

## **De quelques limites d'une lecture positiviste du statut civil coutumier kanak**

**Étienne CORNUT<sup>1</sup>**

*Maître de conférences à l'Université de la Nouvelle-Calédonie  
Membre du Laboratoire Recherches Juridiques et Économiques (LARJE)*

Le système juridique de la Nouvelle-Calédonie offre son étrangeté au juriste formé à la tradition romano-germaniste. Coexistent sur ce territoire des normes d'origine différente qui ne s'appliquent pas aux mêmes situations juridiques, mais qui pourtant sont reconnues d'égale juridicité par la Constitution française de 1958. Tout d'abord le droit français, d'origine métropolitaine, sous la réserve du principe de spécialité législative pour les lois qui ne sont pas de souveraineté. Ensuite le droit calédonien, c'est-à-dire les normes – lois de pays, délibérations – votées par les institutions territoriales et ayant valeur contraignante, prises dans le cadre des transferts de compétences prévus par la loi organique du 19 mars 1999. Enfin la coutume, entendue ici dans son sens d'usages ayant valeur obligatoire, car la notion de coutume kanak est plus large que celle de coutume au sens où le droit commun l'entend<sup>2</sup>. Il sera temps plus loin de revenir sur cette dichotomie notionnelle entre le droit commun et la coutume, qui déborde largement la seule définition de cette dernière.

L'une des particularités de la Nouvelle-Calédonie, qu'elle partage au sein de la République française avec Mayotte<sup>3</sup> et Wallis et Futuna<sup>4</sup>, est en effet la coexistence de statuts personnels différents. Les Kanak peuvent, en vertu de l'article 75 de la Constitution, conserver leur statut personnel particulier, dénommé depuis l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 sous le vocable « statut coutumier ». Ils ne relèvent donc pas du statut personnel de droit commun, lié à la qualité de Français dont pourtant ils bénéficient<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Contact : Université de la Nouvelle-Calédonie, DEG, Nouville Ateliers, BP R4, 98851 Nouméa cedex. Tél. : (687) 26 69 27. Courriel : [etienne.cornut@univ-nc.nc](mailto:etienne.cornut@univ-nc.nc)

<sup>2</sup> Sur ce point, v. not. G. NICOLAU, « L'autonomie de la coutume canaque », *RJP* 1992, n° 2, p. 219 et s., spéc. p. 223 et s. ; B. COQUELET, « Appréhender l'altérité kanake par le droit : le concept de coutume en question », in *La Nouvelle-Calédonie et l'histoire. Les Kanaks et l'histoire*, sous la dir. de E. WADRAWANE et F. ANGLEVIEL, éd. les Indes savantes, 2008, p. 231 et s.

<sup>3</sup> Art. 52 à 64-1 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte.

<sup>4</sup> Art. 2 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer.

<sup>5</sup> Pour un historique, v. not. R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, éd. PUAM, 2003, p. 35 et s. ; G. AGNIEL, « Le juge civil et la coutume ou La difficile appréhension de l'altérité juridique mélanésienne », in *Le juge : une figure d'autorité*, éd. L'Harmattan, 1995, p. 33 et s. ; « Les adaptations juridiques des particularismes sociologiques », in *Coutume autochtone et évolution du droit dans le pacifique sud*, sous la dir. de P. DE DECKKER, éd. L'Harmattan, 1995, p. 52 et s.

À l'instar du droit des conflits de lois en droit international privé qui permet de déterminer la loi applicable à un rapport privé international en fonction d'un élément d'extranéité, le juge de Nouvelle-Calédonie est conduit, lorsqu'il est saisi d'un litige de droit civil, à déterminer s'il devra recourir au droit commun, issu du droit métropolitain ou de règles locales selon que le droit en litige a été transféré<sup>6</sup>, ou à la coutume. À l'inverse du droit international privé dont l'application dépend d'une multitude d'éléments d'extranéité, la résolution du conflit interpersonnel dépend uniquement de l'appartenance statutaire<sup>7</sup>. Le juge doit seulement constater à quel statut – civil de droit commun ou civil coutumier – les parties sont soumises. Ce statut personnel coutumier, dérogoire de celui de droit commun, a des conséquences juridiques non seulement sur la composition de la juridiction appelée à statuer, mais également sur la norme applicable à la situation qui lui est soumise. De cette appartenance dépendra la norme applicable. De cette appartenance découlera également la composition de la juridiction, car si la coutume s'applique au litige dont la juridiction civile est saisie, cette dernière doit alors s'adjoindre des assesseurs coutumiers en nombre pair<sup>8</sup>.

Institués par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, ces assesseurs coutumiers n'ont été véritablement mis en place qu'en 1990, suite à la loi du 13 juin 1989 qui, notamment, créa les sections détachées du Tribunal de première instance de Nouméa, à Koné et Wé, au cœur de terres à dominante kanak. Pendant longtemps la coutume est restée en marge du système juridique calédonien. Les juges refusaient de statuer, en se déclarant incompétents, lorsque toutes les parties étaient de statut civil particulier, les renvoyant aux autorités coutumières. Par deux fois la Cour de cassation intervint pour y remédier et rappeler l'obligation pour le juge de s'adjoindre les assesseurs coutumiers. Dans ces deux arrêts, la Cour jugea, au visa de l'ordonnance de 1982, 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, 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 »<sup>9</sup> ; « que ces règles, qui ont trait non à la compétence mais à la composition des juridictions, sont applicables, en tant que de raison, au jugement de toutes les affaires, quelle que soit leur nature, relevant du statut civil particulier »<sup>10</sup>. Il en résulte que les juridictions civiles ne peuvent se soustraire à leur

---

<sup>6</sup> Ou d'un droit étranger si le litige est international et que la règle de conflit de lois idoine désigne ce droit étranger. En dehors de cette hypothèse, l'application des normes est, en Nouvelle-Calédonie, un véritable casse-tête. Le juge doit en effet tout d'abord déterminer si le litige relève du droit local ou du droit national. Il relève du droit local pour toutes les matières qui ont été transférées à la Nouvelle-Calédonie, comme le droit du travail ou le droit fiscal. Le juge applique le droit métropolitain lorsque la situation relève de la compétence de l'État, mais alors la difficulté est de déterminer matériellement quel est ce droit. Le principe de spécialité législative entraîne en effet que le droit métropolitain applicable en Nouvelle-Calédonie n'est pas toujours celui en vigueur en France, notamment lorsque qu'une loi nouvelle n'a pas été étendue ou, si elle a été étendue, lorsque ses décrets d'application ne l'ont pas été. Sur ce point, v. not. S. THIBAUT, « Les spécificités de la justice judiciaire en Nouvelle-Calédonie », *RJPENC* n° 10, 2007/2, p. 69 et s. ; R. FRAISSE, « La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie », *RFD adm.* 2000, p. 77 et s.

<sup>7</sup> La détermination de la norme applicable dépend également d'un critère territorial. Ainsi pour les terres coutumières, géographiquement délimitées, qui sont régies par la coutume. De même, les normes calédoniennes, lois de pays et délibérations, ne s'appliquent que sur le territoire calédonien, elles n'ont aucune vocation à s'appliquer en dehors du Territoire, tant qu'il n'existera pas une nationalité calédonienne. Ces hypothèses ne seront pas ici abordées.

<sup>8</sup> Art. L. 562-20 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>9</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, Bull. civ. II, n° 44 ; D. 1992, jur., p. 93, note G. ORFILA.

<sup>10</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 248.

obligation d'appliquer les règles coutumières lorsqu'elles sont saisies de litiges opposant des personnes de statut civil coutumier. Cette obligation est aujourd'hui intégrée dans la loi organique du 15 mars 1999, en son article 19<sup>11</sup>.

Ce que certains appellent le droit coutumier, le droit particulier ou « la coutume judiciaire »<sup>12</sup> est actuellement en pleine évolution. Les deux avis rendus par la Cour de cassation témoignent de l'importance, sur le plan juridique, du statut civil coutumier. Ils ont profondément renouvelé la question du domaine de la coutume en montrant que cette dernière n'a un rôle ni limité à quelques questions juridiques, ni subsidiaire par rapport au droit civil commun.

