impose de statuer en présence d'assesseurs siégeant en nombre pair, fut-ce pour des litiges de moindre importance tels que la reconduction de mesures provisoires devenues caduques du fait de la lenteur des parties à déposer leur requête au fond.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> **Art. 5** - *“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 (...)”*.

<sup>225</sup> Ce cas de figure apparaît dans l'ordonnance n° 00/2811 rendue le 31 octobre 2000 par le tribunal de Nouméa *“Attendu qu'à l'audience du 24 octobre 2000, l'épouse est représentée par son conseil, l'époux s'est déplacé de Lifou, grâce au don financier de la tribu, mais que le tribunal ne peut siéger, en raison de l'absence d'un assesseur (...) Attendu que l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ne prévoit pas que le tribunal puisse retenir sa compétence, même dans l'intérêt des parties, en l'absence d'un assesseur coutumier...”*

Enfin, cet absentéisme s'explique par le refus de certains assesseurs de siéger pour ne pas cautionner certaines solutions. On l'a vu notamment en matière de contentieux relatif au foncier<sup>226</sup> mais aussi et plus particulièrement en matière de contentieux touchant la famille naturelle, ce dont témoigne un arrêt du 21 mai 2001.<sup>227</sup>

La raison de cette défection des assesseurs coutumiers tenait au fait que pour certains d'entre eux le droit traditionnel ne reconnaît pas la famille naturelle et que la coutume n'aurait pas à connaître de ce type de contentieux : une opposition marquée au point de voir deux assesseurs quitter ensemble l'audience du juge aux affaires familiales de Nouméa en refusant explicitement de statuer, et contraignant la juridiction à statuer à juge unique et à appliquer le Droit civil.<sup>228</sup> La question a été récemment tranchée dans le sens de la

---

<sup>226</sup> Notamment Sect. Koné, jugement n° 17 du 11 février 1997, *GDPL Kam c/ Tiaou*. Cette affaire qui portait sur une demande d'expulsion pour occupation sans titre d'une parcelle de terrain a été particulièrement affectée par l'absentéisme des assesseurs.

<sup>227</sup> Nouméa arrêt, n° 122 du 21 mai 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala* (sur appel d'un jugement de la section de Koné, en date du 11 juillet 2000).

Saisi d'une requête en fixation d'une pension alimentaire pour un enfant naturel, le tribunal de Koné avait statué sans assesseurs coutumiers faute pour ces derniers de s'être présentés à l'audience. La cour, rappelant le caractère obligatoire de leur présence, annulera (par arrêt du 6 mars 2000) l'ordonnance rendue le 25 octobre 1995 par le juge de Koné.

Le tribunal statuera à nouveau, le 11 juillet 2000, mais cette fois dans une composition paire : un seul des assesseurs ayant daigné se présenter.

Dès lors, dans son arrêt du 21 mai 2001 la cour d'appel à la demande de l'une des parties au litige assouplira sa position en ne rejetant pas d'emblée l'argument de ceux qui contestaient le principe de l'application de la norme coutumière dans ce type de litige (lequel imposait la présence obligatoire des assesseurs coutumiers) étant souligné que la cour d'appel venait d'être, elle-même, confrontée au problème (à l'audience du 12 mars 2001 l'un des assesseurs ayant fait défection).

Dans son arrêt avant dire droit du 21 mai 2001 la cour reprenant les arguments soulevés soumettra la question du droit applicable au sénat coutumier, en ces termes : *“Attendu qu'aux termes des articles 2 et 3 de l'ordonnance n° 82-877, du 15 octobre 1982 instituant les assesseurs coutumiers, le tribunal de première instance et la cour d'appel doivent être complétés par des assesseurs de statut civil particulier lorsqu'ils sont saisis de “contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ledit statut” ;*

*Attendu que la délibération n° 424 du 3 avril 1967, relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier, seul texte permettant de définir le contenu dudit statut, dispose que “sont régis par la coutume” les adoptions (article 37), le mariage (article 40) et la dissolution du mariage (article 44) ; **Que les dispositions relatives à l'enfant naturel n'ont trait qu'à sa reconnaissance ;***

*Attendu que la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 dispose en son article 7 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies “en matière de droit civil” par leurs coutumes ; Que cette formulation beaucoup plus large est susceptible de recouvrir le litige dont la cour est saisie ; Qu'il apparaît cependant que certains assesseurs coutumiers ont pu refuser de statuer en ce domaine estimant qu'il ne ressortissait pas de la coutume ;*

*Attendu que la loi organique susvisée a institué le Sénat coutumier qui a notamment pour attribution de se prononcer sur les textes intéressant le statut civil coutumier ; Qu'il apparaît opportun de saisir cette institution d'une demande d'avis.”*

<sup>228</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 2082 du 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c/. Bearune*. Dans cette affaire M<sup>me</sup> de Collors, le juge aux affaires familiales souligne “Le jugement du 15 mars 1999 constate que les parties sont de statut civil particulier et nomme deux assesseurs pour compléter la juridiction, conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982. L'audience du 19 avril 1999 ne peut se tenir, en raison de l'absence de l'un des assesseurs. Le jugement du 3 mai 1999 nomme à nouveau deux assesseurs. A l'audience de renvoi du 31 mai 1999, aucun d'eux ne se présente. L'audience n'a pas lieu. Le jugement du 21 juin 1999 procède à la nomination de deux autres assesseurs et renvoie l'affaire au 2 août 1999. A cette date, la juridiction, légalement composée, retient l'affaire, la demanderesse étant représentée, le défendeur n'ayant jamais comparu (...)

**Attendu que les assesseurs adjoints à la juridiction exposent que le présent dossier ne les concerne pas en ce qu'il ne touche la coutume d'aucune manière, puisque les parties ne sont pas mariées coutumièrement, et que la coutume ou les clans ne sont jamais intervenus dans leurs relations ;**

Attendu qu'ils déclarent ne pas vouloir, pour être logiques et honnêtes avec eux-mêmes, juger cette affaire purement civile ;

**Attendu que l'ordonnance n° 82-877 impose la présence d'assesseurs de la coutume dès lors que le dossier concerne des Mélanésiens de statut de droit particulier, et non en raison de la matière, ayant rapport ou non à la coutume ;**

Attendu que les parties peuvent écarter cette disposition, mais seulement d'un commun accord, ce qui implique que le défendeur se présente (...)

compétence du droit coutumier.<sup>229</sup>

## § 2 - Une juridiction repensée à la lumière des expériences passées.

Selon M. Guiart,<sup>230</sup> qui se fonde sur l'expérience relativement récente des Nouvelles-Hébrides, les juridictions avec assesseurs coutumiers présentent l'inconvénient d'exposer le magistrat professionnel à être manipulé par ses propres assesseurs :

*"L'administrateur blanc du cercle, président du tribunal coutumier, qui lui seul avait voie délibérative, assisté de deux notables avec voie consultative, pouvait être la première victime des manipulations orchestrées par l'interprète et les deux assesseurs."*<sup>231</sup>

Ce qui distingue les juridictions néo-calédoniennes, avec assesseurs coutumiers, des expériences passées, et qui à notre sens interdit toute comparaison entre ces deux expériences tient à deux éléments fondamentaux.

Tout d'abord les assesseurs créés par l'ordonnance du 15 octobre 1982 ont voix délibérative à la différence des juridictions coutumières de la période coloniale où les assesseurs n'avaient que voix consultative. Aujourd'hui, en Nouvelle-Calédonie, les assesseurs assument la paternité des décisions rendues. Et lorsqu'ils ne désirent pas endosser cette responsabilité, ils refusent de siéger. Nul besoin pour eux de manipuler le juge professionnel puisqu'ils peuvent soit ne pas "jouer le jeu", soit le mettre en minorité, étant rappelé que les assesseurs sont majoritaires au sein de la composition de première instance.

La seconde raison de considérer avec réserve l'analyse de M. Guiart, tient à l'absence de recours à des interprètes dans le fonctionnement habituel des juridictions néo-calédoniennes. La manipulation dont parle M. Guiart provenait fréquemment d'une collusion entre d'une part les assesseurs coutumiers et d'autre part l'interprète. Dans l'exemple néo-calédonien où le Français constitue la langue commune parlée par toutes les parties (et souvent la seule langue commune à des parties originaires de différents districts, du fait de la multiplicité des langues vernaculaires), la question du rôle que pourrait jouer l'interprète n'a pas lieu de se poser. Par ailleurs lorsque se posent des difficultés tenant à la capacité des plaideurs à maîtriser la langue française, ce sont les assesseurs coutumiers, eux-mêmes, qui traduisent les dires des parties.

Organes de décision, les assesseurs remplissent leur mission de légitimation de la décision : ils auraient eux-mêmes trop à perdre, sur le plan de leur crédit personnel, à se livrer à la manipulation qu'évoque M. Guiart. Et ce d'autant qu'ils sont proches des parties sur le plan géographique mais souvent, aussi, sur le plan familial. Ils sont enfin, tenus à une attitude digne à raison de leur statut de notables.

---

Attendu qu'aucune disposition légale ne permet au président de la juridiction d'obliger les assesseurs coutumiers à siéger, non plus d'ailleurs que de sanctionner ceux qui ne se déplacent pas et portent préjudice à l'étude diligente des requêtes ; Que la juridiction est tout de même tenue de statuer ; **Qu'il convient donc de revenir à la composition de droit commun et de faire application des règles du droit civil...**"

Cette décision est doublement intéressante car elle rompt avec le critère de compétence *ratione materiae* pour ne retenir que le critère de compétence *ratione personae*. Surtout, elle lie la composition de la juridiction et le droit applicable. Ce qui est conforme en tous points aux dispositions de la loi organique.

<sup>229</sup> Dans son arrêt rendu le 26 novembre 2001 (affaire Teimboanou c/ Tein Mala) la cour d'appel de Nouméa se fonde sur l'avis du Sénat coutumier en date du 13 août 2001 selon lequel *"entrent dans le champ du statut civil coutumier les litiges concernant l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père d'une part, et l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père préalablement à un mariage des parents d'autre part."*

<sup>230</sup> Rencontré à Nouméa le 24 juillet 2001.

<sup>231</sup> Jean Guiart, Sociétés Mélanésiennes, idées fausses, idées vraies, *Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa 2001, p. 23.

Certes, les magistrats professionnels regrettent l'absence de formulation théorique par les assesseurs des règles coutumières : la règle coutumière "transpire" des rapports sociaux, elle ne s'expose pas sur un plan théorique, pas plus qu'elle ne se justifie. Pour autant l'utilité de la présence des assesseurs coutumiers, seuls détenteurs du savoir coutumier, n'est pas mise en cause par les magistrats qui siègent à leurs côtés. La préoccupation dominante, au contraire, a été de permettre à cette présence d'avoir toute sa place et de produire son plein effet. Ceci explique que la procédure suivie, au niveau du débat judiciaire devant les juridictions civiles, ait été récemment aménagée.

## **Section 2. – Le dédoublement de l’instance pour connaître la norme applicable : l’élaboration d’un schéma procédural particulier.**

La jurisprudence a dû, en l’absence de règles de procédure définies par les textes, poser les bases d’une procédure particulière à partir d’un dédoublement de l’instance comprenant une pré-phase contentieuse destinée à connaître la norme applicable.

Le tribunal sans ses assesseurs coutumiers n’est pas en mesure de connaître le droit applicable essentiellement de tradition orale, hormis les cas où la matière est régie par des textes qui généralement définissent des procédures mais n’édicte que rarement des règles de fond. La décision avant dire droit sur la règle applicable permet d’écrire la coutume et de la rendre accessible aux parties comme au ministère public. La procédure conditionne donc l’appréhension des règles de fond.

M. Delahaye note à ce sujet :

*“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.”<sup>232</sup>*

Le jugement sur le droit applicable (comme première phase du processus) est la condition pour que le juge professionnel ne soit pas le simple porte-plume de la juridiction, et pour qu’il dispose d’un temps de discussion et de réflexion avec ses assesseurs avant d’appliquer le droit aux faits. Cette pratique du jugement intermédiaire est donc une “respiration” nécessaire pour rendre à la collégialité sa véritable vocation en permettant au juge professionnel néophyte de comprendre la règle qu’il devra appliquer et pour, le cas échéant, lui permettre d’en anticiper la portée afin de tenter d’en moduler les effets. Cette procédure prévient enfin tout risque de manipulation du magistrat professionnel par ses assesseurs.

Cette phase préparatoire rend effective la règle du contradictoire en permettant aux parties de conclure utilement sur l’application d’une règle dont la juridiction vient de lui livrer la connaissance. D’ailleurs, cette procédure sera instituée sur la demande expresse du Parquet général qui ne pouvait prendre utilement de réquisitions sur une règle dont il n’avait pas la connaissance.

Justifiant ce dédoublement de l’instance la cour souligne dans l’arrêt du 5 juin 2000 :

*“Attendu que l’ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 qui a institué une juridiction spécifique avec la participation de deux assesseurs coutumiers pour connaître des litiges concernant les personnes relevant du statut civil coutumier n’a pas fixé les modalités procédurales applicables à cette juridiction ; Que si les dispositions du décret du 7 avril 1928 relatifs à la procédure civile suivie en Nouvelle-Calédonie doivent être appliquées à défaut de règles particulières, il importe que les parties puissent être en mesure de débattre contradictoirement sur la règle coutumière applicable et ses conséquences dans le litige en cause ; Que le principe du caractère contradictoire des débats judiciaires y oblige.”<sup>233</sup>*

---

<sup>232</sup> Jean-Luc Delahaye, Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie, essai d’analyse de la jurisprudence locale, Nouméa, janvier 1995 (non publié).

<sup>233</sup> Cour d’appel de Nouméa, arrêt n° 140 du 5 juin 2000, *MP c/ Trutrune* (cette affaire fera l’objet d’un second arrêt

Cette méthode influera peut-être sur la rédaction des décisions : la tentation sera forte de vouloir dans le jugement avant dire droit sur la norme rappeler l'état de la jurisprudence en se fondant sur les décisions antérieures, soit pour en adopter le sens soit pour s'en démarquer. La référence aux préalables jurisprudentiels n'est plus très loin (du moins au niveau des conclusions du ministère public).

Cette procédure va considérablement modifier les rapports au sein de la formation de jugement entre les assesseurs et les magistrats professionnels : ces derniers disposeront d'éléments argumentés en droit à opposer à la position éventuellement figée des assesseurs. Un dialogue en résultera nécessairement, lequel empêchera cette juridiction de devenir le conservatoire d'un droit fossile pour être, au contraire, le lieu d'élaboration d'une norme en mouvement, d'un droit dynamique au service d'une société qui évolue tout en voulant préserver ses racines.

Ce schéma procédural particulier constitue la pierre angulaire d'une procédure judiciaire qu'il appartient à la jurisprudence de définir, tout comme elle va définir des règles de fond.

## Chapitre 2

### L'élaboration des règles de fond par la jurisprudence.

Les règles de fond intéressent pour l'essentiel le droit des personnes et de la famille. Elles intéressent aussi le droit des terres et, au-delà, certes de façon indirecte, certains aspects de l'activité économique.

**Section I. - L'action de la jurisprudence dans élaboration d'un droit coutumier des personnes et de la famille.**

**Section II. - Le droit des terres et l'introduction de la coutume dans le domaine de l'activité économique.**

#### **Section I. - L'action de la jurisprudence dans élaboration d'un droit coutumier des personnes et de la famille.**

L'analyse du droit jurisprudentiel existant montre que la coutume judiciaire s'est taillé son domaine d'intervention (**sous-section 1**) remettant en cause les barrières qui limitaient, avant 1999, sa compétence. Par ailleurs, elle a su apporter des tempéraments à certaines règles (de fond) issues du droit traditionnel en posant des jalons qui anticipent l'élaboration de nouvelles règles de fond (**sous-section 2**).

**Sous-Section 1. - Les principaux domaines d'intervention de la coutume judiciaire.**

**Sous-Section 2. - La jurisprudence comme source autonome du droit : appréciation critique.**

## **Sous-Section 1. – Les principaux domaines d’intervention de la coutume judiciaire.**

La jurisprudence a affirmé les droits de l’individu en créant pratiquement de toute pièce un statut de la famille naturelle (§ 1), et a fortement remodelé le statut de la famille légitime (§ 2) tout en précisant le statut de l’enfant adopté (§ 3).

### **§ 1 – De l’affirmation de droits individuels à l’élaboration d’un statut coutumier de la famille naturelle.**

Certes de façon timide, les droits individuels ont été à maintes occasions affirmés (A) mais leur consécration la plus éclatante résulte de l’élaboration d’un statut coutumier de la famille naturelle (B).

#### **A – L’affirmation jurisprudentielle des droits individuels.**

Cette volonté s’est d’abord traduite dans la restriction de la portée reconnue à la renonciation au statut. Alors qu’à une époque on considérait que la demande en changement de statut présentée par le père engageait aussi ses enfants mineurs nés tout comme ses enfants à naître, la cour d’appel a précisé dans son arrêt du 3 septembre 1990<sup>234</sup> qu’il s’agissait d’un acte personnel, qui n’engageait que son auteur et non pas son épouse et encore moins ses enfants déjà nés (même s’il engage ses enfants à naître). Les enfants mineurs demeurant, ainsi, libres à leur majorité de faire ce choix eux-mêmes.<sup>235</sup>

Paradoxalement, cette jurisprudence réduisait à la fois le phénomène d’érosion du statut civil particulier et, dans le même temps, affirmait les droits de l’individu, même mineur, par rapport à la collectivité familiale.

Une impulsion particulière a été donnée à l’affirmation des droits individuels, avec la création des juridictions de proximité (sections de Koné et Lifou) et le développement d’audiences foraines autour de ces deux pôles nouveaux qui offrent une alternative en cas de situation bloquée du fait de la pression familiale sur l’individu. L’illustration la plus éclatante est fournie par les dissolutions amiables d’unions coutumières prononcées au cours de l’année 1993, lesquelles réglaient en réalité des séparations de faits très anciennes dont les clans refusaient de tirer les conséquences afin de faire pression sur les époux désunis et les amener à reprendre la vie commune.

A l’occasion d’une visite à la mairie de Maré en 1991, il nous avait été indiqué qu’il était courant que les clans cherchent à obliger (par leur lenteur à statuer) les époux désunis à reprendre la vie commune, étant précisé que la dissolution relève d’abord d’un “règlement familial” (prévu par les articles 44 et 45 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967, et qui conditionne la saisine de la juridiction). La véracité de cette information est confirmée par l’analyse des décisions des sections détachées.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Nouméa, arrêt n° 195 du 3 septembre 1990, *Nonmoigne*.

<sup>235</sup> Cette jurisprudence se trouve, de fait, remise en cause par la possibilité donnée (par la loi organique du 19 mars 1999) à celui qui élève l’enfant de présenter, au nom de ce dernier, une requête en changement de statut (art. 11 al. 1<sup>er</sup> et 13 al. 4).

<sup>236</sup> Jean-Luc Delahaye, *Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie*, op. cité.

En ouvrant la voie d'un recours possible devant une juridiction, en cas de déni de justice de l'instance familiale, le législateur a créé un espace d'affirmation des droits individuels.

Désormais, le mariage comme sa dissolution ne sont plus l'affaire exclusive des clans, pour être (de plus en plus) l'affaire des époux. Et cela sera d'autant plus vrai lorsque les clans refuseront d'entériner la volonté commune des époux de mettre un terme à l'union, du fait de l'alternative judiciaire qui s'offre aux plaideurs.

Si le préalable de la saisine des clans conditionne, en principe, la recevabilité de la saisine des juridictions, ces dernières ont en outre posé des règles qui empêchent que cette étape préliminaire ne soit un moyen d'empêcher ou de retarder la phase judiciaire. Le juge a donc, sans remettre en cause une dualité tenant à la superposition d'un traitement "familial" et d'un traitement "judiciaire", créé les conditions d'affirmation d'un vrai droit individuel à solliciter la dissolution du lien matrimonial.

Sans nul doute, cette liberté nouvelle à s'émanciper d'une union non souhaitée aura-t-elle des répercussions dans le sens d'une affirmation progressive d'une liberté de se marier que déniait autrefois le droit traditionnel.

Enfin, le fait que les juridictions avec assesseurs coutumiers se soient emparées du contentieux de la famille naturelle, alors que le droit traditionnel ignore, sinon condamne, des unions qui échappent au contrôle des clans, constitue une avancée substantielle pour les libertés individuelles qui explique les réticences.<sup>237</sup> Une avancée qui renforce le mouvement d'affirmation d'un principe de liberté matrimoniale (ces divers aspects sont abordés plus bas).

## **B - L'affirmation par la coutume judiciaire d'un nouveau mode d'organisation des rapports familiaux.**

Dans un domaine qui ne lui était pas expressément dévolu par les textes, la juridiction avec assesseurs coutumiers avait, avant l'entrée en vigueur de la loi organique, élaboré un statut de la famille naturelle quasi exclusivement prétorien. Non seulement la coutume judiciaire crée le droit applicable, mais elle définit aussi son domaine d'application, en contribuant à faire sortir la coutume de son "cantonnement" juridique.

Les textes ont envisagé l'état civil de l'enfant et notamment de l'enfant naturel mais la famille naturelle est une fiction juridique pour le droit traditionnel. Pire, une anomalie imputable au mépris manifesté, par l'individu, à l'égard de l'autorité familiale. Cette

---

Ces jugements de "dissolution" d'unions coutumières témoignent d'un contentieux non traité imputable à un contrôle social (voire un ordre moral) sur les comportements individuels. Cette situation amènera à prononcer des dissolutions amiables (improprement qualifiées "dissolutions pour rupture de la vie commune" parce qu'elles intervenaient au bout de longues années de séparation de fait, la notion de "rupture de la vie commune" n'existant pas en droit coutumier). Ces situations n'avaient pas été réglées en dépit de la saisine depuis des années (sinon des décennies) des clans concernés. En ces hypothèses, soit les deux clans, soit parfois un seul clan, refusaient d'entériner une dissolution voulue par les deux époux qui avaient entre-temps refait leur vie avec des tiers :

- séparation remontant à plus de dix ans (section Koné, n° 19 du 22 août 1990).
- séparation remontant à plus de onze ans (section Lifou, n° 219 du 3 décembre 1993, *Wapo c/ Harper*) ;
- séparation remontant à dix-sept ans (section Koné, n° 115 du 12 novembre 1991) ;
- séparation remontant à vingt ans (section Lifou, jugement n° 147 du 16 avril 1993, *Wainebengo c/ Roine*) en l'espèce seul le clan de l'épouse s'opposait à la dissolution, alors même que les deux époux y étaient favorables et étaient soutenus en cela par le clan du mari.

<sup>237</sup> Voir notamment, Tribunal civil de Nouméa, n° 2082 du 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c/. Bearune*.

question ne fait donc pas, normalement, partie des matières régies par la coutume. D'ailleurs, lorsque le 12 avril 1999 la Cour d'appel statuait sur la compétence de la juridiction de droit commun, en réponse à un moyen soulevé par des citoyens de statut particulier originaires de Wallis et Futuna, la Cour rappelait que "le statut personnel régit des matières précises tenant notamment à l'état civil, au mariage, à la rupture de ce dernier et à la dévolution des biens".<sup>238</sup> Cette définition n'envisage pas la famille naturelle, hormis sous l'angle réducteur de l'état civil.

Cette position de la Cour d'appel est, au surplus, conforme aux dispositions de la loi du 9 juillet 1970<sup>239</sup> qui définit le domaine d'application du droit commun, et négativement le domaine d'application du droit coutumier qui en constitue le pendant. L'article 1<sup>er</sup> de ce texte précise que cette loi "s'applique aux dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l'article 75 de la Constitution. Elle ne déroge pas au statut personnel mentionné audit article."

En ce qui concerne les citoyens de *statut particulier wallisien et futunien*, la jurisprudence a constamment affirmé la compétence du droit commun en matière de famille naturelle.<sup>240</sup> Cette solution évite d'avoir à saisir la juridiction avec assesseurs coutumiers prévue pour Wallis et Futuna par un arrêté de 1978 mais toujours virtuelle aujourd'hui.<sup>241</sup>

S'agissant des personnes de *statut coutumier kanak*, il ne résulte pas explicitement de la loi du 9 juin 1970 que le statut de la famille naturelle relève du droit coutumier. Pourtant la jurisprudence soumettait cette matière - avant l'intervention de la loi du 19 mars 1999 - à la compétence des juridictions avec assesseurs coutumiers. Cette position jurisprudentielle favorable à l'extension du domaine de la coutume a été contestée par certains assesseurs coutumiers, mais a été récemment confortée par l'avis donné par le Sénat Coutumier à l'occasion de l'affaire *Teimboanou c/ Tein Mala*.<sup>242</sup>

Les textes ont défini certains éléments du statut de l'enfant naturel (1°), mais la définition des règles régissant les rapports entre l'enfant avec sa famille est l'œuvre de la jurisprudence (2°).

### **1°) - La définition par les textes de certains éléments du statut de l'enfant naturel.**

La délibération du 3 avril 1967 ne définit que certains éléments du statut de l'enfant naturel : les règles relatives à l'attribution du nom patronymique et celles relatives à la reconnaissance de cet enfant.

#### **a - Le nom patronymique de l'enfant naturel.**

---

<sup>238</sup> Nouméa, arrêt n° 28 du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie*.

<sup>239</sup> Loi, n° 70-589, du 9 juillet 1970, relative au *statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer*, J.O.R.F. 10 juillet 1970, p. 6459.

<sup>240</sup> En témoignent trois arrêts de la cour d'appel : arrêt n° 244 du 10 juillet 1995, *Matakualiki c/ Tuamasaga* - arrêt n° 463 du 4 décembre 1995, *Lie c/ Tialetagi* - arrêt n° 262 du 22 juillet 1996 *Seuva c/ Selui*.

<sup>241</sup> Arrêté, n° 2063, du Haut-Commissaire de la République dans l'Océan Pacifique, en date du 20 septembre 1978, portant organisation d'une juridiction de droit local dans le territoire de Wallis et Futuna (*Journal officiel* de Wallis et Futuna).

<sup>242</sup> Cour d'appel de Nouméa, 26 novembre 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala*. La cour s'appuie sur l'avis rendu par le Sénat coutumier en date du 13 août 2001 selon lequel "entrent dans le champ du statut civil coutumier les litiges concernant l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père d'une part, et l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père préalablement à un mariage des parents d'autre part."

La règle coutumière est très différente de celle posée par l'article 334-1 du Code civil en matière de patronyme de l'enfant naturel. Alors qu'en Droit civil, l'enfant naturel porte le patronyme de celui qui l'a reconnu en premier et le nom du père en cas de reconnaissance concomitante par ses deux parents, l'enfant naturel de statut civil coutumier portera par principe le nom de son père quel que soit l'ordre des reconnaissances. Il ne portera le nom de sa mère que par défaut : au cas où il n'aura fait l'objet d'aucune reconnaissance de la part de son père.

L'article 8 de la délibération du 3 avril 1967 prévoit que :

*“le nom de famille est transmis du père à ses enfants, ou de la mère à ses enfants lorsque ceux-ci ne font pas l'objet d'une reconnaissance paternelle”.*

Cette règle explique le caractère sensible de la reconnaissance de l'enfant naturel par le père qui fera perdre à l'enfant le nom patronymique de sa mère. La mère dispose, pour cette raison, de la faculté de s'opposer à la volonté du père de reconnaître son enfant.

### **b - La reconnaissance de l'enfant naturel.**

L'article 35 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 entérine une règle du droit traditionnel en soumettant la seconde reconnaissance de l'enfant naturel à l'accord de celui des deux parents qui l'a reconnu en premier lieu :

*art. 35. - “la reconnaissance de l'enfant naturel **ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu** et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé.*

*Si l'enfant naturel est âgé de plus de dix-huit ans, son consentement est également requis.*

*Pour que la reconnaissance soit effective, il est nécessaire que la mère ou le père et, le cas échéant, l'un et l'autre, en manifestent leur intention et signent l'acte de naissance dans les trente jours qui suivent l'événement. Passé ce délai, un acte de reconnaissance indépendant devra être dressé.”*

De fait cette règle subordonne, généralement, la reconnaissance de l'enfant naturel par le père à l'accord de la mère.

C'est à l'occasion de l'affaire *Trutrune* que la jurisprudence a précisé la nature de cette autorisation et précisé les limites des prérogatives exercées par la mère en cas de reconnaissance tardive de l'enfant par son père. Face au refus de la mère d'autoriser sa reconnaissance, le père naturel a demandé à la juridiction composée d'assesseurs coutumiers d'être autorisé à reconnaître sa fille, et d'organiser les rapports entre les parents et l'enfant (autorité parentale conjointe, organisation d'un droit de visite d'hébergement).

Le père rappelait, qu'au regard du droit coutumier, la reconnaissance de l'enfant naturel par son père suppose le mariage des deux parents ou, à défaut, le consentement exprès de la mère. Il déduisait le caractère abusif, du refus de la mère d'autoriser cette reconnaissance, de l'opposition de cette dernière à consentir au mariage qui aurait conféré la légitimité à l'enfant. Il invoquait, en outre, le principe d'égalité entre les citoyens, tel qu'affirmé par la Constitution, impliquant des droits identiques pour le père et la mère.

La mère de l'enfant arguait de ce que le statut particulier est “un privilège” dont son ancien concubin ne cherchait qu'à obtenir les avantages sans en accepter les contraintes. Elle soulignait que le statut coutumier est un tout : que l'on ne peut transformer, selon ce que son

propre intérêt commande, certaines des règles définies par ce statut. Et ce d'autant que, précisait-elle : “... à présent, l'enfant a 17 ans passés, qu'il n'a pas contribué à son entretien, et qu'il n'avait qu'à faire les démarches coutumières dès lors qu'elle-même était enceinte.” Elle soupçonnait aussi que le souhait tardif du père de reconnaître l'enfant, à un an de la majorité de celle-ci, visait à permettre au père d'être le destinataire des présents qui seraient remis par la famille, en guise de dot, lors du mariage de sa fille. Ce à quoi ce dernier rétorquait qu'en cas de mariage, seuls les oncles utérins seraient destinataires des présents.

Dans son premier jugement, en date du 17 mai 1999, le tribunal souligne l'enjeu de cette reconnaissance. En s'opposant à celle-ci, “la mère s'oppose à ce que sa fille entre dans le clan paternel”. Et la juridiction rappelle : “... que lorsque Thérèse W... était enceinte de Virginie, il appartenait à son clan d'entreprendre des démarches auprès du clan du futur père, aux fins de prendre une décision commune, soit de mariage, ce qui emportait la reconnaissance de l'enfant par le père, soit de prise en charge de l'enfant à naître par les parents de la mère, sans reconnaissance possible du père...” Le tribunal mettait déjà en perspective une responsabilité partagée dans la non-reconnaissance de l'enfant par le père, tout en renvoyant l'affaire pour audition de l'enfant.

Dans son second jugement (en date du 28 juin 1999), le tribunal notait que l'enfant était partie vivre chez son père, et qu'elle avait exprimé avec force son souhait d'y demeurer. Le tribunal soulignait, à ce stade, la contrariété entre les règles du droit civil et celles droit coutumier : “Attendu que le tribunal constate que d'un point de vue purement civil de droit commun, il n'est pas contesté que Emmanuel T... soit le père de Virginie W..., **que d'un point de vue strictement coutumier, il ne peut être dit que Emmanuel T... est le père de Virginie W...**”

Manifestement, le tribunal cherchera une solution de contournement de la règle coutumière sous couvert de trouver un compromis en précisant : “que le tribunal ainsi composé n'applique ni le seul droit commun, qui doit être tempéré et accordé avec la coutume des parties, ni le seul droit coutumier dont il n'est pas détenteur.” Pour étayer sa solution, le tribunal invoquera l'absence de concertation entre les clans intéressés, mais en même temps écartait, comme inutile, le recours à l'avis des clans au motif que l'espèce résultait d'un cas exceptionnel et particulier, et au motif que l'enfant avait exprimé son avis. Le tribunal fera droit aux demandes du père en disant que la présente décision valait reconnaissance de la paternité du père sur l'enfant Virginie, et affirmera que le consentement de la mère n'était pas requis en l'espèce.

Le tribunal optait donc pour une solution inspirée par le droit commun (en fait, il écartait l'application de la règle coutumière en écartant le recours à la consultation des clans), pour fonder sa décision sur la volonté de l'enfant mineur, et la prise en compte de l'intérêt de cet enfant.

En appel, sera pour la première fois mise en oeuvre la procédure particulière organisée autour du dédoublement de l'instance. L'appel interjeté par le procureur de la République, dans l'intérêt de la loi, invoquait la violation par le tribunal de l'article 35 de la délibération du 3 avril 1967 qui prévoit que la reconnaissance de l'enfant naturel par son père est subordonnée à l'accord explicite de la mère. Cette dernière n'intervenait plus à la procédure. Le père de l'enfant invoquait l'irrecevabilité de l'appel du ministère public au motif que sa paternité n'était pas contestée.

Dans son premier arrêt (du 5 novembre 2000) la Cour énonce la règle applicable en précisant dans son dispositif que : “selon la coutume, lorsque la paternité du père n'est pas contestée, la mère ne peut s'opposer à la reconnaissance de l'enfant par le père.”

Dans son arrêt définitif du 23 novembre 2000,<sup>243</sup> la Cour confirme la solution rendue en première instance en argumentant différemment, et en décidant après avoir rappelé le principe coutumier de contrôler le refus de la mère (qu'elle déclarera abusif), d'autoriser la reconnaissance :

*“Attendu que selon la règle coutumière telle qu'elle est exprimée par l'arrêt de la cour du 5 juin 2000, la mère ne peut s'opposer à la reconnaissance de l'enfant par le père dès lors que la paternité n'est pas contestée ;*

*Attendu que contrairement à ce que soutient le ministère public ces deux dispositions ne se contredisent pas ; que si la primauté du lien maternel est affirmée par l'article 35 de la délibération du 3 avril 1967, en soumettant la reconnaissance de l'enfant par le père au consentement de la mère, le droit fondamental pour l'enfant à voir sa filiation établie tant à l'égard de sa mère que de son père autorise à vérifier que le refus de consentement de la mère n'est pas abusif ;*

*Attendu que selon la coutume, ce refus est en l'espèce abusif car la paternité du père n'est nullement contestée ; Qu'en outre, l'enfant (...) devenue majeure adhère pleinement à la demande de son père...”*

La solution, en l'espèce, traduit bien une confrontation entre, d'une part l'affirmation par une norme écrite de la prééminence du lien maternel, et d'autre part la prise en compte de l'intérêt de l'enfant sous l'angle du **“droit pour l'enfant à voir sa filiation établie tant à l'égard de sa mère que de son père.”** C'est donc bien l'intérêt de l'enfant, apprécié par la juridiction du fond, qui constitue le critère permettant de déroger au principe coutumier et de réconcilier le droit commun qui privilégie l'intérêt de l'enfant sur un privilège maternel, qui d'absolu devient relatif.

Le second intérêt de cet arrêt est de souligner la méthode utilisée par le juge judiciaire (en fait très proche de celle du juge administratif) : il affirme une règle qui *a priori* apparaît intangible et se fait l'interprète des intérêts lésés non pas par la règle en tant que telle, mais par l'usage excessif qui en est fait.

On n'est pas ici dans le cas d'un abus de droit (car il n'y a nulle démonstration de ce que le refus de la mère de l'enfant serait guidé par une intention malicieuse). On se situe dans une hypothèse où le juge contrôle l'adéquation aux circonstances et aux intérêts des tiers (en l'espèce l'intérêt de l'enfant), de la décision d'user d'une faculté dont *a priori* la mère avait seule à apprécier l'opportunité d'user.

La jurisprudence a tempéré la portée du privilège maternel au nom des autres intérêts en présence, tout en affirmant la prééminence des droits de l'enfant et de l'individu.

## **2°) L'élaboration d'un véritable statut de l'enfant naturel : les attributs de l'autorité parentale.**

La délibération du 3 avril 1967 ne donne qu'une définition parcellaire du statut de l'enfant naturel. C'est la coutume judiciaire qui a défini les règles régissant les rapports entre l'enfant et sa famille.

### **a - L'enfant naturel et le droit de garde.**

La garde étant exercée en principe par la mère, elle reviendra, en cas de décès de celle-

---

<sup>243</sup> Nouméa, arrêt du 23 novembre 2000, *Ministère public c/ Trutrune Emmanuel*.

ci, au clan maternel. Dans ces conditions, un transfert de garde du clan maternel au clan paternel sera possible : cette procédure se rattache à l'institution du "don" d'enfant (tout comme l'adoption coutumière).

Le "don" d'enfant, ou transfert d'autorité parentale, peut intervenir alors que la mère est vivante, sous réserve du respect des gestes coutumiers, et sous réserve de l'accord donné par tous les membres des familles intéressées (ce sont les mêmes conditions que celles requises en cas d'adoption coutumière). Le "don" peut, aussi, intervenir après le décès de la mère.

#### **\* Le "don" d'enfant du vivant des parents.**

La garde peut être transférée, du vivant des concubins séparés, de l'un au profit de l'autre. Mais la non-reconnaissance de l'union libre par le droit traditionnel apporte une difficulté supplémentaire : en ce sens les divers membres des clans intéressés doivent y consentir. Cela souligne l'importance des "formalités" coutumières qui visent à recueillir l'accord de tous les membres composant les clans.

Le juge de Koné a été saisi d'une contestation née d'un don d'enfant qui n'avait pas respecté les formalités coutumières. L'enfant avait été donné (avec gestes coutumiers de la famille de la mère à celle du père), puis restitué sans formalités à la mère, par un membre du clan paternel opposé à cet accord.

A l'issue, l'enfant était réclamé par les deux clans à la fois. Le juge rappelait le contexte à savoir que :

*"lors de la séparation des parents, et bien que l'union libre ne soit pas reconnue, un geste coutumier avait été réalisé avec la famille de la mère et la famille paternelle permettant la remise de l'enfant au père. L'enfant commun a été ensuite remis à la mère par une parente du père qui n'avait pas donné son accord, et sans qu'aucun geste coutumier n'intervienne."<sup>244</sup>*

En définitive, la juridiction optait pour une solution qui réintroduisait (sous couvert de coutume) le droit commun, en optant pour une autorité parentale conjointe, en laissant l'enfant chez sa mère et en fixant la contribution du père à l'entretien de l'enfant, dans des conditions similaires à celles du droit commun. Le tribunal se bornait à constater :

*"En l'état des gestes coutumiers effectués, le tribunal civil complété d'assesseurs coutumiers s'il n'est pas en mesure d'accorder la garde de l'enfant à l'un des deux parents, qui en réclament tous les deux l'attribution, peut conclure cependant que la garde sera confiée conjointement au père et à la mère qui devront assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant."*

L'union libre n'étant ni reconnue, ni *a fortiori* réglementée par le droit traditionnel, le juge a créé le droit sans se référer à un droit supplétif. Il a opté pour une solution convergente avec le droit commun qui traduit le souci de protéger l'intérêt de l'enfant dans le sens où le droit commun l'entend.

#### **\* Le "don" d'enfant après le décès de l'un des deux parents.**

La garde, en principe, revient au clan maternel en cas de décès de la mère. Sauf accord des clans sur un transfert de la garde au père : en ce cas, les clans pratiquent entre eux un

---

<sup>244</sup> Section détachée de Koné, jugement, n°38 du 20 avril 1994, *Thidjite c/ Pibee*.

“don” d’enfant au profit du clan paternel, marqué par l’accomplissement des “gestes coutumiers”.

Cette règle trouve son illustration dans une affaire jugée à Koné le 19 janvier 1994.<sup>245</sup> Le père demandait au tribunal que les deux enfants qu’il avait eus de sa concubine, depuis lors décédée, lui soient confiés et souhaitait pouvoir reconnaître le troisième enfant. En réponse le clan maternel déclarait qu’il acceptait cette demande à condition que soient respectés les gestes coutumiers.

