

L'EMPRUNT DU DROIT CIVIL FRANÇAIS PAR LE DROIT CIVIL COUTUMIER KANAK

*Caroline Bouix**

La Nouvelle-Calédonie est un archipel français du Pacifique-Sud à l'histoire tourmentée. De possession coloniale rattachée aux Établissements français du Pacifique dès 1853, elle est devenue Territoire d'Outre-mer en 1946 et est aujourd'hui collectivité sui generis depuis l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 et les articles 76 et 77 de la Constitution française mis en œuvre par la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999. Ce statut institutionnel crée une situation de pluralisme juridique permettant d'articuler les droits des personnes issues de cette colonisation de peuplement avec ceux du peuple autochtone, les Kanak. D'une part, après avoir défini les conditions d'accès au statut coutumier Kanak et déterminé les contours des terres coutumières, la loi organique reconnaît le champ d'application des coutumes Kanak au sein de l'ordre juridique français. Sont ainsi régis par celles-ci les personnes de statut coutumier, en matière de droit civil, et les terres coutumières. Ceci s'accompagne d'un aménagement juridictionnel. Les juridictions judiciaires de droit commun en Nouvelle-Calédonie, i.e. le tribunal de première instance et la Cour d'appel de Nouméa, connaissent en effet en leur sein une formation coutumière destinée à appliquer les coutumes Kanak. Ces formations sont ainsi composées d'un magistrat professionnel et de deux assesseurs coutumiers. Ces derniers représentent les aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie et éclairent la juridiction sur le sens des différentes coutumes Kanak. Leur rôle ne se limite pas à un simple avis consultatif puisqu'ils ont voix délibératives. Se développe ainsi un droit jurisprudentiel composé des décisions rendues par des juridictions étatiques appliquant les coutumes Kanak. D'autre part, la loi organique donne compétence au Congrès de la Nouvelle-Calédonie pour adopter des lois du pays, ayant une véritable valeur législative locale, concernant le statut civil coutumier ou encore le régime des terres coutumières et palabres coutumiers. Ces domaines touchant l'identité Kanak, le Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie est

* Maître de conférences en droit privé à l'université de Nouvelle-Calédonie. Laboratoire de Recherches Juridique et Economique (LARJE).

préalablement consulté. Sur ce fondement, s'est donc créé un droit coutumier législatif, s'attachant pour l'heure, de manière quantitativement limitée, à instaurer des règles essentiellement procédurales. Il apparaît que la traduction juridique des coutumes par la voie écrite résultant de la jurisprudence ou de la loi du pays, tant sur le fond que sur la procédure, n'est pas sans influence sur le contenu de celle-ci. L'observation et l'analyse des décisions rendues par les formations coutumières amènent à constater l'influence du droit français par le recours à des notions civiliste issues de la culture juridique française. L'étude des lois du pays portant sur les coutumes Kanak conduit au même constat. Nait alors un droit hybride, issu du droit occidental empreint de catégories juridiques prédéterminées et soucieux de sécurité juridique, à partir d'une source traditionnelle intrinsèquement orale. On peut dès lors se demander dans quelle mesure ce processus juridique conduit à une transmutation des coutumes Kanak, en confrontant une logique juridique individualiste à une culture océanienne, marquée par une approche holistique persistante.

New Caledonia is a French archipelago in the South Pacific which has a varied history. From being a French colonial possession attached to the French Establishments of the Pacific from 1853, it became an overseas territory in 1946 and is today, as a result of the Noumea Accord 1998 and arts 76 and 77 of the French Constitution which were brought into force by the organic law on New Caledonia of 1999, a sui generis collectivity within the republic. This institutional arrangement has led to a situation of legal pluralism which has enabled the development of personal law which results from colonisation of the territory with rules of the indigenous people, the Kanak. On the one hand, having defined the conditions for belonging to the customary Kanak status and the limits of customary land, the organic law recognises the field of application of Kanak custom within the French Legal Order. A jurisdictional rearrangement supported this. The courts of general law in New Caledonia have within them a customary chamber to deal with the application of Kanak custom. They contain a professional judge and two customary assessors who represent customary areas of New Caledonia and inform the court on the meaning of various Kanak customs. These lay assessors are not simply advisors, they have a full voice in decision-making. As a result, a body of case law has developed from the decisions of state courts which have applied Kanak custom. Furthermore, the organic law gives the congress of New Caledonia the authority to enact local laws which relate to customary civil status and the regime of customary land. This article therefore considers the extent to which this system has led to a change in Kanak custom when an Oceanic culture is faced with an individualistic legal order.

I INTRODUCTION

La Nouvelle-Calédonie est un archipel français du Pacifique-Sud à l'histoire tourmentée. Ses terres habitées sont aujourd'hui principalement constituées par la Grande Terre, les îles Loyauté que sont Ouvéa, Lifou, Tige et Maré et, l'île des Pins et l'île de Belep. De possession coloniale rattachée aux Établissements français du Pacifique dès 1853, elle est devenue Territoire d'Outre-mer en 1946 et est aujourd'hui collectivité *sui generis* depuis l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, à valeur constitutionnelle par renvoi des articles 76 et 77 de la Constitution française. Son statut est fixé par la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999¹ (ci-après LONC). De cette évolution est née une situation de pluralisme juridique au sein même de la République française rompant avec sa tradition universaliste². Ce pluralisme permet que soient préservés et articulés les droits du peuple autochtone, composé par les Kanak présents depuis près de trois mille ans, et ceux des personnes issues de la colonisation de peuplement. Coexistent ainsi en Nouvelle-Calédonie deux ordres juridiques. Il y a, tout d'abord, l'ordre juridique étatique composé des règles de droit français. Celles-ci sont produites par les institutions de l'État (Parlement et Gouvernement³) dans les domaines de compétences que celui-ci détient encore, de manière résiduelle, dans la LONC tels, par exemple, que la justice et l'organisation judiciaire⁴. L'ordre juridique étatique comprend également les règles locales produites par les différentes personnes publiques calédoniennes, chacune dans leurs domaines de compétences, transférées au fur et à mesure de l'avancée vers l'autonomie politique et juridique du pays⁵. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie dispose des compétences d'attribution prévues par la LONC, telles que « le droit civil et le droit commercial » transférés depuis 2013⁶, ou encore le « droit des assurances » plus

1 Loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

2 P Deumier «La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques» *RTD Civ.* 2006. 516.

3 Ce dernier est représenté par le Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie.

4 Article 21 2° LONC.

5 Article 20 LONC pour les Provinces qui disposent d'une compétence de droit commun, autrement dit, dans toutes les matières non attribuées à l'État et à la Nouvelle-Calédonie par la LONC et 22 pour la Nouvelle-Calédonie.