La coutume, en ce qu'elle régit l'ensemble du droit civil des personnes de statut civil coutumier, n'est en effet pas seulement prise en compte par le droit de la Nouvelle-Calédonie, elle fait partie de ce droit. La question de la place de la coutume dans le système juridique de la Nouvelle-Calédonie n'est donc pas celle de sa prise en compte par le droit français ou calédonien, ce qui sous-entendrait une place accessoire, une conception dualiste de la coutume qui ne serait appelée à régir une situation que parce qu'elle l'a été par une norme de droit commun, à l'instar d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit de lois. La coutume a sa place dans le système juridique calédonien, à égalité avec le droit commun. Il n'y a pas en Nouvelle-Calédonie d'ordres juridiques séparés, mais un pluralisme juridique ou normatif, dont le critère de partage est l'appartenance statutaire ou territoriale, au sein d'un même système juridique consacré par la constitution et garanti par les mêmes juridictions.

Cette séparation de principe entre le droit commun et la coutume conduit à différencier les deux types de sources à tous les niveaux de leur interprétation et application. Puisqu'elles sont indépendantes, elles ne peuvent être lues, ni comprises, l'une par le prisme de l'autre. Néanmoins, lorsque la Cour de cassation et la loi organique déterminent le champ d'application *ratione personæ* et *materiæ* de la coutume (I), elles le font eu égard à leurs propres concepts, eu égard à leur propre lecture du statut civil coutumier et de la coutume<sup>13</sup>. Or, il n'est pas certain que cette démarche, même si elle paraît consacrée, soit pertinente alors que l'égalité juridique entre le droit commun et la coutume est consacrée, conditionnée par celle, constitutionnelle, des statuts personnels. Il conviendra alors, en prenant pour guide l'approche interculturelle du Droit telle que développée par le Pr. C. EBERHARD<sup>14</sup>, de poser les prémisses d'une critique de cette approche positiviste de la coutume et du statut civil coutumier, à l'aune de deux questions posées par la rencontre des deux statuts : les lacunes de la coutume et, surtout, la qualification des notions qui en délimitent le domaine (II). D'un constat aujourd'hui assez commun naîtra des interrogations encore peu résolues si ce n'est même étudiées.

---

<sup>11</sup> « 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>12</sup> R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*

<sup>13</sup> Le terme même de coutume au sens de norme ayant valeur juridique pourrait être discuté. Mais retenu par l'Accord de Nouméa et par la loi organique, il conviendra de s'y référer. C'est pourquoi sont mis en opposition la coutume et le droit commun, alors que la première peut être vue comme une source du « droit coutumier » et non seulement le « droit coutumier » lui-même.

<sup>14</sup> Sur cette approche, v. plusieurs articles de C. EBERHARD, « Prérequis épistémologiques pour une approche interculturelle du Droit. Le défi de l'altérité » ; « Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste. Défi pour une théorie interculturelle du Droit » ; « L'anthropologie du Droit : Un itinéraire entre altérité, complexité et interculturalité », consultables à l'adresse <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/index.htm>.

## **I. Le domaine du statut civil coutumier**

Le domaine du statut civil coutumier est avant tout personnel (A) et matériel (B).

### **A. Le domaine personnel du statut civil coutumier**

Envisagée aux articles 10 à 15 de la loi de 1999, l'appartenance au statut civil coutumier est soit automatique (1), soit volontaire (2).

#### **1. L'appartenance automatique**

L'appartenance statutaire est automatique lorsqu'elle ne dépend pas d'un acte de volonté de se soumettre à tel ou tel statut. Comme en matière de nationalité, cette appartenance résulte du lien de filiation entre la personne dont il convient de déterminer le statut, avec une autre, ou des autres, de statut coutumier. L'article 10 de la loi de 1999 prévoit que « L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier. ». L'enfant visé ici concerne aussi bien l'enfant mineur que majeur, l'enfant adulte au jour de l'établissement du lien de filiation qui permet l'accession au statut coutumier, que cet établissement soit soumis au droit commun français ou à la coutume<sup>15</sup>. Le principe posé paraît simple lorsque l'enfant naît en mariage, ou qu'il naît hors mariage et qu'il est reconnu simultanément par ses deux parents. Il est de statut civil coutumier si ses deux parents, biologiques ou adoptifs, le sont. Il est de statut civil commun si ses parents, biologiques ou adoptifs, sont de statuts civils différents ou de statut civil commun.

L'appartenance statutaire étant ici fondée sur l'établissement du lien de filiation, l'enfant accèdera au statut civil coutumier du premier parent envers lequel sa filiation sera établie si ce dernier est de ce statut. Cette solution se déduit de l'article 10 de la loi de 1999 bien que l'hypothèse ne soit pas directement envisagée<sup>16</sup>. Si l'enfant est par la suite reconnu par un parent de même statut civil coutumier, la lettre de l'article 10 veut que rien ne change au regard du statut de l'enfant. En revanche, si le second parent est de statut commun ou d'un autre statut civil coutumier, se pose la question du changement de statut. À propos de la loi de 1999, le Conseil constitutionnel a émis la réserve selon laquelle « si la filiation de cet enfant venait à être établie à l'égard de l'autre parent, il ne saurait conserver le statut civil coutumier que si ce parent a lui-même le statut civil coutumier »<sup>17</sup>. Cette réserve, construite sur un mode impératif, semble appeler une interprétation *a contrario* de l'article 10, selon laquelle l'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère n'ont pas tous deux le statut civil coutumier, est de statut civil de droit commun. Cette interprétation s'appuie également sur la primauté reconnue au droit commun dans les rapports mixtes (article 9 al. 1<sup>er</sup>). Dès lors, l'enfant de statut coutumier de par son premier parent accèderait au statut commun en raison de la reconnaissance de son second parent de statut commun. En revanche, en vertu de l'article 9 al. 1<sup>er</sup>, l'enfant de statut commun reconnu ou légitimé par un parent de statut coutumier demeure soumis au statut commun. La solution est identique lorsque les parents de l'enfant se marient.

---

<sup>15</sup> Régie par la coutume, la reconnaissance d'un enfant naturel peut intervenir au-delà des 18 ans de celui-ci (art. 35 al. 2 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967) de même que l'adopté peut avoir plus de 18 ans au jour de l'adoption (art. 38 al. 3 du même texte).

<sup>16</sup> DC n° 99-410 du 15 mars 1999, considérant n° 12, selon lequel « cette disposition doit être entendue comme conférant également le statut civil coutumier à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent de ce même statut ».

<sup>17</sup> DC n° 99-410 du 15 mars 1999, considérant n° 12.

## 2. L'appartenance volontaire

L'appartenance statutaire est volontaire lorsqu'elle résulte d'une manifestation de volonté. Sous certaines conditions, l'article 75 de la Constitution et, dans une plus large mesure, les articles 11 à 17 la loi de 1999, offrent aux personnes la possibilité de changer volontairement de statut. Ce changement peut être demandé pour soi-même ou pour d'autre(s).

### a. Le statut demandé pour soi-même

Les articles 12 et 13 de la loi de 1999 prévoient trois hypothèses d'accession et une de renonciation au statut civil coutumier. L'une des possibilités d'accession, celle prévue à l'article 13 al. 2, est cependant aujourd'hui obsolète en raison de l'expiration, le 19 mars 2004, du délai de cinq ans à compter de la promulgation de la loi de 1999 au cours duquel la requête devait être présentée<sup>18</sup>. À l'inverse, les deux autres hypothèses d'accession pour soi-même au statut civil coutumier sont plus restrictives, notamment celle, prévue à l'article 12 de la loi de 1999, qui prend la suite naturelle de l'accession aujourd'hui fermée. Cet article 12, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que « 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. ». L'accession est ici doublement limitée par une date limite (21<sup>ème</sup> anniversaire de naissance) au-delà de laquelle la personne ne peut plus agir et par l'ascendant dont il faut apporter la preuve de l'appartenance au statut civil coutumier au jour de la demande d'accession (le père ou la mère, c'est-à-dire l'un de ses deux ascendants au premier degré seulement). Le demandeur doit également être juridiquement capable. Enfin, il doit prouver une possession d'état de ce statut pendant au moins 5 ans au cours de la période précédant sa demande<sup>19</sup>. Ces quatre conditions sont cumulatives.