Car aucun geste coutumier n’avait été effectué par le concubin lorsqu’il s’était mis en ménage avec la mère de ses enfants (raison pour laquelle le clan maternel s’opposait à toute revendication du père sur les enfants). Le tribunal se limitera à provoquer et vérifier l’accomplissement de la procédure coutumière. Le tribunal, dans sa décision avant dire droit, avait désigné les assesseurs coutumiers pour aller constater l’accomplissement de cette formalité de pardon :

*“Les assesseurs coutumiers ont devant le tribunal fait le rapport verbal de leur mission en indiquant que le 19 janvier 1994 s’est tenue à la tribu de Gatope entre Philippe Iwan et le clan Dianai, la coutume de réconciliation. Au cours de cette coutume, Philippe Iwan a demandé pardon au clan Dianai pour avoir pris pour compagne Suzanne Dianai sans effectuer le geste coutumier habituel, puis lors du décès de la jeune femme, pour avoir omis de faire ce geste de pardon. Le clan a accepté le pardon et a donné une coutume de réconciliation à Philippe Iwann.*

*Les assesseurs ont précisé que la coutume de réconciliation scellait l’engagement des deux parties et plus particulièrement du clan Dianai qui acceptait de remettre les enfants le 5 février 1994 (...) à leur père afin que ce dernier assure la garde et puisse reconnaître sa fille...”*

Constatant l’accord des parties pour transférer la garde des deux aînés au père, et le consentement donné par le clan maternel à la reconnaissance du troisième enfant par le père, le tribunal ne fera qu’homologuer l’accord (trouvé entre les parties réconciliées) après l’accomplissement des gestes coutumiers destinés à sceller la réconciliation des familles.

### **b - Le droit de visite et d’hébergement du parent non gardien.**

La jurisprudence a créé un droit de visite et d’hébergement au profit du parent (et du clan) non-titulaire du droit de garde. En témoigne un jugement du 12 novembre 1991 où la mère sollicitait, à son profit, l’organisation d’un droit de visite et d’hébergement.<sup>246</sup>

Le jugement énonçait un principe général du droit traditionnel pour justifier sa position, étant encore rappelé que l’union libre n’est pas reconnue par la coutume. La décision était motivée, là encore, par l’intérêt de l’enfant :

*“Attendu que selon la coutume, quelles que soient les décisions prises en matière de garde, quels que soient les événements qui marquent le cours de la vie des enfants communs, les liens de filiation entre eux et la mère ne peuvent faire l’objet d’aucune entrave. Le défendeur n’ayant pas démontré le caractère nocif pour les enfants de la mise en place d’un droit de visite et d’hébergement en faveur de la mère...”*

### **c - L’obligation d’entretien.**

La démarche qui consiste à raccrocher aux principes ou à l’esprit du droit traditionnel

<sup>245</sup> Sec. Koné, n° 131 du 1<sup>er</sup> décembre 1993, *Iwan c/ Seiko* (avant dire droit), et n° 3 du 19 janvier 1994, *Iwan c/ Seiko*.

<sup>246</sup> Section détachée de Koné, n° 116 du 12 novembre 1991, *Naouna c/ Porin-Pouea*.

une institution si typiquement moderne trouve ici sa meilleure illustration. Le tribunal de Koné a fixé des pensions alimentaires à charge du père naturel en fondant cette solution sur l'existence d'un droit non pas coutumier mais naturel.<sup>247</sup>

Cependant, de façon générale, c'est au droit coutumier qu'il est fait référence pour fixer la contribution du père à l'entretien de l'enfant naturel. Ainsi, dans un jugement du 10 décembre 1997<sup>248</sup> le tribunal de Lifou note que :

*“la coutume consacre les valeurs de responsabilités éducatives et d'assistance auxquelles Welepa Ua ne semble pas vouloir se soumettre.”*

Cette référence au droit coutumier ne faisait pas l'objet de contestation jusqu'à une période récente où certains assesseurs ont refusé de statuer dans des litiges intéressant des enfants naturels au motif que le droit traditionnel ne reconnaît pas la famille naturelle.<sup>249</sup>

Cette contestation interne aux juridictions de jugement opposant le magistrat professionnel à certains assesseurs coutumiers (larvée, elle se traduit par l'absentéisme) a conduit la cour d'appel à poser la question au Sénat coutumier de l'applicabilité du droit coutumier à ce type de litige – et donc du traitement de ce contentieux par la juridiction avec assesseurs coutumiers.<sup>250</sup>

## **§ 2 – La réappropriation jurisprudentielle du statut de la famille légitime.**

On pourrait établir un parallèle entre cette procédure et celle qui vaut encore dans un pays d'Afrique demeuré attaché à l'héritage colonial : en l'occurrence le Cameroun.<sup>251</sup>

Les règles qui définissent le mariage des citoyens néo-calédoniens de statut coutumier ne prêtent guère à interprétation (A), mais se trouvent, néanmoins, remises en cause par certains principes affirmés à l'occasion de la dissolution de l'union coutumière (B).

### **A – Le particularisme des règles qui régissent l'union coutumière.**

Les règles qui régissent l'union coutumière sont énoncées aux articles 40 à 43 de la délibération du 3 avril 1967. Ces textes ne donnent aucune indication sur les règles de fond, l'article 40 se limitant à préciser qu'il s'agit d'un *mariage par enregistrement*, et qu'il est  *régi par la coutume*.

#### **1°) La célébration du mariage.**

L'union coutumière se distingue du mariage de droit commun par le fait qu'elle est l'union de deux clans et non de deux personnes, et qu'elle obéit à une procédure propre.

<sup>247</sup> Koné, jugements n° 37 du 20 avril 1994, *Oudodopoe ép. Bova c/ Daoulo*, et n° 38 du 20 avril 1994, *Thidjite c/ Pibee*.

<sup>248</sup> Sect. Lifou, jugement n° 117 du 10 décembre 1997, *Iwame c/ Ua*.

<sup>249</sup> Tribunal de Nouméa, jugement n° 2082 du 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c/. Bearune* (voir *supra*).

<sup>250</sup> Cour d'appel de Nouméa, n° 122 du 21 mai 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala* et, arrêt du 26 novembre 2001 rappelant la solution préconisée par la plus haute instance coutumière, en l'occurrence le Sénat coutumier, qui précisait dans son avis du 13 août 2001 : *“entrent dans le champ du statut civil coutumier les litiges concernant l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père d'une part, et l'enfant naturel reconnu coutumièrement par le père préalablement à un mariage des parents d'autre part.”* (voir *supra*).

<sup>251</sup> Voir sur ce point, Gilbert Kéré, *Le divorce en Droit coutumier camerounais, Droit et Cultures*, 34, 1997 / 2, pp. 135 et suivantes. L'auteur y décrit la procédure camerounaise du divorce devant les juridictions traditionnelles.

## a - Le particularisme des règles de fond.

Dans son arrêt du 6 septembre 1993, la cour d'appel de Nouméa rappelait :

*"...que le mariage de citoyens de statut particulier en Nouvelle-Calédonie est un contrat ne concernant pas que les seuls époux, qu'il a pu être défini comme étant "un contrat civil par lequel un clan cède à un homme d'un autre clan une femme en vue de la procréation".<sup>252</sup>*

Cette définition du mariage illustre la prééminence des droits collectifs sur les droits individuels, que l'on retrouve au niveau jurisprudentiel lorsque le tribunal rejette une demande de contribution aux charges du mariage au motif que le demandeur qui a quitté le domicile conjugal ne respecte pas ses devoirs coutumiers, vis à vis des clans (qui ont fait l'union et qui seuls peuvent la défaire).

Si le Code civil n'admet pas de voies d'exécution pour contraindre les époux à respecter leur devoir de cohabitation, il n'en va pas de même selon le droit coutumier : la jurisprudence reconnaît la possibilité pour le clan du mari de venir rechercher l'épouse et pour le clan de l'épouse de la ramener chez son mari. L'une des conséquences sera de rejeter la demande de contribution aux charges du mariage présentée par celui qui a pris l'initiative de cesser toute cohabitation, comme l'illustre un jugement du 5 janvier 1998 :

*"Attendu que Naomie Hmae et Trelle Yacobo se sont mariés coutumièrement, que les gestes coutumiers ont été exécutés ; que l'épouse a quitté le domicile commun pour aller vivre avec un autre homme, laissant son mari et ses enfants ; que, de ce fait, alors qu'elle s'était obligée à rester attachée au clan de son mari, elle a commis une très grave faute contre la coutume en le quittant ;*

*Attendu que le clan du mari n'est pas venu rechercher l'épouse, et que son clan ne l'a pas ramenée dans celui de son mari ;*

*Attendu qu'en l'état Naomie Hmae ne justifie d'aucun motif coutumier pour lui permettre de voir appliquer à son bénéfice les dispositions de l'article 214 du Code civil, et qu'elle ne peut prétendre demander une contribution à celui qu'elle a laissé et qui, de plus, a élevé les enfants pendant la séparation."<sup>253</sup>*

## b - Le particularisme des règles de forme.

En Nouvelle-Calédonie, la célébration religieuse est suffisante et l'union est transcrite (dans les trente jours de la célébration) dans un registre tenu par le service d'état civil propre aux citoyens de statut particulier. Un service particulier de l'état civil géré par le Service Territorial des Affaires Générales (service de l'administration territoriale) qui, distinct de l'état civil tenu dans les mairies, exprime la dualité de statut.<sup>254</sup>

**Art. 40 al. 2.** - "Les conjoints **devront déclarer leur mariage coutumier, dans les trente jours qui suivent l'événement**, au maire du lieu de célébration."

**Art. 41.** - "L'acte de mariage énoncera : la date et l'heure de l'enregistrement ; les nom, prénoms et nom mélanésien des époux et des témoins ; leur profession, date et le lieu de naissance ; leur domicile. Cet acte sera enregistré en présence de deux témoins remplissant les conditions définies à l'article 11."

Cette procédure d'enregistrement, au prix d'une remise en cause du principe de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, assure un contrôle minimum sur les conditions de formation du mariage (respect de l'âge minimum, prévention du mariage forcé...). C'est une

<sup>252</sup> Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 400 du 6 septembre 1993, *Wainebengo c/ Uregei* (arrêt avant dire droit).

<sup>253</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 22 du 5 janvier 1998, *Yacobo*.

<sup>254</sup> Cette procédure a été instaurée par arrêté n° 631 du 21 juin 1934, modifié par la délibération n° 424 du 3 avril 1967.

procédure similaire qui régissait en Afrique le mariage par “enregistrement” régi par la délibération du 20 mai 1958.<sup>255</sup>

## 2°) Les règles modernes tenant aux effets de l’union.

Les obligations respectives des époux sont appréciées à l’aune des principes du droit moderne. Ainsi l’obligation de contribuer aux charges du mariage est affirmée et l’un des époux peut être condamné à une contribution mensuelle dans des conditions identiques au droit commun.<sup>256</sup>

Le tribunal rappelle le fondement coutumier de l’obligation d’assistance entre époux à l’occasion d’une demande de contribution aux charges du mariage :

*“l’obligation d’assistance entre époux est une valeur consacrée par la coutume et résulte du mariage coutumier.”<sup>257</sup>*

Le tribunal souligne, en outre, le fondement coutumier des devoirs parentaux à l’égard des enfants :

*“dans le mariage coutumier, comme dans le mariage de droit commun, chacun des époux a contracté l’obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants ; en l’espèce il résulte des débats à l’audience que M. J... ne remplit pas ses obligations.”<sup>258</sup>*

De même le domicile de la famille ne peut sous couvert de coutume être assimilé à un logement de fonction qui reviendrait nécessairement au mari, responsable coutumier, en cas de dissolution de l’union. A l’argument du mari, qui invoquait le fait que cette villa (où vit la famille) “... son père la lui a donnée coutumièrement, en tant que représentant coutumier, que les travaux coutumiers y ont lieu, qu’il ne s’agit donc pas d’un domicile conjugal où l’épouse peut rester...” le juge des référés répond que :

*“le fait que la villa ait été donnée à titre coutumier à l’époux ne contredit pas la notion de domicile conjugal ;*

*Attendu que la présente juridiction constate (...) que Patricia Iwan et Bernard Ukeiwe seront mariés coutumièrement, que l’époux doit assistance à l’épouse tant qu’il n’y a pas dissolution (...).”<sup>259</sup>*

Le juge des référés fait prévaloir les obligations familiales sur les autres obligations

---

<sup>255</sup> Le législateur colonial avait eu la prudence de ne pas tenter d’imposer la célébration du mariage devant l’officier d’état civil. Conformément à la Délibération du 20 mai 1958, les époux se mariant coutumièrement devaient seulement faire “constater” leur union, et ce au moyen d’une déclaration faite devant l’officier de l’état civil du Centre Principal d’Etat Civil dans le ressort duquel avait été contracté le mariage. La mention en était faite dans les deux mois suivant la date de célébration du mariage, en présence des témoins et des personnes habilitées à consentir au mariage selon la coutume locale. Cette publicité visait à permettre, à l’officier de l’état civil, de constater la régularité de l’union au regard des règles d’ordre public, car avant d’enregistrer la déclaration il vérifiait le respect des règles relatives à l’âge minimum des époux, la réalité du consentement des conjoints, l’absence d’opposition au mariage, et le versement effectif de la dot (Délibération du 20 mai 1958, article 15).

<sup>256</sup> Section détachée de Lifou, jugement n° 217 du 3 décembre 1993, *Tanghmelen c/ Wapo*.

<sup>257</sup> Sect. Lifou, n° 5 du 26 février 1997, *Wapo c/ Goice*.

<sup>258</sup> Sect. Lifou, n° 27 du 8 avril 1998, *Xozame c/ Jaine*. Dans le même sens, Sect. Lifou (audience foraine de Mare), n° 59 du 17 juillet 1998, *Sipa c/ Bearune*.

<sup>259</sup> Ordonnance de référé d’heure à heure, n° 1071 du 23 mai 2001, *Iwan c/ Ukeiwe*. **Faits** : Les parties étant en instance de dissolution du mariage, le mari avait profité de l’absence de son épouse pour déménager le mobilier et changer les serrures afin de lui interdire l’accès au domicile conjugal. L’épouse avait saisi le juge d’affaires familiales en référé pour être autorisée à réintégrer le domicile conjugal et s’en voir attribuer la jouissance pour elle-même, ainsi que pour ses enfants et petits-enfants demeurés vivre auprès d’elle.

Le mari opposait à cette demande le fait que ce domicile lui avait été attribué par son propre père, pour assumer une fonction sociale définie par la coutume : ce domicile constituait selon lui une sorte d’espace semi-public destiné à servir de cadre à certaines activités coutumières.

sociales (les travaux coutumiers) en rappelant que le droit coutumier (à l'instar du droit commun) privilégie certains devoirs - l'obligation des parents de fournir un toit à leurs enfants, et l'obligation d'assistance et de secours entre époux - auxquels nul ne peut se soustraire sans y avoir été autorisé par les clans.

Cette décision montre que l'ensemble des obligations du mariage que connaît le droit civil sont affirmées en droit coutumier. Leur violation est sanctionnée par la dissolution de l'union.

Mais leur violation peut, aussi, être sanctionnée par le rejet de la demande de contribution aux charges du mariage, ce qui souligne la prise en compte de la primauté des droits collectifs sur la liberté individuelle.

Ainsi, le tribunal oppose les manquements aux devoirs du mariage coutumier pour rejeter une demande de contribution aux charges du mariage :<sup>260</sup>

*“Attendu que Naomie Hmae et Trelle Yacobo se sont mariés coutumièrement, que les gestes coutumiers ont été exécutés ; que l'épouse a quitté le domicile commun pour aller vivre avec un autre homme, laissant son mari et ses enfants ; que, de ce fait, alors qu'elle s'était obligée à rester attachée au clan de son mari, elle a commis une très grave faute contre la coutume en le quittant ; attendu que le clan du mari n'est pas venu rechercher l'épouse, et que son clan ne l'a pas ramenée dans celui de son mari ;*

*Attendu qu'en l'état Naomie Hmae ne justifie d'aucun motif coutumier pour lui permettre de voir appliquer à son bénéfice les dispositions de l'article 214 du Code civil, et qu'elle ne peut prétendre demander une contribution à celui qu'elle a laissé et qui, de plus, a élevé les enfants pendant la séparation.”*

Cette décision souligne le contrôle social exercé par les clans sur les époux, en reconnaissant la possibilité pour le clan du mari de venir rechercher l'épouse et pour le clan de l'épouse de la ramener chez son mari. Si le Code civil n'admet pas de voies d'exécution pour contraindre les époux à respecter leur devoir de cohabitation, il n'en va pas de même en droit coutumier.

## **B - La dissolution de l'union matrimoniale, domaine d'expression d'un droit nouveau.**

La première particularité de la matière tient à l'absence de “divorce” comme de “séparation de corps” entre citoyens de statut coutumier, puisque les textes n'envisagent que la “dissolution du mariage.”<sup>261</sup>

Une autre spécificité tient à l'existence de deux types de “dissolution” : l'une est “familiale” (devant les clans réunis) tandis que l'autre est judiciaire. La dissolution “familiale” pourrait apparaître, de prime abord, comme l'équivalent de la conciliation coutumière de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1982. Cependant à la différence de cette dernière, elle constitue non pas une faculté mais un préalable, et surtout ses effets n'ont rien de semblable aux effets de la conciliation de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1982. La portée de la décision des clans ne se résume pas à émettre une volonté. La décision des clans s'impose aux services de l'état civil : elle doit donc être considérée comme revêtue d'une

<sup>260</sup> Tribunal civil Nouméa, n° 22 du 5 janvier 1998, *Yacobo*.

<sup>261</sup> Délibération n° 424, du 3 avril 1967, article 23. Portant il est arrivé (cet exemple reste isolé) qu'une juridiction prononce une séparation de corps entre deux citoyens de statut coutumier : Sect. Lifou, jugement n° 7 du 28 janvier 1998, *Hnawia c/ Wacailali*. Sans se préoccuper de sa recevabilité, le tribunal a fait droit à la requête en séparation de corps, prononcée aux torts exclusifs de l'épouse eu égard aux violations graves des devoirs et obligations du mariage qui ont rendu intolérable le maintien de la vie commune.

force exécutoire. S'agit-il alors d'une décision à caractère administratif ou judiciaire ? Existe-t-il une voie de recours contre celle-ci en cas de divorce prononcé sans le consentement de l'un des époux, et dans l'affirmative devant qui ?

Le trait dominant de cette dissolution (coutumière comme judiciaire) tient à la prééminence reconnue aux droits des clans sur les individus. Cela se traduit dans la nature de la faute susceptible d'être invoquée. La faute reprochée à l'un des époux est fréquemment en relation avec les obligations de l'époux à l'égard du clan : manquer de respect à l'égard du conjoint concerne d'abord le clan de celui-ci et accessoirement le conjoint lui-même. Abandonner, pour un époux, le domicile conjugal traduit son mépris vis à vis des deux clans qui ont décidé de l'union. Le conjoint n'est pas perçu comme un individu titulaire de droits, il est d'abord le membre d'un clan.

Ce trait caractéristique explique les règles de recevabilité comme les conditions de fond de cette double procédure de dissolution familiale et judiciaire.

### **1°) Les conditions de recevabilité.**

Il existe deux principaux cas d'irrecevabilité. D'abord, la requête en dissolution ne peut emprunter le forme d'une requête en "séparation de corps" ou en "divorce" fondée sur les dispositions du Code civil (ce serait reconnaître l'existence d'une option de législation). Ensuite, la requête en "dissolution" devra respecter le préalable "coutumier" devant les clans réunis.

Pour une approche plus complète, il convient de distinguer les causes générales d'irrecevabilité de la requête, des causes particulières.

#### **a - Les causes générales d'irrecevabilité : l'absence d'option de législation.**

L'irrecevabilité de la requête en dissolution peut être soulevée pour deux motifs : le statut des plaideurs, et le fondement juridique de l'action.

Ces causes générales d'irrecevabilité, qui illustrent le principe selon lequel nul ne peut choisir son juge ou sa loi, condamnent toute idée d'option de législation offerte aux plaideurs.

#### **\* L'irrecevabilité tenant au statut de la personne.**

Le changement de statut, par abandon du statut coutumier au profit du droit commun sera sans effets sur le droit applicable à l'instance en dissolution de l'union.

Sur ce point la jurisprudence a opéré un revirement complet au début des années 1990, rompant en apparence avec les principes du droit colonial et l'arrêt *De Souza* de la Cour d'appel de Dakar le 19 novembre 1948.<sup>262</sup> La rupture avec les principes du droit colonial n'est

---

<sup>262</sup> Cour d'appel de Dakar, 19 novembre 1948, *José de Souza c/ Dame De Souza*, de même Tribunal civil de Cotonou, jugement du 19 septembre 1949, *Dame Agbo c/ Agbo*, *Recueil Penant*, 1952, I, p. 12 à 18 note J. Brethe de la Gressaye. Dans les deux cas l'une des parties avait selon la procédure en vigueur antérieurement à la constitution de 1946 sollicité l'admission à la citoyenneté française ce qui conduisait à assujettir cette personne au droit commun, et ipso facto le litige (en l'espèce une procédure en divorce dans le premier cas et en séparation de corps dans le second) aux règles du Code civil et à la compétence des tribunaux français, en dépit du fait que le mariage entre ces personnes était de nature coutumière.

La cour d'appel de Dakar souligne "... Considérant qu'aux termes de l'article 22 du décret du 23 juillet 1937, fixant les

qu'apparente car en réalité les deux situations ne sont pas identiques : sous le régime antérieur à la Constitution de 1946, la solution de la naturalisation qui conditionnait l'obtention de la citoyenneté française emportait *ipso facto* l'assujettissement du "sujet" - considéré jusqu'alors comme un étranger - aux lois françaises.<sup>263</sup> Avec la loi du 7 mai 1946 et la Constitution de 1946 (article 80, et article 82 lequel préfigure l'actuel article 75) on distingue la citoyenneté - accordée à tous - du statut personnel que le citoyen d'outre-mer conserve tant qu'il n'y a pas renoncé expressément.

Dès lors, la jurisprudence récente qui se réclamait des solutions élaborées sous l'empire du droit antérieur à la Constitution de 1946 manifestait un abus, en ce qu'elle considérait que l'abandon du statut particulier devait avoir une influence directe et immédiate sur l'ensemble des litiges en cours. Car le statut juridique du citoyen de droit particulier n'a plus rien à voir - du fait de la Constitution de 1946 - avec celle d'un étranger qui solliciterait sa naturalisation.

En Nouvelle-Calédonie, l'amalgame entre ces deux situations très différentes, et le maintien de la jurisprudence coloniale manifestait la volonté de privilégier la liberté individuelle (dont il est vrai qu'elle est sous-jacente dans le principe de libre renonciation au statut affirmé à l'article 75 de la Constitution). La Cour d'appel dans un arrêt du 27 août 1990 faisait toujours produire un effet immédiat à la renonciation au statut civil particulier.<sup>264</sup> En l'occurrence, la juridiction avait été saisie d'une demande de fixation de pension alimentaire (procédure après divorce) alors que la dissolution de l'union coutumière avait été décidée non pas par le juge mais par les instances familiales (les clans) et transcrite suivant la procédure de déclaration dans les actes de l'état civil. Mais postérieurement à cette dissolution, l'un des anciens époux avait changé de statut et avait saisi la juridiction de droit commun aux fins de fixer des pensions alimentaires. La requête avait été déclarée recevable par la Cour d'appel :

*"Attendu que la renonciation au statut civil particulier constitue un droit personnel dont le titulaire ne doit aucun compte ; que l'article 75 de la constitution du 4 octobre 1958 ne la*

---

*conditions d'admission des indigènes à la citoyenneté française, en application duquel de Souza a obtenu sa naturalisation, la qualité de citoyen français accordée à un sujet français de l'Afrique Occidentale Française, entraîne de plein droit la concession de ladite qualité à la femme et aux enfants mineurs légitimes issus de cette union, et inscrits aux registres de l'état civil ;*

*Considérant que de Souza a contracté, le 20 mai 1933, son mariage qu'il a déclaré le 29 mai 1933 au Commandant du Cercle de Cotonou conformément aux textes en vigueur (...)*

*Considérant que ce mariage, contracté suivant les règles coutumières, doit être considéré comme produisant, en raison du décret de naturalisation, tous les effets d'une union célébrée devant l'officier de l'état civil français, et se trouve être soumis aux règles du Code civil français sans qu'il soit nécessaire que les époux aient comparu en vue d'une seconde célébration devant l'officier de l'état civil français ; que c'est à bon droit que la dame de Souza, citoyenne française par le décret de naturalisation de son mari, a soumis à la juridiction française sa demande de divorce, sur laquelle le Tribunal de Cotonou avait compétence pour statuer..."*

Le tribunal de Cotonou (jugement Agbo du 19 septembre 1949) plus nettement, encore, affirme : "... **que la condition juridique de l'indigène naturalisé est identique à celle du citoyen français de naissance** ; que les uns comme les autres sont soumis à la loi française, la seule dont ils puissent se prévaloir à l'avenir et qui puisse être invoquée contre eux ; **que concevoir différemment la naturalisation serait admettre implicitement l'existence sur un même territoire de citoyens ayant des droits contradictoires (...)** que le mariage des époux Agbo célébré suivant le rite catholique et déclaré le lendemain 6 octobre 1937 à l'administrateur - maire de Porto-Novo a acquis par la naturalisation d'Agbo les effets d'une union célébrée suivant les règles du Code civil ; que c'est à bon droit que la dame Hyacinthe, épouse Agbo a soumis à la juridiction française, la seule compétente, sa demande en séparation de corps..."

<sup>263</sup> Cette solution de la "naturalisation" qui vaudra jusqu'en 1946 résultait d'une loi du 24 avril 1833 et de décrets successifs. Les deux derniers en date étant le décret du 21 août 1932 qui exigeait une double déclaration - le déclarant qui saisissait l'administrateur d'une demande visant à être régi par les lois civiles et politiques françaises, devait faire acte de renonciation expresse à son statut personnel. Cette seconde exigence avait été supprimée par le décret du 23 juillet 1937 (article 6) c'est sur ce point que porte le litige dans l'affaire Agbo jugée par le tribunal de Cotonou, évoquée ci-dessus.

<sup>264</sup> Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, *Hmeun c/ Rokuad*.

*soumet à aucune condition ; qu'il importe donc peu, comme le soutient l'appelant, que Valentine R... ait entendu renoncer à son statut en vue de donner compétence au juge de droit commun pour connaître de sa demande de pension alimentaire ou pour toute autre raison qui lui est propre ;*

*Attendu que les autorités coutumières et la juridiction composée selon les dispositions de l'ordonnance du 15 octobre 1982 n'ont compétence que dans les contestations entre citoyens de statut civil particulier ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ;*

*Attendu que s'agissant d'un litige entre citoyens de statut différent, seule la juridiction de droit commun est compétente."*

C'est un principe inverse qui a été affirmé depuis. C'est l'une des conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1991.<sup>265</sup> Désormais, le changement de statut est sans influence sur la loi qui régit l'institution liant les parties : le mariage coutumier sera dissous, en dépit du changement de statut voulu par l'une ou l'autre des parties, selon les mêmes règles qui ont prévalu lors de la formation de l'union.

Ce principe, constant, est encore affirmé le 17 juillet 1997 lorsque le tribunal civil de Nouméa rejette une demande de changement de statut qui ne visait qu'à infléchir les dispositions applicables à une instance en divorce à venir :

*"la requérante indique que sa demande d'opter pour le statut civil de droit commun lui permettra de divorcer ; que les effets du changement de statut pour un éventuel divorce n'empêche nullement son époux, de statut civil particulier, d'opter pour la composition du tribunal avec assesseurs coutumiers ; que dès lors la demande, étant sans objet, sera rejetée."*<sup>266</sup>

Cette solution qui dénie toute possibilité d'option de législation, interdit au plaideur de choisir sa loi ou son juge. C'est ce même principe dont les juridictions font application lorsqu'elles déclarent irrecevable une requête en divorce ou en séparation de corps.

#### **\* L'irrecevabilité tenant au fondement juridique de la requête.**

La jurisprudence apparaît affirmée lorsqu'il s'agit de déclarer irrecevable une demande en divorce, mais peu cohérente avec elle-même lorsqu'elle accueille des requêtes en dissolution fondées sur l'accord des parties.

Nul citoyen de statut coutumier ne peut demander le prononcé du divorce ou de la séparation de corps : cela reviendrait à opter pour des règles du droit commun.<sup>267</sup> Cette position a été encore renforcée par l'affirmation qu'en dépit de la renonciation à son statut personnel dans le cours du mariage, le citoyen demeure assujéti lors du prononcé de la dissolution aux règles qui ont présidé à la formation de l'union.

Ainsi, le tribunal de Nouméa rappelait en 1997, à une requérante qui fondait sa requête sur l'article 242 du Code civil, que les citoyens de statut particulier ne peuvent présenter de demande en divorce :

*"le mariage entre Michel W. et Jacqueline L. est un mariage coutumier et la demande en divorce formée par l'épouse doit s'entendre comme une demande de dissolution du mariage prévu à l'article 44 de la délibération de l'assemblée territoriale*

<sup>265</sup> Cass. civ., 2<sup>o</sup>, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93, note Orfila.

<sup>266</sup> Tribunal civil Nouméa, jugement n<sup>o</sup> 2236 du 15 septembre 1997, *Dame Sipa née Boaouva*.

<sup>267</sup> Section détachée de Lifou, n<sup>o</sup> 220 du 3 décembre 1993, *Hnau c/ Boula*.

Cette solution cohérente a pourtant été contredite à certaines occasions. En témoigne un arrêt de la Cour d’appel, dans un litige intéressant des citoyens de Wallis et Futuna qui arguaient de leur qualité de citoyens de statut particulier pour soulever l’incompétence de la juridiction de droit commun. La Cour a relevé que les intéressés ne faisaient pas la preuve de leur appartenance au statut de droit particulier et, surtout, que dans la mesure où ils s'étaient mariés devant l’officier de l’état civil de droit commun, seul le droit commun était applicable à la procédure en dissolution de cette union.<sup>269</sup> Cette décision qui admet une option partielle de législation n'envisage pas la question de la validité d'un mariage célébré devant une autorité incompétente (en l'espèce l'officier d'état civil) dans la mesure où le lieu de naissance laissait présumer que les deux époux étaient de statut particulier.

Cet arrêt qui admet expressément une option de législation, n'est pas le seul exemple de dérogation difficilement conciliable avec les principes rappelés plus haut. La jurisprudence a, aussi, accueilli des demandes de dissolution fondées sur l'accord des parties. Ce qui revient à admettre une option partielle de compétence : le droit pour le citoyen de choisir son juge et de choisir sa loi. Car, s'il existe un préalable coutumier pouvant déboucher sur l’enregistrement d’une dissolution décidée par les clans, on ne voit guère comment concilier cette procédure avec une instance gracieuse devant la juridiction qui sera alors l’indice du non-respect du préalable coutumier.

La procédure de la délibération de 1967 laisse-t-elle place à la dissolution amiable homologuée par le juge ? Cela paraît douteux, sauf à vouloir affirmer que l'accord des deux époux suffit au prononcer de la dissolution puisque par définition soit les clans y sont opposés, soit on a omis de les consulter.

Pourtant à certaines occasions le tribunal a constaté non seulement l'accord des deux époux mais aussi l'accord de leurs clans respectifs.<sup>270</sup> Au lieu de faire enregistrer cet accord, les parties ont saisi le tribunal qui a fait droit à leur requête en constatant :

*“les parties ont expressément conclu à la dissolution de leur union et ont produit l'attestation de leurs clans préalable à la procédure de dissolution ; les clans ont donné un avis favorable aux souhaits manifestés par Waoca L... et par Marie-Thérèse W... dans ces conditions il y a lieu de prononcer la dissolution du mariage coutumier...”*

Un jugement de Lifou en date du 18 juillet 1997 en fournit une illustration

---

<sup>268</sup> Tribunal civil Nouméa, ordonnance n° 1775 du 5 août 1997, *Luenu c/ Wajoka*.

<sup>269</sup> Nouméa, arrêt n° 330 du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie*. La cour d'appel justifie sa décision en invoquant l'existence d'un droit d'option : *“Attendu que le seul point établi est que Alefosio Lie et Malia Tialetagi se sont mariés devant l'officier d'état civil de droit commun ; **Que leur qualité de citoyen français les autorisait à opter pour une institution régie par le droit civil commun sans que cela vaille pour autant renonciation au bénéfice d'un statut personnel** ;*

*Attendu cependant qu'en procédant à ce choix, ils ont nécessairement accepté de se soumettre au régime de droit commun pour trancher les suites du mariage, en particulier leur divorce ; Qu'il ne pouvait en être différemment, les juridictions de droit commun instituées par la loi n°61-814 du 29 juillet 1961 n'ayant aucune compétence pour dissoudre un mariage de droit commun ; Que l'on pourrait procéder à un parallèle entre le mariage du code civil et le mariage religieux en constatant que si les deux institutions peuvent coexister, le juge civil n'a cependant pas compétence pour annuler le mariage religieux et, inversement, les autorités religieuses ne sauraient prendre une quelconque décision sur le mariage civil ; Qu'il existe deux sphères de compétence séparées ;*

*Attendu en conséquence **que les parties seront déboutées de leur demande tendant à voir appliquer le droit coutumier futunien et à voir la cour se déclarer incompétente au profit de la juridiction de droit local.**”*

On peut se demander si un mariage célébré entre des citoyens de statut particulier dans les conditions du droit commun était conforme aux dispositions de l'article 75, et si pour respecter le principe de l'autonomie des deux sphères dont parle la Cour, il n'eut pas été préférable de constater la nullité d'une union régie par une loi radicalement inapplicable aux parties - sauf à ignorer le principe de l'intangibilité des statuts, et à permettre aux citoyens de choisir librement leur loi.

<sup>270</sup> Sect. Lifou, jugement n°129 du 17 décembre 1997, *Imeot c/ Wanapopo*.

supplémentaire.<sup>271</sup> Dans cette affaire les deux époux, ainsi que leurs clans respectifs, s'accordaient sur le principe de la dissolution du mariage coutumier comme sur les mesures accessoires, puisque le tribunal précise :

*“suivant l'accord intervenu entre Jean-Claude P... et Françoise S..., cet accord paraissant conforme à l'intérêt de l'enfant, Rémi restera chez son père dans son clan ; l'autorité parentale sera exercée conjointement par les deux parents et ce afin de permettre à l'enfant de jouir de ses droits coutumiers dans les clans de ses parents (la mère se trouvant en métropole) ; Françoise S... disposera d'un libre droit de visite et d'hébergement.”*

Mais au lieu de faire enregistrer cet accord auprès de l'officier de l'état civil, les parties ont sollicité le prononcé d'une décision judiciaire. Cette décision vide de son contenu la procédure de dissolution par simple enregistrement.

La question de la recevabilité des dissolutions judiciaires constatant l'accord des parties amène à s'interroger sur la nature et la portée du “préalable coutumier”.

### **b - Une cause particulière d'irrecevabilité : le respect du préalable coutumier.**

Le nombre de rappels aux parties du caractère indispensable du préalable coutumier semblerait démontrer qu'il s'agit d'une cause d'irrecevabilité. Mais, sur ce point un glissement est perceptible.

En 1997 le tribunal de Nouméa rappelait la nécessité de respecter le préalable coutumier :

*“ce mariage n'est pas seulement l'union d'un homme et d'une femme, il scelle également l'alliance entre deux familles et deux clans ; la dissolution du mariage est donc aussi l'affaire des clans des époux et il y a lieu de solliciter leur avis avant de statuer sur la demande.”*<sup>272</sup>

Cependant, le tribunal donnait une indication intéressante sur la nature de cette instance familiale : il ne s'agit pas d'une instance à caractère juridictionnel, il ne lui reconnaît que le pouvoir d'émettre un avis sur la procédure. D'ailleurs le tribunal précise dans le dispositif que :

*“les parties produiront une attestation de la grande chefferie de leur district portant l'avis de leur clan sur la dissolution du mariage.”*

Cette évolution de la jurisprudence pose donc la question de la nature du préalable familial, et de sa portée.

### **\* La nature du préalable coutumier.**

En principe obligatoire, le préalable coutumier apparaît en voie de désuétude, ce qui traduit une remise en cause de sa nature.

Ce débat rappelle celui qui s'était élevé au niveau des juridictions de droit local de l'Afrique occidentale française. En effet, les juridictions coutumières se voyaient imposer l'obligation de concilier les parties par l'article 23 du décret organique du 3 décembre 1931.<sup>273</sup> Cette obligation de conciliation était considérée comme une formalité substantielle et impérative, d'ordre public, jusqu'à un arrêt de la Chambre d'annulation de la Cour d'appel

<sup>271</sup> Sect. Lifou, jugement n° 58 du 18 juillet 1997, *Palene c/ Siwoine*.

<sup>272</sup> Tribunal civil Nouméa, ordonnance n° 1775 du 5 août 1997, *Luenu c/ Wajoka*.

<sup>273</sup> **Art. 23.** – “... avant toute chose, le tribunal est tenu de tenter de concilier les parties...”

de Dakar de 1952.<sup>274</sup> A cette date le préalable cessa d'être considéré comme d'ordre public, mais pour peu de temps. Car, de nouveau, la jurisprudence s'inversa : à partir de deux arrêts, des 20 mai et 24 juin 1954, la Cour d'appel de Dakar réaffirmera le caractère d'ordre public de la conciliation préalable.<sup>275</sup>

Le professeur Chabas, commentant ces décisions, soulignera, en faveur du caractère d'ordre public de cette phase préalable, que c'est :

*“la volonté même du législateur qui donne au procès-verbal de conciliation force exécutoire, dans le désir de voir la conciliation aboutir à un résultat définitif. Cette volonté du législateur est mise en lumière de façon remarquable dans une circulaire explicative (...) Dans sa circulaire, le Gouverneur Garde attirait spécialement l'attention des juges sur le caractère obligatoire donné à la tentative de conciliation, dans l'espoir – dit-il – “qu'elle diminuera le nombre des procès”. Et, bien que la circulaire ne le mentionne pas, dans l'espoir aussi qu'elle apaisera les querelles que les procès soulèvent d'ordinaire chez les habitants de villages ou de petites agglomérations africaines”.*

Et le professeur Chabas d'ajouter cette remarque qui pourrait parfaitement s'appliquer à la Nouvelle-Calédonie d'aujourd'hui :

*“... la plupart des procès portés devant les juridictions coutumières se déroulent entre parents, voisins ou originaires d'un même village (...) Si le différend se termine par un jugement comportant un gagnant et un perdant, deux clans antagonistes se trouvent constitués qui plus tard viendront troubler l'ordre ou la quiétude du village. Si le procès se termine par un procès-verbal de conciliation, l'expérience montre que les deux clans et les plaideurs eux-mêmes sont conciliés et réconciliés.”*

Les dispositions de la délibération de 1967 – qui relèvent manifestement de la même inspiration que les textes coloniaux plus anciens de quelques décennies - instaure une phase devant les clans réunis qui doit normalement conduire à une décision revêtue de la force exécutoire. Son caractère d'ordre public, s'il a un jour été admis, est aujourd'hui totalement ignoré.

### **- Un préalable, en principe, obligatoire.**

Initialement le passage devant l'instance familiale était considéré comme une formalité obligatoire exprimant le respect de la règle du parallélisme des formes et des compétences. La formation du mariage est l'affaire des clans, sa dissolution l'est aussi comme l'affirme la délibération du 3 avril 1967 :

*Art. 44. - La dissolution du mariage est régie par la coutume. La déclaration devra en être faite par les ex-conjoints dans les conditions prévues pour le mariage.*

*Art. 45. - L'acte de dissolution du mariage énoncera : l'état civil des parties et des témoins, conformément aux prescriptions de l'article 10 ; l'accord intervenu au sujet de la garde des enfants éventuellement issus du mariage.*

Il appartient aux deux clans de décider conjointement de défaire ce qu'ils ont fait et la dissolution est en ce cas, acquise par simple déclaration devant l'officier de l'état civil.

Cette déclaration est enregistrée. L'enregistrement ne crée pas le droit, il ne fait que le constater. C'est la décision des clans qui est créatrice de droits : la dissolution est donc

---

<sup>274</sup> J. Chabas, La conciliation devant les tribunaux de droit local de l'Afrique occidentale française, *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1953, p. 333 s.