6 Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'Etat en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial. Voir: C Bouix « Les dix ans du transfert de la compétence « droit civil » à la Nouvelle-Calédonie: un anniversaire en demi-teinte » à paraître.

anciennement transféré⁷. Ces compétences sont principalement exercées par les institutions de la Nouvelle-Calédonie⁸ ie le Gouvernement local, le Sénat coutumier (saisi seulement pour avis dans les domaines touchant à l'identité Kanak) et surtout le Congrès, qui constitue l'assemblée délibérante locale. Outre des normes réglementaires, ce dernier peut adopter, dans certains domaines, des lois du pays ayant valeur législative locale. Les trois Provinces administratives (Nord, Sud, Iles Loyauté) disposent quant à elles d'une compétence de droit commun. En l'absence d'attribution à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la LONC, la compétence appartient aux Provinces à l'image de l'« environnement » ou du « développement économique ».

À côté, existe un ordre coutumier, composé des coutumes Kanak, constitutionnellement protégées par l'Accord de Nouméa. Il s'agit des règles juridiques mais aussi sociales du peuple autochtone, concernant les rapports familiaux, claniques et tribaux, la place des ancêtres, le lien à la terre et plus largement le rapport à la nature. Cette organisation coutumière a évidemment considérablement évolué depuis la période antérieure à la colonisation. Elle a, d'une part, été largement influencée par la religion chrétienne en raison de la présence des missions protestantes et catholiques, implantées avant la prise de possession de l'État français en 1853, spécialement dans les îles Loyauté et l'île des Pins⁹. Selon Jean Marie Tjibaou, figure historique du mouvement indépendantiste Kanak dans les années 1980, « la coutume d'hier [a] digéré cette religion venue d'ailleurs pour en faire un des éléments incontournables de la coutume d'aujourd'hui »¹⁰. D'autre part et surtout, l'organisation sociale Kanak a été déstructurée et recomposée par la présence coloniale¹¹, que l'on songe à la création des tribus, de terres réserves

7 Article 22 16° LONC.

8 Voir M Chauchat *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, 2011.

9 L Legeard « Catholiques et protestants à Lifou: un conflit récurrent » *Histoire et missions chrétiennes*, 2008/2, n°6, pp 107 à 118; F Angleviel « L'évangélisation de l'île des Pins (Nouvelle-Calédonie). Étude de cas modélisable » *Histoire et missions chrétiennes*, 2011/4 n°20, pp 65 à 76; G Vidal, « Les débuts de l'Évangélisation protestante de l'île d'Ouvéa (Nouvelle-Calédonie), *Histoire et missions chrétiennes*, 2008/2 n°6, pp 91 à 106.

10 Cité par J-P Briseul « Le droit et le sacré en Nouvelle-Calédonie », in F Faberon et J-Y Faberon (dir) *Religion et société en NC et Océanie*, Centre Michel de l'Hospital, 2013, pp 295-303. Voir également, R Logier « Les spécificités du champ religieux néo-calédonien. Hypothèses et analyses tirées de notre enquête menée en 2007 » *Histoire et missions chrétiennes*, 2008/2, n°6, pp 182-190; M Niculescu et F Robert « Le champ religieux calédonien: panorama pour comprendre une enquête menée en 2007 » *Histoire et missions chrétiennes*, 2008/2 n°6, pp 177 à 181.

11 I Merle *Expériences coloniales. La Nouvelle-Calédonie (1853-1920)* (Griffe, 2020).

indigènes avant que ne soit mise place une politique de cantonnement des Kanak¹² puis l'application du statut d'indigénat de 1887 à 1946¹³. La colonisation ne s'est cependant pas déployée de manière uniforme et homogène sur tout le territoire, la situation des Kanak de la Grande Terre, largement impactés, n'est pas exactement assimilable à celle des habitants des îles Loyauté. L'organisation autochtone actuelle n'est donc plus celle des premiers temps mais elle a survécu malgré la colonisation. Implantée dans le Pacifique Sud, l'organisation coutumière Kanak traduit les valeurs holistiques du monde mélanésien fondées sur l'échange de biens et la Parole¹⁴.

Ces deux ordres juridiques, s'ils sont indépendants l'un de l'autre, connaissent des points de contact. Bien que l'ordre coutumier existe sans sa reconnaissance par l'État, ce dernier lui a fait une place particulière au sein de son ordre juridique. L'Accord de Nouméa fonde la reconnaissance de l'identité Kanak. Cela se traduit notamment à travers l'article 7 de la LONC qui prévoit que « 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 ». L'article 18 de la LONC ajoute que « sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier ». Ainsi, l'État reconnaît que les coutumes Kanak s'appliquent en matière de droit civil aux personnes de statut coutumier¹⁵ et qu'elles régissent les terres coutumières¹⁶. Cette reconnaissance institutionnelle ne crée toutefois pas de cloison étanche entre les deux ordres; elle institue au contraire des passerelles qui conduisent à l'interaction entre droit français et coutume, via l'apparition d'un droit coutumier

12 Arrêté gubernatorial n° 147 du 24 décembre 1867 *déclarant par voie d'interprétation des actes législatifs antérieurs, l'existence légale de la tribu indigène dans l'organisation coloniale de la Nouvelle-Calédonie*; Arrêté gubernatorial du 22 janvier 1868 *relatif à la constitution de la propriété territoriale indigène*; Arrêté gubernatorial du 6 mars 1876 *relatif au cantonnement des indigènes*.

13 I Merle et A Muckle *L'Indigénat. Genèses dans l'empire français. Pratiques en Nouvelle-Calédonie* (CNRS Editions, 2019).