L'article 13 al. 1<sup>er</sup> vise l'hypothèse d'un retour au statut civil coutumier. Ce texte dispose que « 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. ». La requête fondée sur ce texte apparaît, à l'origine, comme une dérogation apportée à la renonciation au statut civil coutumier en faveur du statut commun, seule possible avant la loi de 1999, en vertu de l'article 75 de la Constitution, voire de l'article 82 de la Constitution de 1946 qui le premier permit cette renonciation. Ce texte est important en ce qu'il met fin, pour la Nouvelle-Calédonie<sup>20</sup>, au caractère définitif et irrévocable de l'abandon du statut coutumier prévu par ces deux textes constitutionnels<sup>21</sup>. Depuis la loi de 1999, cette possibilité de retour

---

<sup>18</sup> L'article 13 al. 2 dispose que « 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. ».

<sup>19</sup> La loi ne précise pas si cette période doit être continue ou si elle peut-être discontinuée, notamment lorsque le demandeur a été amené à quitter temporairement, pour des raisons personnelles ou professionnelles, sa vie coutumière en tribu. Une interprétation stricte du texte appelle une continuité de la possession d'état pendant au moins 5 ans. Comp. avec l'art. 21-7 du Code civil en matière de nationalité, dans ses versions actuelle (loi du 16 mars 1998) et antérieure (loi du 22 juillet 1993).

<sup>20</sup> V. par ex. Nouméa, 27 août 1990, arrêt n° 189 ; Nouméa, 30 mars 1992, arrêt n° 41.

<sup>21</sup> Ce caractère définitif et irrévocable de la renonciation au statut coutumier pour le statut commun a été expressément posé par le Conseil d'État dans son avis du 22 novembre 1955, n° 262-176, RJPUP 1958, p. 350, note R. PAUTRAT, que dans des circulaires du 27 décembre 1955 et du 7 mars 1957 reprenant l'avis précité, lequel s'inspirait certainement d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 16 février 1885, S. 1888, 1, 479, rendu à propos de la renonciation à leur statut personnel par les Indiens natifs des établissements français en Inde, régie par un décret du 21 septembre 1881.

au statut civil coutumier trouve une assise plus large en ce qu'il doit être lu à l'aune des autres cas d'accession et de renonciation au statut coutumier, notamment ceux visés par l'article 13 al. 2 et 4 de cette loi. Le premier cas reprend celui visé par l'article 75 de la Constitution : « Toute personne de statut civil coutumier peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun. ». Le second vise l'hypothèse du statut civil coutumier demandé pour un autre.

## **b. Le statut demandé pour un autre**

Avant la loi de 1999, à une époque où seule la renonciation au statut coutumier en faveur du statut civil était possible, la jurisprudence était partagée sur le point de savoir si la renonciation d'une personne n'avait qu'un effet relatif ou si elle pouvait entraîner le changement de statut d'autres personnes. La Cour d'appel de Nouméa jugea que la renonciation avait un effet relatif et n'avait aucune conséquence sur les enfants mineurs du renonçant<sup>22</sup>. À l'inverse, en raison notamment de l'intérêt des enfants à ce que la famille ait un statut identique, le Tribunal de première instance de Nouméa posa une exception à l'effet relatif de la renonciation<sup>23</sup>. La loi de 1999 consacre cette possibilité de présenter une requête en changement de statut non pour soi-même mais pour le compte d'autrui. Conformément à l'esprit de l'Accord de Nouméa, la requête permet aussi bien l'accession que la renonciation au statut civil coutumier.

L'article 11 al. 1<sup>er</sup> de la loi de 1999 dispose que « Le statut civil coutumier peut être demandé au bénéfice d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale. ». En sens inverse, l'article 13 al. 4 prévoit que « La demande [de renonciation au statut civil coutumier] au bénéfice d'un mineur est faite par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale ». Outre le contrôle que le juge devra exercer sur ces deux requêtes, celles-ci sont donc soumises à plusieurs conditions : le demandeur doit être capable, exercer dans les faits l'autorité parentale et être de statut civil coutumier ; l'enfant concerné par la demande doit être mineur.

## **B. Le domaine matériel du statut civil coutumier**

L'appartenance de la personne au statut civil coutumier a pour conséquence sa soumission à la coutume. Selon l'article 7 de la loi de 1999, « 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. ». Ce texte, qui cloisonne le champ d'application matérielle de la coutume, pose la question de savoir si le terme « droit civil » inclut *tout* le droit civil ? D'autre part, l'individu de statut civil coutumier est-il seulement soumis à la coutume pour ce qui concerne le droit civil ? Dans deux avis, l'un de 2005 l'autre de 2007, la Cour de cassation a encadré le domaine du statut civil coutumier : l'individu de statut civil coutumier est soumis à la coutume pour *tout* le droit civil (1) et *rien que* le droit civil (2).

### **1. Tout le droit civil**

Jusqu'à l'avis de la Cour de cassation rendu le 16 décembre 2005, une question récurrente dans le microcosme juridique et judiciaire calédonien était celle de l'étendue qu'il fallait donner à l'expression « en matière de droit civil » visée par l'article 7 de la loi de 1999,

<sup>22</sup> Nouméa, 3 septembre 1990, arrêt n° 195.

<sup>23</sup> TPI Nouméa, 1<sup>er</sup> juillet 1991, jugement n° 941. En l'espèce les deux parents des enfants mineurs ont renoncé au statut civil particulier.

alimentée par la jurisprudence antérieure, marquée par une opposition fréquente entre les sections détachées et la Cour d'appel de Nouméa<sup>24</sup>. Trois thèses s'opposent<sup>25</sup>. La première, extensive, vise l'ensemble du droit civil, c'est-à-dire non seulement les règles relatives à la personne, extrapatrimoniales (état et capacité, famille), mais également celles relatives aux activités économiques et sociales (obligations contractuelles et délictuelles, successions, libéralités, régimes matrimoniaux, biens). La deuxième, restrictive, délimite le domaine du statut civil coutumier aux seuls droits extrapatrimoniaux ainsi que les successions, à l'instar du statut personnel mahorais qui régit « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités »<sup>26</sup>. La troisième, fondée sur une volonté de pragmatisme juridique, estime que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies par leurs coutumes seulement en ce qui concerne le droit civil traité par ces coutumes. Peu importe dans cette dernière vision la nature extrapatrimoniale ou patrimoniale des droits civils en cause, la coutume les régit si elle les prévoit. Cette vision donne ainsi un domaine évolutif à la coutume. Mais si elle peut paraître séduisante, elle confond la question des lacunes avec l'applicabilité et l'application de la coutume. Si la coutume, comme en droit international privé une loi étrangère, est applicable, c'est parce qu'une règle de conflit (interpersonnel pour la coutume, de lois en droit international privé) le commande. Si la norme autre que celle de droit commun français est désignée applicable, son caractère lacunaire peut en empêcher l'application, mais non l'applicabilité, sauf à inverser le raisonnement conflictuel.

Saisie à propos d'une demande d'avis pour savoir si le prononcé d'une mesure judiciaire d'assistance éducative, alors que toutes les parties étaient de statut civil coutumier, devait résulter de la juridiction civile dans sa formation coutumière, la Cour de cassation considère que l'assistance éducative faisant partie du droit civil, la juridiction civile de droit commun doit être complétée par des assesseurs coutumiers. Plus largement, dans une opinion faisant « autorité préjurisprudentielle »<sup>27</sup>, véritable motif de l'avis ce qui la colore du sceau de principe, elle estime, alors que la demande d'avis ne l'invitait pas expressément à prendre position<sup>28</sup>, qu'il « résulte de l'article 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes »<sup>29</sup>. La Cour consacre ici clairement une conception extensive, maximum, des matières de droit civil visées par l'article 7 de la loi de 1999.

