



Académie des sciences d'outre-mer

***La coutume face à son destin : réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie
et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques / Régis Lafargue***
éd. LGDJ-Lextenso, 2010
cote : 57465

La jaquette austère de cette publication juridique habille un livre important et d'une grande actualité. Son auteur a été conseiller référendaire à la première chambre civile de la cour de Cassation et il a exercé en qualité de magistrat en Nouvelle-Calédonie, à la Réunion, en Centrafrique. Il enseigne à Paris-Ouest-Nanterre et à Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Il est l'auteur d'une monographie publiée en 2003 aux PUF de Marseille, intitulée *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d'un droit commun coutumier*. Il s'agissait du premier travail sur ce « laboratoire juridique » créé par l'ordonnance du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers et par l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 créant le « statut civil coutumier kanak ».

C'est une réflexion de juriste et d'ethnologue sur la validité et l'avenir de cette pratique judiciaire que nous donne aujourd'hui Régis Lafargue. Alain Christnacht qui fut le rédacteur des accords de Nouméa le signale dans sa préface : la prise en compte judiciaire de la « coutume » est née de la revendication identitaire kanak de Nouvelle-Calédonie qui a été posée par les événements des années 1984-1989 et reconnue par les ordonnances de 1982. Elle est au cœur du nouveau « pays » à « souveraineté partagée » que les signataires des accords de Matignon de 1988 et de Nouméa de 1998 ont décidé de construire. Elle se pose aussi en Polynésie où la loi du 27 février 2004 a prévu la création d'un tribunal foncier, et personne ne peut dire qu'elle ne se posera pas à Mayotte où il a été décidé de faire disparaître le droit musulman. Il s'agit en fait d'« un phénomène général que l'on retrouve dans tous les pays neufs (Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Brésil) et dans tous les États (en Afrique francophone notamment) qui ont été confrontés au choc des cultures ».

L'introduction générale replace la création du « laboratoire juridique néo-calédonien », dans son contexte politique, c'est à dire la mise en œuvre du préambule et du document d'orientation des accords de Nouméa de 1998 reconnaissant les Kanak comme peuple autochtone et leur ouvrant le droit à des institutions qui respectent leur identité : statut civil coutumier, Sénat coutumier, juridictions comportant des assesseurs kanak. La « coutume » est un terme commode qui recouvre les institutions, les règles et les procédures qui forment l'armature sociale des Kanak de Nouvelle-Calédonie, et en particulier qui définissent le statut personnel, le droit de la famille et le régime foncier. Elle se présente d'abord comme un corpus juridique qui a été constitué au cours de la période coloniale, notamment pour l'état-civil et le statut des réserves. Mais l'essentiel est resté non écrit, donc non reconnu et non appliqué par la justice de la République. Il faut bien comprendre en effet, que jusqu'à ce qu'il soit réhabilité par les accords de Nouméa en 1998, le *statut personnel coutumier* était tenu pour une survivance dépassée de l'administration coloniale par les administrateurs, les magistrats, les juristes et les élus, et condamnée à l'extinction par désuétude. Au nom du respect de leur statut personnel inscrit à l'article 75 de la Constitution, les « autochtones » qui voulaient bénéficier d'une justice moderne n'avaient le choix qu'entre la renonciation à leur statut personnel ou le renvoi hors du champ judiciaire, devant les



Académie des sciences d'outre-mer

autorités coutumières. Les accords de Nouméa ont donc rendu sens à l'article 75 de la Constitution en posant les bases d'une administration de la justice qui prend en compte le statut civil coutumier, le statut foncier coutumier et les institutions coutumières.