14 S Lebègue *Coutume Kanak* (Au vent des îles & ADCK, 2018) p 422.

15 Voir not C Bouix « Réflexions sur l'égalité des statuts personnels en Nouvelle-Calédonie » *RDLF* [En ligne] 2023 chron. n°5; A Leca *Précis de droit civil coutumier kanak* (4^e éd, PUNC/PUAM, 2019); E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien* (PUNC, 2018).

16 Voir not E Cornut « Nature et lien à la terre selon la coutume kanak: d'un patrimoine matériel et spirituel à la personnification. Quelle qualification juridique pour quels droits? » in *Mélanges en l'honneur de Marc Véricel* (Mare & Martin, 2023) pp 441-463.

« *acculturé* »¹⁷. Cette expression de droit coutumier doit être distinguée de celle, plus large, de coutume¹⁸. En effet, l'ordre coutumier régit la vie des Kanak appartenant au monde coutumier, qu'ils soient ou non, pour diverses raisons, de statut coutumier¹⁹. De ce système, l'État ne reconnaît la validité dans son ordre juridique que d'une mince partie *ie* à l'égard des personnes de statut civil coutumier en matière de droit civil et des terres coutumières.

Le droit coutumier résulte en premier lieu de l'existence d'une compétence donnée au juge étatique pour appliquer les coutumes Kanak en matière de « droit civil »²⁰ et de « terres coutumières » lorsque le conflit est porté devant lui. Aux termes de l'article 19 de la LONC, les juridictions judiciaires de droit commun, *ie* le Tribunal de première instance²¹ et la Cour d'appel de Nouméa, disposent d'une formation coutumière²². Celle-ci est constituée, en première instance, d'un magistrat professionnel et d'au moins deux assesseurs coutumiers, et en appel, de trois magistrats et deux assesseurs²³. Ces assesseurs coutumiers représentent les aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie, au nombre de huit, dont les coutumes Kanak

17 E Cornut « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif calédonien » in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, p 487.

18 E Cornut « La juridicité de la coutume kanak » *Droit et cultures*, 2010, n°60, pp 151-175.

19 Il existe un registre d'état civil coutumier spécifique (Délib. AT n°424 du 3 avril 1967 *relative à l'état civil coutumier*). Tenu aujourd'hui par la Direction de la Gestion et de la Règlementation des Affaires Coutumières du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (DGRAC), il comptait, en aout 2023, 120 139 personnes de statut civil coutumier. Sur cette question, voir C Bidaud « L'état civil coutumier » in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, pp 367-403; I Dauriac « La différenciation des personnes par l'état civil: expérience calédonienne » *D.* 2013, p 2092.

20 La Cour de cassation a donné une interprétation englobante de ce terme en estimant que 'la matière droit civil' comprend l'ensemble de ses domaines: Cass., 16 décembre 2005, n°05-00.026, Bull. 2005, avis, n° 9 p 13.

21 Le Tribunal de première instance de Nouméa en Province Sud comprend deux sections détachées, celle de Koné et de celle Lifou pour les demandeurs résidant, respectivement, en Provinces Nord et en Province des Îles Loyauté.

22 Voir: D Rodriguez « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » in E Cornut et P Deumier *La coutume la kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, pp 303-333.

23 L'article 19 de la LONC reprend l'organisation judiciaire préexistant à l'Accord de Nouméa. La juridiction avec assesseurs fut difficilement acquise, à la suite des revendications des Kanak, par l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982. Les assesseurs coutumiers n'ont cependant été véritablement présents dans les tribunaux qu'à partir de 1990, à la suite de la loi n°89-378 du 13 juin 1989 portant diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire en Nouvelle-Calédonie qui vit la création des sections détachées du Tribunal de première instance de Nouméa, à Koné et Wé, au cœur de terres à dominante Kanak. Voir les art 806, 80-1 et 807, code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

divergent pour partie. Ils doivent éclairer la juridiction sur le sens et l'évolution de ces coutumes. Leur rôle ne se limite pas à un simple avis consultatif; ils ont voix délibératives²⁴.

Une autre interaction entre l'ordre coutumier et l'ordre juridique étatique repose sur les compétences dévolues à la Nouvelle-Calédonie, celle-ci pouvant intervenir en matière de « statut civil coutumier ; terres coutumières et palabres coutumiers »²⁵, par une loi du pays adoptée par le Congrès²⁶. Ces compétences n'ont pas pour but d'écrire la coutume (au risque de lui faire perdre son essence). Elles permettent en revanche de créer des règles et institutions spécifiques à la réception de la coutume dans l'ordre juridique étatique et également, couplée à d'autres compétences, telles que par exemple le « droit du travail », de prendre en compte les coutumes Kanak, au-delà du champ d'application reconnu à la coutume par l'Accord de Nouméa et la LONC.

La rencontre du droit français – étatique comme calédonien – avec les coutumes Kanak est une illustration des potentialités du pluralisme juridique dont il peut résulter un droit hybride. Cette approche est d'ailleurs appelée de ces vœux par une partie du monde Kanak. Le Sénat coutumier, dans la Charte du peuple Kanak adoptée en 2014²⁷, qui n'a pas de valeur contraignante, appelle ainsi à:²⁸

un pluralisme juridique coopératif. Dans ce sens des propositions seront faites pour intégrer la vision autochtone Kanak d'un ordre public coutumier dans une Justice non cloisonnée pour faire en sorte de développer en bonne harmonie le principe et la pratique d'un droit jurisprudentiel pour tout ce qui touche à la coutume et à la sphère coutumière.

La formation du droit coutumier jurisprudentiel comme législatif aboutit ainsi à la création d'un droit hybride, mêlant outils et notions du droit français avec les concepts coutumiers. Pour y parvenir, le juge comme le législateur décident, en

24 Article L. 562-20 COJ.

25 Article 22, 5° LONC.

26 Article 99, 5° LONC.

27 Délib. n°06-2014/SC du 15 juillet 2014 constatant la proclamation et portant adoption de la Charte du peuple Kanak fixant le socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation Kanak.

28 Article 103 Charte du peuple Kanak.

poursuivant diverses finalités, d'emprunter (ou non) certaines notions du droit civil français, comme support d'une coutume transposée dans l'ordre juridique étatique.