<sup>275</sup> Chambre d'annulation de l'Afrique occidentale française, arrêts des 20 mai et 24 juin 1954, *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1954, p. 605 s., note J. Chabas.

susceptible d'être prononcée par l'autorité coutumière comme l'a confirmé la Cour d'appel dans un arrêt du 22 novembre 1993.<sup>276</sup>

Ce n'est qu'en cas de refus des clans de s'accorder sur la dissolution, que les époux saisiront le tribunal dans les termes de l'ordonnance du 15 octobre 1982, et en aucun cas le tribunal de droit commun, comme le rappelle la cour d'appel le 6 septembre 1993 :

*“...le mariage des citoyens de statut particulier en Nouvelle-Calédonie est un contrat ne concernant pas que les seuls époux, qu'il a pu être défini comme étant «un contrat civil par lequel un clan cède à un homme d'un autre clan une femme en vue de la procréation» ;*

*Attendu que selon une procédure basée sur la loi de correspondance des formes, le mariage peut être dissous en droit coutumier dans les conditions inverses de celles ou il a été formé, et implique donc la consultation des clans concernés.”<sup>277</sup>*

La procédure de dissolution est donc déterminée par la loi des parties et surtout par la procédure applicable lors de la formation de l'union. De là découle l'idée d'un préalable coutumier incontournable selon cette juridiction. La saisine du tribunal serait, dès lors, conditionnée par l'échec du règlement familial.

Ce passage obligé se matérialisera soit par un procès-verbal de palabre, soit par un document adressé à l'initiative du tribunal (pratique du tribunal de Lifou) au Grand-chef du District concerné, visant à obtenir qu'il atteste de l'existence d'une saisine des clans.

Le juge veille à ce que ce préalable qui conditionne la recevabilité de sa saisine ait été respecté et au besoin le sanctionne, en :

- prononçant le sursis à statuer dans l'attente de la saisine effective du conseil des anciens<sup>278</sup> ; et en

- enjoignant au demandeur de remplir cette formalité dans un délai au-delà duquel le défaut de diligence motivera la radiation de la requête.<sup>279</sup>

On remarquera que la sanction du non-respect de ce préalable n'est pas le “couperet” de l'irrecevabilité prononcée immédiatement par les juridictions néo-calédoniennes. Mais une fois ce préalable réalisé, le juge est compétent pour statuer – indépendamment semble-t-il de la décision ou de l'absence de décision des clans – afin d'éviter que le mutisme des clans ne constitue un moyen dilatoire et ne conduise à la paralysie de l'instance comme cela avait été le cas lors de l'unique litige soumis à la juridiction avec assesseurs coutumiers dans la période 1982-1990.<sup>280</sup>

On peut observer, à cet égard, une évolution nette quant à l'articulation entre la phase familiale et la phase judiciaire, tendant vers une normalisation des rapports : la juridiction coutumière a cherché dans un premier temps à affirmer son rôle avant que d'instaurer un traitement plus souple.

---

<sup>276</sup> Nouméa, arrêt n° 567 du 22 novembre 1993, *Wenehoua c/ Watrone*.

<sup>277</sup> Nouméa, arrêt n° 400 du 6 septembre 1993, *Wainebengo c/ Uregei*.

<sup>278</sup> Nouméa, arrêt (avant dire droit) n° 400 du 6 septembre 1993, et arrêt (au fond) n° 397 du 25 septembre 1995, *Wainebengo c/ Uregei*.

<sup>279</sup> Sec. Koné, n° 69 du 18 août 1993, *Midja c/ Ouaiagnepe* : le tribunal a, dans ce cas d'espèce, imparti un délai de quatre mois au requérant pour la régularisation de la procédure.

<sup>280</sup> Les premiers assesseurs coutumiers du tribunal de Nouméa entrés en fonction, le 1<sup>er</sup> janvier 1983, cette juridiction ne sera saisie qu'une fois. Il s'agissait d'une demande de dissolution d'un mariage. L'affaire sera renvoyée - par jugement du 9 août 1984 – car les parties n'avaient pas respecté le préalable coutumier. L'affaire ne sera plus jamais réinscrite au rôle (v. Girault, Rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, document du sénat n° 264).

En 1990 le juge de Koné (peut-être influencé par l'échec des années 1982 - 1989 et le jugement de 1984) rappelait avec vigueur sa compétence qu'il affirmait conserver en dépit du retard ou de l'impéritie des instances familiales à trouver un "arrangement coutumier". Il avait ordonné que se tienne le préalable coutumier afin de mettre les instances familiales face à leurs responsabilités. L'injonction ne s'adressait pas au requérant seul, mais collectivement à ce dernier et à l'instance familiale. Il était précisé dans le jugement du 21 novembre 1990 : "Attendu que le préalable de la conciliation entre les clans ordonnée par le jugement du 22 août 1990 n'a pas permis la réalisation d'un accord qui aurait pu être entériné par la juridiction ; Qu'il importe, pour éviter tout déni de justice de statuer..."<sup>281</sup>

Pourtant, on peut être surpris de ce que le tribunal définissait déjà son rôle comme celui d'une instance d'entérinement d'un éventuel accord coutumier alors même que cet accord s'impose de lui-même aux autorités chargées de la tenue de l'état civil. Cette relative méconnaissance du rôle de chacun explique sans nul doute le ton comminatoire à l'égard de l'instance familiale.

Le tribunal en se définissant plus comme une instance de recours face à un mode familial, en quelque sorte privilégié, de règlement des conflits, cette conception "traditionaliste" du préalable coutumier posait deux questions au moins :

- la saisine de l'instance familiale était-elle une question d'ordre public susceptible d'être soulevée directement par la juridiction, à n'importe quel stade de la procédure, ou devait-on, au contraire, considérer qu'il n'appartenait qu'à la partie adverse de soulever ce point, *in limine litis* ?

- la validité de la saisine de la juridiction dépendait-elle de la preuve de l'épuisement effectif d'une voie de recours coutumier et amiable ou, seulement, de la preuve de la saisine d'une instance familiale ?

La pratique va finalement répondre à ces deux questions de façon minimaliste, la crainte étant de voir l'affaire s'enliser dans la consultation interminable et surtout assez peu contrôlable des instances familiales. Les juridictions, lorsqu'elles ne vont pas purement et simplement ignorer le préalable coutumier, vont le réduire à une simple formalité limitée à la saisine - attestée par la grande chefferie - d'une instance familiale. Les juridictions vont, donc, considérer remplie cette formalité dès lors qu'il sera attesté de l'existence d'une amorce de processus de règlement familial.

#### **- Le préalable coutumier, une formalité en désuétude.**

C'est une tout autre pratique qui s'est développée par la suite en renvoyant soit le requérant à saisir dans un délai l'instance familiale, soit simplement en demandant à la Grande chefferie d'indiquer si le requérant a mis les clans à même de statuer sur sa demande.

Par-là même, les juridictions sont passées d'un contrôle strict à un contrôle de pure forme du respect de la procédure préalable par les parties.

Ainsi, dans une décision rendue le 4 mars 1998,<sup>282</sup> l'avis des clans n'apparaît plus comme une condition de recevabilité même si elle revêt encore la qualité de formalité substantielle. Le tribunal prononce la radiation de la procédure après avoir constaté

---

<sup>281</sup> Sec. Koné, jugement n° 35 du 21 novembre 1990, *Pime c/ Poedi* (jugement définitif).

<sup>282</sup> Sect. Lifou, jugement n° 16 du 4 mars 1998, *Outhemek c/ Cica*.

l'absence de production, par la demanderesse, de l'avis de son clan. Le tribunal rappelle la formalité substantielle que constitue la production de cet avis, tout en situant la réalisation de cette formalité au stade du déroulement de l'instance sans en faire une condition de recevabilité de l'action. Le tribunal rappelle :

*“Attendu qu'en effet, le mariage coutumier n'est pas seulement l'union d'un homme et d'une femme ; qu'il scelle également l'alliance entre deux familles, deux clans ; que la dissolution du mariage est aussi l'affaire des clans des époux ; que le tribunal doit connaître l'avis des clans des époux avant de statuer (...) Que force est au tribunal de constater la carence des parties et particulièrement celle de la demanderesse qui s'abstient de comparaître devant le tribunal et de fournir un élément essentiel pour l'appréciation du bien-fondé de sa requête...”*

Cette décision annonce le glissement de la fonction reconnue à cet avis qui cesse d'être le garant d'une procédure préalable devant les clans pour devenir un élément de preuve (*“... un élément essentiel pour l'appréciation du bien-fondé de sa requête...”*).

Cette évolution est confirmée par un jugement du 22 juillet 1998<sup>283</sup> : l'instance familiale n'est plus un préalable puisqu'elle se réduit à l'avis de l'autorité coutumière, considéré comme suffisant dès lors qu'il est reçu en cours d'instance. Il s'agit en l'espèce de l'avis du grand chef Paul Sihaze (district du *Wetr*) lequel précise que *“la demande de Joachim Hue apparaît comme irréversible et que malgré l'attente des uns et des autres (clans, familles), une reprise de la vie commune comporterait de graves difficultés voire même des dangers.”* C'est d'ailleurs sur le fondement de cet avis que le tribunal retient l'existence de faits justifiant la dissolution du mariage coutumier aux torts partagés des époux. En l'espèce, l'avis du grand chef était le seul élément versé au dossier. Cette procédure illustre le contexte général des contentieux de nature coutumière : la culture et le mode de vie mélanésien donnent le sentiment à l'occidental d'une relative passivité face à l'événement. L'indigence des éléments de preuve, l'apparent manque d'intérêt pour l'instance poussent le juge professionnel - préoccupé de ne pas donner le sentiment d'un déni de justice - à réduire les délais de traitement et pour cela à *“simplifier”* la procédure en transformant l'avis du Grand chef (autorité relativement lointaine, qui en tout cas ne peut remplacer la décision des clans réunis) en mode de preuve d'autant plus précieux qu'il est parfois l'unique pièce versée à la procédure.<sup>284</sup>

Non seulement l'attestation de la grande chefferie a changé de fonction, mais dans la période des années 1999 à 2001, au moins en ce qui concerne le tribunal de Lifou, cette attestation n'est même plus systématiquement réclamée.

La saisine, par les époux eux-mêmes, du tribunal avec assesseurs coutumiers devrait être l'exception - le subsidiaire - au principe de la dissolution amiable négociée par les familles. Cela explique le faible nombre de décisions judiciaires rendues en ce domaine, et le fait aussi que la tendance des juridictions afin d'attirer à elles le contentieux ait été de dénaturer le préalable familial. Seul un examen de la proportion respective des dissolutions prononcées *“traditionnellement”* et *“judiciairement”* - et son analyse sur la durée - pourrait fournir un élément d'appréciation sur la propension qu'ont les individus à rechercher l'affirmation de leurs choix individuels, par rapport à leurs autorités de tutelle (les clans familiaux).

---

<sup>283</sup> Sect. Lifou, jugement n° 64 du 22 juillet 1998, *Hue c/ Qapitro*.

<sup>284</sup> Cette affaire illustre la lourdeur procédurale : la requête est datée du 24 juillet 1996, par ordonnance du 16 septembre 1996 le tribunal désigne les assesseurs devant compléter la formation. Les parties n'ayant pas produit l'avis de leur clan, il leur sera fait injonction de le faire par ordonnance du 6 novembre 1996. Ensuite interviendra la tentative de conciliation (procédure dont on peut douter de la finalité si l'on a effectivement épuisé toutes les voies de recours amiable devant l'instance familiale). Le jugement au fond ne sera rendu que deux ans plus tard.

Cette évolution imposerait de s'interroger sur la finalité du préalable coutumier à la lumière, notamment, de l'article 2 de l'ordonnance du 15 octobre 1982 qui permet aux parties de porter directement leurs litiges devant la juridiction avec assesseurs.

Tenir pour acquise et légitime l'évolution actuelle du préalable coutumier conduira à s'interroger inévitablement sur la raison d'être du maintien d'un mariage par enregistrement. A moins que le juge n'en revienne à la pureté des principes en réduisant l'instance judiciaire à la fonction de recours subsidiaire et de garant des libertés individuelles qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être.

En toute hypothèse, le préliminaire de conciliation devant les clans réunis n'a pas vocation à régler toutes les conséquences de la dissolution. C'est sa portée limitée du fait de l'imprécision de la délibération de 1967 qui fait aussi la faiblesse de ce règlement familial.

### **\* La portée limitée du règlement familial.**

L'article 45 de la délibération n° 424 du 3 avril de 1967 précise :

“L'acte de dissolution du mariage énoncera (...) l'accord intervenu **au sujet de la garde des enfants** éventuellement issus du mariage.”

Interprété limitativement, ce texte n'évoque ni l'organisation du droit de visite et d'hébergement, ni la contribution du parent non gardien à l'entretien de l'enfant. L'instance familiale ne peut tout régler et c'est là le meilleur argument en faveur de sa désuétude. Cette imprécision du texte est source de contentieux. Ainsi dans un arrêt du 27 août 1990,<sup>285</sup> la Cour d'appel était saisie d'un litige portant sur la fixation de pensions alimentaires non prévues alors que *“le mariage des époux H... - R..., alors tous deux citoyens de statut civil particulier, a été dissous conformément à la coutume et l'acte de dissolution du 20 octobre 1986 a énoncé l'accord intervenu au sujet de la garde des trois enfants issus du mariage conformément à l'article 45 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967, cette garde étant attribuée aux deux parents.”*

Une réforme de la délibération de 1967 apparaît indispensable pour rendre à l'instance familiale une légitimité aujourd'hui mise à mal.

### **2°) Les conditions de fond de la dissolution du mariage coutumier.**

Les textes ne définissent pas les droits et devoirs des époux, pas plus qu'ils ne précisent si la dissolution doit s'apprécier à l'aune des comportements de ces derniers ou en fonction des intérêts familiaux au sens large. Certaines situations évoquées plus haut tendaient à accréditer cette seconde hypothèse jusqu'à ce que le juge judiciaire intervienne en ce domaine.

Les textes ne permettent pas de déterminer si ces dissolutions constituent des divorces ou des séparations de corps, cependant, l'examen des effets de la dissolution conduit à privilégier la seconde hypothèse.

Enfin, la jurisprudence envisage deux cas de dissolution : en sus de la dissolution pour faute (conforme au droit traditionnel), elle admet une dissolution par consentement mutuel dont le principe est discutable, même si l'institution répond à une évidente nécessité.

---

<sup>285</sup> Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, *Hmeun c/ Rokuad*.

## a - La dissolution judiciaire pour faute.

La dissolution judiciaire pour faute apparaît comme le seul cas prévu par les textes du fait de l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation devant les clans réunis.

Mais alors que la faute en droit commun s'apprécie uniquement dans les rapports entre époux, celle que peut invoquer le citoyen de statut coutumier peut résulter des rapports que l'individu entretient avec les clans : notamment, lorsque l'un des époux viole ses obligations vis-à-vis du clan du conjoint, ou crée par son action une situation injurieuse vis à vis des deux clans à la fois. Le conjoint, avant d'être un époux, reste "sujet" et membre d'un clan auquel il est soumis par des devoirs ; tout comme en droit commun, l'époux reste avant tout un individu jouissant de droits qui n'ont pas disparu du fait de son mariage.

### \* La faute de l'époux à l'égard des clans.

La dissolution pourra être prononcée aux torts exclusifs d'un époux (sans que cet époux puisse se voir reprocher un manquement, à l'égard de son conjoint) en raison d'un manquement à ses obligations coutumières. Ce moyen a été soulevé en première instance dans la première affaire de dissolution jugée par le tribunal civil de Nouméa en 1992.<sup>286</sup> En l'espèce, l'épouse a vu la dissolution prononcée à ses torts exclusifs pour avoir quitté le domicile conjugal sans l'autorisation des clans. La dissolution a été prononcée au bénéfice du mari lequel avait, pourtant, manqué à ses devoirs conjugaux. Il n'avait pas été envisagé de savoir si les manquements du mari avaient été déterminants des manquements de l'épouse à l'égard des clans ce qui aurait pu excuser le comportement de l'épouse. La question n'avait, semble-t-il, pas lieu de l'être, la nature de ces deux catégories de fautes les plaçant sur des plans différents, la faute de l'individu à l'égard des clans apparaissant comme attentatoire à une sorte d'ordre public familial qui dépasse la sphère (strictement privée et relative) du manquement aux devoirs entre époux. Si une cause péremptoire de dissolution devait être caractérisée, ce type de faute mériterait peut être de revêtir cette qualité.

Le tribunal souligne :

*"...il apparaît que l'épouse a pris sans motif légitime et prouvé, l'initiative d'une séparation de fait des époux constitutive d'une violation du devoir de cohabitation auquel se sont engagés les époux lors de leur mariage.*

*Il n'y a pas lieu, conformément aux règles du droit coutumier, de s'attacher à rechercher les motifs de ce départ du domicile conjugal, l'épouse n'ayant d'ailleurs jamais prétendu craindre pour son intégrité physique. Elle devait en effet respecter une procédure coutumière qui consiste à solliciter et obtenir l'autorisation du clan du mari afin de pouvoir quitter le domicile conjugal. En l'occurrence le clan du mari devait ramener l'épouse dans son clan d'origine.*

*En l'absence de toute urgence prouvée par l'épouse, celle-ci ne pouvait quitter le domicile conjugal de sa propre initiative mais respecter la procédure inverse qui l'avait conduite, lors du mariage, à vivre sous le toit de son époux.*

*Il importe donc peu, dans ces conditions, de s'interroger sur les causes lointaines de la séparation des époux, car c'est aux clans qu'il appartenait d'apprécier le comportement mutuel des époux et de les autoriser à se séparer. Dès lors, l'épouse a violé ses devoirs coutumiers en prenant seule l'initiative de la rupture et en mettant les clans devant le fait accompli."*

---

<sup>286</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 120 du 3 février 1992, *Uregei c/ Wainebengo*.

Si cette décision a été infirmée en appel,<sup>287</sup> la motivation de la cour ne va pas dans le sens d'une remise en cause de cette règle coutumière. Pas plus qu'elle ne tempère la toute puissance des clans quant à l'appréciation du devenir des unions coutumières. Car pour rejeter la demande en dissolution présentée par le mari, la cour vise, d'abord, le refus du clan de l'épouse de consentir à cette dissolution et, d'autre part, l'absence de faute caractérisée à l'encontre de l'épouse comme du clan de celle-ci.

La Cour d'appel précise, sur le premier de ces motifs, que :

*"... les règles coutumières, identiques sur ce point dans les aires Drehu et Nengone, posent le principe que la dissolution du mariage, tout comme le mariage lui-même, nécessite l'accord des clans concernés au moins sur le principe d'une dissolution de l'union ;*

*Attendu qu'en l'espèce le clan W... et Madame W... s'opposant à toute dissolution du mariage celle-ci ne saurait intervenir."*

Même si la solution retenue en appel est différente du jugement de première instance, il n'en demeure pas moins que ce cas d'espèce (relatif aux Iles Loyautés) souligne l'importance des décisions et des attitudes des clans. Les clans font l'union et maîtrisent, aussi, sa dissolution : ce qui donne un relief tout particulier aux "préalables coutumiers" qu'ont la tentation d'oblitérer ou de dénaturer certains magistrats professionnels.

En second lieu, l'arrêt cherche à caractériser l'attitude des clans dans cette affaire afin de souligner l'absence de tout manquement de leur part, comme si l'attitude éventuellement fautive de l'époux pouvait s'apprécier au regard des manquements de son propre clan. En effet, la Cour d'appel relève qu'il aurait fallu que le clan du mari tente vainement d'obtenir le retour de l'épouse au domicile conjugal ce qui n'a pas été le cas. Dans ces conditions, aucune faute ne peut alors être reprochée à l'épouse :

*"Attendu, au surplus, que Madame W... en retournant dans son clan s'est mise sous la protection de celui-ci qui lui doit aide et assistance, qu'il appartenait au clan U... (celui du mari) d'effectuer une démarche coutumière auprès du clan W... (celui de l'épouse) pour demander le retour de l'épouse et non au clan W... de la ramener dans le clan U... ce qui aurait constitué un refus de protection ;*

*Que dès lors l'absence de toute démarche du clan U... après du clan W... rend également impossible à ce titre le prononcé de la dissolution du mariage."*

#### **\* La faute entre les deux conjoints.**

Le juge de Lifou a donné une définition coutumière des devoirs respectifs des époux :

*"... la coutume de même qu'elle consacre les obligations de **fidélité**, de **secours**, d'**assistance**, condamne les comportements mettant en péril la **vie morale et matérielle de la famille**."*<sup>288</sup>

S'approchant, encore plus, du droit commun la juridiction précise que la dissolution ne sera prononcée que dans la mesure où ces manquements auront rendu intolérable le maintien de la vie commune.

Dès lors la dissolution sera prononcée pour faute dès lors que la communauté de vie

---

<sup>287</sup> Nouméa, arrêt n° 397 du 25 septembre 1995, *Wainebengo c/ Uregei*.

<sup>288</sup> Sec. Lifou, n° 1 du 14 janvier 1994, *Wenenina c/ Uregei*.

aura été rendue impossible par l'infidélité (de l'épouse qui a eu un enfant de son cousin)<sup>289</sup>, l'intempérance du mari,<sup>290</sup> les violences, etc.

### **b - La dissolution judiciaire fondée sur l'accord des parties.**

L'existence même de ce cas de dissolution anéantissait l'argument de ceux qui soutenaient que les juridictions coutumières créées par l'ordonnance de 1982 ne pourraient connaître que de "contestations" ou de "litiges", puisque non seulement elles ne se déclarent pas incompétentes en cas de requête conjointe en dissolution, mais constatent volontiers l'accord des parties, et pour cause : elles ont inventé ce cas de dissolution non-contentieux.

Très tôt la jurisprudence a constaté l'accord des deux époux pour prononcer des dissolutions gelées, depuis des années, par l'opposition des clans.<sup>291</sup> Cependant il s'agissait souvent de divorces "quasi-contentieux" : car les époux étaient d'accord pour mettre un terme à l'union, et seul un clan faisait obstacle à la concrétisation de leur souhait.

Cependant il existe, parfois, de véritables dissolutions amiables où le juge constate l'accord non seulement des époux mais, aussi, de leurs clans respectifs.<sup>292</sup> Cette pratique pose des questions de principe :

- la juridiction coutumière créée par l'ordonnance de 1982 peut-elle prononcer de véritables dissolutions amiables, puisque par définition la solution amiable aurait dû ressortir de la décision des clans s'ils avaient été consultés selon les formes requises ?

- inversement, une dissolution peut-elle être prononcée judiciairement sur la base de la seule volonté des époux, en ignorant l'opposition des clans dont la volonté soutient et perpétue l'existence de l'union ?

- peut-on à volonté s'éloigner du principe de concordance des règles et défaire par la volonté concordante de deux personnes ce que la volonté concordante de deux clans familiaux a fait par le passé et refuse de défaire dans le présent ?

L'idée même d'un divorce d'accord est une création jurisprudentielle qui contredit à la fois la tradition, et l'article 44<sup>293</sup> de l'ordonnance du 3 avril 1967 texte qui fonde le pouvoir de décision des clans par le biais d'une dissolution par simple déclaration.

L'institution d'une dissolution à la fois judiciaire et non contentieuse est enfin contraire à la jurisprudence, laquelle a affirmé non seulement, que :

- la décision des clans de mettre un terme à l'union est un acte créateur de droits (arrêts du 26 septembre 1991 et du 22 novembre 1993)<sup>294</sup> ; mais aussi, que

---

<sup>289</sup> Sec. Koné, n° 69 du 18 août 1993, *Midja c/ Ouaiegnepe*.

<sup>290</sup> Sec. Lifou, n° 1 du 14 janvier 1994, *Wenenina c/ Uregei*.

<sup>291</sup> La jurisprudence avait néanmoins pris la précaution de dissimuler ces dissolutions amiables sous le vocable de "dissolutions pour rupture de la vie commune" par simple référence aux situations de fait qui étaient entérinées, alors même que ces cas de dissolution ne pouvaient être rattachés ni à la tradition ni aux textes. C'est dans ces conditions que seront prononcées des dissolutions au bout de dix ans de séparation (Koné, n° 19 du 22 août 1990), onze ans (Lifou, n° 219 du 3 décembre 1993, *Wapo c/ Harper*), dix-sept ans (Koné, n° 115 du 12 novembre 1991), et même vingt ans de séparation (Lifou, n° 147 du 16 avril 1993, *Wainebengo c/ Roine*).

<sup>292</sup> Voir *supra*, deux jugements de la section de Lifou : n° 129 du 17 décembre 1997, *Imeot c/ Wanapopo*, et n° 58 du 18 juillet 1997, *Palene c/ Siwoine*

<sup>293</sup> **Art. 44.** – "La dissolution du mariage est régie par la coutume. La déclaration devra en être faite par les ex-conjoints dans les conditions prévues pour le mariage."

<sup>294</sup> Ces deux arrêts (n° 242 du 26 septembre 1991, et n° 567 du 22 novembre 1993) concernent la même affaire *Wenehoua c/ Watrone*. Ils constatent que la dissolution a été prononcée par les clans réunis le 10 avril 1989, l'épouse ayant ensuite

- *“le mariage des citoyens de statut particulier en Nouvelle-Calédonie est un contrat ne concernant pas que les seuls époux (...) le mariage peut être dissous en droit coutumier, dans des conditions inverses de celles où il a été formé, et implique donc la consultation des clans concernés”*<sup>295</sup> ; et enfin, que

- *“les règles coutumières (...) posent le principe que la dissolution du mariage, tout comme le mariage lui-même, nécessite l'accord des clans concernés au moins sur le principe d'une dissolution de l'union (...) qu'en l'espèce le clan W... et Madame W... s'opposant à toute dissolution du mariage celle-ci ne saurait intervenir.”*<sup>296</sup>

Néanmoins la jurisprudence a prononcé de telles dissolutions, soit en constatant que la tentative de règlement coutumier n'ayant pu aboutir au prononcé de la dissolution *“il appartient dès lors au tribunal saisi de constater la ferme volonté des époux de rompre le lien matrimonial...”*<sup>297</sup> ou, encore, que *“les époux ont confirmé qu'ils souhaitaient mettre fin à leur union et ont apporté la preuve qu'ils avaient satisfait aux exigences de la procédure coutumière préalable à la dissolution du mariage.”*<sup>298</sup>

Il paraît impossible de pouvoir à la fois poser le principe de l'autonomie des volontés individuelles (comme l'avait fait le juge de Lifou) tout en continuant à affirmer le caractère substantiel de la consultation préalable des clans, sauf à vider l'étape devant l'instance familiale de sa signification et de sa portée, ce qui impliquerait au terme de ce processus de réformer la délibération de 1967 pour supprimer cette étape préalable devenue parfaitement inutile.

L'autre option, serait de faire de cette étape préalable bien plus qu'une simple tentative de conciliation : de la restaurer dans sa signification et sa portée, pour la reconnaître dans ce qu'elle est : le pendant du mariage par enregistrement.

Poursuivre sur la lancée actuelle conduit à dénaturer la spécificité du mariage coutumier, et risque d'amener certains à percevoir la saisine de la juridiction avec assesseurs coutumiers comme une remise en cause de l'ordre coutumier lui-même : ce qui pourrait s'avérer contre-productif en terme de développement de l'activité de cette juridiction, puisque c'est sa légitimité qui se trouverait alors mise en cause.

Cependant condamner, au nom de la cohérence, la dissolution judiciairement prononcée par consentement mutuel serait aussi condamner une institution utile et remettre en cause la légitimité, pour les mêmes raisons, de la construction jurisprudentielle autour de la famille naturelle laquelle constitue un défi à l'autorité des clans...

### **3°) Les effets de la dissolution coutumière : un faisceau d'indices en faveur d'une séparation de corps.**

La cour d'appel a considéré que la dissolution était une forme de séparation de corps dans un arrêt du 26 septembre 1991, eu égard aux effets de cette dissolution.<sup>299</sup> La réponse doit cependant être réservée puisqu'elle supposerait que les droits coutumiers des huit aires

---

renoncé à son statut coutumier, c'est devant la juridiction de droit commun que seront portées certaines demandes de l'épouse tendant à modifier les mesures accessoires prises dans le cadre de l'instance coutumière. Tout en reconnaissant autorité à la décision coutumière la juridiction de droit commun se reconnaît compétente au stade de l'après-dissolution.

<sup>295</sup> Nouméa, arrêt n° 400 du 6 septembre 1993, *Wainebengo c/ Uregei* (arrêt avant dire droit).

<sup>296</sup> Nouméa, arrêt n° 397 du 25 septembre 1995, *Wainebengo c/ Uregei*.

<sup>297</sup> Sec. Lifou, n° 147 du 16 avril 1993, *Wainebengo c/ Roine*.

<sup>298</sup> Sec. Lifou, n° 220 du 3 décembre 1993, *Hnau c/ Boula*.

<sup>299</sup> Nouméa, arrêt n° 242 du 26 septembre 1991, *Wenhoua c/ Watrone* (arrêt avant dire droit).

coutumières reconnaissent des effets identiques à la dissolution, ce que personne – hormis le Sénat Coutumier - n'est aujourd'hui en mesure d'affirmer.

La délibération de 1967 ne dit rien sur les effets de la dissolution. Enfin, aucune des orientations données actuellement par la jurisprudence n'est à l'abri de quelque revirement ou atténuation, eu égard à la diversité géographique des droits traditionnels.

#### **a - Les effets de la dissolution de l'union coutumière entre les époux.**

La dissolution s'analysant comme une sorte de séparation de corps, en principe le remariage des époux est impossible (sous réserve de disparités de règles en fonction des aires coutumières).

De même, il semblerait subsister après la dissolution de l'union un devoir de secours entre les époux justifiant la fixation d'une pension alimentaire.<sup>300</sup> Cependant, dans certains cas il a été affirmé l'absence de devoir de secours entre les époux après le prononcé de la dissolution de l'union, au motif qu'il appartient aux clans d'assumer ce devoir de secours : ce sont eux qui ont la responsabilité de l'union et donc directement ou indirectement de sa dissolution. De plus, ils ont l'obligation de pourvoir aux besoins de leurs membres : dès lors, le clan doit protection à l'époux "divorcé" lequel "sujet prodigue" n'a nulle autre alternative que de revenir se placer sous sa protection et dans sa dépendance.

Afin d'assurer une articulation entre le devoir de secours entre époux et celui liant le clan à l'individu, la solution consisterait peut-être à considérer que le devoir de secours entre époux ne subsisterait que lorsque la dissolution a été prononcée contre l'avis des clans. Ce qui souligne, à nouveau la nécessité de faire respecter l'étape préalable familiale avant de saisir la juridiction.

L'époux aux torts exclusifs duquel la dissolution est prononcée peut être condamné à verser des dommages et intérêts, voire à d'autres formes de sanction. Dans un arrêt du 22 novembre 1993, la Cour d'appel fait référence à une décision coutumière qui avait condamné le mari fautif à verser à l'épouse une somme de 9.350 FF mais, aussi, à subir un châtement coutumier : l'un de ces châtements corporels que condamne notre droit.<sup>301</sup>

#### **b - Les effets de la dissolution de l'union coutumière vis à vis des enfants du couple.**

Un complet mimétisme caractérise les règles jurisprudentielles par rapport au droit commun en ce qui concerne notamment les devoirs des parents à l'égard des enfants mineurs.

Une particularité subsiste concernant le droit de garde qui, selon le droit traditionnel, est en principe attribué au père des enfants. Toutefois ce principe a connu des atténuations jurisprudentielles.

#### **\* Le mimétisme des règles.**

Le mimétisme est complet s'agissant du devoir d'entretenir les enfants mineurs, de même dans les modalités de la contribution du parent non-gardien à l'entretien de

---

<sup>300</sup> Nouméa, arrêt n° 567 du 22 novembre 1993, *Wenehoua c/ Watrone*.

<sup>301</sup> Nouméa, arrêt n° 567 du 22 novembre 1993, *Wenehoua c/ Watrone*.

l'enfant,<sup>302</sup> et dans l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement à ce parent.

Toutefois l'obligation d'entretien ne se limite pas aux enfants mineurs, le droit traditionnel ignorant la distinction mineurs/majeurs (l'individu ne devient majeur qu'en se mariant).

La jurisprudence a maintes fois réaffirmé ces principes,<sup>303</sup> afin d'affirmer leur prééminence sur toute autre obligation, y compris les autres obligations coutumières :

*“...le fait que la villa ait été donnée à titre coutumier à l'époux ne contredit pas la notion de domicile conjugal ;*

*Attendu que la présente juridiction constate que, tant en droit commun que dans la coutume, les familles se soucient d'attribuer un toit à leurs enfants ; que, au sens coutumier, la notion civile de majorité n'existe pas et qu'il n'est pas fait de distinction entre les enfants, majeurs ou mineurs ; que, tant en droit commun que dans la coutume, il est du devoir des parents de procurer à leurs enfants les meilleures possibilités d'épanouissement, notamment pour leur permettre d'étudier dans les conditions matérielles les plus favorables ; que les enfants n'ont pas été repris coutumièrement par le clan du père, qu'il revient donc à la mère de s'en occuper (...)*”

Cette ordonnance souligne la nécessité de faire prévaloir les obligations familiales sur les règles coutumières (les travaux coutumiers) en rappelant que le droit coutumier tout comme le droit commun privilégie certaines obligations : notamment l'obligation des parents d'entretenir leurs enfants, sans distinguer selon qu'ils sont majeurs ou mineurs, puisque le droit coutumier ignore cette distinction.

#### **\* Le particularisme du droit de garde.**

L'ordonnance de référé, n° 1071 du 23 mai 2001, souligne le particularisme du droit de garde et la primauté dont dispose le clan du mari s'agissant de l'attribution de la garde sur les enfants légitimes en rappelant **“que les enfants n'ont pas été repris coutumièrement par le clan du père, qu'il revient donc à la mère de s'en occuper.”**

Il convient de rappeler que c'est le principe inverse qui prévaut s'agissant des enfants naturels.<sup>304</sup>

#### **- Le principe de la garde de l'enfant légitime attribuée au père.**

A plusieurs occasions la Cour d'appel a réaffirmé ce principe en arguant de la tradition coutumière,<sup>305</sup> tout en ménageant des possibilités d'atténuation :

*“...la coutume établie selon laquelle en cas de séparation des parents, le père a, sauf circonstances particulières, la garde des enfants.”<sup>306</sup>*

Par ailleurs, rien n'interdit aux parties de s'accorder sur une solution différente comme le souligne l'article 45 de la délibération du 3 avril 1967 qui dispose que l'acte de

<sup>302</sup> La section détachée de Koné (jugement n°19 du 21 novembre 1990) a pris la précaution de rappeler que la contribution de la mère à l'entretien et l'éducation de l'enfant est **“une obligation naturelle à laquelle la coutume est attachée”** pour justifier la fixation d'une pension alimentaire. De même Nouméa, n° 567 du 22 novembre 1993 (précité).

<sup>303</sup> Ordonnance de référé, n° 1071 du 23 mai 2001, *Iwan c/ Ukeiwe* (exposé des faits, v. note *supra*).

<sup>304</sup> Koné, n° 131 du 1<sup>er</sup> décembre 1993, *Iwan c/ Seiko* (jugement avant dire droit) et Koné, n° 3 du 19 janvier 1994, *Iwan c/ Seiko*.

<sup>305</sup> Nouméa, arrêt n° 567 du 22 novembre 1993 (précité).

<sup>306</sup> Nouméa, arrêt n° 595 bis du 6 décembre 1993, *Naouna c/ Porin-Pouea*.

dissolution de mariage précisera *“l'accord intervenu au sujet de la garde des enfants éventuellement issus du mariage.”*

Le législateur n'avait certainement pas envisagé d'autres cas de dérogation au principe, hormis la possibilité de confier la garde de l'enfant à la mère ou à un membre de la famille. Or, la jurisprudence a envisagé d'autres hypothèses en entérinant la garde “conjointe” exercée par les deux parents à la fois, dès lors que cette solution est conforme à l'intérêt des enfants.<sup>307</sup> Le mimétisme, par rapport au droit commun, qu'exprime cette solution se traduit jusque dans le vocabulaire employé : de nombreuses décisions n'évoquant plus le droit de “garde” mais l'exercice de “l'autorité parentale”. De même, à plusieurs reprises ont été entérinés des accords visant à laisser à la garde de chacun des deux parents, une partie de la fratrie.<sup>308</sup>

En toute hypothèse, la garde confiée au père n'enlève pas le droit pour la mère (et pour le clan maternel) de participer à l'éducation de l'enfant.<sup>309</sup>

Mais, au-delà de tous ces assouplissements, le principe demeure : celui de la primauté des droits du clan paternel - et donc du père - s'agissant de l'éducation et de la garde de l'enfant légitime, et ce même lorsque l'union est dissoute. Cette primauté de principe n'est en définitive que le pendant de la primauté, elle aussi de principe, dont bénéficie le clan maternel - et donc la mère - en ce qui concerne les rapports au sein de la famille naturelle.

Aussi, face à cette primauté du clan paternel dans l'organisation de la famille légitime, la principale cause d'atténuation au principe résulte de la prise en compte de la parole de l'enfant.

Prendre en compte les souhaits de l'enfant, c'est affirmer, en réalité, le pouvoir d'appréciation des juridictions confrontées aux arrangements familiaux.

#### **- Les atténuations jurisprudentielles : la prise en compte de la parole de l'enfant.**

Le principe de la garde au père que prévoit le droit coutumier écrit peut céder devant l'accord des parties sur une solution différente.

La jurisprudence a élargi la gamme des solutions possibles en prenant en compte la volonté exprimée par les enfants eux-mêmes. C'est ainsi que la Cour d'appel a précisé qu'il

*“ne saurait être imposé à un enfant mineur qui est à moins de neuf mois de sa majorité de résider contre son gré chez l'un de ses parents lorsque ceux-ci sont séparés et ont d'égales capacités éducatives, qu'il doit en conséquence être tenu compte de la volonté de A... de vivre chez sa mère et des conséquences financières de ce choix.”*

Il s'agissait là d'un début, relativement timide, d'ouverture de la jurisprudence vers la prise en compte de la parole de l'enfant. Car cette solution risque de se heurter à certaines réalités : dans de nombreuses familles, l'enfant mineur n'a pas le droit de s'exprimer en présence d'adultes, et la définition de la minorité peut être à cet égard très large puisque cet interdit subsistera au-delà de la majorité légale tant que le sujet ne sera pas marié.

Cette ouverture s'est trouvée confirmée à l'occasion de l'affaire *Trutrune c/ Waia*.<sup>310</sup> Dans son jugement définitif, le tribunal civil de Nouméa, saisi d'une demande tendant à

<sup>307</sup> Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, *Hmeun c/ Rokuad*.

<sup>308</sup> Lifou, n° 220 du 3 décembre 1993, *Hnau c/ Boula* (de même, Nouméa, arrêt n° 567 du 22 novembre 1993, précité).

<sup>309</sup> Nouméa, arrêt n° 595 bis du 6 décembre 1993, *affaire Naouna c/ Porin-Pouea*.

<sup>310</sup> Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 1327 du 28 juin 1999, *Trutrune c/ Waia*.

autoriser le père à reconnaître sa fille naturelle en dépit de l'opposition de la mère, notait que l'enfant avait, lors de son audition, exprimé sa volonté de vivre auprès de son père. Afin de justifier sa décision, et faire prévaloir la prise en compte de l'intérêt de l'enfant sur tout autre critère, et sur les termes clairs de la délibération de 1967,<sup>311</sup> le tribunal avait d'abord souligné la contradiction entre la règle du droit civil et la règle coutumière,<sup>312</sup> puis affirmé que la solution recherchée constituerait une solution mixte entre les deux règles,<sup>313</sup> et en définitive écarté la solution consistant à demander l'avis des clans (après avoir déploré l'absence de concertation entre les clans qui, au moment de la naissance de l'enfant, aurait pu régler la difficulté).

L'objectif, manifeste, du tribunal était de n'étayer sa décision que sur l'audition de l'enfant et l'appréciation de son intérêt tel que la juridiction l'appréciait après avoir, en quelque sorte, souligné le caractère, soit vain, soit peu légitime, des mécanismes coutumiers dans le règlement de ce litige.