Si cette position était attendue, elle s'inscrit dans l'esprit de l'Accord de Nouméa, qui entend redonner toute sa place à l'identité kanak et à son expression quotidienne, ainsi que dans celui de la loi organique. Lorsque dans son préambule l'Accord de Nouméa proclame que 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 », afin de parvenir à un destin commun, il

<sup>24</sup> V. R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 90 et s.

<sup>25</sup> S'opposent car l'avis de la Cour de cassation, en théorie, ne s'impose ni à la juridiction qui l'a sollicité, ni aux autres juridictions, ni à la Cour de cassation elle-même dans le cadre d'un pourvoi. Pour une vue synthétique de ces débats, v. not. les observations de M. CAVARROC et le rapport de M. CHAUVIN, publiés en marge de l'avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1<sup>er</sup> avril 2006.

<sup>26</sup> Article 52-1 al. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte.

<sup>27</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27<sup>ème</sup> éd. PUF 2002, n° 143. L'avis rendu par la Cour de cassation n'est en effet pas obligatoire, même pour la juridiction qui l'a sollicité.

<sup>28</sup> La question était ainsi formulée : « En matière d'assistance éducative, lorsque le père, la mère et l'enfant sont de statut civil coutumier Kanak, doit-il être fait application des dispositions des articles 7 et 19 de la loi organique n° 99-210 [n° 99-209, ndlr] du 19 mars 1999, et le juge des enfants doit-il statuer dans la composition coutumière prévue par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 ».

<sup>29</sup> Avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1<sup>er</sup> avril 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FREZET, p. 42, note L. SERMET ; LPA n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. POMART.

ne peut s'agir que d'une égalité entre les identités et donc des statuts civils en présence. Dès lors, si le statut commun soumet son titulaire à l'ensemble du droit civil commun, ce que d'aucuns ne contesteraient, il ne peut en être autrement pour le statut civil coutumier<sup>30</sup>. Or, il n'est pas non plus contestable que le droit civil commun désigne, au moins, la quasi-totalité<sup>31</sup> des matières règlementées par le Code Napoléon, Code civil des Français. À mots identiques identité de domaines. L'article 7 de la loi organique, en ne précisant pas, par énumération ou exclusion, ce que recouvre la « matière de droit civil », a pour finalité de faire « coïncider pleinement le droit civil et le statut civil coutumier »<sup>32</sup>. La coutume a ainsi plénitude sur les droits et obligations civils des personnes de statut civil coutumier. Néanmoins cette plénitude ne concerne que le droit civil.

## 2. Rien que le droit civil

En précisant que le statut civil coutumier régit les matières de droit civil, l'article 7 de la loi de 1999 exclut toute autre matière non civile, fût-elle de droit privé. Ainsi, il ressort des travaux parlementaires que le texte initial de ce qui est devenu l'article 7 prévoit que le statut civil coutumier avait vocation à s'appliquer « en matière civile »<sup>33</sup>. Cette formulation a été abandonnée afin d'exclure la procédure civile du domaine matériel du statut civil coutumier<sup>34</sup>.

Cette exclusion concerne avant tout les matières non civiles du droit privé, comme le droit commercial, des sociétés, du travail ou de la concurrence. Ainsi les droits relatifs aux terres coutumières relèvent de la coutume, en vertu de l'article 18 de la loi de 1999, et ces droits peuvent être gérés par un groupement, notamment un groupement de droit particulier local<sup>35</sup>. Malgré ce lien direct, il n'en reste pas moins que, selon la Cour d'appel de Nouméa, la coutume ne régit pas le fonctionnement interne de cette personne morale qui exploite le fonds coutumier<sup>36</sup>.

Le droit pénal, autre pan du droit privé, est exclu du domaine du statut civil coutumier. Cette exclusion est fondée sur le fait que la loi pénale, protégeant l'ordre public et les intérêts de la société en son entier, et non seulement les intérêts particuliers, même ceux des victimes, relève de la compétence de la société, donc de l'État<sup>37</sup>. Le principe de l'unité du droit pénal n'a été rompu ni par l'Accord de Nouméa, ni par la loi organique. Dès lors, la loi pénale

---

<sup>30</sup> Ainsi, selon R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 105, « l'article 7, fondé sur l'existence de deux statuts civils d'égale valeur, affirme que s'agissant des personnes de statut civil coutumier, seul le droit coutumier peut régir leurs rapports de nature civile. Cette disposition (...) pose le principe de la plénitude de compétence de la norme coutumière pour régir, au-delà du droit des personnes et de la famille, l'ensemble des rapports de droit privé (hormis les rapports commerciaux ou les rapports du travail) ». Le droit privé, qui régit les relations entre personnes privées, est en effet plus que le droit civil, qui règlemente les droits et obligations des particuliers ou entre eux. Ces définitions sont évidemment très réductrices.

<sup>31</sup> Certaines matières intégrées au Code civil, comme le droit de la nationalité française, débordent en effet ce cadre du droit civil.

<sup>32</sup> Selon une lettre du 2 avril 2004 du ministère de l'Outre-Mer, citée par M. CHAUVIN dans son rapport sur l'avis du 16 décembre 2005, préc.

<sup>33</sup> Article 6 du projet de loi organique n° 1229.

<sup>34</sup> Loi de forme, la procédure civile est liée à la juridiction saisie, en ce sens que le juge français recourt nécessairement à la procédure civile française, ce qui aurait permis de l'exclure du domaine du statut civil coutumier même si l'expression initiale avait été finalement retenue.

<sup>35</sup> Les GDPL ont été institués par l'ordonnance n° 82-800 du 15 octobre 1982, relative à l'aménagement foncier, afin de créer des groupements d'intérêts économiques pouvant, dans le respect de la coutume, gérer les terres coutumières (JORF 17 octobre 1982, p. 3110).

<sup>36</sup> Nouméa, 24 janvier 2002, arrêt n° 135/2001, RJPENC n° 2, 2003/2, p. 64. La question pourrait être discutée, ce qui déborderait le cadre de cette étude.

<sup>37</sup> Article 21, II, 5° de la loi de 1999.



s'applique sur l'ensemble du territoire français, métropolitain et ultramarin, à l'ensemble des personnes qui s'y trouvent et qui y commettent une infraction prévue par la loi pénale française. C'est ce que rappelle la Cour de cassation lorsqu'elle juge que les juridictions répressives françaises « sont compétentes pour appliquer la loi pénale française aux infractions commises sur le territoire de la République dont fait partie la Nouvelle Calédonie »<sup>38</sup>. La loi pénale française comme les juridictions chargées de l'appliquer ne peuvent subir la concurrence d'une autre norme et juridiction. C'est pourquoi le prévenu « ne saurait prétendre qu'en raison de son "statut civil particulier de droit coutumier en Nouvelle Calédonie", il ne relève pas des juridictions répressives françaises ». Or, dans la société traditionnelle kanak, il existe des autorités – Grands chefs, Petits chefs, Conseil des Anciens notamment – et des sanctions pénales coutumières. La transgression de la coutume, matérialisée par exemple par des violences physiques sur une personne ou sur un bien, donne lieu à une sanction coutumière. Or, ces sanctions constituent, pour certaines d'entre-elles, des infractions au sens de la loi pénale française, telles la bastonnade ou l'astiquage, châtement corporel prohibé. La pleine reconnaissance de l'identité kanak pouvait, dès lors, poser la question de la place et de la légitimité de ces sanctions, notamment lorsque l'accusé sanctionné coutumièrement se revendiquait, devant le juge étatique, victime de la sanction coutumière. Dans ce cas de figure, la Cour de cassation a jugé, adoptant les motifs de l'arrêt d'appel vainement attaqué, « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier »<sup>39</sup>. Le système pénal coutumier reste donc en marge de la légalité de droit commun, ce qui en réduit fortement la portée puisque sa mise en œuvre soumet ses auteurs, qui pouvaient croire à la légitimité de leur décision au regard de la coutume<sup>40</sup>, à la plainte de l'accusé, victime aux yeux du système pénal étatique.