II L'EMPRUNT DU DROIT FRANÇAIS PAR LA JURIDICTION ETATIQUE EN FORMATION COUTUMIERE

Le droit coutumier jurisprudentiel renvoie ici à l'application des coutumes Kanak par la juridiction de droit commun en formation coutumière, c'est-à-dire à une forme de « *coutume judiciaire* » selon l'expression du magistrat Régis Lafargue²⁹. Lorsqu'un conflit survient et que la situation ne peut être réglée au niveau coutumier³⁰, la juridiction réunie en formation coutumière peut être saisie. Notons cependant que toute personne de statut civil coutumier ne se verra pas nécessairement appliquer les coutumes Kanak, même en matière de droit civil. Le contentieux échappe en effet à la formation coutumière pour toutes les situations mixtes. L'article 9 de la LONC dispose que « dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ». Le contentieux relève alors de la juridiction de droit commun.

Le droit coutumier jurisprudentiel naît ainsi de ces décisions rendues par des juridictions dont les membres appartiennent au monde coutumier – les assesseurs – et au système juridique étatique – les magistrats professionnels. Cette mixité de la composition n'est sans doute pas sans influence sur ce droit coutumier jurisprudentiel. En effet, bien que la juridiction soit contrainte d'appliquer les coutumes Kanak aux situations énoncées, l'analyse des décisions de justice montre l'emprunt de techniques et notions issues du droit français.

Tout d'abord, les magistrats recherchent généralement à atteindre une certaine sécurité juridique à travers une systématisation de leurs solutions. Autrement dit, la juridiction tente de poursuivre une œuvre jurisprudentielle³¹ au sens d'une interprétation des coutumes valant pour l'affaire en cause mais également pour des

29 R Lafargue *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, Aux sources d'un droit commun coutumier*, GIP Droit et Justice 2001 (PUAM, 2003). Voir également: *La coutume face à son destin* (LGDJ, Paris, 2010).

30 Le conflit est en principe d'abord réglé de manière coutumière. Article 100, Charte peuple Kanak: « La gestion des conflits entre autochtones ou concernant les terres coutumières relève d'abord de la compétence des autorités coutumières qui doivent instaurer des outils de médiation coutumière au niveau du clan et au niveau de la chefferie avant que ne soit saisies les juridictions civiles coutumières ou de droit commun ». Sur la médiation coutumière, voir la position du Sénat coutumier: Délib. n°17/2011/SC du 15 novembre 2011 portant sur un cadre de résolution des conflits en milieu coutumier.

31 R Lafargue *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, Aux sources d'un droit commun coutumier*, préc supra n 30.

affaires similaires à venir. La volonté de créer une jurisprudence coutumière transforme donc, pour partie, le processus de création de la coutume. Celle-ci ne se caractérise pas nécessairement par une logique de système et n'appréhende pas les règles de manière générale, impersonnelle comme le fait le droit occidental. Elle repose au contraire sur un processus de création oral, cherchant à résoudre des situations de manière casuistique.

Témoigne ensuite de l'emprunt au droit français, l'utilisation de notions civilistes dans l'application judiciaire de la coutume. Par exemple, la chambre coutumière de la Cour d'appel de Nouméa a d'abord considéré qu'« en droit coutumier comme en droit commun les époux ont l'obligation de contribuer à proportion de leurs facultés respectives aux charges du mariage »³². Elle a ensuite modifié sa position en affirmant qu'« en matière de droit coutumier, il n'existe pas de contribution aux charges du mariage, le clan devant prendre en charge l'épouse et les enfants en cas de défaillance du père » mais qu'il peut être de l'intérêt des enfants « de voir fixer une contribution à leur entretien et éducation »³³. Cet emprunt se déploie parfois en opposition à l'usage coutumier traditionnel. Par exemple, la Cour d'appel de Nouméa a intégré à sa jurisprudence la notion d'intérêt supérieur de l'enfant afin de fixer sa résidence chez la mère plutôt que dans le clan paternel, ce que requièrent normalement les usages coutumiers³⁴. Autre exemple d'emprunt, le Tribunal de première instance de Nouméa a, à plusieurs reprises, fait droit à des demandes de séparation de corps d'époux mariés selon la coutume³⁵. Il accorde également, si ses détenteurs et les potentiels délégataires sont d'accord, des délégations d'autorité

32 CA Nouméa, ch. coutumière, 7 avril 2008, RG 07-364.

33 CA Nouméa, ch. coutumière, 14 novembre 2022, RG 21/251: « En matière de droit coutumier, il n'existe pas de contribution aux charges du mariage, le clan devant prendre en charge l'épouse et les enfants en cas de défaillance du père. Mais dès lors que la famille ne vit plus au sein du clan et que le parent qui n'a pas la garde des enfants est défaillant dans la prise en charge financière des mineurs, il est de l'intérêt de ces derniers – intérêt que le droit coutumier reconnaît comme étant supérieur – de voir fixer une contribution à leur entretien et éducation; la demande s'analysera par voie de conséquence comme une demande de contribution alimentaire pour les enfants».

34 CA Nouméa, ch. coutumière, 25 sept. 2022, RG 21/175: « le fait que les enfants portent le nom de Monsieur {...} et appartiennent incontestablement au clan paternel ne suffit pas à fixer leur résidence chez un père qui visiblement s'en désintéresse. Le droit coutumier place l'intérêt supérieur de l'enfant avant les usages du clan »; CA Nouméa, ch. coutumière, 14 nov. 2022, RG 22/251: « En dépit du rattachement des enfants {...} au clan paternel, il est conforme à leur intérêt, compte tenu de leur jeune âge, de les maintenir auprès de leur mère ».

35 TPI section détachée de Koné, chambre coutumière, 10 mai 2010, RG 09/56; TPI Nouméa, chambre coutumière, 3 août 2021 RG 20/2106; TPI Nouméa, chambre coutumière, 01 juin 2021 RG 20/1836.

parentale à des tiers³⁶ en cohérence avec la souplesse des liens familiaux en milieu Kanak³⁷. De même est également empruntée au droit civil français, en cas d'absence de solution dans le cadre de la coutume, la notion de majeur vulnérable s'appliquant à des personnes de statut civil coutumier placées sous des régimes de protection tels que la curatelle³⁸. Nombreux sont ainsi les exemples où sont empruntés des mécanismes de droit civil français. Quels facteurs expliquent ce recours à ces notions civilistes, ainsi que leur plus ou moins grande acculturation?