Cette solution souligne le caractère évolutif de la coutume judiciaire toujours à l'écoute des attentes de la société et sa capacité à "moduler" ses réponses. C'est là, en soi, une force dans une société susceptible d'évoluer rapidement mais aussi de façon variable selon les zones que l'on voudra considérer (la perte de vitesse du droit traditionnel étant plus sensible sur la Grande-Terre qu'aux Iles Loyautés).

### **§ 3 – La jurisprudence et la définition du statut de l'enfant adopté.**

L'adoption coutumière<sup>314</sup> est définie à l'article 37 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967. Cet article précise que "*les adoptions des citoyens de statut particulier par d'autres citoyens de statut civil particulier sont régies par la coutume et basées sur le consentement des familles intéressées.*"

Cependant, lorsqu'une juridiction prononce l'adoption d'un enfant, il est généralement visé les dispositions du Code civil et les conditions posées par les articles 343 à 359 du Code civil.<sup>315</sup>

La jurisprudence fait produire à l'adoption coutumière les effets de l'adoption plénière : la situation de l'enfant adopté plénièrement rejoint celle de l'enfant légitime.

La jurisprudence a précisé certaines règles de fond concernant l'enfant adopté de statut particulier, à l'occasion de transferts de garde concernant un enfant naturel, puisqu'en droit coutumier, le "don d'enfant" recouvre deux situations distinctes dans notre droit : l'adoption et le transfert de l'autorité parentale.

La jurisprudence a, maintes fois, affirmé que parce que l'enfant adopté est assimilé à l'enfant légitime, il acquiert le statut de ses parents adoptifs (le statut coutumier des

---

<sup>311</sup> Les dispositions de l'article 35 alinéa 1<sup>er</sup> de la délibération de 1967 qui précise que : "*La reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé.*"

<sup>312</sup> "*Attendu que le tribunal constate que d'un point de vue purement civil de droit commun, il n'est pas contesté que Emmanuel Trutrune soit le père de Virginie Waïa, que d'un point de vue strictement coutumier, il ne peut être dit que Emmanuel Trutrune est le père de Virginie Waïa.*"

<sup>313</sup> "*Attendu que le tribunal ainsi composé n'applique ni le seul droit commun, qui doit être tempéré et accordé avec la coutume des parties, ni le seul droit coutumier dont il n'est pas détenteur.*"

<sup>314</sup> Blandine Manuéli-Ridel, L'adoption coutumière en milieu mélanésien, Université Française du Pacifique, juillet 1998 Nouméa 1998, 80 pages. (mémoire présenté dans le cadre du DEA "Sociétés et Cultures dans le Pacifique Sud insulaire").

<sup>315</sup> voir notamment Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1278 du 9 juin 1997, *Apikaoua c/ Joseph*.

adoptants s'ils sont tous deux de statut coutumier ou le statut de droit commun si les adoptants ont des statuts dissemblables).

Ainsi, lorsque l'enfant de statut de droit commun est adopté par des personnes de statut coutumier, le tribunal civil de Nouméa avait considéré dès 1990 :

*“... que nonobstant l'appartenance de l'enfant de statut de droit commun, il échet afin de faire produire à l'adoption plénière des effets complets, de dire que l'enfant acquerra le statut de ses parents adoptifs, soit en l'occurrence le statut de droit particulier.”<sup>316</sup>*

Le tribunal avait alors prononcé l'adoption plénière de l'enfant, et ordonné l'annulation de son acte de naissance (dressé dans les registres de droit commun) et la transcription du dispositif du jugement sur les registres de l'état civil des citoyens de statut particulier, cette transcription tenant lieu pour l'avenir d'acte de naissance.

La Cour d'appel confirmera cette position en précisant que :

*“S'agissant des effets de l'adoption plénière, c'est à bon droit que le premier juge a ordonné l'annulation de l'acte de naissance de l'enfant X... dressé sur les registres de droit commun et a ordonné la transcription du dispositif du jugement d'adoption sur les registres de statut particulier de la mairie de Mare ; ces mesures sont dans la logique des effets de l'adoption plénière qui emporte l'intégration complète de l'adopté dans la famille des adoptants et qui substitue cette nouvelle filiation à l'ancienne ; la différence initiale de statuts entre adoptant et adopté ne fait pas obstacle à cette conséquence alors qu'aucun des statuts n'a prééminence sur l'autre ; enfin l'identité de statut après adoption offre à l'adopté les meilleures possibilités d'intégration dans sa famille adoptive et l'entourage de celle-ci.”<sup>317</sup>*

Cette position sera maintes fois réaffirmée par la suite, le juge persévérant à réécrire le principe constitutionnel en remettant en cause à la fois l'immutabilité du statut de droit commun et le caractère personnel de la renonciation.

Ainsi le tribunal ordonne dans un jugement du 9 juin 1997 l'adoption plénière de l'enfant Alexandre J... par Robert A... L'adopté de statut de droit commun va acquérir le statut particulier de l'adoptant au motif :

*“que cette différence, si elle était maintenue, révélerait le caractère artificiel de la filiation, en contradiction avec l'esprit de l'institution (...) que l'intérêt de l'enfant à bénéficiaire de l'adoption doit prévaloir sur le principe de l'immutabilité de l'appartenance au statut de droit commun ainsi que sur le principe de la prééminence de la volonté dans le changement de statut.”<sup>318</sup>*

On retrouve la même motivation dans un jugement du 12 mai 1997 statuant dans l'hypothèse inverse de la précédente (à savoir l'adoption d'un enfant de statut particulier qui va acquérir le statut de droit commun de ses adoptants) : *“que cette différence, si elle était maintenue, révélerait le caractère artificiel de la filiation, en contradiction avec l'esprit de l'institution”*.<sup>319</sup>

Ces solutions furent l'occasion pour la jurisprudence d'affirmer l'égalité des deux statuts civils, et de remettre en cause l'irrévocabilité de l'appartenance au statut de droit commun. Et ce, bien avant que l'article 10 de la loi organique ne le confirme en validant l'ensemble de ces avancées jurisprudentielles.

<sup>316</sup> Tribunal civil de Nouméa, n° 1099 du 25 juin 1990, *époux Heo*.

<sup>317</sup> Nouméa, arrêt n° 43 du 21 mars 1991.

<sup>318</sup> Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1278 du 9 juin 1997, *Apikaoua - Joseph*.

<sup>319</sup> Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1064 du 12 mai 1997, *Crombez-Majele*. On retrouve la même solution pour une hypothèse absolument identique dans Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1639 du 20 juillet 1998, *Leulagi - Tiaouniane*.

## **Sous-Section 2 - La jurisprudence comme source autonome du droit : appréciation critique.**

Le juge a été investi de la mission de créer empiriquement les règles manquantes. Il peut, aussi, se référer au Code civil comme droit supplétif (notamment en matière d'adoption). En revanche, hormis les cas prévus expressément par les textes n'existe nul principe général autorisant une option de législation.

Le juge est en train de créer un système juridique à mi-chemin entre deux mondes. Un pont juridique entre deux cultures. L'expérience encourra sans nul doute le tir croisé des critiques de ceux qui dénoncent les "*nouvelles mésaventures du positivisme*" et de ceux qui y verront une nouvelle tentative de captation d'une société et d'un "*peuple qui ne veut pas mourir*".

Car le juge n'a pas hésité, parfois, à créer une coutume contraire au droit positif (§ 1). Il s'est, aussi, arrogé le pouvoir de restreindre la portée du droit traditionnel, lorsque cette norme heurtait trop manifestement nos principes d'ordre public, en créant un droit néo-traditionnel ou en procédant à une recombinaison de la coutume (§ 2).

### **§ 1 - L'élaboration d'une coutume judiciaire *contra legem* : le régime des requêtes gracieuses et le droit des incapables.**

Cette affirmation trouve son illustration dans le traitement judiciaire des requêtes gracieuses et dans les régimes de protection des mineurs et des incapables majeurs.

En l'occurrence, les juridictions fonctionnent comme s'il existait une faculté d'option limitée au profit de certaines dispositions du droit commun dans le but de satisfaire aux intérêts des justiciables de statut particulier.

Or ce droit d'option, véritable "*serpent de mer*" de la jurisprudence néo-calédonienne est contraire à l'article 75 de la Constitution. Il a été condamné par la Cour de Cassation le 6 février 1991<sup>320</sup> en même temps que celle-ci censurait la pratique consistant à admettre une option partielle de façon systématique : les juridictions invitant les parties (sous peine de se déclarer incompétentes *ratione personae*) à renoncer d'un commun accord à la présence des assesseurs coutumiers comme à l'application du droit coutumier (les deux aspects étant indissolublement liés) pour demander au juge de droit commun l'application du Code civil : ce droit d'option d'origine jurisprudentielle permettait d'éviter aux parties d'avoir à renoncer à leur statut particulier, et se concevait à une époque où l'ordonnance n° 82-877 n'était encore qu'un texte dépourvu de toute mise en œuvre pratique (hormis une expérience éphémère en 1983, les premiers assesseurs coutumiers ne seront nommés qu'au 1<sup>er</sup> janvier 1990). C'est précisément cette pratique qu'a condamné la Cour de Cassation en affirmant que nul ne pouvait renoncer à l'application de la règle coutumière, tout au plus les parties pouvaient-elles d'un commun accord choisir de se passer de la présence des assesseurs ce qui ne dispensait pas la juridiction d'appliquer la norme coutumière ("*... ces juridictions sont complétées par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, sauf dans le cas où, d'un commun accord, ces citoyens ont réclamé devant le Tribunal de première instance, avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir, l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction ; que ces règles ont trait non à la compétence mais à*

<sup>320</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93.

*la composition des juridictions*”). Le *droit d’option* offert par l’ordonnance autorise certes une composition allégée de la juridiction mais en aucun cas de choisir le droit applicable : le principe même d’une option partielle de législation se trouve ainsi condamné.

La loi organique du 19 mars 1999 est venue conforter cette position en créant précisément un droit d’option de législation dans un cas bien précis.<sup>321</sup> En cas de litige opposant un citoyen de statut coutumier kanak à un citoyen de statut particulier wallisien, par exemple, les parties pourront déroger au principe de l’application du droit commun en s’accordant sur le choix de l’application, soit de la coutume kanake, soit de la coutume wallisienne. Hormis ce cas d’option expresse, il n’en existe aucun autre, étant rappelé que l’idée même d’un droit d’option tacite est radicalement contraire à l’article 75 de la Constitution qui n’envisage pas de renonciation au statut autrement que de façon expresse. Malgré tout, la jurisprudence a admis en diverses occasions l’exercice d’un tel droit.<sup>322</sup>

De même, on pourrait tenter d’expliquer certaines pratiques de recours au droit civil comme traduisant la volonté de se référer à un droit supplétif. Mais, là encore, l’argument a ses limites : la Cour de Cassation, dans l’arrêt *Poadae*,<sup>323</sup> relayant l’ordonnance n° 82-877, n’évoque pas le recours à un droit supplétif mais rappelle qu’en présence d’une “contestation” (terme entendu au sens large pour englober les requêtes gracieuses), la juridiction n’a qu’une obligation celle d’appeler à siéger les assesseurs coutumiers, ce dont on peut déduire qu’elle a l’obligation de créer le droit et non d’appliquer un quelconque droit supplétif.

Pourtant seul l’exercice d’un droit d’option pourrait justifier la pratique actuelle des juridictions en ce qui concerne les requêtes gracieuses ou la protection des incapables.

#### **A - Le traitement judiciaire des requêtes gracieuses.**

Les demandes concernant l’adoption d’enfants de statut coutumier par des parents de statut coutumier sont toujours examinées par le juge de droit commun et non point par une composition élargie aux assesseurs coutumiers.

De même, les requêtes en délégation d’autorité parentale extrêmement fréquentes chez les familles originaires des Iles loyautés (qui envoient leurs enfants étudier à Nouméa)

---

<sup>321</sup> L’article 9 alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999 : “*Dans les rapports juridiques entre les 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 les 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.*”

<sup>322</sup> Cour d’appel de Nouméa, n° 194 du 24 juin 1996, *Watrone c/ Wenehoua* (arrêt définitif). Cette décision crée une option de législation, expresse et limitée, en admettant que les parties puissent choisir de se voir appliquer le Code civil dans un litige qui relèverait normalement de l’application de la norme coutumière.

Faits : les parties étaient mariées coutumièrement, l’épouse avait entre temps changé de statut tandis que le mari était toujours de statut particulier. En principe la renonciation au statut coutumier par l’une des parties ne fait pas échapper la dissolution de l’union à l’application de la règle qui a régi la célébration du mariage (en l’occurrence la coutume). Or la Cour d’appel souligne dans ses motifs “*Attendu qu’il convient en premier lieu de constater que chacune des parties a expressément sollicité l’application à la cause de la procédure de droit commun ; qu’ainsi Macate Wenehoua nonobstant certaines observations sur la nature coutumière du mariage, a saisi le premier juge d’une requête réitérée en divorce sur le fondement de l’article 237 du Code civil ; Que de même, Hmaja Watrone, qui a opté pour le statut civil de droit commun, revendique l’application des règles du Code civil ; Attendu que la décision déférée sera réformée en ce qu’elle n’a pas appliqué le droit commun en prononçant la dissolution du mariage coutumier alors qu’il était demandé le prononcé du divorce...*”. On trouve un autre exemple d’option de législation (tacite cette fois) dans l’arrêt n° 28 du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie*, déjà évoqué.

<sup>323</sup> Cass. civ., 1°, 13 octobre 1992, J.C.P. 1992, IV, n°3046.

sont aussi traitées par le juge de droit commun.

## **B - Les régimes de protection des personnes incapables.**

Les juges des tutelles de droit commun (en dépit de l'arrêt *Poadae - Ounemoa* rendu par la Cour de Cassation le 13 octobre 1992) continuent à prononcer des mesures de tutelle concernant les mineurs de statut coutumier. Cette position est certes contraire à la lettre comme à l'esprit de l'ordonnance 82-877 (tel que l'a interprété la Cour de cassation).

S'agissant des majeurs de statut coutumier, il ne semble pas exister de mesures de ce type. A l'occasion des enquêtes réalisées par la Cour d'appel de Nouméa dans l'affaire *Poadae - Ounemoa*, l'arrêt définitif en date du 10 novembre 1994 souligne que lorsque se pose la question de l'incapacité d'une personne en milieu mélanésien, c'est le clan et le conseil des anciens qui tranchent la question en désignant au sein de la famille un administrateur.<sup>324</sup>

La Cour d'appel dans son arrêt du 27 septembre 1993<sup>325</sup> statuant sur renvoi après cassation, affirme que le domaine des régimes de protection concernant les incapables majeurs relève du statut particulier. Mais que dans la mesure où n'existe aucune règle coutumière en la matière, le requérant serait fondé à solliciter - à titre de droit supplétif - l'application des règles du droit civil.<sup>326</sup> Ce n'est donc pas un droit d'option qui est ici visé par la Cour d'appel.

Pour autant l'idée de se référer à un droit supplétif ne résulte pas - du moins explicitement - de l'arrêt de la Cour de Cassation. Celle-ci renvoie simplement le juge à créer le droit, sans lui imposer de règle ou contrainte particulière hormis celle d'appeler dans la composition les assesseurs coutumiers. On pourrait même en déduire que la Cour de Cassation appelle à créer une norme nouvelle plutôt qu'à appliquer une quelconque norme écrite. Car on pourrait soutenir que la condamnation par la cour suprême du droit d'option interdit aussi le recours à un droit supplétif : les juridictions ont l'obligation de créer le droit à partir des sources qu'elles voudront mais n'ont pas à chercher à se donner un législateur de substitution en cas de carence de l'assemblée territoriale à prendre une délibération dans un domaine considéré.

Quoiqu'il en soit pour ce qui concerne les majeurs incapables, la ligne jurisprudentielle semble marquée par une véritable incertitude entre la position initiale consistant à se déclarer incompétente<sup>327</sup> et la solution de 1997<sup>328</sup> favorable à l'idée d'un droit commun supplétif, qui manifeste surtout la réticence à l'égard d'un modèle judiciaire

---

<sup>324</sup> Nouméa, arrêt n° 463 du 10 novembre 1994. La cour a entendu le chef du clan auquel appartient M. Ounemoa : *"Il est précisé qu'au plan coutumier si quelqu'un a besoin d'être aidé ou remplacé dans les actes de la vie courante il y a quelqu'un qui le remplace ; que la désignation est faite par la famille ; que le clan n'intervient que si on lui demande de le faire ; qu'en l'espèce il n'a pas été saisi ; que Monsieur Ounemoa a trois frères ; que s'il avait été saisi du problème il aurait pris une décision avec le conseil des anciens..."*

<sup>325</sup> Nouméa, arrêt n° 467 du 27 septembre 1993 *Poadae*.

<sup>326</sup> La cour d'appel souligne *"Attendu qu'en l'espèce il est sollicité le placement sous curatelle d'un citoyen de statut particulier en application des règles de droit commun ; Attendu que la loi n° 70.589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer place dans les règles de statut civil, l'état et la capacité des personnes (...) que dès lors le placement sous curatelle est bien une mesure touchant à la capacité des personnes et entre dans le cadre du statut civil propre à chaque citoyen ; Attendu qu'un citoyen de statut particulier ne saurait solliciter l'application d'une règle du statut civil, de droit commun, sans avoir au préalable renoncé à son statut et donc opté pour le statut civil de droit commun ; Attendu qu'il ne saurait en être autrement qu'en l'absence de règles coutumières régissant la question..."*

<sup>327</sup> Nouméa, arrêt n° 190 du 27 août 1990, *Poadae*.

<sup>328</sup> Nouméa, arrêt n° 467 du 27 septembre 1993, *Poadae*.

d'esprit anglo-saxon où le magistrat crée un droit commun coutumier (*common law*) qui s'impose tant que le législateur n'a pas jugé utile de promulguer une norme écrite (*statute law*) qui lie le juge.

Le débat présente plus d'intérêt théorique que pratique, car en fait, les hypothèses où le juge sera saisi d'une demande de placement sous tutelle ou curatelle seront exceptionnelles. En effet, si l'ordonnance de 1967 n'envisage pas la question, c'est certainement parce que la société coutumière se charge de gérer en son sein les biens de l'incapable. L'affaire *Poadae-Ounémoa* n'est que la conséquence du refus de M. Ounémoa de se voir appliquer les règles coutumières qui conféraient tous pouvoirs à son entourage familial. M. Ounémoa avait fait le choix de saisir le juge pour échapper précisément au règlement familial qui ne lui offrait pas les mêmes garanties. Aussi, très logiquement, et pour couper court à toute difficulté, l'intéressé renoncera à son statut coutumier pour bénéficier des garanties qu'offrent les règles du droit commun. C'est dans ces conditions qu'il sera placé sous curatelle selon les règles du droit commun par l'arrêt du 10 novembre 1994.<sup>329</sup>

La Cour d'appel n'aura pas eu besoin dans cette affaire de recourir aux règles du Code civil à titre de droit supplétif. La question de savoir si tel aurait été le cas, demeure en suspens.

La pratique judiciaire des affaires gracieuses montre que le juge résiste à l'application des règles de compétence, ces requêtes n'étant jamais examinées par la composition élargie de la juridiction. Le juge s'écarte du droit positif qu'il considère inadéquat, du fait de la lourdeur extrême de la procédure.

De la même façon, le juge réinterprète et recompose le droit coutumier qui ne sert pas ses desseins et les valeurs (principes d'ordre public supérieurs ou *principes de civilisation*) qu'il défend.

## § 2 - La création d'un droit commun coutumier.

Loin de déplorer les "audaces" de la jurisprudence, on pourrait parfois regretter les hésitations du juge à user de la liberté d'action que lui confère la Cour suprême pour créer le droit.

Le "juge coutumier" institué par l'ordonnance de 1982 apprécie la portée des règles à appliquer et leur cohérence vis à vis d'un ordre public dont il apprécie, en opportunité, s'il convient ou non de faire primer les principes.

En tout cas, seuls les principes constitutionnels peuvent primer sur ceux du droit coutumier. La Coutume n'est pas soumise à la primauté du Code civil conformément au principe contenu à l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 : les deux statuts étant parfaitement égaux. Cette disposition nouvelle ruine la conception soutenue par le professeur Luchaire selon laquelle le Code civil, parce qu'il ferait partie des "*lois de la République*", aurait valeur constitutionnelle.<sup>330</sup> Cette thèse déjà difficilement conciliable avec l'existence l'article 75 de la Constitution, se conçoit plus difficilement encore avec les termes de la Loi organique du 19 mars 1999.

Le "juge coutumier" exerce une activité normative fondée sur l'appréciation non pas

<sup>329</sup> Nouméa, arrêt n° 463 du 10 novembre 1994.

<sup>330</sup> Luchaire, La protection constitutionnelle des droits et libertés, *Economica*, 1987, p. 34.

du juste et du bon, mais du possible et du souhaitable, en fonction des valeurs culturelles dominantes et des héritages juridiques disparates d'une juridiction voulue par le législateur comme un pont culturel entre deux mondes. C'est finalement cette culture multiple de ce juge collégial qui façonne un droit nouveau, au gré des affaires et de leurs enjeux. L'examen de la jurisprudence souligne qu'il est des dossiers sans enjeu particulier et où de ce fait, le droit commun s'impose et inspire largement la pratique : dans ces hypothèses les assesseurs coutumiers n'ont pas cherché à contrebalancer la tendance naturelle du magistrat professionnel à se référer aux principes et à la logique du droit qu'il connaît le mieux. Mais à l'inverse, il est des affaires où la personnalité des parties (selon la place qu'elles occupent dans la hiérarchie coutumière), leur origine géographique (les personnes originaires des Iles loyautés ont une conception plus affirmée de la coutume et de la nécessité d'en respecter l'orthodoxie) conduisant les assesseurs coutumiers à défendre l'intégrité de la coutume : en témoigne par exemple les trois décisions rendues à l'occasion de l'affaire *Uregei c/ Wainebengo*.<sup>331</sup> La personnalité des parties (origine géographique, statut social et âge) expliquent sans nul doute l'application de principes - tant en première instance qu'en appel - inconciliables avec l'idée même de liberté individuelle et de liberté matrimoniale, puisque la Cour finira par rejeter la demande en dissolution de l'union au motif notamment que les clans n'y étaient pas favorables.

Au regard des fluctuations constatées, un examen global de la jurisprudence peut donc donner le sentiment de principes mal affirmés. En fait, cette jurisprudence apparaît à "géométrie variable" en fonction notamment des données locales : l'équilibre trouvé par la composition bi-culturelle de la juridiction privilégie parfois plus le droit commun ; parfois, au contraire, traduit une conception figée de la coutume. Certaines décisions donnent le sentiment d'un phénomène d'acculturation de la coutume. En fait, il n'en est rien : ces exemples d'affadissement de la coutume ne remettent en cause ni l'autorité ni la légitimité de cette dernière. C'est en quelque sorte comme si la société traditionnelle représentée par ses assesseurs coutumiers tolérait des intrusions du droit commun dans des circonstances où la solution en équité le commande.

Cette concession faite au droit commun lorsque les enjeux sont moindres, n'est d'ailleurs qu'une concession de pure opportunité : le bénéficiaire de la décision n'osera pas en poursuivre l'exécution si les droits qui lui ont été reconnus sont (ou deviennent) incompatibles avec les règles qui régissent son environnement sociologique. Cette "réalité" constitue la seule vraie contrainte pour les juridictions : c'est sous cette réserve que le juge a cherché à affirmer les droits individuels. Et ce, selon deux techniques : en cherchant à minorer la portée de certaines institutions coutumières pour éviter d'aller jusqu'au bout des effets de certains principes coutumiers particulièrement contraires à l'individu (comme à l'occasion de l'affaire *Trutrune c/ Waia*) ou en reconnaissant des droits de créance à l'individu à l'encontre du groupe (l'obligation alimentaire dont de nombreuses juridictions rappellent qu'il s'agit d'un principe reconnu tant en droit commun qu'en coutumier, ou encore qu'il s'agit d'un droit "naturel").

En définitive, l'approche de ces juridictions à composante bi-culturelle consiste à privilégier des avancées en demi-teintes, qui fournissent matière à de nombreuses interrogations (A). Le rejet des solutions tranchées est la condition première pour jeter les bases de ce qui pourrait devenir un "droit commun coutumier" (B).

---

<sup>331</sup> Tribunal civil de Nouméa, n° 120 du 3 février 1992, *Uregei c/ Wainebengo* ; Cour d'appel de Nouméa, n° 400 du 6 septembre 1992, *Wainebengo c/ Uregei* (arrêt avant dire droit) ; Cour d'appel de Nouméa, n° 397 du 25 septembre 1995, *Wainebengo c/ Uregei*.

## A - Des avancées jurisprudentielles en demi-teintes.

La juridiction, née de l'ordonnance de 1982, condamnée à une approche pragmatique, n'est pas dépourvue d'instruments d'action. Car la coutume est une construction permanente qui peut mêler à des matériaux authentiques des "valeurs opportunistes". Le juge crée un droit nouveau en adoptant une démarche peu "lisible" de l'extérieur. Ce faisant, il expose son rôle (comme sa légitimité) à la contestation car il élabore son Droit en même temps qu'il l'applique.

Il peut créer des normes nouvelles (1°), mais le plus souvent il minore la portée ou ignore délibérément les normes anciennes (2°).

### 1°) La création de normes nouvelles.

**Le juge peut créer de nouveaux droits.** Tel est le cas des droits individuels de créance sur le groupe (les droits de créance individuels sont alors conçus comme le recours ultime contre l'inégalité des droits). Le juge crée, aussi, le droit lorsqu'il affirme par exemple, le droit pour tout individu d'être entendu en justice alors que la société traditionnelle ignore la volonté individuelle du "sujet" (cas de l'audition des enfants mineurs).

**Le juge peut aussi créer son domaine d'intervention :** Avant même l'entrée en vigueur de la loi organique et de l'article 7 (qui pose un principe général de compétence de la coutume vis à vis des personnes de *statut coutumier kanak*), la délimitation du champ d'intervention des juridictions coutumières, liée au critère de compétence *ratione materiae*, était souvent battue en brèche par la pratique. En témoigne l'extension de la compétence des juridictions avec assesseurs coutumiers aux rapports hors-mariage. La famille naturelle n'est pas explicitement de la compétence de la juridiction coutumière née de l'ordonnance du 15 octobre 1982. Seul le nom de l'enfant naturel est régi par la délibération de 1967, au surplus le droit traditionnel ne reconnaît pas l'union libre. Le statut de l'union libre chez les personnes de statut particulier est le fait de la coutume judiciaire - s'appuyant pour compenser un éventuel déficit de légitimité sur l'avis du Sénat Coutumier- et non le fait du droit traditionnel ou des textes.

De même, en prononçant des dissolutions amiables les juridictions avec assesseurs ont élargi leur champ de compétence au détriment des organes qui expriment le droit traditionnel, en ignorant les mécanismes issus de l'ordonnance de 1967, comme nous le soulignons plus bas.

### 2°) L'ignorance des normes anciennes.

Le juge peut **modérer la portée de certains principes coutumiers**, en veillant à ce que le droit traditionnel n'engendre pas d'abus manifestes et en posant des règles destinées à limiter les droits collectifs. En témoigne l'affaire *Trutrune* s'agissant d'apprécier l'usage abusif par la mère de son droit d'interdire la reconnaissance par le père d'un enfant naturel.

On note encore cette pratique dans la remise en cause de la règle de concordance des règles de fond et de forme, qui conduit à la dénaturation du préalable coutumier lors d'une instance en dissolution de mariage, et à voir prononcées judiciairement des dissolutions amiables.

### **a - La dénaturation du préalable coutumier.**

Dans un système d'enregistrement du mariage coutumier, le parallélisme des règles de fond et de forme conduit à considérer que les clans peuvent décider de la dissolution du mariage. La déclaration à l'officier de l'état civil des citoyens de statut coutumier y suffit : la transcription de cette décision familiale n'est pas un acte créateur de droit : elle ne fait que le constater. Dès lors, comment doit-on qualifier l'instance familiale, sachant que ce n'est pas un simple préalable de conciliation puisque les décisions prises par les clans réunis sont investies de l'autorité de la chose décidée. Peut-il y avoir un recours contre ce type de décision ? Comment doit s'articuler l'instance judiciaire avec cette instance coutumière ?

Il paraîtrait logique de prononcer le sursis à statuer lorsque la juridiction constate que les clans ont été saisis dans l'attente de l'issue de cette instance, afin de respecter l'esprit de la loi, tout en posant la règle d'un délai "raisonnable" qui permettrait de respecter la logique d'une procédure à "double détente", tout en prévenant l'enlisement de la procédure devant l'instance familiale.

En effet, le respect de la procédure devant les clans ne doit pas, pour autant, conduire à l'impasse qui serait perçue comme une forme de déni de justice.

### **b - L'existence contestable de dissolutions amiables devant la juridiction coutumière.**

La pratique des dissolutions amiables prononcées par la juridiction avec assesseurs coutumiers constitue aussi une dérive. Car, il ne peut y avoir que deux cas de figure :

- Si la juridiction est saisie d'une requête conjointe alors que l'instance familiale n'a pas prononcé le divorce, c'est parce qu'un clan, au moins, s'y est opposé. Il est anormal, dans ces conditions, que la juridiction s'empare du litige en ignorant aussi délibérément le principe selon lequel le mariage est l'affaire des clans tout autant que l'affaire des époux. Prononcer un divorce fondé sur la seule volonté (concordante) des époux constitue un détournement du droit coutumier.

- Si la juridiction devait prononcer des divorces d'accord, elle ne devrait pouvoir le faire qu'après avoir constaté l'accord tant des époux que des clans familiaux. En ce cas, le prononcé d'un tel divorce serait la preuve que l'instance familiale a été "oblitérée" par une juridiction qui n'a pas laissé le temps aux clans d'exercer les pouvoirs que leur reconnaissent les textes.

Même si les juridictions peinent parfois à recueillir l'avis des clans, elles ne sauraient en toute hypothèse prononcer de dissolutions fondées sur le seul accord des époux.

Un constat s'impose : en prononçant des dissolutions amiables, les juridictions avec assesseurs ont élargi leur champ de compétence (ignorant les mécanismes issus de l'ordonnance de 1967) au détriment des organes qui expriment le droit traditionnel.

Ces deux aspects - la dénaturation du préalable coutumier et le prononcé de dissolutions amiables - constituent des dangers potentiels pour l'avenir d'une institution qui devrait, avant tout, se garder de toutes solutions brutales ou tranchées.

### **B - Le danger des solutions tranchées.**

Même lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité de certaines règles coutumières à l'ordre public, il importe de souligner l'irréalisme des solutions tranchées fondées sur une bien hypothétique hiérarchie des normes. La véritable marge de manœuvre du juge tient dans la possibilité de tempérer ou de modérer certains effets de règles par essence contraires à l'ordre public de droit commun.

Cette observation est commune à tous les systèmes juridiques qui ont à faire coexister ou à assurer la coordination entre des normes d'esprit aussi différent. La Constitution sud-africaine de 1996 en porte témoignage de même que la Cour Suprême sud-africaine qui invite à éviter toute mise en application trop brutale des principes démocratiques qui n'aboutiraient qu'à ruiner l'idée même de démocratie en engendrant une "*destructive confrontation between the Bill of Rights and legislation on the one side, and indigenous law on the other...*"<sup>332</sup> La solution ne consiste pas, seulement, à vérifier si la règle coutumière est conforme à l'ordre public étatique : car elle est pratiquement toujours contraire à cet ordre public. La solution consiste à tenter d'atténuer les effets d'une règle coutumière contraire à l'ordre public lorsqu'on ne peut véritablement envisager de faire primer l'ordre public de droit commun sur celle-ci. En d'autres termes, le juge avant que d'être le garant des principes d'ordre public, qui définissent un choix de société, doit être le garant de la paix publique qui conditionne l'harmonie des rapports sociaux. A ce titre, il doit savoir apprécier l'opportunité ou non de faire prévaloir les principes d'ordre public de la société occidentale sur des principes que l'on pourrait qualifier "d'ordre public coutumier". Ce n'est pas seulement un exercice juridique mais une démarche pragmatique : le juge n'est plus, seulement, la bouche de la loi, il doit acclimater le droit et apprécier le moment opportun, comme la démarche à employer, pour tenter de faire évoluer les normes, ce que rappelait en 1927 le professeur Henry Solus.<sup>333</sup>

Tel est bien le sens de l'expérience néo-calédonienne et la raison d'être d'une coutume judiciaire chargée de créer un pont culturel entre non pas deux, mais 9 (neuf) systèmes juridiques : le droit civil et le droit mélanésien des huit (8) aires coutumières.

Ce pont culturel suppose d'agir dans le consensus, c'est la raison pour laquelle la composition des juridictions est l'élément déterminant. C'est la raison pour laquelle il convient de rejeter la tendance naturelle du juge français à vouloir se raccrocher en l'absence de textes à des règles écrites supplétives. Cette démarche sera nécessairement perçue comme une tentative de colonisation juridique, car cette démarche part du postulat (souvent erroné) que le Droit civil serait nécessairement mieux adapté aux attentes de la société mélanésienne.

Si tel était le cas, la mise en œuvre de l'ordonnance n° 82-877 constituerait un

---

<sup>332</sup> C'est le sens la section 8 de la constitution de 1996, qui affirme que si "*le Bill of Rights prime sur toutes les normes juridiques, lie le législateur, l'exécutif et le judiciaire, ainsi que tous les organes de l'Etat*" (section 8-1), il n'en demeure pas moins qu'il est des hypothèses où les conditions ne sont pas réunies pour que la déclaration des droits puisse trouver à s'appliquer. La section 8-2 l'envisage, et le "*(...) Bill of Rights ne s'impose (...) que dans la mesure où il trouve à s'appliquer eu égard à la nature du droit et à la nature des obligations résultant de ce droit.*"

De même si la section 172-1-a précise que les juridictions doivent "*déclarer non-valide toute loi ou pratique contraire à la constitution (...)*", la même section 172 précise les aménagements qui permettent de tempérer le principe qu'elle affirme. Ainsi, le juge peut limiter l'effet rétroactif de l'invalidation qu'il prononce (172-1-b-i). Il peut, encore, accorder un délai, pour permettre à l'autorité compétente d'amender le texte litigieux, à l'issue duquel la décision d'invalidation produira son plein effet (172-b-ii). Le constituant sud-africain invite à manier le couperet de l'invalidation avec discernement.

C'est donc logiquement que la Cour constitutionnelle (à l'occasion du *Certification case I*) rappelait que l'application des principes nouveaux relevait en fait de l'appréciation des juridictions, au cas pas cas, étant rappelé que si les principes constitutionnels nouveaux sont d'application directe dans l'ordre juridique, le juge doit néanmoins apprécier l'opportunité de leur mise en œuvre, afin d'éviter au nom de principes supérieurs (paragraphe 202 du *Certification Case I*) un *affrontement stérile entre le Bill of Rights et la loi d'une part et d'autre part le droit indigène*. Voir notre article op. cité.

<sup>333</sup> Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927.

dramatique recul.

Cette ordonnance pose un principe incontournable souligné à deux reprises par la Cour de Cassation dans la forme laconique de ses attendus : le Droit civil français n'a pas de légitimité à s'appliquer aux citoyens de statut coutumier dans les matières que régit leur statut propre. L'article 7 de la loi organique est venu conforter cette position. Et ce, sous quelque forme que ce soit, fut-ce sous la forme d'un droit supplétif ou sous la forme d'une faculté d'option partielle. Tout au plus peut-il servir de source d'inspiration à la jurisprudence au même titre que les règles du droit international, sachant que le citoyen de statut coutumier reste libre de renoncer à son statut de naissance pour adopter le statut de droit commun.

Plus discuté encore est le rôle de la coutume dans les rapports contractuels, voire dans les rapports économiques. Pourtant le rôle des juridictions avec assesseurs coutumiers ne fait plus, aujourd'hui, l'objet de discussion lorsqu'il s'agit de régler les litiges fonciers, lesquels sont au cœur des rapports économique d'une société à la fois rurale et traditionnelle.

La "personnalité civile", attribuée à la tribu, n'avait d'autre raison d'être que de justifier la confiscation globale de terres à titre de représailles, ce que d'ailleurs Guillain a pratiqué aussitôt avec une brutalité inouïe (...). De l'hypocrisie tout court qui régnait sur les relations entre blancs et insulaires, on était passé à l'hypocrisie juridique (...). Ce processus, blanc, de création d'apanages de chefferies constituées provisoirement en vastes domaines héréditaires (on les créait ainsi à l'intention de s'en emparer ensuite), se trouvera renforcé par l'enseignement du christianisme. Jean Guiart.<sup>334</sup>

## Section 2. - Droit des terres et rôle de la coutume dans les rapports économiques.

Le droit coutumier régit les hommes mais, aussi, les *terres coutumières*. Ce principe, qui résulte de la loi organique fournit de sérieux arguments en faveur d'une intervention du droit coutumier dans le domaine de l'activité économique. Et ce, pas uniquement au niveau de l'exploitation agricole des anciennes terres de réserve. Une récente étude économique souligne le développement de nombreux micro-projets au niveau des tribus en rapport avec l'activité minière dans la province Nord, fondés sur un actionnariat tribal - à rapprocher peut-être des "tontines" que connaissent certains pays africains.<sup>335</sup>

Actuellement, la question des terres fournit - pratiquement - la seule ouverture sur l'étude des rapports entre la société mélanésienne et les rapports économiques. Aussi cette question est-elle cruciale et recèle le plus de potentialités pour l'avenir, étant rappelé que si la propriété individuelle est majoritaire en province Sud, les clans sont propriétaires de l'essentiel du foncier partout ailleurs : en province Nord, 59% des terres appartiennent aux clans, et la quasi-totalité dans la province des Iles.<sup>336</sup>

Les litiges dont sont saisis les tribunaux portent soit sur des demandes d'expulsion d'occupants sans droits ni titres, soit sur des revendications foncières opposant des clans qui se disputent la propriété du sol.

Le contexte historique des rapports intercommunautaires explique, pour partie, la complexité des litiges fonciers, qui trouvent leur origine dans les rapports inter-claniques.

La colonisation a conduit à des déplacements de population, à des évictions des terres ancestrales, et au regroupement sur des espaces plus réduits contraignant parfois les propriétaires traditionnels à accueillir les groupes expulsés. C'est en cela que la colonisation a brouillé les rapports existant au sein de la société indigène, comme le souligne M. Guiart.<sup>337</sup>

La colonisation a légué une doctrine qui détermine la définition et le statut actuel des terres coutumières (§ 1), tout en s'avérant inapte à se doter des moyens permettant d'intervenir dans les litiges fonciers. Les litiges fonciers sont demeurés longtemps (et sont encore pour l'essentiel) le domaine des autorités traditionnelles. L'intervention efficace du juge judiciaire dans ces rapports suppose au préalable la création d'un véritable notariat coutumier (§ 2).

---

<sup>334</sup> Sociétés Mélanésiennes, idées fausses, idées vraies, *Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa 2001, p. 41 - 42.

<sup>335</sup> Anne Pitoiset, L'actionnariat populaire en milieu kanak, *Calédonie Eco*, n° 1, édition 2000, p. 43.

<sup>336</sup> Fote Trolue, Le Kanak, le clan et la terre face au développement de la Nouvelle-Calédonie, in *La Terre*, Actes du V<sup>ème</sup> colloque C.O.R.A.I.L., p. 157 et s., Nouméa octobre 1993.

<sup>337</sup> Sur les spoliations foncières, voir notamment Jean Guiart, "Maurice Leenhardt le lien d'un homme avec un peuple qui ne voulait pas mourir", *Editions du Rocher-à-la-voile* Nouméa, 1997, pages 64 et 65 notamment, et sur le stratagème utilisé par les Loyaltiens pour déjouer les convoitises des colons, voir pages 58-59.

## § 1 – Définition et statut actuel des terres coutumières.

### Rappel historique :

En Nouvelle-Calédonie la politique coloniale a été marquée par l'adoption d'une doctrine destinée à légitimer les spoliations foncières : à savoir l'affirmation du caractère collectif des droits fonciers, ce qu'ils ne sont pas nécessairement dans la tradition mélanésienne.

