

La Coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie.

Aux sources d'un droit commun coutumier

AUTEURS: Régis Lafargue (sous la direction de)

INSTITUT: Université Paris X - Nanterre

DATE: Janvier 2002

PUBLICATION: Ronéo, 208 pages

¹ L'article 75 de la constitution actuelle ne fait que reprendre les termes de l'article 82 de la constitution de 1946 qui affirmait : "Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé..."

² Loi organique du n° 99-209 du 19 mars 1999, article 7. – "Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes" (*Journal officiel* de la République française, 21 mars 1999, pp. 4197 et suivantes).

³ Ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 instituant des assesseurs coutumiers dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel (*J.O.R.F.*, 17 octobre 1982, p. 3106).

L'expérience néo-calédonienne, à l'instar de celles menées dans les pays anglo-saxons voisins, participe de la fondation de nouveaux rapports dans une optique multiculturelle conciliant respect de l'égalité des individus et quête identitaire. Cette expérience a mis la norme constitutionnelle qui fonde la reconnaissance de l'altérité juridique et sociale – l'article 75 de la constitution – au cœur des règles devant réguler les rapports intercommunautaires. Cette norme ancienne¹ qui reconnaît l'existence de deux statuts civils, a été complétée par la loi du 19 mars 1999 qui affirme l'égalité des statuts entre eux : désormais le droit coutumier régit tous les rapports de droit civil entre les personnes relevant du statut civil coutumier.² Et le Code civil cesse d'être la norme de "référence" : tout au plus pourra-t-il parfois constituer vis-à-vis des personnes de statut coutumier le "droit supplétif" auquel on aura recours en cas de silence de la coutume.

Cette expérience fait du juge civil le garant du dualisme juridique. Le juge judiciaire n'est pas seulement chargé d'appliquer le droit, mais aussi de trouver l'équilibre satisfaisant entre principes contradictoires. La composition même des juridictions civiles avec des "assesseurs coutumiers" (institués par l'ordonnance du 15 octobre 1982)³ obligatoirement présents chaque fois que le litige oppose des personnes de statut coutumier souligne la vocation du juge à créer ou adapter le Droit. Car, s'il est le garant des libertés individuelles, ce même juge doit sous peine de "dénier de justice" servir un statut civil coutumier fondé sur un privilège de masculinité et un principe de primauté quasi-absolue du groupe (le clan) sur l'individu : soit deux concepts difficilement conciliables avec nos idéaux de liberté et d'égalité.

A défaut d'un possible "métissage" des valeurs respectives des deux communautés, l'objectif est de parvenir à faire coexister tous ces droits dans le respect de la dignité de ceux qui les revendiquent. Un échec à assurer la "cohabitation" entre ces deux systèmes de valeur, conduirait à reprocher au système judiciaire de poursuivre un travail de sappe des fondements de la société traditionnelle en relançant un processus d'acculturation. L'enjeu véritable est de traduire l'évolution possible de la société traditionnelle au contact des valeurs humanistes, sans succomber à la tentation d'un ethnocentrisme qui conduirait au bouleversement de la société autochtone.

Traduisant cette optique d'accompagnement de l'évolution de la société traditionnelle et d'élaboration d'un ordre négocié et non plus imposé, les assesseurs coutumiers doivent, par leur présence, permettre aux juridictions de connaître le droit

traditionnel afin de tenter de faire évoluer la coutume. La force de la jurisprudence étant de pouvoir doser et adapter, le renouveau de la coutume semble devoir passer par l'émergence progressive d'un droit qui, pour être à la fois coutumier et étatique, ne pourra qu'emprunter la forme d'une coutume judiciaire : une sorte de "common law à la française" - du moins, en ce qui concerne le Droit civil. Car la reconnaissance de l'altérité se heurte encore au principe d'unité du droit pénal. L'article 75 de la constitution exclut, implicitement, toute idée de statut pénal dérogoire, qui remettrait en cause l'égalité formelle des citoyens devant la loi. Le principe d'unité du droit pénal constitue un défi supplémentaire pour qui cherche à découvrir au travers de ces règles une réelle cohérence.

La loi du 13 juin 1989⁴ avait déjà doté les juridictions pénales d'une ouverture sur leur environnement culturel en créant des assesseurs représentant la société civile. La prise en compte d'un ordre public communautaire est une réalité que les signataires de l'accord de Nouméa ont voulu approfondir en introduisant une institution nouvelle : la médiation pénale coutumière. Ce concept relance le débat sur l'aménagement d'un statut pénal dérogoire, et sur une possible reconnaissance de la norme pénale traditionnelle.