La première raison tient à la LONC elle-même. En effet, ce texte organise la reconnaissance par l'État de l'applicabilité des coutumes à certaines situations à travers des notions de droit français. Ainsi, par exemple, c'est uniquement en matière de droit civil que les coutumes régissent les personnes de statut civil coutumier. Si le « droit civil » est l'un des piliers du droit français, cette matière fait sans doute beaucoup moins de sens pour la coutume³⁹. Également, lorsque la LONC définit les conditions dans lesquelles une personne peut accéder ou renoncer au statut civil coutumier⁴⁰, elle utilise notamment les notions de « possession d'état », de « *capacité* » et d'« *autorité parentale* ». Même si certaines de ces notions sont adaptées par les juges à l'environnement coutumier, comme la possession d'état⁴¹ ou la capacité des

36 Par ex. TPI, Section détachée de Koné, ch. coutumière, 9 janvier 2017, RG 16/028: « Les pères et mère, ensemble ou séparément, peuvent saisir la juridiction coutumière, sauf à avoir établi un acte coutumier, en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers. »

37 G Orfila *La Nouvelle-Calédonie et le droit. Regards sur l'application du droit privé en Nouvelle-Calédonie*, (L'Harmattan, 1998) p 23: « 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", plus largement par le clan utérin. L'autorité parentale peut également être transférée par une adoption coutumière de l'enfant, ou un don d'enfant consenti par les parents de leur vivant ou par les clans après leur décès ».

38 CA Nouméa, ch. coutumière, 6 oct. 2016, RG 16/67: « Le premier juge statuant en formation coutumière indique que son intervention se justifie à défaut de solution clanique et familiale dans le cadre de la coutume ».

39 En ce sens, É Cornut « La juridicité de la coutume kanak », préc: « 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 ».

40 P. Dalmazir et P. Deumier, « Le contentieux préalable du changement de statut », in E Cornut et P Deumier, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, pp 26-41.

41 CA Nouméa, 19 avril 2012, RG : 11/384 : « L'appartenance non contestée du requérant à son clan paternel suffit à prouver l'état qu'il revendique de sujet de la coutume ; qu'en effet, du point de vue de la coutume, l'appartenance clanique, qui fait entrer l'individu dans une lignée d'ancêtres, le fait adhérer au même culte des ancêtres, et lui impose le respect des mêmes interdits (tabous et appartenance totémique), induit que l'enfant puisse porter le nom du clan, du fait qu'il est considéré comme membre du clan, et à ce titre héritier des terres coutumières et des responsabilités qui en résultent à l'égard des générations passées comme des générations futures ; Que, dès lors, la preuve d'une possession d'état non équivoque (nomen, fama et tractatus) se déduit d'un seul fait majeur,

personnes⁴², la transposition de la coutume dans la LONC par le truchement de notions de droit civil ne peut être sans influence sur la manière dont les juges vont devoir les appliquer par la suite.

La deuxième clé de compréhension de cette réception des mécanismes du droit français par les formations juridictionnelles résulte des demandes des parties et, le cas échéant, des stratégies contentieuses développées par leurs avocats afin de faire cohabiter coutumes et système juridique étatique. Tel est le cas de la délégation d'autorité parentale. Une telle demande, qui une fois obtenue permet de faire valoir la charge d'un enfant, est bien souvent motivée par la nécessité d'attester la preuve de cette prise en charge auprès de différents organismes publics, notamment afin d'obtenir des prestations de service public⁴³. De même, la reconnaissance d'un mariage posthume a permis à la veuve de bénéficier de la pension de réversion de la part de la sécurité sociale calédonienne⁴⁴. Le processus coutumier a été pris en compte dans la décision puisque l'accord des chefs de clans a été requis. D'autres stratégies contentieuses permettent une adaptation, si ce n'est un contournement, de l'usage coutumier en vigueur. Ainsi la séparation de corps⁴⁵ présente l'intérêt de concilier la réticence de certaines grandes chefferies à la dissolution d'un mariage coutumier⁴⁶ avec la volonté des époux mariés coutumièrement d'organiser juridiquement leur séparation.

En dernier lieu, la personnalité du magistrat en charge de la formation coutumière est un facteur explicatif à prendre en compte, que de plus amples recherches de sociologie juridique pourraient étayer⁴⁷. Arrivant pour l'essentiel de l'hexagone⁴⁸, les

qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale ».

42 G Nicolas « Le droit très privé des peuples autochtones en Nouvelle-Calédonie » *Droit et cultures*, n°37, 1999, p 53: 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 événement coutumier ».

43 C'est le cas pour les prestations sociales versées par la sécurité sociale calédonienne (la CAFAT) ou la délivrance d'une bourse provinciale pour la scolarité d'un enfant.

44 TPI, Section détachée de Koné, ch. coutumière, 20 mars 2023, RG 22/53.

45 TPI, Section détachée de Koné, ch. coutumière, 10 mai 2010, RG 09/56.

46 C'est le cas des Grandes chefferies des districts de Wetr et de Guahma à Lifou (TPI Nouméa, ch. coutumière, 6 juil. 2021, RG 21/621; TPI Nouméa, ch. coutumière, 1^{er} juin 2021, RG 21/693).

47 Voir O Le Meur *La fabrique du droit coutumier en Nouvelle-Calédonie, Épreuves coutumières et raisonnement juridique* (Thèse, Science Po Paris, 2022).