Les principes affirmés ont été régulièrement bafoués, et le droit positif n'a trouvé à s'appliquer que par intermittences.

Dès la prise de possession de l'île en 1853, l'administration va d'abord acheter les terres nécessaires aux premières implantations, puis intervient la déclaration du 20 janvier 1855 de l'amiral du Bouzet par laquelle la France se proclame propriétaire des terres en déshérence.

Le besoin de terres pour la création du bagne puis pour la colonisation libre, et les tentatives ponctuées d'incident (drame de Pouébo en octobre 1867) vont conduire à définir un statut des terres et à mettre en réserve les tribus indigènes afin d'assurer, entre autres choses, un minimum de protection pour ces dernières. Tel sera l'objet des deux premiers textes importants, **l'arrêté du gouverneur Guillain du 24 décembre 1867<sup>338</sup> complété par celui du 22 janvier 1868 créant une propriété indigène.**<sup>339</sup>

Cette norme présente deux aspects : elle affirme des droits pour les Kanaks, mais en contrepartie définit une politique de cantonnement. C'est précisément au moment où la puissance coloniale porte atteinte aux droits réels qu'elle reconnaît des droits indigènes qui s'avèreront pour partie virtuels puisqu'ils ne pourront prévenir les vagues suivantes de cantonnement qui réduiront, plus sensiblement encore, le domaine agricole des Mélanésiens.

Dès 1884, la France se considère comme propriétaire de toutes les terres non aliénées, en ce compris les terres indigènes : à cette date, c'est un domaine de 110 000 hectares qui sera délimité par l'administration à son profit.

La politique de cantonnement initiée par le Gouverneur Guillain, interrompue par le soulèvement de 1878 (né de l'exaspération due à la reprise du cantonnement de 1876 et 1877) sera systématisée par le gouverneur Feillet trente ans plus tard (de 1894 à 1900) afin de développer la colonisation libre. La nécessité faisant loi, la doctrine coloniale évolue avec le gouverneur Feillet, les Mélanésiens ne se voient plus reconnaître une propriété collective sur leurs terres mais un simple droit de jouissance.

C'est afin de régulariser les opérations menées par les agents de l'administration que sera pris l'autre texte important de la période coloniale : **l'arrêté du 23 novembre 1897<sup>340</sup>** qui garantissait un domaine de réserve calculé sur la base de trois hectares de domaine cultivable par indigène... mais qui ne sera pas réellement appliqué.

Le cantonnement général de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle aboutira, avec 48 arrêtés de cantonnement, à regrouper la population au sein de 78 réserves indigènes, tout en érigeant les îles Loyautés en réserves intégrales, par arrêté de 1899,<sup>341</sup> de même pour l'île des Pins après la suppression du bagne.

Ensuite le schéma n'évoluera guère. Le droit positif appliqué est, de nouveau, **l'arrêté du 22 janvier 1868 (créant la propriété indigène)** lequel avait été ignoré pendant le demi-siècle précédent. L'étendue du domaine foncier canaque s'accroît quelque peu (121 600 hectares en 1912, 126 700 hectares en 1945, 164 000 hectares en 1975).

---

<sup>338</sup> Arrêté, n° 147, du 24 décembre 1867 déclarant pas voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie, (gouverneur Guillain), *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1867, pp. 350-357 (bibliothèque du Palais de justice de Nouméa).

<sup>339</sup> Arrêté, n° 13, du 22 janvier 1868 relatif à la *constitution de la propriété territoriale indigène* (gouverneur Guillain), *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1868, p.17 (bibliothèque du Palais de justice de Nouméa).

<sup>340</sup> Arrêté, n° 864 du 23 novembre 1897, – *Arrêté du Gouverneur : procédure à suivre pour le cantonnement des indigènes* (gouverneur Feillet), *Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie*, 1897, p. 563.

<sup>341</sup> Arrêté du 6 septembre 1899.

## A - La continuité de la doctrine coloniale.

La politique de cantonnement était fondée sur l'idée qu'il fallait protéger les Kanaks, et qu'il suffisait de leur attribuer un espace calculé en fonction du nombre d'individus à nourrir tout en offrant à la colonisation la possibilité de mettre en valeur un domaine largement sous exploité.

Cette politique partait du présupposé que les tribus vivaient dans un rapport à la terre qui faisait de ces groupes humains de simples usufruitiers voire (pour les positions les plus favorables) des propriétaires collectifs du sol, alors que la propriété "individuelle" était le mode normal d'appropriation : les propriétaires étant les clans (l'unité familiale).

Cette doctrine constitue (en apparence du moins) une sorte de moindre mal au XIX<sup>ème</sup> siècle en comparaison avec la situation faite aux Aborigènes australiens (qui durent attendre l'arrêt Mabo de 1992<sup>342</sup> pour se voir reconnaître un principe comparable à celui affirmé par l'arrêté du 22 janvier 1868). Elle a permis (et permet toujours) d'asseoir le principe d'inaliénabilité des terres coutumières qui empêche son titulaire de dilapider son patrimoine en vendant ses terres au détriment de la communauté.

Cette doctrine de la propriété collective du sol a pu jouer, aussi, comme un rempart contre les excès de la colonisation : la volonté de ne reconnaître que des droits d'usufruit était encore à l'ordre du jour au milieu des années 1950. Comme le rappelle Joël Dauphiné la proposition a été finalement rejetée par le ministère dans un courrier adressé le 21 octobre 1955 à M. Lenormand, député du territoire.<sup>343</sup> Reconnaître, en lieu et place des droits fonciers indigènes, un simple droit d'usage ou de passage aurait permis de livrer l'ensemble du domaine foncier indigène aux excès de la colonisation blanche.<sup>344</sup>

Si cette doctrine des droits fonciers collectifs, forgée en 1867 et 1868 a présenté quelques avantages dans les temps de tourmente, elle n'en reste pas moins une définition inexacte de la réalité, et emporte aussi des inconvénients notables, encore, dans la période récente.

Cette doctrine est inexacte comme le souligne le propos du premier administrateur de la Nouvelle-Calédonie, qui avait bien perçu le caractère individuel des droits fonciers coutumiers lorsqu'il écrivait au ministre de la marine :

*"...La propriété des terres chez ces peuples cultivateurs est ainsi constituée :*

*1° Les simples particuliers ou **yambuet** ont des propriétés dont les limites sont nettement tracées et très bien reconnues ; ils acquièrent ces propriétés par succession, vente ou échange, et en disposent de même ; les fruits de ces terres, mais jamais le fonds, appartiennent aux chefs dans certaines circonstances ; les propriétés se composent ordinairement de terres propres à la culture ; nul ne peut s'y établir sans le consentement du maître.*

*2° Les chefs subalternes ou **aou** possèdent, en outre de leurs propriétés particulières, des bois, ruisseaux et des biens fonds situés à la portée de leurs villages. Les étrangers ne peuvent exploiter ces terres sans leur permission.*

*3° Enfin, tout ce qui n'appartient ni aux **yambuet** ni aux **aou**, telles que plages, forêts, montagnes, etc., appartient au grand chef ou **teama**, qui a en outre des propriétés particulières...*

---

<sup>342</sup> Arrêt de la cour suprême australienne (High Court), *Mabo and others v. State of Queensland*, (1992) 66 A L J R, 408, pp. 491-494.

<sup>343</sup> Joël Dauphiné, Les spoliations foncière en Nouvelle-Calédonie (1853-1913), *L'Harmattan* 1989.

<sup>344</sup> C'est cette voie qu'a adopté en 1993 l'un des Etats australiens les plus opposés à la reconnaissance de droits à la minorité aborigène : l'Etat d'Australie Occidentale. Il tentera, ainsi, de contourner le principe posé par l'arrêt Mabo qui avait reconnu l'existence de droits fonciers traditionnels, dits *titre indigène*.

*On voit par-là que tout terrain cultivable a des propriétaires ; tout ce qui, sans être cultivable, peut être utilisé par la communauté et se trouve à portée d'un village, appartient au chef de ce village ; le reste appartient au **teama**.*"<sup>345</sup>

Cet administrateur oubliait donc ce qu'il avait si bien constaté lorsqu'il proclamait l'annulation des droits préexistants, par droit de conquête, en 1855 :

*"Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages, cette prise de possession annule tous les contrats antérieurs (...) Qu'en conséquence, les chefs et les indigènes de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de disposer en tout ou partie du sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière, soit par vente, échange, don volontaire ou mode de transmission quelconque, en faveur d'individus qui ne font pas partie de leur tribu, qui ne sont pas aborigènes dudit territoire."*<sup>346</sup>

La définition de la propriété mélanésienne demeure encore marquée par ces concepts coloniaux : ainsi, en 1982, il était encore affirmé que la société mélanésienne ignorerait l'idée même d'une appropriation individuelle de la terre. Et ce, à l'occasion d'une ordonnance portant création d'un office foncier de la Nouvelle-Calédonie,<sup>347</sup> dont l'objectif était de prendre en compte :

*"la conception particulière qu'a la communauté mélanésienne de l'espace foncier, autour duquel s'organise l'ensemble des rapports sociaux, la notion d'appropriation individuelle étant exclue, rend encore plus inacceptable, à ses yeux, le fait que la propriété privée européenne représente aujourd'hui 400 000 hectares, alors que les réserves au sein desquelles les méthodes de tenure propres aux Mélanésiens continuent à s'exercer, n'atteignent que 160 000 hectares (...) le principe de l'ordonnance est donc de reconnaître les droits particuliers des Mélanésiens, tout en sauvegardant la propriété (...) l'office foncier aura pour tâche de définir des zones de reconnaissance des droits coutumiers, en concertation avec les diverses parties intéressées, réunies dans des commissions foncières communales ; à l'intérieur de ces zones il pourra acquérir soit à l'amiable, soit par voie d'expropriation, des terres pour les redistribuer aux collectivités mélanésiennes ou bien pour en confier l'exploitation à une tierce personne, en versant dans ce cas, aux collectivités mélanésiennes dont les droits coutumiers sur le terrain concerné auront été reconnus, une redevance qui constituera le mode d'exercice de leurs droits (...) Cette réforme, d'une ampleur inégalée, aura un retentissement important dans le Pacifique Sud, où se pose de manière générale, le problème de la réconciliation de l'implantation européenne avec les sociétés traditionnelles."*

La permanence du mythe de la propriété collective explique, notamment, que de nos jours rien ne régleme le mode d'attribution des terres au sein des réserves, lequel est laissé à l'appréciation des responsables coutumiers (la solution pour être prudente posera un problème insoluble à la juridiction qui sera saisie d'une contestation portant sur cette attribution).

---

<sup>345</sup> Rapport adressé au ministre de la marine par M. du Bouzet, en date du 20 juin 1855 (v. Joël Dauphiné, op. cité, p. 52).

<sup>346</sup> Déclaration du Gouverneur des Etablissements français de l'Océanie, premier administrateur de la Nouvelle-Calédonie, relative à la propriété et à l'aliénation des terres en Nouvelle-Calédonie et dépendance, en date du 20 janvier 1855.

<sup>347</sup> Un établissement public industriel et commercial chargé, selon l'exposé des motifs, de "...permettre aux groupements relevant du droit particulier local l'exercice de leurs droits fonciers coutumiers". Ordonnance 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, JONC du 29 octobre 1982, p. 1937 et suivantes.

## **B - L'influence de la doctrine coloniale sur la notion de "terres coutumières" et sur les principes juridiques.**

La doctrine coloniale et l'héritage du passé sont omniprésents. On retrouve leur marque indélébile dans la définition de ce que l'on appelle à tort les "droits fonciers coutumiers", et dans les principes qui définissent le régime juridique de ces droits.

### **1°) La définition des "terres coutumières" expression de la doctrine coloniale.**

La loi organique du 19 mars 1999 n'évoque pas les "droits fonciers coutumiers" mais seulement les "terres coutumières". Elle ne désigne pas la nature du droit mais son assise, son objet.

Ce choix sémantique permet de voir évoluer, dans le sens de son extension, le domaine coutumier et d'assujettir celui-ci, à mesure qu'il croîtra, aux principes coutumiers. Il permet aussi de respecter la réalité historique qui a vu la prise de possession du territoire s'accompagner de la négation des droits détenus, jusqu'alors, par les populations indigènes. Nier la faculté de disposer de ses droits autrement qu'au profit d'un membre de sa communauté autochtone revient à affirmer que l'autochtone (pris collectivement) n'est plus qu'un détenteur précaire de droits que lui a concédé la puissance coloniale (par priorité il est vrai sur un domaine ancestral). C'est nier le principe même d'un droit du premier occupant, simplement parce qu'il n'appartient pas à une nation jugée "civilisée" - par les esprits éclairés du XVIII<sup>ème</sup> siècle - et qui de ce fait ne mérite pas que l'on conserve ses structures sociales et les droits qui en découlent, conception à laquelle se réfère M. du Bouzet dans sa déclaration de 1855 ("*Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages...*"). Cette théorie que l'on ne nomme pas en Nouvelle-Calédonie, est ce que les Australiens appelaient voici encore dix ans la *doctrine Terra nullius*. Une doctrine développée notamment par le jurisconsulte britannique Blackstone<sup>348</sup> et le suisse Vattel qui a prévalu en Australie jusqu'à l'arrêt Mabo, lequel dit expressément qu'il existait une société humaine avant la prise de possession et, donc, des droits dits indigènes susceptibles d'être reconnus aujourd'hui en tant que tels, sauf à persévérer dans le mythe (à connotations ethnocidaires) d'une terre considérée comme vacante et sans maître puisque seulement peuplée de "tribus sauvages".

La situation néo-calédonienne, aujourd'hui, est différente de celle des peuples autochtones du monde anglo-saxon. Ici on parle de "terres coutumières", là on évoque en sus des droits fonciers modernes conférés à titre de compensation, le "titre indigène" (*native title*), c'est à dire un droit archaïque qui a survécu à la colonisation. Un droit qui est reconnu en tant que tel, et non un droit concédé par un Etat au cours d'un processus de repentance et de reconstitution de pseudo-droits du premier occupant.

Le titre indigène est le droit que le premier occupant n'a cessé d'exercer en dépit de la colonisation, et dans des conditions inchangées depuis les origines. C'est un droit archaïque qui trouve son fondement dans une société traditionnelle qui a su préserver son intégrité en dépit du choc colonial.

Le droit qui s'exerce sur les "terres coutumières" en Nouvelle-Calédonie n'est que la reconstruction d'un droit traditionnel. C'est un droit moderne acculturé.

---

<sup>348</sup> Blackstone, Commentaries on the laws of England, Clarendon Press, 1765, Oxford.

### **a - Le titre indigène : un droit résiduel et archaïque.**

Les “terres coutumières” de la loi organique de 1999, ne sont pas le “titre indigène” (*native title*) que reconnaît à partir de 1992 le droit australien (arrêt Mabo)<sup>349</sup> ou le droit canadien (fondé sur la Proclamation Royale de 1763), ou le droit néo-zélandais (sur la base d'une relecture du Traité de Waitangi).<sup>350</sup>

Le titre indigène anglo-saxon n'est pas un droit de propriété moderne, il recouvre un droit variable selon les endroits et les populations concernées qui traduit le lien de ces habitants à la terre. Pour les Aborigènes (qui ne conçoivent pas l'idée de s'approprier la terre qui pour eux est un être vivant), le titre indigène pourra ne constituer qu'un simple droit d'usage, soit général, soit très limité (par exemple un droit de chasse ou un droit de pêche voire un simple droit de passage sur une terre).

Parfois, le titre indigène pourra recouvrir un véritable droit de propriété individuelle comme c'était le cas dans l'affaire Mabo de 1992, qui intéressait un requérant non pas Aborigène mais Mélanésien (le litige se situant dans la zone nord-est de l'Australie).

Le titre indigène est un droit qui préexiste à la colonisation et qui n'est reconnu que dans la mesure où le lien à la terre n'a jamais été interrompu par un acte créateur de droits concurrents ou par une voie de fait (expulsions, massacres...) commis dans la période comprise entre l'acte de prise de possession du pays par la puissance coloniale et la période actuelle.

Le titre indigène coexiste avec les titres de propriété moderne accordés aux populations Aborigènes en compensation des spoliations passées : ces droits modernes sont octroyés à des personnes morales et non à des individus (c'est notamment la politique suivie dans le Territoire du Nord, sorte de sanctuaire de la culture Aborigène du fait d'une loi de 1976). Ces droits modernes résultent de la mise en oeuvre d'une politique de “compensation” pour toutes les spoliations passées : une politique dont les requérants aborigènes ne veulent plus, puisqu'ils réclament la reconnaissance de leurs droits originels – pour eux la seule vraie forme d'expression de la justice – et rejettent ces *ersatz* de droits traditionnels qu'ils perçoivent comme une forme de charité, humiliante à l'égard du premier occupant.

### **b - La “terre coutumière” reconnue par l'accord de Nouméa : un droit moderne.**

La “terre coutumière” reconnue par le droit français – à l'instar des titres de propriété australiens conférés sur la base de la loi de 1976 – ne sont que la reconstitution partielle du domaine coutumier d'antan. Ces droits fonciers ont une assise moderne et ne sont pas soutenus par la tradition.

Car les droits fonciers indigènes ont été implicitement éteints par l'acte présenté à tort comme la sauvegarde des droits fonciers mélanésiens : l'arrêté, n° 13, du 22 janvier 1868

---

<sup>349</sup> R. Lafargue, La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n° 5, septembre - octobre 1994, pp. 1329-1356.

R. Lafargue, La Fédération Australienne à l'épreuve du Titre Indigène : le Native Title Act 1993 *Droit et Cultures*, n° 32 (novembre 1996) pp. 85-106.

R. Lafargue, La Révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, novembre 1999, n°43, pp. 89-134.

<sup>350</sup> R. Lafargue, Le Traité de Waitangi : le Symbole et le Droit, de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, n°2, mai-août 1999, p. 215-244.

relatif à la *constitution de la propriété territoriale indigène*,<sup>351</sup> lequel se situait dans le prolongement de la déclaration du 20 janvier 1855.

L'arrêté du 22 janvier 1868 porte extinction des droits indigènes antérieurs, puisqu'il n'est pas un acte déclaratif, mais un acte créateur de droits fonciers que le colonisateur concède au colonisé en les amputant au passage – sous prétexte de protéger ses titulaires – d'une prérogative essentielle l'*abusus* :

*Art. 1<sup>er</sup> "Il sera délimité pour chaque tribu<sup>352</sup> de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances, sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus, un terrain, d'un seul tenant ou en parcelles, proportionné à la qualité du sol et au nombre des membres composant la tribu. On procédera, en même temps et autant que possible, à la répartition de ce terrain par villages."<sup>353</sup>*

*Art 2, in fine. (...) "Toutefois, le chef de la tribu pourra, par ordre et sous la surveillance de l'autorité, répartir les terres entre les individus ou les familles de la tribu, ainsi que le commanderait l'intérêt du bon ordre et d'une sage administration."*

Quant à la loi organique 1999, évitant tout débat sur la nature de ces droits fonciers, elle définit les terres coutumières comme les terres appartenant aux personnes de statut coutumier kanak : comme le souligne l'article 18 de la loi organique. C'est le statut du titulaire qui rejaillit sur le statut de la terre. La terre sera coutumière si elle appartient à une personne physique ou morale de droit coutumier, qu'elle que soit l'origine de propriété – fut-elle une ancienne propriété de colon rétrocédée récemment à une personne de statut particulier dépourvue d'un ancrage familial ancien sur cette portion de territoire.

*Art. 18. - Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers.*

*Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.*

## **2°) La portée de la doctrine coloniale sur les principes dominant le système actuel.**

Les textes antérieurs à la loi organique du 19 mars 1999 reconnaissent tout à la fois l'existence d'une communauté kanake, de structures sociales, et d'un domaine foncier.

- L'arrêté n° 147 du 24 décembre 1867 reconnaissait aux tribus la personnalité juridique.
- La délibération n° 67 du 10 mars 1959 affirmait encore, dans son article unique, que les réserves sont la propriété des tribus (cette délibération se situe dans le droit fil des principes posés par l'arrêté du gouverneur Guillain du 22 janvier 1868) et qu'elles étaient dotées d'un statut bien spécifique, puisque *"les réserves autochtones sont la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus auxquelles elles ont été affectées. Elles ne peuvent être désaffectées sans le consentement des organes coutumiers."*<sup>354</sup>

<sup>351</sup> Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie 1868, p. 17.

<sup>352</sup> Le terme "tribu" désignait autrefois les "districts" qui existent de nos jours.

<sup>353</sup> Le terme "village" désignait à l'époque les "tribus" actuelles.

<sup>354</sup> Délibération n° 67 du 10 mars 1959, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie du 6/13 avril 1959, p. 206.

La loi organique du 19 mars 1999, sans rompre explicitement avec la doctrine coloniale de la propriété foncière collective, distingue la "propriété privée" des "terres coutumières". La propriété "privée" relevant manifestement des règles du Code civil.

**Art. 6.** - "En Nouvelle-Calédonie, le droit de propriété garanti par la constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18."

Cette loi institue une autre forme de dualité juridique : le propriétaire mélanésien pouvant être à la fois titulaire de droits fonciers "coutumiers" relevant de l'article 18 précité, mais aussi de droits réels régis par le Code civil.

La loi organique confirme enfin (article 18 *in fine*) le régime dérogatoire des terres coutumières en affirmant leur caractère "*inaliénable, incessible, incommutable et insaisissable*". Elle ne fait que reprendre, à cet égard, les dispositions de l'article unique de la délibération du 10 mars 1959 précité, lequel reproduisait les termes de l'arrêté du gouverneur Guillain du 22 janvier 1868.

Si l'on confronte l'ampleur de cette décolonisation à la française à celle pratiquée dans le voisinage immédiat de la Nouvelle-Calédonie - avec la création du *National Native Title Tribunal*<sup>355</sup> qui a son siège à Perth (Australie occidentale) et l'activité du Tribunal de Waitangi qui examine les revendications des Maoris depuis le *Waitangi Treaty Act 1975*<sup>356</sup> - on retiendra essentiellement le décalage entre les déclarations et la réalité, l'ordonnance de 1982 "*Cette réforme, d'une ampleur inégalée, aura un retentissement important dans le Pacifique Sud...*" traduisant bien la vanité d'un législateur qui se prend encore croire à sa mission de légiférer pour l'univers.

## **§ 2 La mise en œuvre des modes de règlement des litiges fonciers.**

Le droit positif actuel a unifié les compétences au profit du tribunal coutumier créé par l'ordonnance de 1982. Mais le droit positif n'est encore d'aucun secours pour le juge dans le règlement, au fond, de ces litiges. Au moins, tant que ne sera pas instauré un mode fiable d'établissement et de reconnaissance des droits fonciers de chacun (la légitime défiance des autochtones à l'égard de l'administration les ayant toujours poussés à refuser l'instauration d'un cadastre).

### **A - Le droit positif actuel.**

Aujourd'hui, la compétence est unifiée, et quelques principes quant au droit applicable ont été posés.

#### **1°) Les règles de compétence.**

L'héritage historique explique la combinaison et la succession des règles de

---

<sup>355</sup> R. Lafargue, La Fédération Australienne à l'épreuve du Titre Indigène : le Native Title Act 1993 *Droit et Cultures*, n° 32 (novembre 1996) pp. 85-106.

<sup>356</sup> R. Lafargue, Le Traité de Waitangi : le Symbole et le Droit, de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, n°2, mai-août 1999, p. 215-244.

compétence en la matière. Les autorités traditionnelles (autorités tribales) délimitent les lots individuels et les attribuent au sein des anciennes réserves. En cas de litige né des décisions prises par les chefferies, la contestation sera tranchée par une juridiction qui fut :

- la juridiction de droit commun (sans assesseurs) jusqu'à l'ordonnance n° 85-1185 du 13 novembre 1985, relative à la réforme foncière ;

- la juridiction avec assesseurs (créée par l'ordonnance de 82-877 de 1982) à partir de l'ordonnance du 13 novembre 1985 (article 17) ;

- à partir de la loi du 17 juillet 1986<sup>357</sup> (art. 49) qui abrogeait l'ordonnance de 1985, fut opérée une distinction : la juridiction sans assesseurs a recouvré sa compétence dans toutes les matières à l'exception d'un domaine spécifique, la dévolution successorale des biens situés sur des terres coutumières, conservée à la juridiction avec assesseurs.

- la loi organique de 1999 (art. 19) réunit cette compétence juridictionnelle au profit de la juridiction élargie aux assesseurs coutumiers renouant avec le système de courte durée qui était résulté de l'ordonnance du 13 novembre 1985.<sup>358</sup>

Avant même l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les assesseurs coutumiers complétaient les juridictions saisies de litiges fonciers : il en allait pour le juge professionnel de la compréhension des enjeux et du conflit lui-même.

En témoigne notamment l'affaire *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala* <sup>359</sup> présentée *infra*.

En atteste aussi un autre litige jugé plus récemment à Koné<sup>360</sup> visant à obtenir l'expulsion d'un occupant sans titre d'une terre coutumière.

Le tribunal affirme sa compétence en rejetant l'argument du défendeur (occupant sans titre) qui tente d'opposer le fait que s'agissant d'une terre coutumière les autorités coutumières ont été saisies du problème en décembre 1995.

Le tribunal lui répond :

*“attendu qu'il n'est pas contesté que le litige porte sur une terre de réserve ; attendu que par application de l'article 2 de l'ordonnance du 15 octobre 1982, les contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières réglées par ledit statut peuvent être directement portées devant le tribunal de première instance ; que le tribunal devient compétent dès qu'une partie lui en fait la demande, peu important qu'une autorité coutumière ait été préalablement saisie de la difficulté ; qu'il convient de se déclarer compétent.”*

En outre, le tribunal affirme que la présence des assesseurs est requise même lors d'une instance devant le juge des référés :

*“que par application de l'article 3 de ladite ordonnance, lorsque le tribunal est saisi des litiges mentionnés à l'article 2, il est complété par des assesseurs de statut particulier ; que le juge des référés n'est qu'une formation du tribunal et que l'ordonnance susmentionnée n'y exclut pas la présence d'assesseurs coutumiers ;*

<sup>357</sup> Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986, relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 19 juillet 1986, p. 8927.

<sup>358</sup> **Art. 19.** - *“La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi.”*

<sup>359</sup> Sec. Koné, n° 95 du 4 septembre 1991 (jugement avant dire droit), et n° 125 du 20 novembre 1991, *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala*. Un conseil des anciens demandait au tribunal de Koné d'ordonner l'expulsion de la tribu d'une personne dont l'attitude était considérée comme injurieuse à l'égard de ce même conseil des anciens, l'intéressé refusant de quitter un terrain dont la propriété avait été attribuée à un G.I.E. dont il ne faisait pas, lui-même, partie.

<sup>360</sup> Sect. Koné, ordonnance de référé n° 136 du 12 août 1997, *GDPL Goropu c/ Nataou*.

*Attendu dès lors qu'il convient de renvoyer le litige à une audience ultérieure ou la formation de la juridiction sera composée comme il est dit à l'article 3 de l'ordonnance."*

Enfin, la formation juridictionnelle compétente est la même qu'il s'agisse d'une requête présentée par un individu personne physique ou une personne morale (Cour d'appel de Nouméa, 9 avril 1987, *clan Mararheu c/ clan Nehro*).<sup>361</sup>

Mais la loi organique soulève de nouvelles interrogations. Car, si son article 19 donne compétence à la juridiction civile de droit commun complétée par les assesseurs coutumiers, cette disposition pose trois difficultés relatives à l'étendue de la compétence de la juridiction coutumière, et à sa composition, et n'apporte rien de nouveau face à la difficulté à résoudre ce type de litige au fond en absence d'éléments de preuve.

Sur l'étendue de la compétence : la loi ne dit pas, par exemple, si la demande de désignation d'un administrateur provisoire d'un GIE qui exploite une terre coutumière relève de la composition élargie aux assesseurs coutumiers.

Ce type de litige pose la question de la composition de la juridiction. En effet, lorsque les assesseurs sont originaires d'un district autre que celui dans le cadre duquel se déroule le litige, ces assesseurs ne se sentent pas concernés et se considèrent même incompétent pour statuer. Seuls se considèrent compétents les assesseurs originaires du district mais qui de se fait se trouvent liés aux parties par des liens de parenté ou d'alliance...

Sur le fond, ce type de litige est (et reste) très difficile à traiter du fait de l'absence de cadastre et d'actes écrits.

## **2°) Les normes juridiques applicables.**

L'article 19 de la loi organique ne définit pas au cas par cas le droit applicable. Il se contente de renvoyer à la juridiction avec assesseurs l'ensemble du contentieux.

*Art. 19. - La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs (...) aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers...*

Faut-il déduire de ce texte que le droit coutumier s'applique en tous domaines dès lors que le litige se rattache aux terres coutumières? Le droit coutumier devrait-il régir au-delà des conditions d'attribution des droits fonciers (ce qui est déjà le cas) l'ensemble de l'activité économique réalisée sur ces terres (ce qui serait nouveau) ?

Admettre cette extension du domaine d'application du droit coutumier serait une remise en cause du principe selon lequel le droit commun demeure le droit du contrat, mais ce ne serait que l'application du principe posé par l'article 7 de la loi organique.

---

<sup>361</sup> Le clan Mararheu-Boeieuribeari et Sari, de Houailou, revendiquait une parcelle (de la propriété Moisson) qu'un arrêté du Haut-commissaire, en date du 16 juin 1981, avait été attribuée au clan Nehro. En première instance (jugement du 22 avril 1985) le demandeur avait été déclaré irrecevable à agir, ce qui a été infirmé par la cour d'appel.

Le clan Mararheu soulevait en outre l'irrégularité de la composition de la juridiction dépourvue d'assesseurs coutumiers alors qu'il avait expressément saisi la juridiction composée d'assesseurs coutumiers (laquelle n'avait pas encore en place à cette époque-là), ce dernier moyen sera rejeté eu égard au critère de compétence *ratione materiae*. Ce dernier point de contestation soulignait la tendance des plaideurs mélanésien à vouloir occulter les règles de compétence tenant à la nature du litige, estimant que leur appartenance au statut particulier suffisait à justifier la saisine de la formation élargie issue de l'ordonnance n° 82-877. La loi organique leur a donné, rétrospectivement, raison.

A supposer que l'on considère que le droit civil doit, dans certains cas, s'appliquer et sachant que la loi dans sa généralité donne compétence pour examiner ce type de litige à la juridiction composée d'assesseurs coutumiers, cela signifierait que cette juridiction pourrait être amenée, dans certaines circonstances à appliquer le droit commun...

Cette solution serait, sans nul doute, difficilement admise par les assesseurs coutumiers qui considèrent, à juste titre, qu'en leur qualité de représentants de la coutume ils n'ont pas d'autre Droit à mettre en oeuvre.

Si l'on considère pour cette raison, et compte tenu des termes de l'article 7 de la loi organique que le Droit civil n'a pas lieu de s'appliquer, force est de constater que le droit applicable à ce type de litige est constitué, à une exception près, de normes entièrement orales.

#### **a - Le principe : un droit oral.**

Dès lors qu'il s'agit de définir le régime des terres coutumières c'est à dire des terres situées sur d'anciennes réserves, c'est le droit traditionnel qui régit la délimitation des lots individuels comme leur attribution au sein de la réserve, et partant de là l'ensemble du régime des terres coutumières.

Un texte est venu cependant définir, non pas le fond du droit mais seulement, une procédure à suivre dans un cas particulier : celui de la dévolution successorale.

#### **b - L'exception à l'oralité : les règles régissant la dévolution successorale.**

La procédure en matière de dévolution successorale est définie par la *délibération n° 11 du 20 juin 1962*. Lorsqu'une personne de statut coutumier décède, sa famille demande au *service territorial d'administration générale* (STAG) une autorisation de tenue de palabre qui réunira tous les membres du clan intéressé par la succession du défunt. Il en résulte un procès-verbal de palabre, établi par le *syndic des affaires mélanésiennes* (le gendarme fonctionnaire-huissier) qui traduit la décision arrêtée dans le cadre de cette réunion.

Le procès-verbal pourra être contesté dans un délai de trente jours par toute personne qui y a intérêt. A l'issue de ce délai, le *service territorial d'administration générale* établit un certificat d'hérédité ou de propriété portant liquidation et partage de la succession.

Ce dispositif a été complété par une *délibération n° 148 du 8 septembre 1980* portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime du droit civil.

#### **B - La nécessité d'un véritable notariat coutumier.**

L'examen des rares procédures traitées par les juridictions, illustre la difficulté posée par l'absence de modes de preuve incontestables. Aussi l'une des premières *loi du pays* attendues portera sur le *palabre coutumier*. Son objectif sera de poser les fondements d'un véritable notariat coutumier.

#### **1°) Un traitement judiciaire confronté à des problèmes de preuve.**

Tout d'abord, il semble que les règles relatives à la transmission des droits fonciers

soient variables selon les aires coutumières : l'unification des règles juridiques apparaît donc *a priori* impossible, et l'apparition d'un Droit commun coutumier (envisageable en matière de statut civil) une perspective guère réaliste en matière foncière.

Les problèmes fonciers sont dominés par la qualité des clans respectifs : il existe quelques clans propriétaires que l'on qualifie *clans terriens* que l'on oppose à ceux qui se sont placés sous la protection des premiers et que l'on qualifie *clans accueillis*. Ces derniers sont des clans qui ont autrefois été chassés et qui se sont réfugiés sur les terres appartenant aux clans terriens avec l'accord de ces derniers. La parole donnée il y a plusieurs générations peut aujourd'hui se trouver remise en cause par leurs descendants respectifs. Telle est l'origine essentielle des conflits fonciers actuels nés de l'importance économique et de la plus value acquise par des terrains d'une valeur agricole quasi-nulle pour ceux situés en bord de mer (motif pour lequel ils furent généreusement octroyés aux clans accueillis) mais qui du fait du développement touristique sont aujourd'hui les plus convoités.

Le projet d'un cadastre qui traduirait la situation actuelle, se heurte à la résistance des clans terriens qui ne veulent pas voir remis en cause les engagements passés et leur droits de propriétaires sur ces terrains. Un cadastre risquerait (sauf à imaginer un système de tenures, quasi-médiéval, qui garantirait les droits du propriétaire éminent) de les dépouiller en faveur d'une reconnaissance des droits acquis par les *clans accueillis*.

Le rôle des juridictions dans cet environnement incertain est extrêmement difficile, comme en témoignent certaines affaires.

Dans un litige foncier, *Sineitra c/ Ujicas*<sup>362</sup> le tribunal a dû, comme c'est souvent le cas, recourir par voie d'enquête afin de déterminer les droits respectifs des parties en l'absence de tout système cadastral.

Ce litige montre que les droits fonciers des uns et des autres dépendent de l'histoire, de la place, et du rôle reconnu à chacun au sein de la société coutumière. On y apprend notamment que les terres en déshérence reviennent à la grande chefferie qui les redistribue. De même, en cas de litige, la grande chefferie peut priver certains de ses sujets de leurs droits fonciers et les leur restituer après qu'une coutume de pardon ait été effectuée. C'est, donc, à un historique des relations inter-claniques que doit se livrer le juge pour déterminer les droits fonciers des parties. Un travail que les juridictions australiennes confrontées à des revendications foncières intéressant la période pré-coloniale confient à des anthropologues, puisque la tradition orale est le seul matériau à interroger et à analyser.

Le demandeur, M. Sineitra, sollicitait la démolition des constructions implantées sur la tribu de Hnassé par les membres du clan Ujicas.

Par jugement avant dire droit, du 18 juin 1997, le tribunal a chargé ses assesseurs coutumiers d'interroger les autorités coutumières du district compétent (district de *Loessi*) aux fins de déterminer la position sociale de chacun et les droits fonciers respectifs des parties au sein de la tribu de Hnassé.

La mission des assesseurs n'ayant pas abouti, par jugement avant dire droit du 12 novembre 1997 le tribunal a ordonné son transport sur les lieux du litige aux fins d'entendre les diverses autorités coutumières depuis le grand chef du district jusqu'au petit chef de la tribu. Le grand chef a été entendu :

*"après avoir prêté le serment prévu par la loi, le grand chef Henri Boula a indiqué*

---

<sup>362</sup> Sect. Lifou, jugement n° 118 du 11 décembre 1997, *Sineitra c/ Ujicas et autres*.

*qu'avant l'arrivée de l'Évangile toutes les terres du district de Loessi avaient été remises à la grande chefferie. Il a confirmé avoir donné au clan Ujicas, après la coutume de pardon, l'autorisation de revenir et de reconstruire sur les terres que ses membres occupaient avant les événements ayant provoqué leur éviction du district. Il a affirmé que Sineitra n'était pas le propriétaire des terres qu'il revendiquait et que le clan Ujicas avait bien reconstruit chez lui."*

Le tribunal va plus loin, afin de conforter son information, en recherchant les rapports de sujétion existant au sein de la tribu elle-même et interroge sur ce point le petit chef :

*"Rémy Hlupa, après avoir prêté serment a déclaré que le seul propriétaire terrien était Umessil qui n'avait pas de descendant, que selon lui la terre appartenait maintenant au grand chef. Il a précisé que Umessil et Sineitra étaient les sujets de Jao Ujicas".*

Il résulte clairement de ces informations croisées et concordantes que le clan propriétaire était le clan Ujicas, aussi le tribunal rejettera la requête en démolition présentée par M. Sineitra.

L'île de Lifou fournit un autre exemple récent, avec l'affaire *Ujicas c/ Katrawa*.<sup>363</sup> La juridiction composée d'assesseurs coutumiers était saisie d'une demande d'enlèvement d'une barrière, laquelle recouvrait en réalité une revendication foncière.<sup>364</sup>

Par jugement du 6 mai 1998, le tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, des chefs de clans respectifs (clan Katrawa et clan Ujicas), l'audition du grand chef du district de Loessi (Henri Boula), ainsi qu'un transport sur les lieux. Cependant, lors de ce transport sur les lieux ni le grand chef, ni le représentant du clan Katrawa ne se présenteront.

Le tribunal devra, là encore, s'interroger sur le passé relativement récent des relations entre les clans et la grande chefferie. Il dispose, à la différence de l'affaire précédente, de procès-verbaux de palabres établissant les droits respectifs des parties.

En effet, le clan Ujicas sollicite l'enlèvement d'une barrière afin de recouvrer la possession d'une partie du terrain sur lequel s'exercent ses prétentions. Il s'appuie sur un procès-verbal de palabre du 6 octobre 1980 qui lui attribue la jouissance d'un terrain destiné à l'édification d'une maison d'habitation. Le chef de clan expose qu'à la suite de conflits, sa maison a été incendiée et qu'il a dû quitter les lieux. Il argue de ce que l'autorité coutumière l'a autorisé à se réinstaller sur cette propriété, ce qui a été rendu impossible du fait du clan Katrawa. Ce dernier a érigé une barrière réduisant sensiblement la surface de la parcelle et a de ce fait annexé une fosse septique désignant sans l'ombre d'un doute l'emplacement de l'ancienne demeure du clan Ujicas.

Le défendeur, le clan Katrawa, fonde ses droits sur une décision du conseil de district de Loessi en date du 14 septembre 1991.

Le transport sur les lieux effectués par le tribunal permettra de vérifier la véracité des dires du demandeur, la fosse septique de son ancienne maison (détruite depuis) se trouvant sur la parcelle occupée par le défendeur. Par ailleurs le procès-verbal de palabre du 6 octobre 1980 définit très précisément les dimensions du terrain revendiqué ainsi que les propriétés

---

<sup>363</sup> Sect. Lifou, jugement n° 56/98, du 8 juillet 1998, *Ujicas c/ Katrawa*.

<sup>364</sup> Cette affaire illustre la lourdeur du fonctionnement de la juridiction avec assesseurs coutumiers : la requête était reçue le 25 novembre 1997, l'ordonnance désignant les assesseurs coutumiers est en date du 18 mars 1998. Un assesseur coutumier étant absent à l'audience du 22 avril 1998, l'affaire était renvoyée au 6 mai 1998 fin de désigner, entre-temps, un nouvel assesseur.

jouxtant cette parcelle. Enfin, le tribunal constatera le caractère non probant de la décision - prise le 14 Septembre 1991 par le conseil de district - qu'invoquait le défendeur, celle-ci n'étant produite que sous forme d'extraits. Le clan Katrawa sera alors condamné à enlever la barrière litigieuse.