C'est cette réhabilitation de la coutume par la création d'une juridiction sui generis et l'élaboration d'un droit nouveau qui est exposée et analysée par Régis Lafargue dans la première partie de son ouvrage. L'ordonnance du 15 octobre 1982 avait proclamé la compétence générale des autorités coutumières pour concilier les parties et elle avait prévu la nomination d'assesseurs coutumiers représentant les huit aires coutumières, avec voie délibérative. Il faudra attendre la réforme de l'organisation judiciaire de la loi du 13 juin 1989 pour que ces principes soient appliqués. Le tribunal de première instance de Nouméa a été doté de deux sections détachées, l'une à Koné, l'autre à Lifou ayant compétence générale en matière civile et pénale, pour les litiges de droit commun et coutumier. En rendant accessible aux Kanak la justice de la République, la loi *« créait les conditions d'apparition d'une coutume judiciaire fondée sur un ensemble de décisions jurisprudentielles prises dans le respect du contexte sociologique »*. Le juge, assisté par des assesseurs coutumiers a compétence pour les questions relatives au droit des personnes et de la famille relevant du « statut civil coutumier kanak », pour tous les rapports entre les personnes de statut civil coutumier, ainsi que pour les litiges et requêtes relatives aux « terres coutumières ». Il devient la « bouche » de la coutume et il participe à l'élaboration d'un droit nouveau, sur le modèle anglo-saxon de la *common law*, et de la jurisprudence et non plus sur celui des textes écrits inspirés du droit romain. *« Il est de l'office du « juge coutumier » né de l'ordonnance de 1982, de définir la portée des règles à appliquer et leur cohérence vis à vis d'un ordre public dont il apprécie s'il convient ou non de faire primer les principes. Il en résulte que seuls les principes constitutionnels peuvent primer sur ceux du droit coutumier. »* À partir de 1989, une jurisprudence s'élabora, marquée par quelques grands arrêts de la Cour de Cassation, en particulier celui du 6 février 1991, qui renversa la jurisprudence en confirmant que la règle coutumière n'était pas une option ou un droit supplétif car aucun citoyen de droit personnel ne pouvait renoncer à son application. (p. 296) En 1999, la loi organique du 19 mars, en application des accords de Nouméa, a sensiblement renforcé l'égalité des deux statuts en encadrant les conditions d'adoption du statut civil de droit commun, en lui enlevant ses effets rétroactifs, en disposant qu'il peut parfois être abandonné au profit du statut civil coutumier. Régis Lafargue note que *« 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 »*. Ne peut-on dire au contraire qu'elle la confirme en donnant valeur constitutionnelle au statut civil coutumier ? (p. 297).

L'application du principe d'égalité affirmée par la loi et confirmée par une série d'arrêts se heurte encore à un obstacle important : la non-reconnaissance du volet pénal du droit coutumier qui a pour effet de laisser fonctionner un « non-droit pénal coutumier » qui peut déboucher aussi bien sur des « arrangements », des réparations et des pardons que sur des châtements et des punitions inacceptables au regard de la loi pénale.



Académie des sciences d'outre-mer

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée à la présentation du contenu concret de la « coutume judiciaire » qui est en train de s'élaborer en Nouvelle-Calédonie dans le cadre juridique et institutionnel qui a été présenté en première partie. Il est le résultat d'un « *patient chantier de recherche de la vérité sociologique, doublé parfois d'un véritable travail d'invention à justifier par la coutume (ou l'esprit de celle-ci) des solutions qui doivent être l'expression d'une vraie politique judiciaire* ».

L'auteur commence par regarder le droit des terres car « la terre est le sang des morts », elle est leur legs aux vivants à qui elle n'appartient pas. « *Elle est leur état-civil, leur identité, en somme l'ossature de la société kanak* ». A qui appartiennent les terres que l'État colonial s'était appropriées, dont il avait rétrocédé une partie aux tribus sous le régime des réserves, incommutables, insaisissables, incessibles et inaliénables et attribué le reste à la colonisation ? Comment appliquer le principe posé par la loi organique de 1999 dont sont coutumières non seulement les terres des réserves mais les terres attribuées aux groupements d'intérêt local, aux collectivités et établissements publics fonciers, les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers et tous les biens fonciers appartenant aux personnes ayant le statut personnel coutumier ? Le droit positif actuel a unifié les compétences au profit du tribunal coutumier mais, en cas de litige, il n'est d'aucun secours faute d'un mode fiable d'établissement et de reconnaissance des droits fonciers. Ce à quoi tentent de répondre les cadastres provinciaux et les « actes coutumiers » institués par la loi du 15 janvier 2007.

L'auteur examine ensuite le droit des personnes, plus exactement celui des « clans, des familles et des hommes » qui est évidemment le plus riche en innovations, compte tenu de la multiplicité des problèmes posés. La jurisprudence a affirmé les droits de l'individu (dans sa version occidentale), en créant pratiquement de toutes pièces un statut de la famille hors mariage ou naturelle, en remodelant le statut de la famille légitime, en précisant le statut de l'enfant adopté, en cherchant à assurer la protection des personnes incapables.

Le dernier chapitre est consacré à l'adaptation des règles de procédure, condition essentielle de la capacité des juridictions biculturelles à créer un droit nouveau à partir de solutions consensuelles qui traduisent à la fois l'identité coutumière et les aspirations à la modernité. L'auteur montre que les aménagements apportés pour révéler la norme coutumière et traiter le litige conduisent à un dédoublement de l'instance et à une restauration de l'ordre coutumier.

Je retiens de la lecture de cet ouvrage passionnant que le projet défini par les accords de Nouméa de construire une « souveraineté partagée » entre citoyens français Kanak et autres citoyens français de droit commun est possible, puisqu'il a déjà permis des avancées majeures dans un domaine aussi sensible que le droit des biens et des personnes et le fonctionnement de l'institution judiciaire. Il est heureux qu'il ait été honoré d'une subvention de la province Nord, à majorité kanak et du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Michel Levallois