48 A ce jour, seul un magistrat fut Kanak. Il s'agit de juge Fote Trolue.

magistrats ne sont pas systématiquement formés à la coutume, ni même au droit coutumier⁴⁹. Dès lors, différentes postures sont adoptées face à cette articulation entre droit étatique et coutume. Certains magistrats ont promu l'émergence du droit coutumier jurisprudentiel, tant par leur pratique que par leurs écrits, à l'image de Régis Lafargue⁵⁰ ou encore Daniel Rodriguez, en étant particulièrement sensibles au développement autonome du droit coutumier, respectueux des usages ancestraux. Ils sont ainsi moins enclins à répondre aux demandes des parties qui tendent à faire accueillir des notions de droit français dans la résolution des affaires portées devant la formation coutumière. Cette posture a d'ailleurs donné lieu à une virulente critique d'anthropologues, accusant ces juristes d'être animés par une idéologie conservatrice cherchant à essentialiser l'identité Kanak au détriment des appartenances multiples des personnes de statut civil coutumier⁵¹ et notamment en méconnaissance des droits des femmes⁵². Outre que le propos oublie la possibilité de renoncer au statut civil coutumier⁵³, plusieurs réponses ont, à l'inverse, souligné que⁵⁴:

si l'on accepte de prendre un recul historique suffisant, les chambres coutumières [...] sont des lieux où peuvent se discuter des modes de régulations des conflits et d'ajustements de pratiques coutumières au sein du monde kanak et en relation avec les évolutions rapides que connaît la société calédonienne en son ensemble, sur le plan juridique et au-delà.

D'autres magistrats, plus pragmatiques ou moins résolus à abandonner des techniques bien connues et éprouvées du droit national, sont parfois plus ouverts aux techniques et notions du droit français, pouvant d'ailleurs nourrir une forme de

49 D Rodriguez « La juridiction coutumière kanak (Juger en Kanaky) » supra n 22.

50 C Belhot « Hommage à Régis Lafargue » *Droit & Justice*, 2017.

51 C Demmer et C Salomon « Droit coutumier et indépendance kanak » *Vacarme* 2013/3, pp 63-78 : « Dans la filiation d'une ethnologie juridique préoccupée par les conditions d'intégration des indigènes à l'Empire colonial qu'elle entendait réaliser grâce à l'écriture de codes coutumiers, ces juristes, assimilés aux yeux de leurs pairs aux "sachants de la coutume" que seraient les assesseurs kanak, proposent une expertise conservatrice sur la culture, dont le projet s'inscrit résolument dans cette lignée réformatrice ».

52 C Salomon « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak » *Ethnologie française*, 2018/1, pp 69-80.

53 Article 13, al. 3 LONC.

54 I Merle « Au sujet de la "justice coutumière en Nouvelle-Calédonie" ou les conditions d'un dialogue post-colonial » LARJE, 2013, [En ligne]: https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/Au_sujet_de_la_justice_coutumiere_en_Nouvelle-Caledonie.pdf. Voir égal S Tcherkezoff « La culture sans essentialisme. L'exemple d'un "droit coutumier" dans la société multiculturelle de la Nouvelle-Calédonie » *Le Débat*, 2015/4, n° 186, pp 81-93.

méfiance d'une partie du monde Kanak à l'égard des juridictions coutumières⁵⁵. Cette démarche repose sur différents déterminants implicites contenus dans les jugements et arrêts. Il s'agit souvent de protéger une partie au litige ou une personne intéressée par celui-ci, en supposant la supériorité des techniques juridiques occidentales. La notion d'intérêt de l'enfant, que « le droit coutumier reconnaît comme étant supérieur »⁵⁶, selon la formule des juridictions calédoniennes, en est une parfaite illustration. Elle est intégrée pour modifier un usage coutumier contraire à cet intérêt, à l'image de l'exemple déjà mentionné d'un droit de garde confiée à la mère. Il faut également, et plus substantiellement, y voir la volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux, ici la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, tout en affichant une forme de préservation de la coutume⁵⁷. Ainsi, cette réception fait du droit coutumier, non pas la pure application des coutumes Kanak par les juridictions, mais la conciliation du système étatique et du monde coutumier. C'est une conciliation similaire qui est recherchée par le Congrès légiférant, par les lois du pays, en matière coutumière.

III L'EMPRUNT DU DROIT FRANÇAIS PAR LE LEGISLATEUR DU PAYS EN MATIERE COUTUMIERE

Le droit coutumier législatif a longtemps été en « *souffrance* »⁵⁸. Même s'il reste encore aujourd'hui limité, en matière civile, deux textes témoignent de cette construction d'un droit hybridé, lequel emprunte de nouveau des techniques du droit français tout en les mêlant de coutume.

Le premier est la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers⁵⁹. L'adoption de cette loi du pays participe à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 dont le point 1.2.1 vise à doter le procès-verbal de palabre « d'un statut juridique lui accordant une pleine force juridique ». La loi du pays de 2007 définit la notion juridique, non sans ambiguïté. Son article 1^{er} dispose que « le

55 P Godin et J Passa « Coutume, droit, société en Nouvelle-Calédonie: un point de vue socio-anthropologique. A propos des juridictions civiles coutumières » 2013 [En ligne]: www.pacific-dialogues.fr/pdf/6-NC_Coutume,%20droit,%20société_P_Godin&J_Passa_FR.pdf.

56 CA Nouméa, ch. coutumière, 14 nov. 2022, RG 21/25.

57 Sur les points de frictions entre droits fondamentaux et coutume, voir E Cornut « L'application de la coutume Kanak à l'épreuve des Droits de l'Homme », *Politéia*, 2011, n°20, pp 241-260.

58 T Xozame « La loi du Pays et la Coutume », in C David (dir) *15 ans de lois du pays - Sur les chemins de la maturité* (PUAM, 2016) p 159.

59 Voir C Elia « L'acte coutumier » in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, pp 353-366.

palabre est une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak, à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée. Cette décision peut être transcrite dans le cadre d'un acte coutumier ». A priori, l'acte coutumier est donc un instrumentum, l'écrit transcrivant la décision coutumière adoptée sur le fond. En cela, la loi du pays lui confère « les qualités d'un acte authentique lorsqu'il est pris en matière de statut civil coutumier ou de propriété coutumière »⁶⁰. D'un point de vue pratique, l'acte coutumier est:⁶¹

rédigé à l'issue d'une discussion, organisée selon les us et usages de la coutume kanak, et à l'issue de laquelle une décision coutumière est adoptée en présence des autorités coutumières : chef de clan, chef de tribu ou le grand chef, à défaut le président du conseil des chefs de clans.