En appel, la décision sera confirmée au motif que l'objet du litige étant une voie de fait (la pose d'une barrière), le clan Katrawa n'avait pas rapporté la preuve qu'il avait été autorisé à poser cette barrière.<sup>365</sup> Le véritable intérêt de l'arrêt est ailleurs : l'un des moyens soulevés était l'incompétence de l'un des assesseurs coutumiers. Car, était-il soutenu, que si celui-ci appartenait à l'aire coutumière des parties (aire Drehu) il n'appartenait pas au même district (grande chefferie) que les parties. Cet argument a été rejeté par la cour d'appel dans le strict respect des dispositions de l'ordonnance du 15 octobre 1982 qui impose le choix des assesseurs en fonction du seul critère de l'aire d'appartenance des parties au procès. Pourtant, l'argument ne manquait pas d'intérêt et souligne à quel point le critère de recrutement est essentiel pour les raisons de légitimité évoquées plus haut : les assesseurs trop éloignés des parties voient leur légitimité contestée lorsqu'ils ne renoncent pas d'eux-mêmes à siéger.<sup>366</sup>

A côté de ces affaires mettant aux prises des clans entre eux, existent des situations qui ne posent guère de difficultés : celles où le clan propriétaire sollicite l'expulsion d'un individu étranger au clan, comme dans l'affaire *GDPL Kam c/ Tiaou*.<sup>367</sup> Cependant, le tribunal a parfois tenté d'humaniser la solution du litige comme le montre une affaire de la section de Koné où un conseil des anciens sollicitait l'expulsion de la tribu d'une personne dont l'attitude avait été considérée injurieuse : l'intéressé refusant de quitter un terrain dont la propriété avait été attribuée à un G.I.E. dont il ne faisait pas lui-même partie.<sup>368</sup> La juridiction rejettera la demande en expulsion en considérant abusif le refus du conseil des anciens d'accorder le pardon sollicité par l'intéressé, en rappelant les obligations nées du fait que le clan demandeur avait "régulièrement accueilli" le défendeur. On pourrait y voir un droit de créance, à défaut de considérer que cet "accueil" a créé des obligations de nature contractuelle entre les parties, notamment un droit au maintien dans les lieux, sauf faute grave et caractérisée du défendeur, ce que semble indiquer le tribunal :

*"la personne dont l'expulsion est demandée a été accueillie au sein de la tribu depuis plus de 40 ans ; qu'il y a pris femme et a été autorisé à bâtir une maison ; que l'intéressé en tant que membre régulièrement accueilli mérite la protection de la coutume ; que la coutume repose sur des valeurs de respect de la dignité de l'homme et de traditions d'hospitalité ; que l'homme est âgé et a effectué une démarche envers le conseil des anciens, démarche qui aurait dû être suivie d'un pardon ; qu'en conséquence le tribunal déboute les demandeurs".*

Cette décision apporte un démenti formel à ceux qui soutiennent que la coutume n'a pas vocation à régir les rapports contractuels.

<sup>365</sup> Nouméa, arrêt n° 319 du 26 octobre 2000, *Katrawa c/ Ujicas*.

<sup>366</sup> On notera que l'audience n'a pu se tenir le 26 août 1999 du fait de l'absence de l'un des assesseurs, puis à l'issue d'une mesure d'enquête elle reviendra le 17 août 2000 mais ne pourra non plus être examinée faute d'un assesseur. Elle ne pourra être, effectivement, examinée que le 7 septembre 2000 : il aura fallu trois modifications dans la composition de la juridiction pour parvenir à trouver des assesseurs "disponibles".

<sup>367</sup> Sect. Koné, jugement n° 17 du 11 février 1997, *GDPL Kam c/ Tiaou*. Le clan Kam sous la dénomination *Groupement de droit particulier local Kam* s'était vu rétrocéder par l'Agence pour le développement rural et l'aménagement foncier (A.D.R.A.F.) une parcelle sur laquelle demeurait M. Tiaou. Le tribunal a ordonné l'expulsion de cet occupant qui n'était pas membre du clan.

<sup>368</sup> Sect. Koné, n° 95 du 4 septembre 1991, et n° 125 du 20 novembre 1991.

## 2°) Les perspectives nouvelles face à la prévalence des règles traditionnelles.

Des perspectives nouvelles existent mais le poids de la tradition est en ce domaine un obstacle difficilement surmontable. Le foncier est au cœur de l'organisation de la société traditionnelle, sans parler du rapport particulier du Mélanésien avec sa terre comme l'a rappelé avec force Jean-Marie Tjibaou *"Nos terres ne sont pas à vendre, elles sont l'unité de notre peuple. Elles sont l'univers que nous partageons avec nos dieux."*<sup>369</sup>

Une illustration jurisprudentielle récente permet de prendre la mesure de l'enjeu, tout en attestant de la prééminence des règles coutumières. Une prééminence que remettrait en cause un système cadastral moderne.

Cette affaire, qui opposait indirectement deux grandes-chefferies fera l'objet d'un jugement avant dire droit,<sup>370</sup> puis d'une décision au fond le 18 décembre 1998<sup>371</sup> elle-même frappée d'appel.

L'instance était introduite par l'un des grands-chefs de l'Ile de Maré (M. Jewine, Grand-chef du *district de Medu*) qui sollicitait l'expulsion de M. Pautre d'un terrain sur lequel ce dernier avait construit sa case sans autorisation de la grande-chefferie.

Le défendeur, M. Pautre se prévalait de l'autorisation d'une grande-chefferie voisine (celle du *district de Eni*) si bien que le litige portait en réalité sur la délimitation des domaines respectifs de deux grandes-chefferies. Soit, quasiment un conflit de souveraineté.

Le grand-chef demandeur produisait, à l'appui de ses dires, divers écrits datant du début du XX<sup>ème</sup> siècle, en langue maréenne attestant des droits de sa grande-chefferie sur le terrain litigieux.

Le tribunal ordonnait la comparution des autorités coutumières concernée devant les assesseurs coutumiers (commis pour enquête) mais sans succès, les autorités de la grande-chefferie de Eni ne déférant pas.

Finalement, le tribunal soulignera, pour donner raison au Grand chef de Medu, le manquement de M. Pautre aux devoirs coutumiers. En effet, s'agissant d'une contestation portant sur la délimitation de deux districts, il n'appartient pas à un simple sujet de prendre l'initiative de s'établir sur une terre revendiquée par une grande chefferie :

*"Dans les rapports coutumiers entre les grande-chefferies il n'appartient pas à un sujet de contester les limites séparant deux districts. Les litiges pouvant survenir quant aux limites respectives de deux grande-chefferies ne peuvent être élevés et résolus qu'entre grands-chefs dans le respect des chemins coutumiers (...) Un litige existant sur la situation de cette parcelle, il (M. Pautre) lui appartenait de saisir par l'intermédiaire de son chef de clan, le grand-chef de Eni à charge pour les deux grande-chefferies d'évoquer cette difficulté et de la régler coutumièrement. Dès lors, faute pour André Pautre d'avoir agi selon les règles coutumières, il convient de faire droit à la demande du Grand-Chef Paul Jewine jusqu'au règlement du litige foncier par les grande-chefferies de Eni et Medu."*

Dans cette décision, le tribunal ne fait que rappeler une procédure à suivre qui affirme l'autorité des instances coutumières auxquelles il renvoie pour régler le litige au fond. Un litige qu'il ne peut régler lui-même. Cette décision qui constitue une parfaite instrumentalisation de la justice républicaine par les instances coutumières, et l'abandon de toute espèce de velléité de faire prévaloir quelque principe républicain que ce soit, montre

<sup>369</sup> J.-M. Tjibaou, Etre Mélanésien aujourd'hui, *Revue Esprit*, septembre 1981, n° 57.

<sup>370</sup> Sect. Lifou (audience foraine de Tadine - îles de Maré) n° 55 du 26 juin 1998, *Jewine c/ Pautre*.

<sup>371</sup> Section Lifou, jugement n° 125 du 18 décembre 1998, *Jewine c/ Pautre*.

qu'avec le volet foncier les autorités coutumières jouent leur devenir. Aussi faut-il considérer avec prudence la perspective de certaines réformes en la matière.

Cette décision, véritable leçon de réalisme, souligne une évidence : l'impossibilité de décider ou de légiférer contre une société et contre un peuple.

A ce jour existe un projet de réglementer l'établissement et la conservation des procès-verbaux de palabres coutumiers.

Depuis quelques années, environ quatre ans, le cadastre provincial (au niveau de la Province des Iles) identifie les parcelles constructibles : la situation de flou délibérément entretenue par les propriétaires terriens pourrait donc se résorber à mesure que se développeront les parcelles construites. Cela supposerait que les zones en question bénéficient d'un véritable développement économique.

S'agissant des autres parcelles, la preuve des droits respectifs des parties ne peut se faire que par le biais des procès-verbaux de palabre. Cela pose la question de la validité de ces procès-verbaux de palabre, du contrôle des conditions dans lesquelles ils auront été établis et, donc, de leur valeur probante. Car il est arrivé qu'une autorité coutumière accorde successivement des droits sur la même parcelle aux deux parties en litiges. Il importe afin de prévenir cette source importante de conflits de créer un notariat coutumier, et de véritables syndics coutumiers chargés d'établir et conserver les procès-verbaux de palabre, afin de couper court à toute contestation ultérieure.

## **Conclusion du Titre 2**

Les juridictions avec assesseurs coutumiers ne sont que la mise en œuvre d'une politique "des communautés" pleinement assumée. Ce préalable, condition même du succès de l'expérience, en rend la transposition difficile dans tout autre contexte.

La création de juridictions à composante bi-culturelle est le point de départ d'une dynamique, parce que ces juridictions sont investies d'une légitimité spécifique, et qu'elles bénéficient de la proximité. Elles ont, de ce fait, vocation à résoudre tous les litiges qui se posent dans leur environnement immédiat. Ce double caractère leur confère une vocation plus large que celle envisagée lors du lancement de l'expérience : époque où l'on restreignait le domaine d'action de ces juridictions par un double critère, cumulatif, de compétence *ratione personae* et *ratione materiae*. La loi organique du 19 mars 1999 les encourage à poursuivre dans cette voie.

Aussi, s'il existe encore une incertitude, cette incertitude porte moins sur leur pérennité, que sur l'amplitude de leur action. Certes, le contentieux relevant de la juridiction avec assesseurs ne représente qu'environ 10% du contentieux traité au sein des sections détachées mais la force symbolique de leur action est sans commune mesure avec la modestie des données statistiques.

Ces juridictions peuvent supplanter l'action des autorités traditionnelles là où ces dernières sont en perte de vitesse. Elles offrent encore une alternative là où les autorités traditionnelles sont respectées (aux Iles Loyautés). Dans tous les cas, ces juridictions

devraient amener, par leur seule présence, les autorités coutumières à s'interroger sur leur rôle et à veiller à préserver leur légitimité, ce qui n'annonce nullement l'affaiblissement de la coutume comme norme sociale, tout au plus une saine émulation devrait amener les autorités traditionnelles à demeurer à l'écoute des besoins de leur époque.

Le bilan de l'action des juridictions avec assesseurs en matière de droit de la famille est contrasté. Il est même soumis à contestation, comme le montre l'attitude de certains assesseurs refusant de siéger dans des affaires relatives à la famille naturelle. Si un compromis se pèse à l'aune des insatisfactions qu'il génère, alors le droit que produit ces juridictions est véritablement un droit de compromis conforme aux objectifs fixés lors du lancement de cette expérience.

L'avenir de cette expérimentation d'une forme nouvelle de juridictions coutumières avec des assesseurs dotés de pouvoirs délibératifs – à la différence des juridictions de la période coloniale – dépendra à la fois de la poursuite par les juridictions de leur travail de définition de leur rôle, et de leur travail normatif affirmant ainsi leur capacité à créer des règles de fond nouvelles ou à rénover les règles anciennes. Mais leur véritable succès dépendra surtout de leur capacité à trouver une articulation entre les divers intervenants dans le processus de règlement des conflits : ces juridictions n'ont pas *a priori* vocation à évincer les dispositifs traditionnels de régulation sociale (ni à marginaliser l'action des instances familiales) sauf à s'exposer elles-mêmes à la contestation.

Car enfin, leur devenir dépend de l'attitude des autorités traditionnelles, qui n'ont jamais jusqu'à ce jour fait défaut. Elles n'ont jamais adopté un discours de rupture ou de confrontation vis-à-vis de ces juridictions, notamment en interdisant à leurs sujets de les saisir : ce que l'on pouvait craindre lors du lancement de l'expérience ou, encore, en réaction à l'arrêt Waehnya.

Ces juridictions sont parfois utilisées, "instrumentalisées", par les autorités coutumières. Leur existence permet parfois, aux grandes-chefferies de n'avoir pas à régler un litige opposant leurs sujets. Une des traditions du pays consiste à laisser à l'étranger le soin de régler certains problèmes où le manque de recul des sages ou des arbitres les prive du consensus nécessaire. C'est ce qui expliquerait que les grands-chefs des Iles Loyautés, qui n'appartiennent pas généralement aux clans terriens, soient justement les descendants de clans polynésiens (venus de Tonga au XVIII<sup>ème</sup> siècle) : leur statut de personnes "accueillies" leur a permis d'être des médiateurs dans les conflits opposant les groupes véritablement autochtones seuls possesseurs – encore de nos jours – de la terre. De même que ces personnes venues d'ailleurs ont été utilisées par ceux qui les accueillaient (ce qui souligne toute la distance qu'il y a entre ce grand-chef et le potentat qu'a cherché à en faire le colonisateur), les juridictions de la République avec leurs assesseurs coutumiers sont – nous l'avons constaté dans quelques affaires importantes –<sup>372</sup> instrumentalisées elles aussi. La saisine de ces juridictions par les autorités coutumières ne sonne véritablement pas le glas de l'autorité traditionnelle : c'est le moyen qu'ont trouvé les autorités coutumières pour faire endosser aux autorités de la République le costume coutumier qui répugne tant à certains.

Lieu d'affrontement feutré des intérêts, mais aussi des valeurs et des cultures, ces

---

<sup>372</sup> Voir les décisions en matière foncière : Section Lifou, jugement n° 125 du 18 décembre 1998, *Jewine c/ Pautre* mais aussi en matière de rappel de l'orthodoxie du droit coutumier en matière de mariage les décisions rendues dans l'affaire Waiebengo – Uregei :

- Tribunal civil de Nouméa, n° 120 du 3 février 1992, *Uregei c/ Waiebengo* ;
- Cour d'appel de Nouméa, n° 400 du 6 septembre 1992, *Waiebengo c/ Uregei* (arrêt avant dire droit) ;
- Cour d'appel de Nouméa, n° 397 du 25 septembre 1995, *Waiebengo c/ Uregei*.

juridictions sont paradoxales et pour cette raison leur étude passionnante.

Néanmoins, ces juridictions demeurent fragiles, et leur pérennité suppose un authentique consensus social. Le même consensus que celui qui entoure les accords de Matignon de 1988, et de Nouméa de 1998 qui traduisent une véritable intelligence et compréhension de "l'autre".

Si ces juridictions ne sont pas l'expression d'une "souveraineté partagée", elles sont du moins l'expression d'un contrat social fondé sur un principe méconnu en métropole : le respect des communautés. C'est ce préalable politique qui rendrait toute transposition délicate de ce "modèle" dans un contexte différent, et qui est à la base du succès d'une expérience qui exige du juge une culture professionnelle différente, et une approche pragmatique auquel rien ne le prépare.

En ce sens, le succès de cette expérience est aussi le fruit d'un concours de circonstances et de personnalités. C'est dire sa fragilité.

## CONCLUSION GENERALE

*L'un des plus grands et peut-être le principal fondement des Républiques est d'accommoder l'Etat au naturel des citoyens (...) On doit diversifier l'état de la République à la diversité des lieux, à l'exemple du bon architecte qui accommode son bâtiment à la nature qu'il trouve sur les lieux.*  
Jehan Bodin, *Les six livres de la République*, 1580.

La politique française à l'égard des peuples autochtones reflète l'alternance ou l'affrontement entre deux positions. A l'extrême fin du Second empire en Algérie - cette autre terre de colonisation libre pour les uns et de spoliation foncière pour les autres - la politique "indigéniste" du Royaume arabe succèdera à celle du cantonnement. La colonisation menée par la III<sup>ème</sup> République renoua avec l'objectif d'intégration, jusqu'en 1895 date à laquelle la conquête de Madagascar infléchira cette politique dans le sens du respect de l'indigène et de ses traditions. En témoigne le travail de rédaction des coutumes engagé dès le début du XIX<sup>ème</sup> siècle en Afrique Occidentale, puis la mise en place des juridictions coutumières qui subsistent encore au Cameroun, et qui font tellement défaut ailleurs.<sup>373</sup>

Cette politique d'ouverture n'avait pas bénéficié à la Nouvelle-Calédonie : avant l'insurrection du chef Ataï de 1878 l'administration coloniale ignorait l'indigène, après cette insurrection elle le redoutait trop. La seule "avancée" dans le sens de la société autochtone avait consisté à établir un système d'administration indirecte : en conférant des pouvoirs accrus à des chefs nommés par l'administration dont la vocation était de "discipliner" leurs sujets. La même "avancée" avait consisté à conférer la personnalité juridique aux tribus pour instaurer une responsabilité collective des indigènes vis à vis de l'administration, et justifier à titre de sanction la confiscation des terres coutumières. Le terme "avancée" est certes très ambigu : cela valait-il mieux que l'ignorance pure et simple de l'existence de la société autochtone dont l'Australie offre la démonstration jusqu'à l'arrêt Mabo, jusqu'en... 1992 ?<sup>374</sup>

Pour une vraie politique d'ouverture, la Nouvelle-Calédonie devra attendre encore longtemps. Le tournant sera constitué par les accords de Matignon et résulte de la mise en place des juridictions coutumières et de la réinterprétation de l'article 75 de la Constitution.

La situation néo-calédonienne est un permanent paradoxe. Comme si l'on y défiait les tendances générales. Comme si l'on cherchait à réécrire l'histoire : l'exaltation des juridictions coutumières en Nouvelle-Calédonie contredit la volonté de les supprimer comme à Mayotte. La Nouvelle-Calédonie cultive sa différence culturelle et juridique.

En même temps, l'expérience suscite toujours autant de suspicions venant de tous bords y compris de ceux qui connaissent le mieux la société mélanésienne, ainsi M. Guiart écrit : *"On ne veut pas reconnaître aux Océaniens une véritable civilisation, alors, en une sorte de compensation, on leur attribue une "coutume" (...) Le monde européen imagine une société coutumière canaque qui n'a pas d'existence réelle. Les Océaniens examinent les concepts qui leur sont proposés et se livrent à des expérimentations pour voir lesquels ils peuvent manipuler à leur profit pour les renvoyer en quelque sorte*

<sup>373</sup> R. Lafargue, L'Etat de droit et le nouveau code des personnes et de la famille en Centrafrique : demain peut-être... la fin des modèles, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, n°1, janvier - avril 1997, pp. 49-84.

<sup>374</sup> R. Lafargue, La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1994, n°5, p. 1329 et s.

R. Lafargue, La Révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, novembre 1999, n° 43, p. 89 et s.

*aux blancs. Ils font ainsi semblant de se prêter au jeu de ces derniers, mais les intègrent en réalité dans les stratégies conflictuelles insulaires, avec des résultats qui ne sont bien sûr jamais ceux prévus par les juristes expatriés...*"<sup>375</sup>

L'autre raison de cette défiance résulte de ce que la coutume judiciaire néo-calédonienne participe de l'idée d'une intégration possible, dans le respect de la différence, à un modèle juridique français qui aurait fait la preuve de sa plasticité au point de voir la Cour de Cassation à l'origine d'un droit commun coutumier (au plan civil, seulement).

Certains auront le sentiment que la décennie écoulée marque un tragique recul, une tragique méprise, sinon un marché de dupes, manifestant la volonté de réécrire une page ratée de la colonisation : en même temps que l'on créait les mécanismes propres à restituer les terres spoliées un siècle plus tôt, étaient pour la première fois créées des juridictions coutumières dont l'existence tendait à conférer un statut officiel au droit traditionnel tout en instaurant l'amorce d'un contrôle sur le règlement des litiges au sein de la société mélanésienne jusque là abandonné au pouvoir de ses instances (s'agissant de l'aspect civil) comme au pouvoir disciplinaire de ses chefs (s'agissant de l'aspect pénal). Le succès des juridictions "coutumières" statuant en matière civile, et la dépossession des pouvoirs disciplinaires exercés par les chefs (*arrêt Waehnya*) participent d'une même évolution. La reconnaissance du droit traditionnel comme source d'un nouveau droit coutumier s'accompagne de la remise en cause des pouvoirs que les chefs tenaient d'un colonisateur essentiellement préoccupé de contrôler et de restreindre les droits de populations jugées dangereuses.

En une décennie la Cour de Cassation et le législateur d'abord, ont fait du droit coutumier mélanésien un droit s'intégrant dans le système juridique français, avec sa différence, certes.

Le paradoxe est de voir les autorités traditionnelles, si longtemps valorisées par la colonisation, reléguées à une fonction seconde sûrement plus proche de leur rôle traditionnel d'expression de la volonté du groupe. Certes, elles sont représentées au niveau du Sénat coutumier, mais la justice coutumière leur échappera de plus en plus sur le plan civil, et si elles se croyaient une légitimité à discipliner leurs sujets, la loi pénale le leur interdit désormais de façon claire et formelle (dès lors que la sanction sera attentatoire aux droits de l'homme).

La reconnaissance du droit à la différence en Nouvelle-Calédonie n'a donc pas grand chose à voir avec l'élaboration d'une citoyenneté dérogatoire : c'est même un processus inverse qui est en marche, la loi du juge étatique pouvant supplanter désormais la loi du clan, même s'il s'agit d'un juge étatique un peu particulier œuvrant dans une logique de territorialisation du droit.

Cette expérience rompt avec une approche assimilationniste qui partout où elle a été mise en oeuvre a conduit à l'inverse du résultat escompté : rares sont les pays africains qui ont su tirer les leçons de la suppression de leurs juridictions coutumières. Pour unifier leur droit, ils n'ont réussi qu'à accroître le fossé entre la population et la justice officielle pour rendre aux instances traditionnelles la plénitude de leur influence sociale.

La greffe sera longue et l'idée que la justice est une fonction régaliennne n'a rien d'une évidence hors d'Europe.

Quant à l'impact de l'affaire *Waehnya*, que l'on ne s'y trompe pas : certes la Cour de

---

<sup>375</sup> J. Guiart, Sociétés Mélanésiennes, idées fausses, idées vraies, *Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa 2001, p. 25 et suivantes.

Cassation a condamné des chefs et leurs “gendarmes coutumiers”, mais les sujets félons, doublement félons pour avoir renié la foi religieuse de la communauté, et leurs allégeances coutumières, vivent aujourd’hui hors de leur communauté bannis de leur univers social et familial. La loi du clan aura eu le dernier mot. Cette décision est plus un revers pour le passé colonial de la Nouvelle-Calédonie, d’avec lequel elle rompt avec force, qu’un revers pour la communauté mélanésienne. Les principes juridiques font parfois le droit, mais en l’occurrence, c’est encore la force à l’état brut de la collectivité visée au travers de ses responsables coutumiers, qui fait sa loi.

Ceci est d’autant plus important à prendre en considération qu’en Nouvelle-Calédonie, la force a toujours fait le droit : qu’il s’agisse des spoliations menées en violation des arrêtés gubernatoriaux au XIX<sup>ème</sup> siècle ou de celles menées en sens inverse au milieu des années 1980 lorsque les habitants européens de la brousse calédonienne durent fuir leurs demeures pour échapper aux exactions ; qu’il s’agisse de l’Ordonnance de 1982 qui serait demeurée probablement lettre morte sans les événements d’Ouvéa de 1989 et les Accords de Matignon qui suivirent. Le passé, comme le présent, font une place trop essentielle à la violence comme moteur d’évolution pour que les principes résultant de notre droit écrit s’imposent naturellement d’eux-mêmes.

Ces principes ont besoin d’être expliqués et, surtout, adaptés à la réalité sociale. C’est un rôle que la coutume judiciaire peut remplir. Car la Nouvelle Calédonie a trop longtemps été une terre de violences pour l’oublier si vite. Elle a trop longtemps été la terre des promesses non tenues, et des engagements écrits mais néanmoins invariablement violés ou ignorés depuis M. du Bouzet, en passant par MM Guillain et Feillet.

Certes le droit traditionnel connaît une érosion, mais celle-ci est certainement plus sensible sur la Grande-Terre que sur les Iles Loyautés où l’organisation en grandes-chefferies a toujours été mieux préservée du fait de leur isolement insulaire renforcé par le classement de ces Iles en réserves intégrales dès le XIX<sup>ème</sup> siècle, et du fait d’une organisation sociale plus assurée du fait des influences polynésiennes qui caractérisent leur peuplement. La vitalité du pouvoir traditionnel à Lifou s’est traduit par la confusion entre le pouvoir municipal et la grande-chefferie après que les grands-chefs de l’île aient prononcé l’interdiction de séjour du maire, détruit ses biens et bloqué le fonctionnement des institutions municipales jusqu’à la démission de ce dernier (*affaire Boula*).<sup>376</sup>

La vitalité du Droit traditionnel à Lifou a été récemment confrontée à la rigueur des principes du droit pénal français. La combativité du droit traditionnel et des autorités qui l’incarnent a jusqu’ici été assez bien servie par les obstacles qu’ils ont dû surmonter.

Enfin, l’expérience néo-calédonienne souligne la modernité de la notion d’*ordre public colonial* conçue voici un siècle par Henry Solus<sup>377</sup> pour tenter de concilier particularisme coutumier et respect de nos principes universalistes. Derrière l’archaïsme de la terminologie coloniale se dissimule une conception toujours d’actualité des rapports entre une communauté donnée et un système étatique lointain par la géographie et la culture. Cet *ordre public ultramarin* trouve aujourd’hui son instrument législatif - les *lois du pays* susceptibles d’un recours direct devant le Conseil Constitutionnel. La philosophie n’a pas considérablement évolué par rapport à ce qu’affirmait Henry Solus : “*Sans doute n’est-il point possible de caractériser cet ordre public colonial en faisant appel à la formule (...) selon laquelle "les juridictions indigènes appliquent la loi et les coutumes locales en tout ce qu’elles n’ont pas de*

---

<sup>376</sup> Tribunal correctionnel de Lifou, 46 / 94, 11 août 1994, *MP c/ Evanes Boula et autres*.

<sup>377</sup> Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927.

*contraire aux principes de la civilisation française". Une telle formule (...) n'est pas rigoureusement exacte : appliquée à la lettre, elle conduirait à une assimilation immédiate dans le domaine du droit privé et à une soumission des autochtones à toutes les institutions par lesquelles se caractérise aujourd'hui notre civilisation française. Or, un tel résultat serait inadmissible (...) la notion d'ordre public colonial qui sert, on l'a vu, à caractériser celles des règles et institutions juridiques qui sont destinées à promouvoir, dans les pays d'outre-mer et à l'usage des autochtones, un ordre social et une organisation juridique déterminés en fonction des nécessités et possibilités locales, est essentiellement relative et contingente ; elle varie tout à la fois suivant le lieu et suivant le temps (...) il en résulte qu'il n'est point possible d'arrêter, pour aucun pays et à aucun moment une énumération et une nomenclature définitive des dispositions qui doivent être considérées comme étant d'ordre public. C'est au législateur colonial et aussi au juge qu'il appartient, dans les différents pays d'outre-mer et aux époques successives de résoudre le problème en s'inspirant des circonstances et en tenant compte de ces deux facteurs entre lesquels il s'agit, en définitive, d'établir un équilibre satisfaisant : d'une part, les fins civilisatrices et les nécessités pratiques de l'œuvre de colonisation ; d'autre part, l'état politique, social et économique, la religion et les mœurs, les aptitudes et les aspirations des autochtones."*<sup>378</sup>

Cette conception d'un *ordre public ultramarin* ouverte et respectueuse de la dignité des communautés devrait trouver à s'appliquer lorsque devront être examinés la conformité, au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, des normes coutumières existantes et à venir, et la conformité à la Constitution des *lois du Pays* votées par le Congrès du territoire. Cette conception supposerait, au moins en droit public, de reconnaître les Kanaks en tant que peuple autochtone, au lieu de se limiter à reconnaître une citoyenneté "melting pot" à tous les Néo-calédoniens, toutes ethnies confondues.<sup>379</sup> La distorsion entre le droit privé et le droit public est ici évidente.

Car, l'expérience néo-calédonienne présente la particularité de reposer sur une double reconnaissance : la reconnaissance du droit traditionnel dans le pouvoir que les autorités coutumières ont de concilier les parties (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance de 1982), et la reconnaissance à des magistrats du pouvoir de faire de leurs décisions des instruments de modification du présent, de créer la coutume à partir d'éléments anciens certes, mais aussi d'éléments et de valeurs opportunistes.

Au-delà de cette particularité qui ajoute à la singularité de cette expérience mort-née entre 1982 et 1989, ravivée à partir des Accords de Matignon, il y a là un patient chantier de recherche de la vérité sociologique, doublé d'un redoutable travail de "faussaire" à justifier par la coutume (ou l'esprit de celle-ci) des solutions qui doivent être l'expression d'une vraie politique judiciaire plutôt que la tentative parfois impossible d'appliquer des textes ou des normes supplétives.

Ceux qui rédigeaient les coutumes des anciennes provinces du Royaume ne prirent pas la peine de dire qu'ils travaillaient à l'unification du droit. Ils y oeuvraient pourtant. S'ils ne sont peut-être pas parvenus à métisser les apports disparates, au moins parvinrent-ils à assumer l'articulation nécessaire à l'élaboration d'un instrument adapté pour la résolution des conflits de leur temps. N'est-ce pas ce que toute société attend de sa justice ?

Ne parviendrait-il qu'à cela, le juge "coutumier" néo-calédonien remplirait amplement sa mission en veillant toujours à observer une posture médiane, parfaitement équidistante, entre les deux écueils qui le guettent en permanence et qui ont pour nom : "colonisation juridique", et "apartheid juridique".

---

<sup>378</sup> H. Solus, Le problème actuel de la dot en Afrique noire, *R. J. P. U. F.*, 1950, p. 453 et s.

<sup>379</sup> Sur cette question voir, Nassira Belkacemi, Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne, thèse, Montpellier I, 1996. Et du même auteur, Les autochtones français : populations ou peuples ? *Droit et Cultures*, n° 37, 1999-1, p. 25 à 52.

## PRINCIPAUX JUGEMENTS ET ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE CITES

### DECISIONS CIVILES :

#### Décisions anciennes

- Cass. civ., 16 février 1885, *Rasson Guanadicarayaodear c/. Apoudaodeai*, *Rec. Sirey* 1888, 1<sup>ère</sup> partie, p. 479 ;  
Tribunal Supérieur d'appel de Nouméa, 28 février 1920, *Recueil Daresté*, 1920, III, p. 96 ;  
Tribunal Supérieur d'appel de Nouméa, 11 juillet 1921, *Recueil Daresté*, 1921, III, p. 238 ;  
Tribunal Supérieur d'appel de Nouméa, 8 août 1923, *Recueil Daresté*, 1923, III, p. 111 ;  
Cour d'appel de Nouméa, 19 septembre 1933, *Penant*, 1934, I, p. 86 ;  
Cour d'appel de Dakar, 19 novembre 1948, *José de Souza c/ Dame De Souza*, *Penant*, 1952, I, p. 12 s. note J. Brethe de la Gressaye ;  
Tribunal de Cotonou, 19 septembre 1949, *Dame Agbo c/ Agbo*, *Penant*, 1952, I, p. 12 s. note J. Brethe de la Gressaye ;  
Cass. civ., 2<sup>o</sup>, 28 janvier 1954, *Gazette du Palais*, 1954, I, 205 ou *Dalloz* 1954, p. 217 ;  
Chambre d'annulation de l'Afrique occidentale française, arrêts des 20 mai et 24 juin 1954, *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1954, p. 605 s., note J. Chabas ;  
Cour d'Appel de Paris, 20 décembre 1976, *Tribu de Bunlap et Bong Watase c/ époux Gourguechon et association Connaissance du monde*, *Recueil Dalloz Sirey* 1978, 374 note Agostini ;

#### 1987

- Cour d'appel de Nouméa, 9 avril 1987, *Clan Mararheu c/. Clan Nerho*, *Semaine Juridique*, II, 20880 ;  
Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 167 du 23 novembre 1987, *Gnibekan c/. Kate* ;

#### 1989

- Tribunal civil de Nouméa, 22 mai 1989, *Rokuad c/ Hmeun* ;  
Tribunal civil de Nouméa n° 780 du 2 octobre 1989, *Nonmoigne* ;  
Tribunal civil de Nouméa, n° 1038 du 6 novembre 1989, *Nyipi* ;

#### 1990

- Cour d'appel Nouméa, n° 83 du 13 avril 1990, *Poadae* (sur appel de l'ordonnance du juge des tutelles de Koné, en date du 4 avril 1990. Arrêt qui donnera lieu à cassation : arrêt 1209 P du 13 octobre 1992) ;  
Tribunal civil de Nouméa, n° 930 du 11 juin 1990, *V<sup>ve</sup> Siuli Maleta* ;  
Tribunal civil de Nouméa, 25 juin 1990, *époux Héo* ;  
Sect. Koné, n° 2 du 16 mai 1990, *Pime c/ Poedi* (jugement renvoyant à la composition avec assesseurs) ;  
Section détachée de Koné, n° 19 du 22 août 1990, *Pime c/ Poedi* (jugement avant dire droit) ;  
Cour d'Appel de Nouméa, arrêt n° 189 du 27 août 1990, *Hmeun c/ Rokuad* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n° 195 du 3 septembre 1990, *Nonmoigne* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n° 196 du 3 septembre 1990, *Nyipi* ;  
Section détachée de Koné, n° 35 du 21 novembre 1990, *Pime c/ Poedi* (jugement définitif) ;

## 1991

Cass. civ., 2<sup>o</sup>, 6 février 1991, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93, note Orfila ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 42 du 21 mars 1991, *époux Kuanene* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 43 du 21 mars 1991, *époux Heo Félix* ;  
Sec. Koné, n<sup>o</sup> 27 du 15 mai 1991 (jugement supplétif d'acte de naissance) *Waka Atwa* ;  
Tribunal civil de Nouméa, n<sup>o</sup> 941 du 1<sup>er</sup> juillet 1991 ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 95 du 4 septembre 1991, *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 242 du 26 septembre 1991, *Wenehoua c/ Watrone* (avant dire droit) ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 115 du 12 novembre 1991, *Napoarapoe c/ Poinri-Naouna* ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 116 du 12 novembre 1991, *Naouna c/ Porin-Pouea* ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 125 du 20 novembre 1991, *Boaoutho et autres c/ Goa-Houala* ;

## 1992

Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 16 du 15 janvier 1992, *Cadin* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 17 du 15 janvier 1992, *Wajoka* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 18 du 15 janvier 1992, *Guyette* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 19 du 15 janvier 1992, *Waithico* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 20 du 15 janvier 1992, *Herpet* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 21 du 15 janvier 1992, *Goropoumawan* ;  
Cour d'appel Nouméa, n<sup>o</sup> 22 du 15 janvier 1992, *Bokoe-Gowe* ;  
Tribunal civil de Nouméa, n<sup>o</sup> 120 du 3 février 1992, *Uregei c/ Wainebengo* ;  
Cour d'Appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 41 du 30 mars 1992, *Poacoudou* ;  
Cass. civ., 1<sup>o</sup>, 13 octobre 1992, J.C.P. 1992, IV, n<sup>o</sup> 3046, *Poadae* ;

## 1993

Tribunal civil de Nouméa, n<sup>o</sup> 575 du 5 avril 1993 ;  
Section détachée de Lifou, n<sup>o</sup> 147 du 16 avril 1993, *Wainebengo c/ Roine* ;  
Sect. Lifou, n<sup>o</sup> 192 du 26 août 1993, *Mataika c/ Viliamo-Passa* (divorce entre personnes de statuts différents) ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 69 du 18 août 1993, *Midja c/ Ouaiegnepe* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 400 du 6 septembre 1993, *Wainebengo c/ Uregei* (arrêt avant dire droit) ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 467 du 27 septembre 1993, *Poadae* (avant dire droit et sur renvoi après cassation) ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 567 du 22 novembre 1993, *Wenehoua c/ Watrone* ;  
Section détachée de Koné, n<sup>o</sup> 131 du 1<sup>er</sup> décembre 1993, *Iwan c/ Seiko* ;  
Section détachée de Lifou, n<sup>o</sup> 217 du 3 décembre 1993, *Tanghmelen c/ Wapo* ;  
Section détachée de Lifou, n<sup>o</sup> 220 du 3 décembre 1993, *Hnau c/ Boula* ;  
Section détachée de Lifou, n<sup>o</sup> 219 du 3 décembre 1993, *Wapo c/ Harper* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n<sup>o</sup> 595 bis du 6 décembre 1993, *Naouna c/ Porin-Pouea* ;

## 1994

Section détachée de Lifou, n° 1 du 14 janvier 1994, *Wenenina c/ Uregei* ;  
Section détachée de Koné, n° 3 du 19 janvier 1994, *Iwan c/ Seiko* ;  
Section détachée de Lifou, n° 3 du 17 février 1994, *Tumahai c/ Wanyanyape* ;  
Section détachée de Koné, n° 38 du 20 avril 1994, *Thidjite c/ Pibee* ;  
Section détachée de Koné, n° 37 du 20 avril 1994, *Oudodopoe épouse Bova c/ Daoulo* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n° 463 du 10 novembre 1994, *Poadae* ;

## 1995

Cour d'appel de Nouméa, n° 387 du 18 septembre 1995, *Watrone c/ Wenehoua*, (arrêt avant dire droit) ;  
Cour d'appel de Nouméa, n°397 du 25 septembre 1995, *Wainebengo c/ Uregei* ;  
Cour d'appel de Nouméa, n° 460 du 04 décembre 1995, *Watrone c/ Wenehoua* (arrêt avant dire droit) ;

## 1996

Cour d'appel de Nouméa, n° 194 du 24 juin 1996, *Watrone c/ Wenehoua* (arrêt définitif) ;  
Cour d'appel de Nouméa, n° 328 du 02 septembre 1996, *Hmejezie c/ Atrea* ;

## 1997

Sect. Lifou, jugement n° 5 du 26 février 1997, *Wapo c/ Goice* ;  
Sect. Koné, jugement n° 17 du 11 février 1997, *GDPL Kam c/ Tiaou* ;  
Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1278 du 9 juin 1997, *Apikaoua - Joseph* ;  
Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1064 du 12 mai 1997, *Crombez-Majele* ;  
Sect. Koné, ordonnance de référé n° 136 du 12 août 1997, *GDPL Goropu c/ Nataou* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 58 du 18 juillet 1997, *Palene c/ Siwoine* ;  
Tribunal civil Nouméa, jugement n° 2236 du 15 septembre 1997, *Dame Sipa née Boaouva* ;  
Tribunal civil Nouméa, ordonnance n° 1775 du 5 août 1997, *Luenu c/ Wajoka* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 129 du 17 décembre 1997, *Imeot c/ Wanapopo* ;  
Sect. Lifou jugement n° 118 du 11 décembre 1997, *Sineitra c/ Ujicas et autres* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 117 du 10 décembre 1997, *Iwame c/ Ua* ;

## 1998

Sect. Lifou, jugement n° 16 du 4 mars 1998, *Outhemek c/ Cica* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 7 du 28 janvier 1998, *Hnawia c/ Wacailali* ;  
Tribunal civil Nouméa, jugement n° 22 du 5 janvier 1998, *Yacobo* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 55 du 26 juin 1998, *Jewine c/ Pautre* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 27 du 8 avril 1998, *Xozame c/ Jaine* ;  
Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 121 du 8 juin 1998, *Tialetagi c/ Lie* (arrêt avant dire droit) ;  
Sect. Lifou, jugement n° 55 du 26 juin 1998, *Jewine c/ Pautre*, (jugement avant dire droit) ;  
Tribunal civil Nouméa, jugement n° 1639 du 20 juillet 1998, *Leulagi - Tiaouniane* ;

Sect. Lifou, jugement n° 64 du 22 juillet 1998, *Hue c/ Qapitro* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 59 du 17 juillet 1998, *Sipa c/ Bearune* ;  
Sect. Lifou, jugement n° 56 du 8 juillet 1998, *Ujicas c/ Katrawa* ;  
Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 272 du 16 novembre 1998, *Hnageje c/ Saiko* ;  
Section Lifou, jugement n° 125 du 18 décembre 1998, *Jewine c/ Pautre* ;

## 1999

Cour d'appel Nouméa, arrêt n° 28 du 12 avril 1999, *Tialetagi c/ Lie* ;  
Tribunal civil de Nouméa, n° 946 du 17 mai 1999, *Trutrune c/ Waia* ;  
Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 1327 du 28 juin 1999, *Trutrune c/ Waia* ;  
Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 360 du 20 décembre 1999, *Cica c/ Kaoupa* ;  
Tribunal civil de Nouméa, jugement n° 2082 du 30 août 1999, *Bouillant épouse Kothi c/ Bearune* ;

## 2000

Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 140 du 5 juin 2000 *Ministère public c/ Trutrune* ;  
Nouméa, arrêt n° 319 du 26 octobre 2000, *Katrawa c/ Ujicas* ;  
Tribunal civil de Nouméa, ordonnance n° 2811 du 31 octobre 2000 ;  
Cour d'appel de Nouméa, arrêt n° 341 du 23 novembre 2000, *Ministère public c/ Trutrune* ;

## 2001

Cour d'appel de Nouméa, n° 397 du 21 mai 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala* (arrêt avant dire droit) ;  
Cour d'appel de Nouméa, 26 novembre 2001, *Teimboanou c/ Tein Mala* ;

## ARRETS RENDUS EN MATIERE CRIMINELLE OU JUGEMENTS CORRECTIONNELS :

### SUR LA CONTRAINTE MORALE

Cour criminelle de l'A.E.F., siégeant à Fort Lamy, 4 février 1953, *Penant*, 1954, III, p. 281 s., note Léauté ;  
Cour d'assises de la Nouvelle-Calédonie, arrêt n°14-b du 20 juillet 1994, *Ministère public c/ Pebou-Polae* ;

### SUR LES SANCTIONS COUTUMIERES

Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres* ;  
Tribunal correctionnel de Lifou, 46, 47, 48, et 50, du 11 août 1994, *MP c/ Evanes Boula et autres* ;  
Cour d'assises de N<sup>lle</sup>-Calédonie, n°4 du 17 avril 1996, *M.P. c/ Pouya* (affaire de la tribu de Néami) ;  
Tribunal Correctionnel Lifou, n° 35/99, du 8 avril 1999, *M.P. c/ Meite* ;  
Tribunal correctionnel de Lifou, n°46/99 du 17 juin 1999, *M.P. c/ Waehnya et autres* ;  
Cass. crim., 10 octobre 2000, n° 5871, *Waehnya* (affaire des chefs de *Chepenehe*) ;

**AUTRES :** Cass. crim. 10 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 10 ;

## LISTE DES PRINCIPAUX TEXTES CITES

### STATUT DU TERRITOIRE

Loi n° 86-844 du 17 juillet 1986, *relative à la Nouvelle-Calédonie*, J.O.R.F. 19 juillet 1986, p. 8927.