Dans un avis récent, la Cour de cassation a réaffirmé implicitement l'exclusion du droit pénal du champ matériel du statut civil coutumier, en reconnaissant, pour ne pas l'avoir condamnée, la compétence de la juridiction et de la loi pénale étatiques alors que toutes les parties étaient de statut civil coutumier kanak. Mais la question s'est alors posée de la compétence de cette juridiction pénale pour statuer sur l'action civile opposant la victime et le prévenu. Deux conceptions s'opposaient. L'une tenant à l'unité du procès pénal selon laquelle la juridiction compétente pour l'action publique statue, le cas échéant, sur l'action civile<sup>41</sup>, et qu'aucun texte ne dérogeait à cette règle lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier. Cependant, ne pouvant se voir adjoindre des assesseurs coutumiers, leur intervention au procès n'étant prévue que devant les juridictions civiles calédoniennes, la juridiction pénale ne pouvait qu'appliquer le droit civil commun. Or, depuis l'avis de 2005, la coutume a plénitude pour régir les matières de droit civil lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier. La responsabilité civile fait assurément partie du droit civil et de ce fait relève de la coutume. Dès lors, la Cour de cassation n'a pu faire autrement que d'adopter une autre position et distinguer le jugement de l'action publique de celui de l'action civile. Elle est alors d'avis que « la juridiction pénale, [qui ne peut se voir adjoindre des assesseurs coutumiers], est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut

---

<sup>38</sup> Cass. crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 95-84322.

<sup>39</sup> Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

<sup>40</sup> Les auteurs du pourvoi, dans l'arrêt cité, excipaient « du caractère coutumier des châtements corporels, ainsi que de l'absence, jusqu'alors, d'immixtion des autorités étatiques dans la justice coutumière », et indiquaient « que sanctionner cette pratique reviendrait à contester la compétence des autorités coutumières en leur ôtant tout pouvoir de faire exécuter leurs décisions ».

<sup>41</sup> Articles 3 et 464 du Code de procédure pénale.

civil coutumier kanak »<sup>42</sup>. Après avoir statué sur l'action publique, la juridiction pénale doit donc se dessaisir et renvoyer les parties devant la juridiction civile compétente, complétée par les assesseurs coutumiers<sup>43</sup>.

Si la place de coutume dans l'ordre juridique calédonien apparaît, à première vue, assez bien délimitée, c'est en raison d'une approche positiviste de ce cloisonnement. Or, il n'est pas certain que cette vision soit opportune ni même compatible avec le respect affirmé du rôle du statut civil coutumier et de la coutume qu'il appelle.

## II. La difficile coexistence de la coutume et du droit commun

La consécration de la plénitude du statut civil coutumier, en matière civile tout du moins, si elle peut paraître de nature à renforcer l'identité kanak, pose cependant de nombreuses questions, notamment celle des lacunes de la coutume (A) et de la qualification des notions utilisées par la jurisprudence et la loi organique pour appréhender le phénomène coutumier (B).

### A. Codification et lacunes de la coutume

Certaines questions sont récurrentes, comme celle de la connaissance de la coutume qui, orale, échappe souvent au juge étatique, d'où l'institution des assesseurs coutumiers, plus généralement au juriste qui y est étranger, si ce n'est également au justiciable coutumier lui-même. Bien que tous semblent admettre sa nécessité, la problématique de la codification de la coutume apparaît insoluble. L'oralité, l'évolutivité et l'intransmissibilité intrinsèques de la coutume s'opposant, de fait, à sa mise sur le papier<sup>44</sup>.

La question de la connaissance et de la codification de la coutume renvoie également à celle, non moins lancinante, de ses lacunes normatives. Lorsque le législateur et la Cour de cassation consacrent la plénitude théorique de la coutume à régir tous les droits civils des personnes de statut civil coutumier, le juge se retrouve souvent démuné lorsqu'il doit recourir à la coutume pour des droits qui semblent, bien que civils, par nature étrangers à son domaine matériel. Le débat porte surtout sur le droit civil économique : contrat, responsabilité. Ainsi la coutume peut-elle régir la responsabilité d'un accident de la circulation routière, ou encore la validité et les effets d'un contrat conclu par voie électronique ? Certains en doutent, d'autres pas. Le débat repose sur la question de savoir si la coutume est, en tant que telle lacunaire. Cette interrogation existe également dans la théorie générale du droit. Pour certains le droit peut-être lacunaire, ce que laisse entendre l'article 4 du Code civil en soulevant l'hypothèse

---

<sup>42</sup> Avis du 17 janvier 2007, BICC n° 658 du 1<sup>er</sup> avril 2007 ; RJPENC 2007/1, n° 9, p. 68, note L. SERMET ; Dr. & cult., 54, 2007/2, p. 203, note P. FREZET.

<sup>43</sup> Nouméa, 12 juin 2007, inédit. Cet arrêt statue, en tenant compte de l'avis de la Cour de cassation, sur l'affaire qui l'a sollicité.

<sup>44</sup> Not. N. ROULAND, « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *RTD civ.* 1994, p. 287 et s. V. ainsi G. AGNIEL, in *MWÀ VÉÉ* (Revue culturelle kanak), *Statut coutumier, statut commun. L'heure du choix*, n° 41, 3<sup>e</sup> trim. 2003, p. 20 et s., spéc. p. 23, qui rapporte ce dialogue de sourds lors d'un grand palabre organisé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie : « Il faut que vous, juristes, vous écriviez la coutume pour que l'on puisse l'appliquer partout ». Ce à quoi les juristes présents ont répondu : « Oui, mais pour l'écrire, il faut d'une part la connaître, d'autre part qu'elle soit reconnue. À qui pouvons-nous nous adresser pour connaître les règles coutumières ? ». On nous a rétorqué alors : « Mais on ne peut pas écrire les règles coutumières comme ça... ». N. HNAISSELINE explique ainsi que « La parole coutumière, c'est celle que la chefferie, le clan, la tribu s'adressent à eux-mêmes. Ce n'est pas une parole destinée à être communiquée à l'extérieur », in *MWÀ VÉÉ, op. cit.*, p. 27.

du silence de la loi. À l'inverse, pour d'autres, le droit ne peut être lacunaire, car même en l'absence d'une disposition spécifique les principes généraux permettent de fonder une solution juridique, ce qui résulte également du même article 4 du Code civil lorsqu'il enjoint au juge de statuer nonobstant le silence de la loi.

L'opposition théorique est la même en ce qui concerne la coutume kanak. Ceux qui stigmatisent les lacunes de la coutume et son incapacité à appréhender l'ensemble des situations de fait et des questions de droit, raisonnent par découpage, en distinguant selon les droits et les matières. Il n'est ainsi pas contesté que la coutume prévoit des solutions en matière familiale. Alors que cette existence est plus douteuse pour les obligations civiles. À l'inverse les tenants du caractère complet de la coutume insistent sur le fait qu'elle est un tout et qu'elle peut, de part sa nature, évoluer vers des questions nouvelles.

Au-delà de la complétude revendiquée ou niée de la coutume, dont la démonstration et la responsabilité n'appartiennent qu'aux coutumiers, c'est son autorité qui est en jeu. Le risque posé par les lacunes est celui du recours supplétif au droit commun. Si ce caractère supplétif est parfois soutenu, il doit être exclu en raison de l'égalité consacrée entre les statuts personnels communs et coutumiers. Si, en droit international privé, la loi française peut être appliquée subsidiairement à la loi étrangère pourtant compétente, notamment pour carence dans sa preuve, c'est parce que la loi étrangère ne doit sa compétence qu'en vertu d'une règle de conflit de lois française. Sa juridicité est inférieure à celle de la loi française. Or, la coutume est hiérarchiquement l'égale de la loi française. L'une ne peut donc suppléer la carence de l'autre. Si la coutume est lacunaire, car comme la loi elle peut l'être ponctuellement, il lui revient de puiser en elle les solutions propres à garantir sa compétence, comme le juge doit, en vertu de l'article 4 du Code civil, statuer malgré le silence de la loi. L'avis rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2005 postule en ce sens, dans la mesure où, s'il a été montré que la coutume ne semble pas comprendre de règles relatives à l'assistance éducative, cette lacune supposée ne pouvait remettre en cause la compétence de la juridiction en sa formation coutumière, et donc le recours obligatoire à la coutume sans que le Code civil puisse être utilisé comme un droit supplétif.