Néanmoins, l'acte coutumier semble tout autant désigner la décision issue du palabre lui-même. Il est en effet également défini par le législateur du pays comme un « acte juridique de nature conventionnelle [qui] se caractérise par un concours de volontés interdépendantes qui en détermine les éléments et les effets »⁶². Il est dressé par un officier public coutumier⁶³, fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie assermenté⁶⁴.

Ce texte législatif n'écrit aucunement les coutumes en matière civile. Il ne fait que créer un instrument juridique original destiné à intégrer les coutumes dans l'ordre juridique étatique. Ainsi, à l'instar du droit jurisprudentiel coutumier, le droit législatif coutumier crée un droit hybride. Il mêle coutumes et droit étatique, utilisant le second pour perpétuer le premier. L'organisation coutumière est présente à différents niveaux dans la loi du pays. Tout d'abord, l'acte coutumier transcrit une décision coutumière prise à l'issue d'un palabre, c'est-à-dire « une discussion organisée selon les usages de la coutume kanak »⁶⁵. De plus, les autorités coutumières sont placées au centre du dispositif⁶⁶, « particulièrement les conseils

60 Article 3 al. 2, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

61 DGRAC, « L'acte coutumier », *gouv.nc.*: <https://affaires-coutumieres.gouv.nc/officiers-publics-coutumiers/lacte-coutumier#:~:text=L%27acte%20coutumier%20est%20l,en%20présence%20des%20autorités%20coutumières>

62 Article 3 al. 1, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

63 Article 5 et 18, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

64 Délib. n° 339 du 13 décembre 2007 portant statut particulier du corps des officiers publics coutumiers de la Nouvelle-Calédonie.

65 Article 1^{er}, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 *relative aux actes coutumiers*.

66 Voir G Nicolas « Le rôle des autorités et institutions coutumières » in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, p 338.

coutumiers, institution qui représente directement les autorités coutumières que sont les chefs de clan, les présidents de chef de clan, les petits chefs de tribu et les grands chefs de district »⁶⁷. Ces conseils coutumières, présents au niveau de chacune des huit aires coutumières, tiennent notamment les registres des actes coutumiers⁶⁸ et c'est également devant eux qu'un recours en interprétation d'un acte coutumier doit être porté⁶⁹. Après l'exercice de ce recours préalable, qui constitue une condition de recevabilité d'un futur recours juridictionnel, « les juridictions de droit commun peuvent être saisies pour connaître des litiges relatifs à l'acte coutumier portant sur le statut civil coutumier ou sur les terres coutumières »⁷⁰. Si l'acte coutumier sert de pont entre les coutumes et le droit étatique⁷¹, la loi du pays reprend largement les techniques du droit civil tels que la qualité d'« acte authentique »⁷² de l'acte coutumier, lequel fait même « foi en justice jusqu'à inscription de faux »⁷³. De même, le mécanisme de la représentation est également mobilisé pour « les personnes empêchées, pour cause de maladie ou d'absence hors de Nouvelle-Calédonie »⁷⁴ ou encore celui de la nullité pour « tout acte coutumier établi en violation des dispositions »⁷⁵ législatives. Des institutions civilistes transparaissent également. L'officier public coutumier exerce ainsi les fonctions d'un notaire tout en étant un fonctionnaire de la Nouvelle-Calédonie.

Cette hybridation législative se retrouve plus encore dans la loi du pays n°2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier Kanak⁷⁶. En 1998, l'Accord de Nouméa commande de distinguer le traitement juridique des « biens situés dans les « terres coutumières » (nouveau nom de la réserve), qui seront appropriés et dévolus en cas de succession

67 C Elia « L'acte coutumier », préc supra n 61, p 355.

68 Article 2, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

69 Article 21, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

70 Article 3 et art 29, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

71 C Elia « L'acte coutumier » in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, p 356.

72 Article 3 alinéa 2 loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

73 Article 30, loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

74 Article 9 loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

75 Article 15 loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers.

76 C Bouix « Les dix ans du transfert de la compétence « droit civil » à la Nouvelle-Calédonie: un anniversaire en demi-teinte », à paraître; E Cornut « Veille et éclairage juridique (droit coutumier) » *Cahier du LARJE* [En ligne], 2018-6, p 16.

selon les règles de la coutume et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun »⁷⁷. Pour ces derniers, avant l'adoption de la loi du pays de 2018, l'état du droit résultait d'une délibération du 8 septembre 1980⁷⁸, texte maintenu jusque-là en vigueur malgré les évolutions institutionnelles. Son article 1^{er} prévoyait que « les biens immobiliers appartenant à des citoyens de statut civil particulier et acquis sous le régime de droit civil sont cessibles et transmissibles selon les dispositions du droit commun »⁷⁹. Mais, concernant la dévolution successorale de ces biens, qui était effectuée par un notaire, le texte instaurait la possibilité d'opter, soit pour un régime relevant des « usages coutumiers du conseil de Clan du défunt », soit pour celui mis en place par la délibération-elle. Ce dernier, à la différence des usages coutumiers, prévoyait que les descendants du défunt héritaient « sans distinction de sexe ni de primogéniture »⁸⁰.

Écrite au terme d'une co-construction particulièrement longue entre la DGRAC⁸¹ du Gouvernement, le Sénat coutumier et le Congrès, suffisamment rare pour être soulignée⁸², la loi du pays de 2018 crée une solution nouvelle. Si elle renvoie aux « usages coutumiers propres à l'aire coutumière d'origine du défunt »⁸³ pour la dévolution des biens situés sur terres coutumières appartenant à des personnes de statut coutumier⁸⁴, elle met fin au système optionnel en prévoyant que la dévolution des biens situés hors terres coutumières appartenant aux personnes de statut civil

77 Article 1. 1 du document d'orientation de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

78 Délib. 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, JONC 29 septembre 1980, p 1136.

79 Le « statut civil particulier » est devenu « statut coutumier » en 1998 avec l'Accord de Nouméa.

80 Article 3 délib. n°148 du 8 septembre 1980, préc.

81 Direction de la Gestion et de la Règlementation des Affaires Coutumières du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