Loi référendaire, n° 88-1928 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, JORF, 17 novembre 1988, p. 1853-1863.

Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (J.O.R.F, 21 mars 1999, p. 4197).

### ORGANISATION JUDICIAIRE

Ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982 (Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie du 29 octobre 1982).

Loi n° 89-376 du 13 juin 1989 publiée au Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (JONC) du 27 juin 1989. Cette loi a adjoint deux sections détachées au Tribunal de première instance de Nouméa : section détachée de Koné (Province Nord) et section détachée de Lifou (Province des Iles).

Ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992 *relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer*, laquelle étend (en ses articles L. 933-1 à L. 933-3) aux sections détachées le mécanisme des assesseurs coutumiers, Journal officiel de la République Française, 16 octobre 1992, p. 14518 et suivantes.

### STATUT COUTUMIER ET ETAT CIVIL

Arrêté n° 1.305, du 30 décembre 1908, *Arrêté au sujet de l'état civil indigène*, JONC, 1<sup>er</sup> février 1909, p. 51.

Décret du 30 mai 1933 relatif à la *condition juridique des métis nés de parents inconnus en Nouvelle-Calédonie*, JONC, 29 juillet/5 août 1933, p. 463.

Arrêté 631 du 21 juin 1934, *portant création d'un Etat civil des Indigènes*, JONC, 15 juillet 1934, pp. 299-301.

Arrêté n° 1195 du 28 août 1954 *modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes*, JONC, 13 septembre 1954, p. 453.

Arrêté n° 1913 du 20 décembre 1955 *modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes*, JONC, 26 décembre 1955, p. 691.

Délibération du 20 mai 1958.

Délibération n° 189 du 19 novembre 1964, JONC, 21 décembre 1964 p. 1060.

Délibération, n° 424, du 3 avril 1967 (modifiant l'arrêté n°631, du 21 juin 1934), JONC, 27 avril 1967 p. 360.

Circulaire, n° 13-2815/STAG, du 25 août 1967 du Gouverneur de la N<sup>lle</sup>-Calédonie & Dépendances, *relative au fonctionnement de l'état civil des citoyens de statut particulier* (prise en application de la Délibération 424 du 3 avril 1967).

Loi, n° 70-589, du 9 juillet 1970, *relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer*, J.O.R.F. du 10 juillet 1970, p. 6459.

Ordonnance n° 85-1185 du 13 novembre 1985 *relative à la réforme foncière en Nouvelle-Calédonie et modifiant l'ordonnance 82-880 du 15 octobre 1982*, J.O.N.C. 18 novembre 1985, p. 1804-1806.

Délibération n° 314 / CP du 18 mai 1994 *portant réforme de la procédure civile relative au droit des personnes, au droit de la famille, aux droits de l'enfant, et à diverses dispositions* (les articles 23 à 32 définissent les modalités de la rectification des actes de l'état civil) J.O.N.C., 14 juin 1994, pp. 1935-1954.

## TERRES COUTUMIERES, SUCCESSIONS, ET ORGANISATION ADMINISTRATIVE DE LA SOCIETE MELANESIENNE

Actes relatifs à la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie (acte n° 18) : Déclaration du Chef de Division, Gouverneur des Etablissements français de l'Océanie, relative à *la propriété et à l'aliénation des terres, en Nouvelle-Calédonie et dépendance*, en date du 20 janvier 1855, B.O.N.C. 1853-1855, p. 26.

Arrêté, n° 147, du 24 décembre 1867 *déclarant pas voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*, BONC 1867, p. 350.

Arrêté, n° 13, 22 janvier 1868 relatif à *la constitution de la propriété territoriale indigène*, BONC 1868, p. 17.

Arrêté, n° 120, du 6 mars 1876, relatif au cantonnement des indigènes, B.O.N.C., pp. 208-210.

Décision, n° 246, en date du 4 juin 1876, du Contre-Amiral Gouverneur, Grand Chef de Maré, portant règlement de Maré, Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie, 1876, pp. 394-397.

Arrêté, du 23 novembre 1897, n° 864. - *Arrêté du Gouverneur : procédure à suivre pour le cantonnement des indigènes* (gouverneur Feillet), Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie, 1897, p. 563.

Décision, n° 840, du 9 août 1898, relative à l'organisation du Service des Affaires indigènes, Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie, 1898, pp. 366-376.

Arrêté du 6 septembre 1899, n° 832 (bis). - *Arrêté du Gouverneur : il ne sera accordé ni concession, ni vente de terrain, ni concessions de mines, ni permis de recherches minières sur l'étendue du territoire des îles Loyalty*, Bulletin officiel de la Nouvelle-Calédonie, 1899, p. 530.

Arrêté du 6 juillet 1954, n° 895, *fixant les attributions du service des affaires autochtones*, JONC, 19 juillet 1954, p.346.

Délibération n° 67, du 10 mars 1959, JONC du 6/13 avril 1959, p. 206.

Délibération n° 11, du 20 juin 1962, *relative à la liquidation des successions des citoyens de statut particulier*, JONC, 23 juillet 1962, p. 626.

Délibération n° 251 du 26 novembre 1965, *modifiant la délibération n° 11 du 20 juin 1962 portant réglementation relative à l'établissement des certificats divers en matière de succession pour les citoyens de statut civil particulier*, JONC 23 décembre 1965, p. 997.

Délibération, n° 116, en date du 14 mai 1980, *fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière*, JONC, 2 juin 1980, p. 627. Ce texte affirme le droit des clans d'accéder à la propriété coutumière (article 4) et définit leur représentation (article 5).

Délibération n° 148 du 8 septembre 1980, *portant organisation de la succession des biens immobiliers appartenant aux citoyens d statut particulier et acquis sous le régime du droit civil*, JONC du 29 septembre 1980, p. 1136.

Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (JONC du 29 octobre 1982, p. 1937)

## DIVERS

Ordonnance n° 82-879 du 15 octobre 1982 portant création d'un office culturel, scientifique et technique canaque, J.O.N.C. du 29 octobre 1982, p. 1636.

## AUTRES TERRITOIRES

### Wallis et Futuna

Loi, n° 61-814, du 29 juillet 1961 *conférant aux Iles Wallis et Futuna le statut de Territoire d'outre-mer*,

JONC, 21 août 1961, p. 609-612.

Arrêté, n° 2063, du Haut-Commissaire de la République dans l'Océan Pacifique, en date du 20 septembre 1978, portant organisation d'une juridiction de droit local dans le territoire de Wallis et Futuna (*Journal Officiel de Wallis*).

### **Polynésie**

Ordonnance du 24 mars 1945, relative à la suppression du statut particulier en Polynésie française.

### **Autres**

Décret n° 973, du 13 décembre 1940, pris en application du décret du 15 juin 1939, J.O.A.E.F. 1941, p.28.

Décret du 3 avril 1946, portant suppression de la justice indigène en matière pénale, *J.O.R.F*, 1<sup>er</sup> mai 1946, p. 3680.

## BIBLIOGRAPHIE

### - SUR LES INSTITUTIONS :

- François Luchaire, *Le Droit d'Outre-Mer et de la Coopération*, 2<sup>ème</sup> édition, PUF, Coll. Thémis, 1965 ;
- Colloque "L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie", actes publiés à la revue *Droit et Cultures*, n°37, 1999/1 ;
- Anne-Marie Le Pourhiet, *Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme*, *RDP*, 1999-4, p. 1023 ;
- J.-Y. Faberon, *La loi du pays*, in *Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, Paris, 2000 ;
- François Garde, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Coll. Mondes Océaniens, L'Harmattan, 2001, 354 pp ;
- Nassira Belkacemi, *Contribution à l'étude des peuples autochtones en droit international et en droit interne*, thèse, Montpellier I, 1996 ;
- Nassira Belkacemi, *Les autochtones français : populations ou peuples ?*, *Droit et Cultures*, n° 37, 1999-1, p. 25 à 52.

### - SUR LE STATUT PERSONNEL :

- Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927 ;
- Chatelain, *L'évolution du statut des populations d'outre-mer en droit public*, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1947, p. 83 - 96 ;
- G. - H. Camerlynck, *De la renonciation au statut personnel*, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1949, p. 129 - 145 ;
- Pierre Decheix, *De la renonciation au statut personnel*, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1957, p. 128 - 131 ;
- Rougeuil Drouhet, *De l'unification de l'état civil dans les territoires d'outre-mer*, *Penant*, 1953, 2, p. 41 - 46 ;
- Lampué, *Les conflits des lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français*, *Revue critique de droit international privé*, 1954 ; p. 249 et s ;
- F. Luchaire, *Le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer*, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1955, p. 1 - 52 ;
- Yvon Gouet, *L'article 82 de la constitution relatif à l'option de statut et l'élaboration de la "théorie des statuts civils" du droit français moderne*, *Penant*, 1957, 2, p. 3 à 94 ;
- René Pautrat, note sous l'avis du Conseil d'Etat (section finance) du 22 novembre 1955 (n° 262-176) relatif aux formes et conditions de la renonciation au statut personnel particulier *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 350 - 356 ;
- Thiam Doudou, *La portée de la citoyenneté française dans les territoires d'outre-mer*, thèse, Poitiers, 1953.
- Alain Boyer, *Le statut constitutionnel des territoires d'outre-mer et l'Etat unitaire, contribution à l'étude des articles 74, 75, 76 de la constitution du 4 octobre 1958*, *Economica*, mars 1998, 260 pp.

### - SUR LA SOCIETE MELANESIENE :

- Lambert,<sup>380</sup> *Mœurs et superstitions des Néo-Calédoniens*, Nouméa, *Nouvelle Imprimeries Nouméennes*, 1900 (réédition par les Publications de la Société d'Etudes Historiques de la Nouvelle-Calédonie, n°14,

---

<sup>380</sup> L'auteur était missionnaire en Nouvelle-Calédonie de 1856 à 1903.

1980) ;

Maurice Leenhardt,<sup>381</sup> *Gens de la Grande Terre*, Paris, Gallimard, 1937 (réédition 1953) ;

Maurice Leenhardt, *Do Kamo. La personne et le mythe dans le monde mélanésien*, Paris Gallimard, 1947 ;

Maurice Leenhardt, *De la mort à la vie*, Paris 1953 ;

Jean-Marie Tjibaou, *Etre Mélanésien aujourd'hui*, *Revue Esprit*, septembre 1981, n°57 ;

Michel Naepels, *Histoires de terres kanakes*, 1998, Coll. Socio-histoires, *Belin*, 329 pp. ;

Alban Bensa (dir.), *En Pays Kanak*, *Editions de la Maison des sciences de l'homme*, Paris, 2000 ;

Jean Guiart, Maurice Leenhardt, le lien d'un homme avec un peuple qui ne voulait pas mourir, *Editions Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa, 1997 ;

Jean Guiart, *La Terre qui s'enfuit. Les pays canaques anciens de la Foa à Moindou*, Kouaoua et Bourail, *Editions Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa, 1998, 164 pp. ;

Jean Guiart, *Sociétés mélanésiennes. Idées fausses, Idées vraies*, *Editions Le Rocher-à-la-Voile*, Nouméa, 2001, 133 pp.

#### - ETUDES HISTORIQUES :

Nombreuses publications de la Société d'Etudes Historiques de la Nouvelle-Calédonie, et particulièrement :

B. Brou, *Histoire de la Nouvelle-Calédonie – Les Temps modernes : 1774 – 1925*, Publications de la S.E.H.N.C., Nouméa, 1973.

Blandine Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves, réflexions sur l'histoire des Etats*, *Ed. Payot*, 1989 ;

Rosèlene Dousset-Leenhardt, *Terre natale, Terre d'exil*, G.-P. *Maisonneuve & Larose*, 1976 ;

Rosèlene Dousset-Leenhardt, *Colonialisme et contradictions*, *L'Harmattan*, 1978 ;

Joël Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie*, *L'Harmattan*, 1989 ;

#### - OUVRAGES GENERAUX DE SOCIOLOGUES ET DE JURISTES.

Norbert Rouland (dir.) *Droit des minorités et des peuples autochtones*, *Presses Universitaires de France*, Paris, 1996 ;

Larrieu, *La place des usages et des coutumes dans l'ordre juridique national*, in J.-P. Martres et J. Larrieu (dir.) *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, *Economica*, 1993, p. 35-46 ;

P. de Deckker (dir.) *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, *L'Harmattan*, 1995 ;

D. Lochak, *les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences*, in A. Fenet et G. Soulier (dir.) *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Paris, *L'Harmattan*, 1989, pp. 111-184 ;

J.-Y. Faberon et Y. Gautier (dir.) *Identité, nationalité et citoyenneté dans les territoires d'outre-mer*, *CHEAM, La Documentation Française*, 1999 ;

G. Orfila, *La Nouvelle-Calédonie et le Droit*, *L'Harmattan*, 1998 ;

G. Orfila, *Régime législatif, réglementaire et coutumier de la Nouvelle-Calédonie*, Coll. Logiques juridiques, *L'Harmattan*, 2000, 148 pp. ;

Jean-Luc Delahaye,<sup>382</sup> *Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie, essai d'analyse de la jurisprudence locale*, Nouméa janvier 1995, non publié (document disponible à la Cour d'appel de Nouméa) ;

---

<sup>381</sup> L'auteur était missionnaire en Nouvelle Calédonie de 1902 à 1926

<sup>382</sup> Magistrat, Président de chambre à la Cour d'Appel de Nouméa de novembre 1992 à septembre 1995.

Manuelli-Ridel Blandine, L'adoption coutumière en milieu mélanésien, mémoire de D.E.A., juillet 1998, Université Française du Pacifique, 77 pp.

**- CONTRIBUTIONS ET ARTICLES :**

J-M Girault, Rapport sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, document du sénat n° 264, annexe au procès verbal de la séance du 20 avril.

Gilles Lucazeau,<sup>383</sup>Le temps en droit pénal, Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie, *Revue de science criminelle* (3), juillet-septembre 1990 p. 521 - 537 ;

Fote Trolue, Le Kanak, le clan et la terre face au développement de la Nouvelle-Calédonie, Actes du V<sup>ème</sup> colloque C.O.R.A.I.L., La Terre, p. 157 et s. , Nouméa octobre 1993.

Guy Agniel, Statut civil particulier et statut civil de droit commun, en Nouvelle-Calédonie. Coexistences et interférences (non publié) ;

G. Agniel, les adaptations juridiques des particularismes locaux, in P. de Deckker (dir.) Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud, *L'Harmattan*, 1995, pp. 52-79 ;

Jean-Yves Faberon, Nouvelle-Calédonie et Constitution : la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, *RDP*, 1-1999, p. 113 ;

Gilda Nicolau, L'autonomie de la coutume canaque, *Revue Juridique et Politique - Indépendances et Coopération*, 1992, 2, avril-juin, pp. 219-257 ;

Gilda Nicolau, Le Droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie, *Droit et Cultures*, 37, 1999/1, pp. 53-70 ;

Gilda Nicolau, Identité et accès à la justice, in Identité, nationalité et citoyenneté dans les territoires d'outre-mer, *CHEAM, La Documentation Française*, 1999, pp. 104-132 ;

Gérard Orfila, Réflexions sur la coutume mélanésienne, *Revue Juridique et Politique - Indépendances et Coopération*, n°2, mai - juin 1989.

Jean-Louis Vivier, L'émergence du statut personnel des indigènes de Nouvelle-Calédonie, *Petites Affiches*, 8 sept. 1986, pp. 20-22 ;

Jean-Louis Vivier, Le droit français face à la coutume canaque, *Revue Juridique et Politique - Indépendances et Coopération*, 3, octobre-décembre 1990, pp. 470-476 ;

Jean-Louis Vivier, Les limites du Statut Personnel des Kanaks, *Revue Juridique et Politique - Indépendances et Coopération*, 1992, n° 4.

**DROIT COLONIAL ET DROIT COMPARE :**

Isabelle Merle, Le régime de l'indigénat et l'impôt de capitation en Nouvelle-Calédonie. De la force et du droit : la genèse d'une législation d'exception ou les principes fondateurs d'une ordre colonial, in Alain Saussol et Joseph Zitoniévsky (dir.) Colonies, Territoires, Sociétés, *L'Harmattan*, 1996, p. 223 et s.

Henry Solus, Le problème actuel de la dot en Afrique noire, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1950, p. 453 - 471 ;

J. Chabas, La conciliation devant les tribunaux de droit local de l'Afrique occidentale française, *Revue Juridique et Politique de l'Union Française*, 1953, p. 333 s. ;

G. Amadéo, Ordre public et droit privé négro-africain, *Revue Juridique et Politique de l'Union française*, 1958, p. 605 - 636 ;

Australian Law Reform Commission, *The Recognition of Aboriginal Customary Laws*, Canberra, n° 31, A. G. P. S., 1986;

Mc Rae, Nettheim & Beacroft, *Aboriginal Legal Issues*, Law Book Company Ltd, 1991 ;

---

<sup>383</sup> Avocat Général, puis Procureur Général près la Cour d'Appel de Nouméa de 1986 à 1992.

- J.-P. Martres et J. Larrieu (dir.) Coutumes et droit en Guyane, Paris, *Economica*, 1993, p. 35-46 ;
- G. Hellis, Papua New Guinea shapes its legal system, *Australasian Law Times*, décembre 1993 p.10.
- P. de Deckker (dir.) Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud, *L'Harmattan*, 1995 ;
- Dominique Darbon, et Jean du Bois de Gaudusson (dir.), La Création du droit en Afrique, *Karthala*, 1997 ;
- R. Lafargue, La Révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des Aborigènes d'Australie, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, n°5, septembre - octobre 1994, pp. 1329-1356.
- R. Lafargue, La Révolution Mabo et l'Australie face à la tentation d'un nouvel apartheid, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, novembre 1999, n°43, pp. 89-134.
- R. Lafargue, Droits de l'Homme, Politiques judiciaires et Gestion Communautaire des Conflits : la normalisation des rapports inter-ethniques par l'adaptation du droit anglo-australien à la coutume aborigène, *Droit et Cultures*, n°31 (juillet 1996) pp. 319-265.
- R. Lafargue, Le Traité de Waitangi : le Symbole et le Droit, de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, n°2, mai-août 1999, p. 215-244.
- R. Lafargue, L'Etat de droit et le nouveau code des personnes et de la famille en Centrafrique : demain peut-être... la fin des modèles, *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération*, n°1, janvier - avril 1997, pp. 49-84.
- R. Lafargue, Entre rupture et continuité : la place du droit coutumier dans la définition du nouvel ordre juridique démocratique, *Actes du colloque de Saint-Denis* (des 7 et 8 décembre 1999) sur le thème Droit et transition démocratique en Afrique du Sud (à paraître à la revue *Droit et Cultures*).
- Ross Gordon Green, Justice in Aboriginal Communities : sentencing alternatives, Purish Publishing, 1998, 192 pp.
- Luke McNamara, Indigenous community participation in the sentencing of criminal offenders : circle sentencing, *Indigenous Law Bulletin*, 2000, 5 (4) ;

#### AUTRES

- J.-M. Colombani, L'utopie calédonienne, Denoël, Paris, 1985.
- Jacqueline Sénès, La vie quotidienne en Nouvelle-Calédonie de 1850 à nos jours, Hachette, 1985, 349 pp.
- Anne Pitoiset, Nouvelle-Calédonie, Horizons Pacifiques, Editions Autrement, 1999, Paris, 280 pages.

## ANNEXES

ANNEXE 1

TEXTES RELATIFS A L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Document n° 1 : Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel.<sup>384</sup>

---

## RAPPORT AU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

---

Monsieur le Président,

La présente ordonnance institue des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel.

Sur ce territoire coexistent deux types de statuts civils :

Le statut civil de droit commun qui relève de la loi ;

Le statut civil de droit local inspiré par des règles coutumières.

Les litiges concernant les personnes soumises au statut civil de droit local sont actuellement réglés par les autorités coutumières ou déferés par les plaideurs devant le tribunal civil.

L'ordonnance rappelle tout d'abord le rôle de conciliation rempli par les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local.

Elle prévoit également que lorsque l'une des parties porte le litige devant le tribunal civil celui-ci se complète par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, ayant voix délibérative.

S'il est interjeté appel du jugement, la cour d'appel est également complétée par des assesseurs coutumiers.

**Cette mesure**, qui tend à faire participer les citoyens relevant du statut civil particulier au fonctionnement de la justice, **est justifiée par le caractère très complexe des coutumes mélanésiennes dont la plupart sont orales et qui, de ce fait, demeurent d'accès difficile aux magistrats professionnels affectés dans le territoire.**

Les assesseurs sont choisis chaque année par l'assemblée générale de la cour d'appel sur proposition du procureur général près ladite cour.

Une ordonnance du président de la juridiction saisie désigne ensuite les assesseurs appelés à compléter la formation de jugement.

Enfin, il est précisé que les parties peuvent, d'un commun accord, choisir d'écarter ces dispositions particulières et demander l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction.

Tel est l'objet de la présente ordonnance que nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation.

Veillez agréer, monsieur le Président, l'assurance de notre profond respect.

---

---

<sup>384</sup> *Journal officiel* de la République Française, 17 octobre 1982, p. 3106 suiv., et *J.O.N.C.* 29 octobre 1982, p. 1633 suiv. Cette ordonnance est la première des quatre ordonnances prises à la même date :

- Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel ;
- Ordonnance n°82-878 du 15 octobre 1982 relative au développement économique de la Nouvelle-Calédonie ;
- Ordonnance n°82-879 du 15 octobre 1982 portant création d'un office culturel, scientifique et technique canaque ;
- Ordonnance n°82-880 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances.

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre, du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, et du garde des sceaux, ministre de la justice ;

Vu la loi n°82-127 du 4 février 1982 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à promouvoir les réformes nécessitées par la situation en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n°76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, modifiée par la loi n°79-407 du 24 mai 1979 ;

Après consultation de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie ;

Le Conseil d'Etat entendu,

Le conseil des ministres entendu,

### **Ordonne :**

**Art. 1<sup>er</sup>.** - Les autorités coutumières des collectivités mélanésiennes de droit local régulièrement instituées sont investies du pouvoir de conciliation entre citoyens de statut particulier dans les matières régies par ce statut.

**Art. 2.** - Les contestations entre citoyens de statut civil particulier, sur des matières régies par ledit statut peuvent être directement portées, à l'initiative de l'une quelconque des parties, devant le tribunal de première instance.

**Art. 3.** - Lorsque le tribunal de première instance est saisi des litiges mentionnés à l'article précédent, il est complété par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair.

Lorsque la cour d'appel est saisie des mêmes litiges, elle est complétée par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, qui n'ont pas connu de l'affaire en première instance.

Les assesseurs ont voix délibérative.

**Art. 4.** - Les assesseurs sont choisis parmi les personnes de nationalité française, de statut civil particulier, âgées de plus de vingt-cinq ans, présentant des garanties de compétence et d'impartialité.

Une liste comprenant au moins cinq assesseurs de chaque coutume est établie, chaque année, par l'assemblée générale de la cour d'appel, sur proposition du procureur général.

**Art. 5** - 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.

Sous cette réserve, les assesseurs d'une même coutume sont appelés dans l'ordre de leur inscription sur la liste prévue à l'article 4.

**Art. 6.** - Avant d'entrer en fonctions, les assesseurs coutumiers prêtent devant la cour d'appel le serment prévu à l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958.

**Art. 7.** - Les citoyens de statut particulier peuvent d'un commun accord réclamer devant le tribunal de première instance l'application à leur différend des règles de droit commun relatives à la composition de la juridiction. Cette demande doit être présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

Le juge interroge spécialement les parties sur ce point et leur accord est consigné dans la décision.

**Art. 7-1.** - (*Ordonnance 92-1150 du 12 octobre 1992*) Les sections détachées du tribunal de première instance sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par la présente ordonnance.

**Art. 8.** - Les assesseurs coutumiers entreront en fonctions le 1<sup>er</sup> janvier 1983. Les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux instances engagées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1983.

**Art. 9.** - Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le secrétaire d'Etat auprès du ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de la décentralisation, chargé des départements et des territoires d'outre-mer, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution de la présente ordonnance, qui sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

**Art. 1<sup>er</sup>.** - Les dispositions suivantes sont applicables dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie :

**I.** - Le tribunal de première instance comprend des sections détachées, dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat, compétentes pour juger dans leur ressort des affaires civiles, correctionnelles et de police.

La présidence des sections détachées est assurée par les magistrats du siège du tribunal de première instance désignés à cet effet dans les formes prévues pour la nomination des magistrats du siège.

Les magistrats chargés de la présidence des sections détachées peuvent être suppléés en cas d'absence ou d'empêchement ou remplacés provisoirement par des magistrats du siège du tribunal de première instance désignés par ordonnance du premier président de la cour d'appel.

Les magistrats appelés à compléter les sections détachées dans les matières où elles statuent en formation collégiale sont désignés par le premier président de la cour d'appel parmi les magistrats du siège du tribunal de première instance.

Pour le jugement des affaires civiles, correctionnelles et de police, le premier président de la cour d'appel peut autoriser le tribunal ou une section à tenir des audiences foraines en des communes de leur ressort fixées par décret en Conseil d'Etat.

**II.** - Dans les matières où ils statuent en formation collégiale, le tribunal de première instance et les sections détachées du tribunal sont complétés par deux assesseurs ayant voix délibérative.

Les assesseurs titulaires et suppléants sont choisis parmi les personnes de nationalité française, âgées de plus de vingt-trois ans, présentant des garanties de compétence et d'impartialité et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance prévue par les articles L. 5 et L. 6 du code électoral.

**À la fin de chaque année judiciaire, le garde des sceaux, ministre de la justice, arrête**, pour le tribunal de première instance et pour chacune des sections détachées de ce tribunal, **une liste comprenant deux assesseurs titulaires et, pour chacun d'eux, trois assesseurs suppléants**. Les assesseurs sont choisis sur proposition du premier président après avis du procureur général et de l'assemblée générale de la cour d'appel sur la liste préparatoire dressée par le premier président pour le tribunal de première instance et pour chacune des sections détachées de ce tribunal. Cette liste préparatoire comprend le nom des personnes dont la candidature aura été déclarée aux maires des communes comprises dans le ressort de la formation de jugement. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent alinéa.

Si le nombre des candidats remplissant les conditions fixées au deuxième alinéa du présent paragraphe n'est pas suffisant pour établir la liste des assesseurs titulaires et suppléants appelés à compléter le tribunal de première instance et les sections détachées de ce tribunal, le garde des sceaux, ministre de la justice, n'arrête pas de liste. En ce cas, le tribunal de première instance et les sections détachées de ce tribunal statuent sans assesseurs.

Lorsqu'un assesseur titulaire est absent ou empêché, il est remplacé par l'un de ses suppléants appelés dans l'ordre de la liste.

Lorsque, en cours d'année, il y a lieu, pour quelque cause que ce soit, de compléter l'une de ces listes, il est pourvu, pour la partie de l'année judiciaire restant à courir, au remplacement des assesseurs titulaires ou suppléants. Le nouvel assesseur est alors désigné dans les formes prévues au troisième alinéa du présent paragraphe et choisi sur la liste préparatoire mentionnée au même alinéa.

---

<sup>385</sup> *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 juin 1989, page 1402. Cette loi adjoint deux sections détachées au Tribunal de première instance de Nouméa : sections de Koné (Province Nord) et de We-Lifou (Province des Iles).

Avant d'entrer en fonctions, les assesseurs titulaires et suppléants prêtent devant la cour d'appel le serment prévu à l'article 6 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique au statut de la magistrature.

Les dispositions du titre VII du livre quatrième du code de procédure pénale relatives à la récusation des juges sont applicables aux assesseurs.

Les assesseurs titulaires ou suppléants qui, sans motif légitime, se sont abstenus de déférer à plusieurs convocations successives peuvent, à la demande du président du tribunal de première instance ou du ministère public, après avoir été convoqués et mis en mesure de présenter leurs observations, être déclarés démissionnaires par la cour d'appel statuant en chambre du conseil.

En cas de faute grave entachant l'honneur ou la probité, leur déchéance est prononcée dans les mêmes formes.

Lorsque, du fait de l'absence ou de l'empêchement d'un assesseur titulaire et de ses suppléants, la formation normalement compétente ne peut être légalement composée et que le cours de la justice s'en trouve interrompu, la cour d'appel, sur requête présentée par le procureur général, constate l'impossibilité pour la formation de se réunir dans la composition prévue au premier alinéa du présent paragraphe et renvoie la connaissance de l'affaire à la formation statuant sans assesseur.

**III.** - Dans le premier alinéa de l'article 24 de la loi n°83-520 du 27 juin 1983 rendant applicables le code pénal, le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer, les mots : «et d'assesseur du tribunal de première instance de Wallis-et-Futuna» sont remplacés par les mots : «d'assesseur du tribunal de première instance de Wallis-et-Futuna et d'assesseur du tribunal de première instance de Nouméa ou de ses sections détachées».

**IV.** - Les sections détachées du tribunal sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers.

**V.** - Le tribunal pour enfants tient ses audiences au siège des sections détachées du tribunal de première instance pour le jugement des affaires entrant dans leur compétence territoriale.

Les juges chargés de la présidence des sections détachées exercent, dans leur ressort, les fonctions de juge des enfants. Ils président le tribunal pour enfants lorsque cette juridiction tient ses audiences au siège des sections détachées.

**Art. 2.** - En cas de création d'une section détachée, les procédures en cours devant le tribunal de première instance ou devant une autre section et devant le juge des enfants à la date fixée pour l'entrée en activité de la nouvelle section sont transférées en l'état respectivement à cette dernière et au juge chargé de la présidence de celle-ci, dans la mesure où elles relèvent désormais de leurs compétences, sans qu'il y ait lieu de renouveler les actes, formalités et jugements intervenus antérieurement à cette date, à l'exception des convocations, citations et assignations données aux parties et aux témoins.

Les citations et assignations produisent cependant leurs effets ordinaires interruptifs de prescription.

Toute autre modification du partage des compétences territoriales du tribunal de première instance et de ses sections détachées entraîne un transfert des procédures en cours dans les conditions prévues aux alinéas précédents.

**Art. 3.** - Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application de la présente loi.

**Art. 4.** - La présente loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1990. Toutefois, les dispositions relatives à la désignation des assesseurs prévues au paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup> entrent en vigueur à la date de la publication de la présente loi.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

**Document n° 3 : Ordonnance n° 92-1150 du 12 octobre 1992 relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer<sup>386</sup>(extraits).**

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre des départements et territoires d'outre-mer, (...)

Vu la loi n°55-1052 du 6 août 1955 conférant l'autonomie administrative et financière aux Terres australes et antarctiques françaises ;

Vu la loi n°61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer ;

Vu la loi n°71-569 du 15 juillet 1971 relative au territoire des Terres australes et antarctiques françaises ;

Vu l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel ;

Vu la loi n°83-520 du 27 juin 1983 modifiée rendant applicables le code pénal, le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer ;

Vu la loi n°83-1114 du 22 décembre 1983 rendant applicables dans les territoires d'outre-mer certaines dispositions législatives ayant modifié le code pénal et le code de procédure pénale et modifiant la loi n° 83-520 du 27 juin 1983 ;

Vu la loi n°84-820 du 6 septembre 1984 modifiée portant statut du territoire de la Polynésie française ;

Vu l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Vu la loi n°86-845 du 17 juillet 1986 relative aux principes généraux du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et des tribunaux du travail en Polynésie française ;

Vu la loi n°87-550 du 16 juillet 1987 relative aux juridictions commerciales et au mode d'élection des délégués consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie ;

Vu la loi n°88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1988 ;

Vu la loi n°89-378 du 13 juin 1989 portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi n°92-11 du 4 janvier 1992 d'habilitation relative à l'adaptation de la législation applicable dans les territoires d'outre-mer ;

Vu l'ordonnance n°92-1149 du 12 octobre 1992 portant actualisation et adaptation des dispositions législatives de procédure pénale applicables dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française et des îles Wallis et Futuna ;

Vu le décret du 7 avril 1928 relatif à l'organisation de la justice en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le décret du 21 novembre 1933 portant réorganisation judiciaire et fixant les règles de procédure en Océanie ; (...)

**Ordonne :**

**Article 1<sup>er</sup>** - Il est ajouté au livre IX du code de l'organisation judiciaire (partie Législative) un titre III ainsi rédigé :

---

<sup>386</sup> *Journal officiel* de la République française, 16 octobre 1992, p. 14518 et suiv.

## **Titre III - Dispositions particulières aux territoires d'outre-mer**

### **Chapitre 1<sup>er</sup> - Dispositions communes aux territoires de Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française et des îles Wallis et Futuna**

(...)

**Art. L. 931-8.** - En matière civile, le tribunal de première instance statue à juge unique.

Toutefois, le juge saisi peut ordonner le renvoi devant la formation collégiale.

La décision de renvoi à la formation collégiale est une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours. (...)

### **Chapitre II - Dispositions particulières applicables dans les territoires de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française**

#### **Section I - Le tribunal de première instance et les sections détachées du tribunal de première instance**

**Art. L. 932-1.** - La formation collégiale prévue à l'article L. 931-8 est composée d'un président et de deux magistrats du siège du tribunal de première instance. (...)

**Art. L. 932-3.** - Le tribunal de première instance comprend des sections détachées, dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'Etat, compétentes pour juger dans leur ressort les affaires civiles, correctionnelles et de police.

(...)

#### **Chapitre III - Dispositions particulières applicables dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie**

**Art. L. 933-1.** - En matière correctionnelle, lorsqu'ils statuent en formation collégiale, le tribunal de première instance et les sections détachées de ce tribunal sont complétés par deux assesseurs ayant voix délibératives.

**Art. L. 933-2.** - Les assesseurs titulaires et suppléants sont choisis, pour une durée de deux ans, parmi les personnes de nationalité française, âgées de plus de vingt-trois ans, présentant des garanties de compétences et d'impartialité et n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance prévue par les articles L. 5 et L. 6 du code électoral.

**Art. L. 933-3.** - Avant l'expiration des fonctions des assesseurs en exercice, le garde des sceaux, ministre de la justice, arrête, pour le tribunal de première instance et pour chacune des sections détachées de ce tribunal, une liste comprenant deux assesseurs titulaires et, pour chacun d'eux, trois assesseurs suppléants. Les assesseurs sont choisis sur proposition du premier président, après avis du procureur général et de l'assemblée générale de la cour d'appel, sur la liste préparatoire dressée par le premier président pour le tribunal de première instance et pour chacune des sections détachées de ce tribunal. Cette liste préparatoire comprend le nom des personnes dont la candidature aura été déclarée aux maires des communes comprises dans le ressort de la formation de jugement. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application du présent article. (...)

## **Titre II - Dispositions diverses**

(...)

**Art. 3.** - Il est ajouté après l'article 7 de l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel un article 7-1 ainsi rédigé :

“**Art. 7-1.** - Les sections détachées du tribunal de première instance sont compétentes pour connaître, dans leur ressort, des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par la présente ordonnance (...)”

ANNEXE 2

TEXTES RELATIFS AU STATUT PERSONNEL

CONSTITUTION DE 1946 (EXTRAITS)

**Art. 80.** - Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer. Des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils exerceront leurs droits de citoyens.

**Art. 81.** - Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution.

**Art. 82.** - Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. **Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits, et libertés, attachés à la qualité de citoyen français.**

CONSTITUTION DE 1958 (EXTRAITS)

**Art. 75.** - 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.

(...)

**Art. 4.** - Il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188. (...)

**Art. 6.** - En Nouvelle-Calédonie, le droit de propriété garanti par la constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18.

#### TITRE I STATUT CIVIL COUTUMIER ET PROPRIETE COUTUMIERE

**Art. 7.** - 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.

**Art. 8.** - La personne qui a le statut civil coutumier est inscrite sur un registre d'état civil coutumier tenu dans chaque commune dans les officiers d'état civil.

**Art. 9.** - Dans les rapports juridiques entre les 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 les 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.

**Art. 10.** - L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier.

**Art. 11.** - Le statut coutumier peut être demandé au bénéfice d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale.

La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts du mineur ou de l'un de ses ascendants, descendants ou collatéraux sont insuffisamment préservés. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée.

**Art. 12.** - Toute personne majeure capable âgée de vingt et un ans au plus dont le père ou la mère a le statut civil coutumier, et qui a joui pendant au moins cinq ans de la possession d'état de personne de statut civil coutumier, peut demander le statut civil coutumier.

La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts de l'un des ascendants, descendants, collatéraux du requérant ou les intérêts de son conjoint sont insuffisamment préservés.