Le risque de la coutume lacunaire est également celui de la renonciation des parties à la juridiction coutumière, comme le permet l'article L. 562-24 du COJ, ce qui équivaut à une renonciation à la coutume, malgré la lettre de l'article 7 de la loi organique, puisque celle-ci ne peut être connue et appliquée que par l'intermédiaire des assesseurs coutumiers<sup>45</sup>. Cette hypothèse renvoie à une pratique constatée de femmes kanak renonçant à leur statut personnel au profit du statut commun à seule fin de saisir une juridiction étatique et bénéficier d'une réglementation sur le divorce ou l'obligation alimentaire supposée plus protectrice<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> V. par ex. Nouméa, 24 mars 2003, arrêt n° 104, à propos d'une demande de contribution aux charges du mariage. Les assesseurs convoqués ne s'étant pas présentés, les parties ont accepté d'être jugées en appel par la juridiction en sa formation de droit commun. La Cour d'appel a alors jugé le fond, sans formellement se référer au droit commun, mais en posant comme visa de principe que « la contribution des époux aux charges du mariage doit être fixée en prenant en compte les facultés respectives de l'un et l'autre des époux ». Ce visa s'inspire directement de l'article 214 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, même s'il paraît admis que les obligations du mariage coutumier sont identiques à celle du mariage civil, selon R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 179 et s. Il n'en reste pas moins que la source de ce visa reste ambiguë.

<sup>46</sup> G. ORFILA, note sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 février 1991, préc., p. 94 ; N. ROULAND, *op. cit.* ; G. NICOLAU, « L'autonomie de la coutume canaque », *op. cit.*, p. 250.

## **B. L'opposition sémantique et juridique entre coutume et droit commun**

De cette image des lacunes de la coutume et de leur comblement, il apparaît que l'opposition entre le droit commun et la coutume repose essentiellement sur une contradiction née du pluralisme juridique. La définition et le domaine de la coutume, comme d'ailleurs du statut civil coutumier, sont en effet analysés et appréhendés, par la loi organique comme par la Cour de cassation, par le prisme du droit commun. La coutume est lacunaire parce que le juriste formé au droit commun ne trouve pas les réponses aux questions qu'il s'est posées et qu'il sait pouvoir trouver en contemplation du droit commun. Or cette démarche, si elle paraît naturelle voire inévitable pour le juriste, est en réalité peu conforme à une approche pluraliste, interculturelle, du pluralisme juridique calédonien. Dans la mesure où elle est autre, la coutume ne peut être appréhendée que par elle-même. Ces dérives d'une lecture positiviste de la coutume kanak ont été relevées par plusieurs auteurs<sup>47</sup> et, de façon plus générale, certains anthropologues du droit ont montré par leurs travaux la vacuité de cette approche<sup>48</sup>.

Ainsi lorsque la Cour de cassation, dans ses avis rendus en 2005 et 2007, définit le champ d'application matérielle de la coutume, à l'ensemble du droit civil mais rien que pour le droit civil, elle raisonne en considération des notions de droit pénal et de droit civil telles qu'elles sont entendues par le droit commun. Or, et là s'exprime juridiquement toute la distorsion de ce raisonnement, il n'est pas certain que la coutume opère cette distinction entre droit civil et droit pénal. Ainsi, un assesseur coutumier, répondant à un magistrat qui expliquait la différence entre droit civil et droit pénal, souligna que « La coutume ce n'est pas un saucisson qu'on coupe en tranches (...) c'est un tout. Et on ne peut pas couper les choses comme vous le faites »<sup>49</sup>. Ferait-elle ces savantes distinctions qu'il faudrait au préalable admettre que la coutume est du droit, au sens juridique du terme, ce qui n'est en soi pas plus évident. Dans un document rédigé à l'intention des magistrats de la Cour d'appel de Nouméa, l'ethnologue Jean GUIART estima que « la réalité que l'on appréhende sous le vocable « la coutume » ne correspond en rien à des comportements de type juridique tels qu'on les définit dans le système de droit occidental »<sup>50</sup>.

Les conséquences juridiques de cette dichotomie entre coutume et droit commun sont multiples. Elles sont apparues en droit pénal, droit étatique selon l'État, alors que la sanction coutumière à finalité pénale existe mais se voit dépossédée de juridicité, transformant ainsi le délinquant coutumier en victime de droit commun, les juges et exécuteurs pénaux coutumiers en délinquants. Comment alors imaginer que cette victime, reconnue comme telle par le juge pénal étatique, puisse obtenir des « intérêts civils », en application de la coutume, par la juridiction statuant en formation coutumière<sup>51</sup> ? Il y a là une quadrature du cercle. Les

---

<sup>47</sup> Not. G. NICOLAU, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *Dr. & cult.*, 37, 1999/1, p. 53 et s. ; P. FREZET, « Des limites de l'approche positiviste dans l'application du droit coutumier kanak », *Dr. & cult.*, 54, 2007/2, p. 203 et s. Sur un plan plus sémantique et historique, mais qui fonde l'opposition sur le terrain juridique, B. COQUELET, « Appréhender l'altérité kanake par le droit : le concept de coutume en question », *op. cit.*

<sup>48</sup> V. not. C. EBERHARD, « Prérequis épistémologiques pour une approche interculturelle du Droit. Le défi de l'altérité » ; « Penser le pluralisme juridique de manière pluraliste. Défi pour une théorie interculturelle du Droit » ; « L'anthropologie du Droit : Un itinéraire entre altérité, complexité et interculturalité », préc. et les références citées.

<sup>49</sup> Cité par P. FREZET, *op. cit.*, p. 206 et note 4..

<sup>50</sup> Selon B. COQUELET, *op. cit.*, p. 244, se référant à J. GUIART, « Ce que l'on entend par « coutume » canaque », diffusion restreinte (polycopié), Palais de justice, 1989.

<sup>51</sup> Sur ce point, v. not. P. FREZET, *op. cit.*, p. 209.

exemples pourraient être multipliés où l'importation des notions de droit commun s'oppose à la réalité de la coutume<sup>52</sup>.

Peut-être de façon plus directe mais moins visible, il en est ainsi de la mise en œuvre des conditions d'appartenance au statut civil coutumier prévues par la loi organique. Lorsqu'elle définit les conditions dans lesquelles une personne peut accéder ou renoncer au statut civil coutumier, la loi organique utilise les notions de « capacité », « mineur » et « majeur », « possession d'état », « autorité parentale », d'enfant « légitime, naturel ou adopté », de « conjoint ». De même la notion de « droit civil » dont il vient d'être montré, parce qu'elle induit une distinction, dans le droit, avec d'autres branches du droit, qu'elle n'est pas familière au monde kanak.