82 E Cornut « Veille et éclairage juridique (droit coutumier) » *Cahier du LARJE* [En ligne], 2018-6, p 16.

83 Article 12 loi du pays n°2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak.

84 À nouveau, il n'est nullement question d'écrire le fond de la coutume, mais seulement de prévoir une norme-passerelle vers l'ordre juridique coutumier. Voir E Cornut « Veille et éclairage juridique (droit coutumier) » préc supra n 85: « Elle n'est pas une loi de droit substantiel, dès lors que la coutume est compétente, en vertu des articles 7 et 18 de la loi n° 99-209, pour régir la succession coutumière des biens meubles et immeubles situés en terres coutumières. La loi du pays ne peut s'immiscer dans le domaine coutumier pour dire la coutume. Le congrès en effet ne tient pas de l'article 99, 5° de la loi organique n° 99-209 la compétence pour définir la substance coutumière. [Les débats devant le congrès ont permis de rappeler "la nécessité de laisser à la Coutume ses usages sans les légiférer et de mettre en place dans un texte une procédure de partage des biens permettant le règlement des successions des personnes de statut civil coutumier"] ».

coutumier est nécessairement régie par la loi du pays. Est créé un droit des successions exclusivement applicable aux personnes de statut civil coutumier pour la dévolution de leurs biens situés hors terres coutumières. C'est à nouveau un droit hybride qui est produit, les techniques successorales reposant pour partie sur celles issues du droit français tout en intégrant des éléments du monde coutumier⁸⁵. La succession est réglée par un palabre successoral au terme duquel un acte coutumier est dressé par un officier public coutumier, excluant le notaire de droit commun. Du point de vue de la dévolution, l'ordre successoral protège d'abord le conjoint ou le concubin puis les enfants du défunt, et ce de manière égalitaire⁸⁶, et ensuite, en leur absence, les biens reviennent « aux ascendants en ligne directe ou aux collatéraux directs au premier degré ou aux collatéraux privilégiés ». Enfin, « en l'absence des personnes énumérées ci-dessus », la dévolution est faite au profit des « personnes morales coutumières », c'est-à-dire des clans, des tribus et des Groupements de droit particulier local. Si est supprimée l'option successorale, qui permettait de soumettre ce type de biens exclusivement aux usagers coutumiers sous l'empire de la délibération de 1980, la prise en compte de la coutume demeure assurée. De ce point de vue, la loi crée également un acte de « donation-cession coutumière »⁸⁷, « acte juridique unilatéral hybride entre droit civil et droit coutumier »⁸⁸. Il s'agit d'une donation uniquement à cause de mort qui ne peut être faite qu'aux seuls successibles mentionnés à l'ordre successoral prévu par le texte, à l'exception des personnes morales coutumières. Cet acte est d'ailleurs établi :⁸⁹

en présence du donateur ainsi que de son conjoint ou le cas échéant de son concubin et du chef de clan du défunt, ou à défaut, du chef de sa tribu, ou à défaut du grand-chef ou à défaut du président du conseil des chefs de clans.

85 C Bidaud-Garon « Éclairage juridique – Aperçu critique de la loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 » *Cahiers du LARJE* [En ligne], n° 2018-6, p 6.

86 Article 15, loi du pays n°2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak: « L'acte coutumier issu du palabre de succession des biens mobiliers et immobiliers situés hors terres coutumières est effectué, sans distinction de l'actif et du passif, dans l'ordre successoral suivant : 2 / aux enfants légitimes, naturels ou adoptifs du défunt ».

87 Article 15, loi du pays n°2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak.

88 E Cornut « Veille et éclairage juridique (droit coutumier) » préc supra n 85.

89 Article 20, loi du pays n°2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak.

Ce faisant, le législateur du pays, en créant un droit coutumier largement hybridé, propre aux personnes de statut civil coutumier pour la dévolution de leurs biens situés hors terres coutumières, permet de prendre en compte les particularités de l'organisation sociale Kanak au-delà du champ strictement assigné à la coutume par la LONC. Cette extension est possible car la Nouvelle-Calédonie détient, et depuis longtemps, les compétences en matière de « statut civil coutumier » et « terres coutumières »⁹⁰, mais également, depuis 2013, la compétence « droit civil ». Une telle association n'est pas totalement inédite. La compétence « droit du travail », pleinement transférée en 1999, couplée à celle « de statut civil coutumier », avait déjà permis au Congrès d'étendre l'influence de la coutume hors de ses contrées d'origine. La loi du pays n° 2018-3 du 28 mai 2018 a en effet institué un congé pour responsabilités coutumières, introduisant la prise en compte de l'organisation sociale Kanak dans le monde de l'entreprise⁹¹. En matière successorale, la solution est d'autant plus novatrice que l'Accord de Nouméa prévoyait que les biens situés en dehors des terres coutumières « obéiront à des règles de droit commun ». Or, ainsi que l'a relevé le Conseil d'État lors de son avis sur le projet de loi du pays⁹², cette disposition ne s'oppose pas à ce que le législateur « instaure un ordre successoral protecteur des droits du conjoint survivant et des enfants du défunt » exclusivement applicable aux personnes de statuts civils coutumier. Autrement dit, le droit commun peut ici être un droit coutumier législatif hybridé.

Finalement, la traduction juridique des coutumes par la voie écrite, passant par la jurisprudence ou par la loi du pays, n'est pas sans influence sur le contenu de celle-ci. Nait progressivement un droit hybride, issu du droit occidental empreint de catégories juridiques prédéterminées et soucieux de sécurité juridique, à partir d'une source traditionnelle intrinsèquement orale. On peut dès lors se demander dans quelle mesure ce processus juridique conduit à une transmutation des coutumes Kanak, en confrontant – schématiquement – une logique juridique occidentale individualiste à une culture mélanésienne marquée pour partie par une approche holistique mais également largement ouverte aux évolutions sociales du monde contemporain.

90 Article 22, 5° LONC.

91 Voir N Meyer « Droit du travail et coutume kanak: vers une imprégnation réciproque », in E Cornut et P Deumier (dir) *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, préc supra n 15, pp 245-261.

92 CE, avis, 27 juill. 2016, n°392042.