**Art. 13.** - Toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier.

Dans le délai de cinq ans qui suit la promulgation de la présente loi, toute personne qui justifie que l'un de ses ascendants a eu le statut civil coutumier peut renoncer au statut civil de droit commun au profit du statut civil coutumier.

La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts du conjoint, des ascendants, des descendants,

---

<sup>387</sup> Journal officiel de la République française, 21 mars 1999, pp. 4197 et suivantes.

des collatéraux et des tiers sont insuffisamment préservés. Si le requérant a déjà exercé la faculté de renonciation au statut civil de droit commun, le juge vérifie que le changement de statut ne porte pas atteinte à l'ordre public ou à la stabilité des situations juridiques.

Toute personne de statut civil coutumier peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun. La demande au bénéfice d'un mineur est faite par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée.

**Art. 14.** - La demande en renonciation doit émaner d'une personne capable.

La renonciation est constatée par le juge qui ordonne les modifications correspondantes sur les registres d'état civil.

**Art. 15.** - Toute personne a le droit d'agir pour faire déclarer qu'elle a ou qu'elle n'a point le statut civil coutumier.

**Art. 16.** - Toute requête ayant pour objet de demander l'accession ou le retour au statut civil coutumier est motivée et précise le registre d'état civil coutumier sur lequel l'inscription de l'accession ou du retour au statut civil coutumier sera portée.

Le juge est tenu de consulter l'autorité coutumière compétente.

**Art. 17.** - Les jugements et arrêts rendus sur les litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ont effet même à l'égard de ceux qui n'y ont été ni parties ni représentés.

Tout intéressé est recevable à les attaquer par la tierce-opposition à la condition de mettre en cause le procureur de la République.

**Art. 18.** - Sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Elles incluent les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers.

Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.

**Art. 19.** - La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières. Elle est alors complétée par des assesseurs coutumiers dans les conditions prévues par la loi. (...)

Par ARRETE n° 894 du 5 avril 1967

Est rendue exécutoire la délibération ci-après annexée de l'assemblée territoriale

n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier.

---

DELIBERATION N°424

Vu l'article 75 de la constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'arrêté n° 61-036/CG du 31 janvier 1961 relatif à la réorganisation des commissions municipales et régionales ;

Vu le décret du 8 mars 1879 portant organisation d'institutions municipales pour la commune de Nouméa, ensemble ses modificatifs ;

Vu l'arrêté du 14 mai 1903 modifié créant un bureau d'état civil à Poum et l'arrêté du 8 août 1872 modifié, créant les bureaux d'état civil de Ducos et de Nouville ;

Vu l'arrêté n° 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des citoyens de statut civil particulier, tel que modifié par arrêté n° 1195 du 28 août 1954 et par arrêté n° 1912 du 20 décembre 1955, ensemble la délibération n° 189 du 19 novembre 1964 ;

Vu l'arrêté n° 58-022/CG du 5 février 1958 fixant l'échelle des peines dont l'assemblée territoriale peut assortir les infractions aux réglementations issues de ses délibérations ;

Délibérant conformément aux dispositions de l'article 40, paragraphe 4, du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 portant institution d'un Conseil de Gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie, ensemble la loi n° 63-1246 du 21 décembre 1963 ;

A adopté dans sa séance du 3 avril 1967 les dispositions dont la teneur suit :

**TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES**

**Art. 1<sup>er</sup>** - Pour compter du 1<sup>er</sup> janvier 1968, les actes de l'état civil des citoyens de statut civil particulier seront reçus dans chaque circonscription par le maire et au centre Raoul Follereau de Ducos, Nouville, Poum, et Chépénéhé par l'officier de l'état civil.

Les personnes visées à l'alinéa précédent seront les citoyens ayant conservé leur statut personnel.

En cas de besoin, des centres d'état civil pourront être créés et un officier d'état civil nommé par arrêté du chef du territoire en Conseil de Gouvernement.

Dans les dispositions qui suivent, les fonctions dévolues aux maires seront également exercées par les officiers de l'état civil de Ducos, Nouville, Poum et Chépénéhé et ceux qui pourraient être nommés dans les conditions fixées à l'alinéa précédent.

**Art. 2.** - Les naissances, les reconnaissances, décès, mariages et dissolutions de mariages, adoptions de

---

<sup>388</sup> Délibération modifiant l'arrêté n° 631, du 21 juin 1934, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 avril 1967, p. 360 à 364.

citoyens de statut civil particulier par d'autres citoyens du même statut, seront inscrits au fur et à mesure de leur déclaration sur trois registres distincts, tenus en double expédition, par le maire :

- 1° - un registre pour les naissances, reconnaissances et adoptions ;
- 2° - un registre pour les mariages et dissolutions de mariages ;
- 3° - un registre pour les décès.

Ces registres de même format seront fournis par la greffe de l'état civil des citoyens de statut civil particulier, tenu par le Service Territorial de l'Administration Générale et devront être cotés et paraphés par le chef dudit service.

#### REGISTRES DE RECENSEMENT

**Art. 3.** - Les maires tiendront dans leur circonscription respective, et en un exemplaire par tribu, des registres de recensement sur lesquels figureront, par ordre alphabétique et par famille, toutes les personnes originaires de la tribu.

Seront recensés dans chaque tribu les citoyens de statut civil particulier dont la famille est originaire du lieu considéré.

**Art. 4.** - Le double de ces registres sera détenu au greffe de l'état civil des citoyens de statut civil particulier au Service Territorial de l'Administration Générale.

**Art. 5.** - Tout enfant né dans une autre circonscription que celle d'origine, sera toujours recensé par le maire de la circonscription municipale où est située la tribu d'origine paternelle.

**Art. 6.** - La femme mariée sera recensée dans sa tribu d'origine quel que soit son lieu de résidence.

**Art. 7.** - Les registres de recensement devront être rigoureusement tenus à jour et tous les actes de l'état civil des citoyens de la tribu y seront mentionnés. Le maire dressant un acte devra en informer, pour avis, en trois exemplaires, le Service Territorial de l'Administration Générale chargé de la tenue du greffe, à charge pour ce service de diffuser les avis sur les maires intéressés.

#### LE NOM DE FAMILLE

**Art. 8.** - L'identité des citoyens de statut civil particulier comprend trois éléments :

- le nom patronymique ou nom de famille ;
- le (ou les) prénom chrétien ;
- le nom individuel mélanésien.

La femme mariée prend le nom de son époux à la suite du sien.

**Le nom de famille est transmis du père à ses enfants, ou de la mère à ses enfants lorsque ceux-ci ne font pas l'objet d'une reconnaissance paternelle.**

Si l'enfant n'est reconnu ni par le père, ni par la mère, l'enfant, né de père et mère inconnus, **mais présumé de statut civil de droit particulier**, ne sera enregistré que sous des prénoms.

**Art. 9.** - Les différents éléments de l'identité définie à l'article 8 ne pourront être modifiés :

- qu'à la suite d'une reconnaissance ou d'une adoption ;

- qu'à la suite d'une décision du chef du service territorial de l'administration générale après requête du ou des intéressés ;
- qu'à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire.

#### REDACTION DES ACTES DE L'ETAT CIVIL ET TENUE DES REGISTRES

**Art. 10.** - Les actes de l'état civil énonceront :

- l'année, le mois, le jour et l'heure où ils seront rédigés ;
- les nom, prénoms et qualités de l'officier de l'état civil ;
- en ce qui concerne les autres personnes désignées dans l'acte, leur nom de famille, leur prénom chrétien, leur nom individuel mélanésien, les date et lieu de naissance, la profession et le domicile.

Doivent être aussi désignés :

- a) les père et mère dans les actes de naissance et de reconnaissance ;
- b) l'enfant dans les actes de reconnaissance ;
- c) les époux dans les actes de mariage ;
- d) le défunt dans les actes de décès ;
- e) l'adopté et l'adoptant dans les actes d'adoption ;
- f) les anciens époux dans les actes de dissolution de mariage ;
- g) les témoins dans les actes de mariage, dissolution de mariage, reconnaissance et adoption.

**Art. 11.** - Les témoins produits aux divers actes de l'état civil devront être âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres, sans distinction de sexe. Leur date de naissance devra figurer dans l'acte.

**Art. 12.** - Les actes ne contiendront, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui doit être déclaré par les comparants.

**Art. 13.** - Les actes seront inscrits sur les registres, à la suite, sans blanc, ni l'interligne. Les ratures et les renvois seront approuvés par le maire et signés par ses soins. Il n'y sera rien écrit par abréviation et les dates devront être inscrites en toutes lettres. Les blancs seront barrés d'un trait uniforme. Toute altération d'écriture figurant sur l'acte est interdite.

**Art. 14.** - L'acte rédigé sera lu aux parties comparantes et aux témoins. Traduction en sera faite le cas échéant.

**Art. 15.** - Les actes seront signés par le maire, les comparants et les témoins. Mention sera faite au bas de l'acte de la cause éventuelle qui empêcherait les comparants ou les témoins de signer. Une empreinte digitale sera apposée sous cette mention par les intéressés.

**Art. 16.** - A la fin de chaque année, les registres seront clos et arrêtés par le maire. Les formulaires non utilisés seront rayés en diagonale et porteront la mention "annulé".

Les tables alphabétiques récapitulatives devront être remplies en fin d'année.

Un exemplaire de chaque registre sera transmis avant le 31 janvier de chaque année au chef du service

territorial de l'administration générale chargé de la tenue du greffe et du contrôle de l'état civil des citoyens de statut civil particulier.

**Art. 17.** - Le chef du service territorial de l'administration générale sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt au greffe de l'état civil des citoyens de statut civil particulier au service territorial de l'administration générale. Il dressera procès-verbal sommaire de la vérification, ordonnera éventuellement les rectifications nécessaires et avisera, s'il y a lieu, le procureur de la République des infractions relevées.

#### TRANSCRIPTIONS

**Art. 18.** - La transcription est l'opération par laquelle un officier de l'état civil recopie sur les registres qu'il détient, une décision judiciaire ou administrative relative à l'état civil.

Elle a pour objet d'assurer aux actes et aux jugements une meilleure publicité et de remplacer ou rectifier des actes omis ou erronés.

**Art. 19.** - Seront transcrits sur les registres de l'état civil des citoyens de statut civil particulier :

- les jugements déclaratifs de décès ;
- les décisions judiciaires prescrivant une transcription ;
- tous les actes dont la déclaration n'aura pas été faite dans les délais fixés par la présente délibération et chaque fois qu'il sera fait la preuve que l'acte recherché n'existe pas postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1935.

**Art. 20.** - Les transcriptions visées au dernier alinéa de l'article 19 ne seront effectuées que sur décision du chef du service territorial de l'administration générale saisi, soit par le maire, soit par requête des intéressés.

**Art. 21.** - Les transcriptions se font sur les registres de l'année en cours à la suite des actes déjà existants. Un exemplaire de la décision de transcription est annexé à l'acte transcrit.

#### MENTIONS MARGINALES

**Art. 22.** - La mention marginale est une mesure de publicité destinée à établir une relation entre deux actes de l'état civil ou entre un acte et la transcription d'un autre acte ou d'une décision judiciaire.

Elle consiste en une référence sommaire en marge de l'acte antérieurement dressé ou transcrit, au nouvel acte qui vient modifier l'état civil de l'intéressé.

**Art. 23.** - Les actes suivants donnent lieu à mention marginale :

- l'acte de reconnaissance, en marge de l'acte de naissance ou de l'acte transcriptif de naissance ;
- l'acte de mariage, en marge de l'acte de naissance de chacun des époux ;
- l'acte de décès, en marge de l'acte de naissance et éventuellement de l'acte de mariage ;
- la décision administrative ou judiciaire portant rectification ou annulation d'acte en marge de l'acte rectifié ou annulé ;
- l'acte de dissolution de mariage, en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux ;
- l'acte d'adoption ou jugement d'adoption, en marge de l'acte de naissance.

Donnent également lieu à mention marginale :

- le jugement déclaratif de décès après disparition ;
- le jugement déclaratif de changement de statut ;
- la décision administrative constatant que le défunt est «Mort pour la France».

**Art. 24.** - Au cas où l'acte modificatif serait dressé dans une autre circonscription, ces mentions marginales ne pourront être portées que sur le vu d'un avis émanant du service territorial de l'administration générale, chargé de la tenue du greffe.

#### RECTIFICATIONS

**Art. 25.** - Les rectifications ou annulations des actes erronés seront ordonnées d'office ou sur demande des intéressés, par décision administrative ou judiciaire. Un exemplaire de l'autorisation sera annexé à l'acte rectifié ou annulé.

#### COPIES D'ACTE D'ETAT CIVIL

#### EXTRAITS D'ACTE – CERTIFICATS

**Art. 26.** - Tout citoyen pourra se faire délivrer par le maire, ou par le greffe de l'état civil des citoyens de statut civil particulier, copie littérale des actes inscrits sur les registres le concernant. Ces copies devront être délivrées conformes aux registres et devront porter le sceau et la signature du maire ainsi que la date de délivrance. Les mentions marginales devront y figurer.

Les autorités administratives judiciaires ou militaires pourront également se faire délivrer le même document.

**Art. 27.** - Des extraits d'acte seront également délivrés par le maire sur demande de tout intéressé. Ces extraits ne pourront être établis que par les dépositaires des actes considérés.

**Art. 28.** - Pour tous les événements survenus avant le 1<sup>er</sup> janvier 1935 et pour lesquels il n'existe pas d'acte, le maire délivrera des certificats qui seront établis au vu des renseignements portés sur les registres de recensement des tribus.

Ces certificats remplacent les copies ou extraits d'actes de l'état civil normalement exigibles pour l'accomplissement de toutes les formalités administratives.

Cependant, s'ils étaient contestés ou s'ils devaient être utilisés pour un mariage entre un citoyen de statut civil particulier et une personne de statut civil de droit commun, ces certificats seraient remplacés par un acte de notoriété établis sans frais par le juge du tribunal faisant fonction de juge de paix, ce dernier pouvant dispenser la partie requérante de faire homologuer l'acte de notoriété.

#### MISE A JOUR DES REGISTRES

**Art. 29.** - Lorsqu'un acte sera établi par le maire, ce dernier devra immédiatement en informer, pour avis, en trois exemplaires, le chef du service territorial de l'administration générale, chargé de la diffusion des avis sur les maires intéressés.

Le maire destinataire de cet avis devra, sans tarder, en faire mention en marge des actes déjà existants et sur le registre de recensement de la tribu intéressée.

**Art. 30.** - Toutes les décisions administratives ou judiciaires qui viennent modifier l'état civil d'un citoyen de statut civil particulier seront notifiées au chef du service territorial de l'administration générale chargé de la tenue du greffe, lequel diffusera aux maires intéressés pour mise à jour de leurs registres.

## TITRE II - ACTES DE NAISSANCE

**Art. 31.** - Toute naissance devra être déclarée dans un délai de trente jours, par le père ou la mère du nouveau-né, par un membre de la famille ou par le médecin ou la sage-femme ayant procédé à l'accouchement ou par la personne chez qui il a eu lieu, par le chef de tribu ou par toute personne ayant eu connaissance de l'accouchement.

**Art. 32.** - Si la naissance n'est pas déclarée dans le délai ci-dessus indiqué, elle ne pourra être inscrite sur les registres qu'après décision du chef du service territorial de l'administration générale.

Dans ce cas, la transcription se fera sur les registres de l'année en cours à la suite des actes déjà existants. Un exemplaire de la décision de transcription sera annexé à l'acte.

**Art. 33.** - L'acte de naissance énoncera :

a) le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms chrétiens et le nom individuel mélanésien qui lui seront données.

b) Les âges, profession, domicile, date et lieu de naissance, filiation des père et mère et du déclarant. Si les père et mère de l'enfant naturel ou l'un des deux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait aucune mention sur les registres à ce sujet.

**Art. 34.** - Lorsqu'un enfant est sans vie au moment de la déclaration, le maire ne devra pas dresser un acte de naissance et un acte de décès, mais devra établir un acte "d'enfant sans vie".

Cet acte sera inscrit sur les registres de décès. Les mots "vie", "naissance", "décédé" ne doivent pas être employés, seule la mention "présentement sans vie" devra figurer à la fin de l'acte.

## RECONNAISSANCES DE L'ENFANT NATUREL

**Art. 35.** - La reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé.

Si l'enfant naturel est âgé de plus de dix-huit ans son consentement est également requis.

Pour que la reconnaissance soit effective, il est nécessaire que la mère ou le père et, le cas échéant, l'un et l'autre, en manifestent leur intention et signent l'acte de naissance dans les trente jours qui suivent l'événement. Passer ce délai, un acte de reconnaissance indépendant devra être dressé.

**Art. 36.** - L'acte de reconnaissance de l'enfant naturel sera inscrit sur les registres à la date de rédaction et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance et sur le registre de recensement.

## TITRE III - ACTES D'ADOPTION

**Art. 37.** - Les adoptions, des citoyens de statut civil particulier par d'autres citoyens de même statut, sont régies par la coutume et basées sur le consentement des familles intéressées.

**Art. 38.** - Toute adoption doit être enregistrée à l'état civil par acte spécial.

Doivent être présents lors de l'enregistrement :

- le ou les adoptants ;
- le père et la mère de l'adopté ou les personnes responsables de l'enfant ;
- deux témoins remplissant les conditions définies à l'article 11.

Si l'adopté est âgé de plus de dix-huit ans, il devra être également présent et son acquiescement à l'adoption devra figurer dans le corps de l'acte.

**Art. 39.** - L'adopté prend toujours le nom patronymique de l'adoptant. Le ou les prénoms chrétiens et le nom individuel mélanésien peuvent être modifiés à la demande des adoptants ou de l'adopté s'il est âgé de plus de dix-huit ans. Le ou les prénoms nouveaux et le nom individuel mélanésien nouveau devront être indiqués dans le corps de l'acte.

#### TITRE IV – ACTES DE MARIAGE

**Art. 40.** - Le mariage des citoyens de statut civil particulier est régi par la coutume.

Les conjoints **devront déclarer leur mariage coutumier, dans les trente jours qui suivent l'événement,** au maire du lieu de célébration.

**Art. 41.** - L'acte de mariage énoncera :

- la date et l'heure de l'enregistrement ;
- les nom, prénoms et nom mélanésien des époux et des témoins ;
- leur profession, date et le lieu de naissance ;
- leur domicile.

Cet acte sera enregistré en présence de deux témoins remplissant les conditions définies à l'article 11.

**Art. 42.** - Le mariage mixte, entre une personne de statut de droit commun et une personne de statut civil particulier ne peut avoir lieu que devant l'officier de l'état civil de droit commun.

**Art. 43.** - Le mariage déclaré après les délais fixés à l'article 40 ne pourra être enregistré par transcription qu'après décision du chef du service territorial de l'administration générale.

#### ACTES DE DISSOLUTION DU MARIAGE

**Art. 44.** - La dissolution du mariage est régie par la coutume.

La déclaration devra en être faite par les ex-conjoints dans les conditions prévues pour le mariage.

**Art. 45.** - L'acte de dissolution du mariage énoncera :

- l'état civil des parties et des témoins, conformément aux prescriptions de l'article 10 ;
- l'accord intervenu au sujet de la garde des enfants éventuellement issus du mariage.

## LIVRET DE FAMILLE

**Art. 46.** - Après enregistrement du mariage, le maire remettra au mari, chef de famille, un livret de famille dont les rubriques relatives au mariage auront été remplies par ses soins.

**Art. 47.** - Au fur et à mesure de l'enregistrement des actes de naissance des enfants issus du mariage, mention en sera faite sur le livret de famille aux emplacements réservés à cet effet.

Pour un enfant faisant l'objet d'une reconnaissance, il sera indiqué en mention le numéro de l'acte de reconnaissance, sa date et le lieu de rédaction. Si la reconnaissance est antérieure au mariage il sera, en plus, porté la mention de la légitimation.

Les enfants adoptés seront mentionnés sur le feuillet spécial réservé à cet effet à la fin du livret de l'adoptant et mention de l'adoption devra être portée sur le livret des parents de l'adopté.

**Art. 48.** - Tout changement à l'état civil des époux ou des enfants (décès, dissolution du mariage, adoption, changement de statut) devra être mentionné sur le livret de famille par le maire du lieu où l'acte est établi.

**Art. 49.** - En cas de pertes, de vol ou de destruction du livret de famille, un nouveau livret sera réclamé au greffe de l'état civil des citoyens de statut civil particulier tenu par le service territorial de l'administration générale.

Il devra porter sur la page de garde, la mention «duplicata».

En cas de dissolution de mariage, un deuxième livret sur lequel seront mentionnés les enfants confiés à la charge de l'ex-conjoint, pourra être délivré dans les mêmes conditions que ci-dessus.

## TITRE V - ACTES DE DECES

**Art. 50.** - Le décès devra être déclaré dans les huit jours à l'officier de l'état civil du lieu où il s'est produit :

- par un membre de la famille du défunt si le décès est survenu sur le territoire de la tribu ;
- par le propriétaire ou gardien de l'immeuble où le décès est survenu, par le chef de tribu ou par toute personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible.

**Art. 51.** - L'acte de décès énoncera :

- l'état civil du déclarant ;
- les date, heure et lieu du décès ;
- l'état civil du défunt tel que défini à l'article 10 de la présente délibération.

**Art. 52.** - Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police assisté, si possible, d'un médecin, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances relatives au décès, ainsi que les renseignements qu'il aura pu recueillir sur les nom, prénoms, âge, profession et domicile de la personne décédée.

**Art. 53.** - Les décès survenus dans les formations sanitaires ou dans les maisons de détention, seront déclarés sans délai au maire du lieu par les directeurs ou les gestionnaires de ces formations ou maisons de

détention.

**Art. 54.** - L'inscription du décès ne pourra avoir lieu après le délai fixé à l'article 50 que dans les formes prévues à l'article 20 de la présente délibération.

#### TITRE VI – SANCTIONS

**Art. 55.** - Toute personne, qui sans motif valable, ne se sera pas conformée aux prescriptions de la présente délibération, sera passible de 60 à 360 francs (métropolitains) d'amende et facultativement au cas de récidive seulement de 1 à 10 jours d'emprisonnement.

**Art. 56.** - Les officiers de l'état civil pourront être poursuivis pénalement pour toutes altérations ou faux dont ils se seraient rendus coupables dans l'établissement des actes.

**Art. 57.** - Le procureur général et le chef du service territorial de l'administration générale seront chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution de la présente délibération qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1968 et qui abrogera toutes dispositions antérieures contraires.

Délibéré en séance publique le 3 avril 1967.

Un secrétaire  
A. TOUYADA

Le Président  
A. OHLEN

ANNEXE 3

TEXTES RELATIFS AUX TERRES COUTUMIERES

NOUS, GOUVERNEUR DE LA NOUVELLE-CALEDONIE ET DEPENDANCES,

Vu la déclaration du 20 janvier 1855 relative à la propriété et à l'aliénation des terres en Nouvelle-Calédonie et dépendances ;

Vu les règlements des 10 avril 1855, 1<sup>er</sup> juin 1857 et 5 octobre 1862, concernant l'aliénation des terres en Nouvelle-Calédonie ;

Considérant qu'aucun règlement n'a encore précisé les limites d'application du principe posé en faveur des indigènes dans la déclaration du 20 janvier susvisée, ni les conséquences légales de cette application, soit pour la tribu, soit pour les particuliers à qui elle serait faite ;

Sur le rapport du Secrétaire colonial,

Le Conseil d'Administration entendu,

AVONS ARRETE ET ARRETONS :

**Art. 1<sup>er</sup>** - Il sera délimité pour chaque tribu de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances, sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus,<sup>390</sup> un terrain, d'un seul tenant ou en parcelles, proportionné à la qualité du sol et au nombre des membres composant la tribu.

On procédera, en même temps et autant que possible, à la répartition de ce terrain par villages.<sup>391</sup>

**Art. 2.** - Les terrains ainsi délimités seront la propriété incommutable des tribus.

Ils ne seront susceptibles d'aucune propriété privée : en conséquence, nul n'en disposera à un titre quelconque en faveur de qui que ce soit. Ils ne pourront être grevés du fait de l'homme, d'aucune servitude ou service foncier, d'aucun droit d'habitation, d'usage ou d'usufruit, d'aucun privilège, hypothèque ou antichrèse.

Ils seront insaisissables pour dettes contractées par les indigènes de la tribu, soit antérieurement, soit postérieurement au présent arrêté-

Ils ne pourront faire l'objet d'aucun contrat de location ou autre pouvant en transporter, même à temps, la simple location à un tiers quelconque.

Toutefois, le chef de la tribu pourra, par ordre et sous la surveillance de l'autorité, répartir les terres entre les individus ou les familles de la tribu, ainsi que le commanderait l'intérêt du bon ordre et d'une sage administration.

**Art. 3.** - Toutes les actions possessoires, pétitoires ou autres que la tribu aurait à soutenir tant en demandant qu'en défendant, seront portées devant le tribunal compétent et, provisoirement, sous le bénéfice de l'assistance judiciaire, par un défenseur à la désignation du Président du Tribunal-

Les instances seront suivies au nom du chef de la tribu et en sa qualité.

La tribu ne pourra introduire une action en justice sans être autorisée par le Secrétaire colonial, sauf recours au Gouverneur.

**Art. 4.** - Quiconque voudra intenter une action contre la tribu devra remettre préalablement au Secrétaire colonial un mémoire exposant le motif de sa réclamation. Il lui en sera donné récépissé.

---

<sup>389</sup> Bulletin Officiel de la Nouvelle-Calédonie, 1868, p. 17.

<sup>390</sup> Le terme "tribu" désignait autrefois les "districts" qui existent de nos jours.

<sup>391</sup> Le terme "village" désignait à l'époque les "tribus" actuelles.

La présentation du mémoire interrompra la prescription et toutes déchéances.

Le Secrétaire colonial décidera si la tribu doit être autorisée à ester en justice ; sa décision devra être rendue dans le délai de deux mois à partir de la date du récépissé énoncé au premier alinéa du présent article.

L'action ne pourra être intentée qu'après la décision du Secrétariat colonial et, à défaut, qu'après l'expiration du délai de deux mois.

**Art. 5.** - Les condamnations civilement prononcées contre la tribu seront exécutées à la diligence du Secrétaire colonial qui proposera au Gouverneur les moyens d'arriver à l'exécution aussi prompte que possible.

**Art. 6.** - Un terrain domanial sera, sous le nom de terre de chefferie, accordé en usufruit au chef de la tribu nommé par le gouvernement local.

Il ne pourra être loué en tout ou en partie, après approbation du Secrétariat colonial, pour une période de temps qui ne devra pas excéder cinq ans.

Les articles 3, 4 et 5 sont applicables aux terres de chefferie.

**Art. 7.** - Le Domaine se réserve sur les terrains sus-mentionnés :

La propriété des mines, minières, cours d'eau de toutes sortes et sources. Néanmoins, si les mines ou minières étaient concédées à un particulier, celui-ci paierait à la tribu une indemnité fixée par l'acte de concession, indemnité qui ne peut être confondue avec celle dont il est question à l'article suivant ;

Le droit perpétuel d'exproprier, sans indemnité pour les propriétaires, les terrains nécessaires à l'exécution de tous les travaux d'utilité publique ou locale, comme à toute occupation provisoire jugée nécessaire ;

Le droit perpétuel de prendre, sans indemnité pour les propriétaires, les matériaux nécessaires à l'exécution des travaux spécifiés au n° 2 (deuxième alinéa) du présent article.

**Art. 8.** - Dans le cas où l'exécution des travaux indiqués dans l'article précédent entraînerait le dérangement d'habitations ou la destruction de plantations, les indigènes recevront une indemnité amiablement réglée entre le Domaine et les intéressés.

A défaut d'entente, le Secrétaire colonial adressera un rapport au Procureur impérial qui fera statuer par le Tribunal compétent. Le jugement, rendu en chambre du Conseil sera transmis à l'Administration locale qui l'exécutera, sauf appel, selon le taux de compétence.

L'appel, s'il y est fait recours, sera suivi dans les mêmes formes.

**Art. 9.** - L'arrêté constituant le territoire d'une tribu fixera l'époque à partir de laquelle ce territoire sera soumis à un impôt.

**Art. 10.** - Il pourra être accordé aux tribus des permis d'occuper, à titre gratuit, des portions de la zone littorale maritime inaliénable, à la condition de laisser au propriétaire du fond limitrophe un chemin pour le transport des embarcations, pirogues et charrettes jusqu'à la mer et de laisser sur le bord de la mer un passage praticable aux hommes et aux animaux, de cinq mètres au moins. Ces permis seront essentiellement révocables.

**Art. 11.** - Les titres de propriété, les permis d'occuper la zone littorale maritime, les plans et procès-verbaux de bornage, seront établis sans frais par l'Administration et à sa diligence, timbrés et enregistrés gratis.

Les arrêtés du Gouverneur, constitutifs de la propriété de chaque tribu, seront transcrits, aux frais du Trésor local, au bureau des hypothèques.

**Art. 12.** - Le Secrétaire colonial est chargé de l'exécution du présent arrêté qui sera inséré au *Bulletin* et au *Journal officiel* de la colonie.

## Préambule

1 - Lorsque la France prend possession de la Grande Terre, que James Cook avait dénommée "Nouvelle-Calédonie", le 24 septembre 1853, elle s'approprie un territoire selon les conditions du droit international alors reconnu par les nations d'Europe et d'Amérique, elle n'établit pas des relations de droit avec la population autochtone. Les traités passés, au cours de l'année 1854 et les années suivantes, avec les autorités coutumières, ne constituent pas des accords équilibrés mais, de fait, des actes unilatéraux.

Or, ce territoire n'était pas vide. La Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés Kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création.

L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges.

2 - La colonisation de la Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans un vaste mouvement historique où les pays d'Europe ont imposé leur domination au reste du monde. Des hommes et des femmes sont venus en grand nombre, aux XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècles, convaincus d'apporter le progrès, animés par leur foi religieuse, venus contre leur gré ou cherchant une seconde chance en Nouvelle-Calédonie. Ils se sont installés et y ont fait souche. Ils ont apporté avec eux leurs idéaux, leurs connaissances, leurs espoirs, leurs ambitions, leurs illusions et leurs contradictions.

Parmi eux, certains, notamment des hommes de culture, des prêtres ou des pasteurs, des médecins et des ingénieurs, des administrateurs, des militaires, des responsables politiques ont porté sur le peuple d'origine un regard différent, marqué par une plus grande compréhension ou une réelle compassion.

Les nouvelles populations sur le Territoire ont participé, dans des conditions souvent difficiles, en apportant des connaissances scientifiques et techniques, à la mise en valeur minière ou agricole et, avec l'aide de l'État, à l'aménagement de la Nouvelle-Calédonie. Leur détermination et leur inventivité ont permis une mise en valeur et jeté les bases du développement.

**La relation de la Nouvelle-Calédonie avec la métropole lointaine est demeurée longtemps marquée par la dépendance coloniale, un lien univoque, un refus de reconnaître les spécificités, dont les populations nouvelles ont aussi souffert dans leurs aspirations.**

3 - Le moment est venu de **reconnaître les ombres de la période coloniale, même si elle ne fut pas dépourvue de lumière.**

Le choc de la colonisation a constitué un traumatisme durable pour la population d'origine.

**Des clans ont été privés de leur nom en même temps que de leur terre.** Une importante colonisation foncière a entraîné des déplacements considérables de population, dans lesquels des clans kanak ont vu leurs moyens de subsistance réduits et leurs lieux de mémoire perdus. Cette dépossession a conduit à une perte des repères identitaires.

**L'organisation sociale kanak même si elle a été reconnue dans ses principes, s'en est trouvée bouleversée.** Les mouvements de population l'ont déstructurée, la méconnaissance, ou des stratégies de pouvoir, ont conduit trop souvent à nier les autorités légitimes et à mettre en place des autorités dépourvues de légitimité selon la coutume, ce qui a accentué le traumatisme identitaire.

Simultanément, le patrimoine artistique kanak était nié ou pillé.

À cette négation des éléments fondamentaux de l'identité kanak, se sont ajoutées des limitations aux

---

<sup>392</sup> L'accord de Nouméa, conclu le 21 avril 1998, a été signé le 5 mai 1998.

libertés publiques et une absence de droits politiques, alors même que les Kanak avaient payé un lourd tribut à la défense de la France, notamment lors de la première guerre mondiale.

**Les Kanak ont été repoussés aux marges géographiques, économiques et politiques de leur propre pays, ce qui ne pouvait, chez un peuple fier et non dépourvu de traditions guerrières, que provoquer des révoltes, lesquelles ont suscité des répressions violentes, aggravant les ressentiments et les incompréhensions.**

La colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple Kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en sont résultées. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple Kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun.

**4 - La décolonisation est un moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple Kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps.**

Les communautés qui vivent sur le Territoire ont acquis par leur participation à l'édification de la Nouvelle-Calédonie une légitimité à y vivre et à continuer de contribuer à son développement. Elles sont indispensables à son équilibre social et au fonctionnement de son économie et de ses institutions sociales. Si l'accession des Kanak aux responsabilités demeure insuffisante et doit être accrue par des mesures volontaristes, il n'en reste pas moins que la participation des autres communautés à la vie du Territoire lui est essentielle.

Il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun.

La taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local.

Les accords de Matignon signés en juin 1988 ont manifesté la volonté des habitants de Nouvelle-Calédonie de tourner la page de la violence et du mépris pour écrire ensemble des pages de paix, de solidarité et de prospérité.

Dix ans plus tard, il convient d'ouvrir une nouvelle étape, marquée par la pleine reconnaissance de l'identité kanak, préalable à la refondation d'un contrat social entre toutes les communautés qui vivent en Nouvelle-Calédonie, et par un partage de souveraineté avec la France, sur la voie de la pleine souveraineté.

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.

La France est prête à accompagner la Nouvelle-Calédonie dans cette voie.

**5 - Les signataires des accords de Matignon ont donc décidé d'arrêter ensemble une solution négociée, de nature consensuelle, pour laquelle ils appelleront ensemble les habitants de Nouvelle-Calédonie à se prononcer.**

Cette solution définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation.

Sa mise en oeuvre suppose une loi constitutionnelle que le gouvernement s'engage à préparer en vue de son adoption au Parlement.

**La pleine reconnaissance de l'identité kanak conduit à préciser le statut coutumier et ses liens avec le statut civil des personnes de droit commun, à prévoir la place des structures coutumières dans les institutions, notamment par l'établissement d'un Sénat coutumier,** à protéger et valoriser le patrimoine culturel Kanak, à mettre en place de nouveaux mécanismes juridiques et financiers pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre, tout en favorisant sa mise en valeur, et à adopter des symboles identitaires exprimant la place essentielle de l'identité kanak du pays dans la communauté de destin acceptée.

Les institutions de la Nouvelle-Calédonie traduiront la nouvelle étape vers la souveraineté : certaines

des délibérations du Congrès du Territoire auront valeur législative et un Exécutif élu les préparera et les mettra en oeuvre.

Au cours de cette période, des signes seront donnés de la reconnaissance progressive d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci devant traduire la communauté de destin choisie et pouvant se transformer, après la fin de la période, en nationalité, s'il en était décidé ainsi.

Le corps électoral pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie sera restreint aux personnes établies depuis une certaine durée.

Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie.

Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en oeuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront revenir à l'Etat, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation.

La Nouvelle-Calédonie bénéficiera pendant toute la durée de mise en oeuvre de la nouvelle organisation de l'aide de l'Etat, en termes d'assistance technique et de formation et des financements nécessaires, pour l'exercice des compétences transférées et pour le développement économique et social.

Les engagements seront inscrits dans des programmes pluriannuels. La Nouvelle-Calédonie prendra part au capital ou au fonctionnement des principaux outils du développement dans lesquels l'Etat est partie prenante.

Au terme d'une période de vingt années, le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité seront proposées au vote des populations intéressées.

Leur approbation équivaldrait à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

## LE DOCUMENT D'ORIENTATION

### 1 - L'identité kanak.

L'organisation politique et sociale de la Nouvelle-Calédonie doit mieux prendre en compte d'identité Kanak.

#### 1.1. Le statut civil particulier.

**Certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité.**

**Le statut civil particulier est source d'insécurité juridique et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certaines situations de la vie moderne.**

En conséquence, les orientations suivantes sont retenues :

**- Le statut civil particulier s'appellera désormais "statut coutumier".**

**- Toute personne pouvant relever du statut coutumier et qui y aurait renoncé, ou qui s'en serait trouvée privée à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) pourra le retrouver. La loi de révision constitutionnelle autorisera cette dérogation à l'article 75 de la Constitution.**

**- Les règles relatives au statut coutumier seront fixées par les institutions de la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions indiquées plus loin.**

- le statut coutumier distinguera les biens situés dans les "terres coutumières" (nouveau nom de la réserve), qui seront appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun.

## 1.2. Droit et structures coutumières.

1.2.1. Le statut juridique du procès-verbal de palabre (dont le nom pourrait être modifié) doit être redéfini, pour lui donner une pleine force juridique, en fixant sa forme et en organisant une procédure d'appel permettant d'éviter toute contestation ultérieure. Le rôle de syndic des affaires coutumières, actuellement tenu par les gendarmes, sera exercé par un autre agent, par exemple de la commune ou de l'aire coutumière.

La forme du procès-verbal de palabre sera définie par le Congrès en accord avec les instances coutumières (voir plus bas). L'appel aura lieu devant le conseil d'aire et l'enregistrement se fera par le conseil d'aire ou la mairie.

1.2.2. Le rôle des aires coutumières sera valorisé, notamment en confiant aux conseils d'aires un rôle dans la clarification et l'interprétation des règles coutumières. Plus généralement, l'organisation spatiale de la Nouvelle-Calédonie devra mieux tenir compte de leur existence. En particulier les limites communales devraient pouvoir tenir compte des limites des aires.

1.2.3. Le mode de reconnaissance des autorités coutumières sera précisé pour garantir leur légitimité. Il sera défini par l'instance coutumière de la Nouvelle-Calédonie (voir plus bas). Notification en sera faite au représentant de l'Etat et à l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie qui ne pourront que l'enregistrer. Leur statut sera précisé.

**1.2.4. Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale.<sup>393</sup>**

Les autorités coutumières pourront être associées à l'élaboration des décisions des assemblées locales, à l'initiative des assemblées de province ou des communes.

1.2.5. Le Conseil coutumier de la Nouvelle-Calédonie deviendra un "Sénat coutumier", composé de seize membres (deux par aire coutumière), obligatoirement consulté sur les sujets intéressant l'identité kanak.

## 1.3. Le patrimoine culturel (...)

## 1.4. La terre.

L'identité de chaque Kanak se définit d'abord en référence à une terre. (...)

La réforme foncière sera poursuivie. Les terres coutumières seront constituées des réserves, des terres attribuées aux "groupements de droit particulier local" et des terres qui seront attribués par l'Agence de Développement Rural et d'Aménagement Foncier pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre. Il n'y aura plus ainsi que les terres coutumières et les terres de droit commun. **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. Les juridictions statuant sur les litiges seront les juridictions de droit commun avec des assesseurs coutumier.**

Les domaines de l'Etat et du Territoire doivent faire l'objet d'un examen dans la perspective d'attribuer ces espaces à d'autres collectivités ou à des propriétaires coutumiers ou privés, en vue de rétablir des droits ou de réaliser des aménagements d'intérêt général. La question de la zone maritime sera également examinée dans le même esprit. (...)

## 2 - Les institutions :

(...)

**2.1.4. a) - Le Sénat coutumier sera obligatoirement saisi des projets de loi du pays et de délibération lorsqu'ils concerneront l'identité kanak au sens du présent document.** Lorsque le texte qui lui sera soumis, aura le caractère de loi du pays et concernera l'identité kanak, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie devra à nouveau délibérer si le vote du Sénat coutumier n'est pas conforme. Le vote du Congrès s'imposera alors. (...)

---

<sup>393</sup> Parmi ces compétences immédiatement transférées (3.3.1. de l'accord) et pour lesquelles le Congrès a mandat pour prendre une délibération, se trouve "la médiation pénale coutumière", de même que "la définition des peines contraventionnelles pour les infractions aux lois de pays."