Le droit commun raisonne, lui, par catégorie, notions et distinctions d'où découle un régime juridique particulier. Il raisonne par classement. Le juriste doit alors qualifier juridiquement les situations de fait qui lui sont soumises afin de déterminer la règle applicable. Naturellement, logiquement même, le juriste procède à cette qualification à l'aune de son droit, de ses propres concepts juridiques. Le juriste français qualifiera en contemplation du droit français, le plus souvent sans même se poser la question, avec raison généralement, de l'éventualité d'une qualification selon une autre norme. Or, dès lors que la situation est potentiellement soumise à deux normes d'origine ou de nature différente, se pose nécessairement la question de la norme de référence pour procéder à cette qualification. Au niveau interne c'est le cas pour établir si une situation est soumise, par exemple, au droit civil ou au droit commercial. Au niveau international, c'est le cas lorsqu'une situation est potentiellement soumise à une loi étrangère. Lors d'un conflit interpersonnel devant le juge calédonien, c'est le cas lorsqu'il doit déterminer si la personne est soumise au droit commun ou à la coutume. Bien qu'il n'y ait pas dans cette hypothèse de conflit de lois, le droit international privé peut apporter une norme de solution. En droit international privé, le juge peut ainsi qualifier *lege fori*, selon sa propre loi, ou *lege causae*, selon la loi applicable au fond du droit laquelle n'est pas forcément la loi du for. Le principe aujourd'hui admis est celui de la qualification *lege fori*, même si quelques aménagements sont parfois acceptés<sup>53</sup>.

Qualifier *lege fori* les domaines personnel et matériel de la coutume, c'est-à-dire selon le droit commun, semble être la pratique communément admise. Très certainement lorsque la loi de 1999 utilise les notions précitées, elle en appelle dans son esprit aux notions telles qu'elles sont définies par le droit commun. De même les juges, dans les quelques affaires relatives à l'accession ou à la renonciation au statut civil coutumier, examinent si les conditions en sont remplies à l'aune du droit commun. Cette démarche peut se commander de deux arguments. Le premier que la coutume est mise en œuvre par une juridiction étatique et donc, qualifiant *lege fori*, le juge doit faire appel aux notions telles qu'elles sont définies par son droit. Le second que la coutume voit sa juridicité déclarée par la Constitution (art. 75), le bloc de constitutionnalité (Accord de Nouméa) et la loi organique du 15 mars 1999, normes d'origine française métropolitaine. Pour autant, les particularités notionnelles et conceptuelles de la coutume n'ont pas été éludées du texte.

La condition posée par les articles 11 al. 1<sup>er</sup> et 13 al. 4 de la loi de 1999, tenant à ce que la demande d'accession ou de renonciation au statut civil coutumier doive être présentée par toute personne qui exerce « dans les faits l'autorité parentale », illustre cette approche duale

---

<sup>52</sup> V. par ex. le cas du nom, G. NICOLAU, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 66.

<sup>53</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1955, *Caraslanis*, GADIP n° 27.

des notions juridiques que la loi organique utilise. Pour un civiliste de droit commun, la mention « dans les faits » surprend, car seuls les titulaires de droit de l'autorité parentale, les parents au premier chef, peuvent agir au nom et pour le compte des enfants mineurs dont ils ont la charge. L'autorité parentale de fait, ainsi lorsque l'enfant vit chez ses grands-parents, n'est pas prise en compte par le droit, sinon de manière très restreinte pour quelques actes de la vie courante. Mais une autorité parentale de fait ne peut contredire une autorité parentale juridiquement reconnue. Or cette mention « dans les faits » induit une solution inverse, en ce sens que le titulaire de l'autorité parentale de droit ne peut agir en changement de statut s'il n'exerce pas, dans les faits, cette autorité. Plus loin, celui qui exerce l'autorité parentale dans les faits pourra agir alors même que les titulaires de l'autorité parentale de droit s'y opposent. La lettre des articles 11 al. 1<sup>er</sup> et 13 al. 4 de la loi de 1999 semble aller en ce sens. Le parent ne pourra donc agir que s'il exerce dans les faits l'autorité parentale qui découle naturellement du lien de filiation qui l'unit à l'enfant mineur. Ainsi, dans trois arrêts récents, le juge vérifie et constate que le parent demandeur, titulaire de droit de l'autorité parentale, l'exerce bien dans les faits<sup>54</sup>. Cette condition tient compte de la réalité sociologique de la pratique éducative kanak. Dans la famille traditionnelle en effet, même si l'enfant est rattaché à ses parents par un lien de filiation, « l'autorité parentale telle que nous l'entendons est assurée par l'oncle utérin »<sup>55</sup>. Cette délégation de fait de l'autorité parentale à l'oncle utérin n'est pas automatique et les parents peuvent naturellement exercer dans les faits, sans délégation, l'autorité parentale. Celle-ci peut également résulter d'une adoption coutumière de l'enfant par un autre membre du clan (chef, frère aîné) ou du clan maternel, ou encore d'un don d'enfant consenti par les parents de leur vivant ou par les clans après leur décès<sup>56</sup>.

Cette exigence d'équilibre entre les deux systèmes se retrouve moins directement pour qualifier et vérifier les autres notions utilisées par la loi organique. Elle n'en est pas pour autant absente. Ainsi de la capacité qui n'a pas exactement le même sens en droit civil commun que dans la coutume. La capacité est définie selon le droit civil commun par rapport un âge de dix huit ans ou par une altération médicalement démontrée des facultés mentales<sup>57</sup>, alors que la « Coutume ne s'attache pas à l'âge comme critère de passage à un autre stade de la vie sociale, mais plutôt à un évènement coutumier »<sup>58</sup>, un rituel de passage qui, selon la coutume concernée, peut être une retraite, un mariage, le rasage. Dans le même sens, la qualité de « conjoint », au sens des articles 12 al. 2 et 13 al. 3 de la loi organique, est-elle déterminée par le droit commun, qui la cantonne à celle d'époux<sup>59</sup>, ou par la coutume et au mariage coutumier<sup>60</sup> ? Il ne semble pas non plus que la coutume différencie l'union libre du mariage dans l'établissement de la filiation<sup>61</sup> comme le fait le droit commun, même si la

<sup>54</sup> Nouméa, 4 janvier 2007, arrêts n° 06-333, n° 06-336 et n° 06-343, préc.

<sup>55</sup> G. ORFILA, *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regards sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, éd. L'Harmattan, 1998, p. 23.

<sup>56</sup> Sur le don d'enfant, v. R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire, op. cit.*, p. 173 et s.

<sup>57</sup> Art. 488 du Code civil.

<sup>58</sup> Selon G. NICOLAU, « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie », *op. cit.*, p. 66.

<sup>59</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2008, *Dr. fam.* 2008, comm. n° 51, V. LARRIBAU-TERNEYRE, qui juge que « les conjoints étant, en l'état de la législation française, les personnes unies par les liens du mariage, les dispositions de l'article L. 11, 2° du Code électoral en faveur du conjoint ne s'étendent pas aux personnes vivant maritalement et ne peuvent être invoquées par le partenaire d'un pacte civil de solidarité ».

<sup>60</sup> Sur lequel, v. not. R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire, op. cit.*, p. 177 et s. La Cour d'appel de Nouméa, dans un arrêt n° 400 du 6 septembre 1993, a montré l'une des différences entre le mariage civil et le mariage coutumier. Elle juge que « le mariage de citoyens de statut civil 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 » ». *Adde* G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique*, éd. Dalloz, 2007, p. 259.

<sup>61</sup> Selon G. NICOLAU, « L'autonomie de la coutume canaque », *op. cit.*, p. 242.

distinction entre les enfants légitimes et naturels a aujourd'hui disparu du Code civil. L'adoption, qui permet l'accession de l'enfant au statut civil coutumier de ces parents adoptifs (art. 10 de la loi organique), est-elle l'adoption simple ou plénière du droit commun, ou l'adoption coutumière qui ne semble pas faire cette distinction ? De même « la possession d'état de personne de statut civil coutumier » visée par l'article 12 al. 1<sup>er</sup> de la loi organique est-elle définie par le droit civil commun ou par la coutume, ou par les deux ? Selon une qualification *lege fori*, le droit commun s'appliquerait, comme selon une qualification *lege causae*, puisque le demandeur, de statut civil commun au jour de la demande d'accession, relève du droit commun pour toutes les droits civils le concernant, dont fait partie la possession d'état. Ainsi, dans un arrêt relatif au statut civil particulier mahorais, la Cour de cassation a jugé que la possession d'état d'un enfant avec ses parents ne pouvait s'établir selon les conditions du droit civil commun dès lors que les intéressés n'avaient pas renoncé à leur statut civil particulier<sup>62</sup>. Il s'agissait en l'espèce de l'établissement d'un lien de filiation qui ressort du droit civil, en ce sens soumis au statut personnel particulier des intéressés. Néanmoins, la question se pose différemment lorsqu'il s'agit d'établir, par la possession d'état, non un lien de filiation, mais un lien d'appartenance d'une personne au statut civil coutumier. La logique voudrait ici que la coutume soit directement appelée, parce qu'elle seule peut déterminer à quelles conditions des personnes, qui n'en relèvent pas en droit, en seraient néanmoins soumises en fait. En dehors du statut personnel il en est également de la qualification des biens meubles et immeubles, soumis à un régime juridique différent en vertu de l'article 18 de la loi organique. Ainsi en droit commun le fonds de commerce est-il un meuble incorporel<sup>63</sup>, alors qu'il semble être qualifié d'immeuble par la coutume<sup>64</sup>.

Les deux normes ont donc, pour chacune de ces questions et certainement beaucoup d'autres, un titre à s'appliquer. Mais la loi organique prévoit seulement que l'autorité coutumière sera consultée pour toute demande d'accession ou de renonciation au statut civil coutumier, sans préciser l'étendue de cette consultation. L'article 16 al. 2 de la loi organique de 1999 prévoit en effet que la juridiction, statuant de plus en formation coutumière en vertu de l'article 19 du même texte, est tenue de consulter l'autorité coutumière compétente. Ainsi, lorsqu'une accession ou renonciation au statut civil coutumier est prononcée, le juge prend acte que « l'avis favorable émis par le chef du clan fait présumer que l'accession des mineurs au statut civil coutumier est justifiée au regard de la coutume »<sup>65</sup>. Reste à savoir qu'elle est l'étendue de cet avis, sur quels aspects de la demande il a porté, notamment sur une question autre que celle de l'accord de l'autorité coutumière à l'accueil ou au départ d'une personne au sein du statut civil coutumier.

La loi de 1999 en appelle à un équilibre savant entre deux systèmes juridiques coexistant au sein d'un même ensemble. Mais elle reste ambiguë sur leur rôle respectif lors de la qualification juridique des notions et donc du régime juridique qui en découlent. À première vue, les notions utilisées par la loi de 1999 s'entendent au sens du droit civil commun, la consultation des autorités coutumières compétentes, si elle est obligatoire, apparaît comme une demande d'avis en ce qui concerne, pour le demandeur, son accueil au sein d'un clan ou son départ. La qualification *lege fori*, en droit international privé, s'explique, notamment, par la supériorité de la loi du for sur la loi étrangère. Or, dans la mesure où les statuts personnels

<sup>62</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, *D.* 1997, p. 453, note H. FULCHIRON ; *JCP* 1997, II, 22968, note L.-A. BARRIÈRE et Th. GARÉ ; *Dr. fam.* mai 1997, n° 70, note P. MURAT ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602, note G. DROZ.

<sup>63</sup> Not. Y. STRICKLER, *Les biens*, éd. Puf, 2006, n° 149.

<sup>64</sup> En ce sens, TPI de Nouméa, Section détachée de Koné, 18 février 2003, cité par G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *op. cit.*, p. 258.

<sup>65</sup> V. par ex. Nouméa, 4 janvier 2007, arrêts n° 06-333, 06-336, n° 06-343, n° 06-344, inédits.

commun et coutumier sont placés, par l'Accord de Nouméa et par la loi organique, sur un pied d'égalité, le droit commun ne peut en théorie servir de référence à la coutume, et réciproquement. En ce sens, l'équilibre qui doit être réalisé entre la *lex fori*<sup>66</sup> et la *lex causae* doit conduire, lors de cette opération de qualification juridique des notions, à restreindre le rôle de la première au bénéfice de la seconde. Cette qualification *lege causae* des notions n'est pas inconnue du droit international privé, dans le cadre des qualifications en sous-ordre, c'est-à-dire qui interviennent alors que la loi étrangère a été désignée compétente par la règle de conflit du for<sup>67</sup>. Cette tendance à privilégier la qualification *lege causae* se retrouve également dans certains systèmes juridiques pluralistes, comme le Liban<sup>68</sup>. Cette solution, dérogeant au principe posé en droit international privé par l'arrêt *Caraslanis*, échappe au reproche qui lui est traditionnellement opposé, à savoir celui du cercle vicieux. Comment en effet qualifier une notion *lege causae*, c'est-à-dire selon la loi applicable à la situation en vertu de la règle de conflit du for, avant même que la compétence de cette loi soit établie ? Cet argument n'est pas même recevable en droit international privé puisque la situation en cause ayant un lien avec le système juridique étranger, celui-ci dispose sur ce plan du même titre à être consulté que le système juridique du for<sup>69</sup>. Mais ce reproche serait-il efficace qu'il ne serait pas recevable dans les conflits interpersonnels, puisqu'il n'y a pas de conflit de lois : la compétence du droit commun ou de la coutume est certaine.

Dès lors, à chaque fois qu'une notion entre dans la catégorie « droit civil » au sens de l'article 7 de la loi organique, elle devrait être définie par la norme applicable – coutume ou droit commun – en vertu de ce même texte. Par exemple, en ce qui concerne la capacité, celle-ci devrait dépendre du statut civil du demandeur au jour de la demande d'accession ou de renonciation statutaire. Le demandeur de statut civil coutumier qui renonce à ce statut pour adopter le statut civil de droit commun doit être capable au sens de la coutume. Inversement, le demandeur de statut civil commun qui entend renoncer à ce statut pour adopter le statut civil coutumier doit être capable au sens du droit commun. De même pour les notions de conjoint, d'enfant légitime, naturel ou adopté. En ce qui concerne la possession d'état, au sens de l'article 12 al. 1<sup>er</sup> de la loi de 1999, elle devrait être entendue au sens coutumier du terme, bien que le demandeur soit ici de statut civil commun, dans la mesure où il s'agit de déterminer un lien d'appartenance de fait à la coutume, qu'elle seule est en mesure de définir.

En ce sens, il « faut admettre l'impossibilité de concevoir la coutume comme un droit à la carte dont on reprendrait certains éléments ; tout en délaissant certains autres (...). Ces normes forment un tout cohérent. Modifier une institution serait aller à l'amointrissement, moins du droit en cause, que de la crédibilité des décisions rendues, et du juge qui les prononce. Ainsi que le note M. Frezet, « sorties du contexte général, ces règles (coutumières) sont dépourvues de logique et inopérantes. Replacées dans le fonctionnement de la coutume

---

<sup>66</sup> C'est-à-dire le droit commun puisque le juge, même en formation coutumière, reste un juge français de droit commun.

<sup>67</sup> Lors de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, la qualification s'effectue *lege fori*. Si une loi étrangère est désignée compétente, il revient alors à cette loi de définir son propre domaine d'application conflictuelle (renvoi) et matérielle. Dès lors, les notions juridiques utilisées par cette loi seront qualifiées en vertu de cette loi.

<sup>68</sup> P. GANNAGÉ, « Regards sur le droit international privé des États du Proche Orient », *RIDC* 2000, p. 417 et s., spéc. p. 425.

<sup>69</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. Economica, 2006, n° 207. Plus globalement, v. J.-L. ELHOUEISS, « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 282 et s.



(...), elles revêtent un sens car révèlent une logique propre, totalement différente des valeurs de la société occidentale »<sup>70</sup>.

C'est peut-être en en appelant directement à la coutume, en évitant sa lecture comme la définition et l'encadrement de son domaine matériel par le prisme du droit commun, que pourront être posées les prémisses de son évolution. Les instruments de la théorie générale du droit, notamment ceux inspirés du droit international privé, peuvent donner des pistes, non encore complètement ouvertes, à cette approche interculturelle du Droit.

---

<sup>70</sup> G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique, op. cit.*, p. 268, et citant P. FREZET, « Le juge, l'ethnologue et la coutume », in *Anthropologie et Droit : intersections et confrontations*, éd. Karthala, 2004, p. 161 et s.