La différence d'approche entre le droit civil et le droit pénal montre que l'enjeu fondamental est d'arriver à concilier la reconnaissance d'un statut dérogoire (et donc d'une loi "privée") avec nos "principes républicains".

Evoquer l'expérience néo-calédonienne c'est nécessairement évoquer le destin d'une norme constitutionnelle à facettes multiples pour ne pas dire à géométrie variable : l'article 75 de la constitution.

A lire l'article 75 de la Constitution qu'apprend-on du statut particulier ? Essentiellement, que l'on peut y renoncer au profit du statut de droit commun. A partir de là chaque époque a pu donner son interprétation de la signification profonde de ce texte, qui a pu alternativement apparaître comme affirmant un projet d'assimilation puis comme le rempart contre celle-ci en garantissant, au contraire, un droit à la différence. On croyait être certain que ce texte définissait un processus d'assimilation irréversible vers le droit commun dans la mesure où il ne tolérait aucun retour du droit commun vers le droit particulier, finalement la loi organique du 19 mars 1999 pour la Nouvelle-Calédonie est venue faire voler en éclat cette ultime certitude.

Cette norme exprime – en Nouvelle-Calédonie – la reconnaissance d'un droit autochtone attaché à une catégorie d'individus, et impose une mise en oeuvre par des mécanismes adaptés. C'est non seulement une norme, c'est même la norme constitutionnelle fondatrice d'un statut juridique spécifique, et égal au statut de droit commun.

En Nouvelle-Calédonie, dix après le lancement de cette expérience, l'action du juge a consisté à élaborer des règles de procédures, jusque là inexistantes, afin de tirer la coutume de sa confidentialité et la rendre accessible au débat contradictoire. Il a aussi élaboré des règles de fond, dans une logique de compromis, à partir du droit positif existant, et d'une tradition orale qui affirme la prééminence du groupe sur l'individu. Mais pour pouvoir élaborer un droit nouveau il fallait, d'abord, se doter de moyens exceptionnels.

I - Des moyens exceptionnels, à la mesure des enjeux.

II – La composition de la juridiction et son influence sur la pratique judiciaire.

⁴ Loi, n° 89-378, du 13 juin 1989 publiée au *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie du 27 juin 1989, p. 1402. Cette loi a adjoint deux sections détachées, au Tribunal de première instance de Nouméa, à Koné (Province Nord) et Lifou (Province Iles).

I - Des moyens exceptionnels à la mesure des enjeux.

Aujourd'hui existe en Nouvelle-Calédonie une juridiction de première instance dont l'action est complétée par deux sections détachées créées en 1989⁵ et dont le fonctionnement a été précisé par une ordonnance du 12 octobre 1992.⁶ Ces sections détachées constituent des juridictions de proximité. Toutes ces juridictions disposent d'assesseurs "coutumiers" en matière civile et d'assesseurs "représentant la société civile" en matière pénale. Ce nouveau mode de fonctionnement de l'institution judiciaire (section II) dépendait de conditions politiques et juridiques nouvelles (section I).

Section I – Des conditions nouvelles : la réactivation de l'article 75 de la Constitution.

En Nouvelle-Calédonie, jusqu'en 1989 n'existait pas de juridiction apte à connaître le droit coutumier : faute de pouvoir le connaître le juge ne l'appliquait pas. L'article 75 jouait en ce cas comme une norme à opposer "sa différence" à l'individu qui refusait de renoncer à son statut particulier.

§ 1. - Une norme à assimiler les différences ou à rejeter les non-assimilables.

Le statut personnel des Mélanésiens avait fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle dans les années 1920 et 1930. La reconnaissance de ce statut par le droit écrit a été plus tardive : elle n'apparaissait, initialement, qu'au travers d'un double service de l'état civil réservant aux ressortissants de la coutume un service d'état civil spécifique, régi aujourd'hui par la délibération n° 424 du 3 avril 1967.

Jusqu'à l'ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, n'existait aucune structure judiciaire susceptible d'appréhender une coutume dont les règles orales, et au surplus confidentielles, étaient impossibles à connaître. Dès lors, jusqu'en 1982 le raisonnement des juridictions était tranché et semblait couler d'évidence : soit le plaideur réglait son litige devant l'autorité coutumière considérée comme son juge "naturel" dans une société marquée par une logique de "développement séparé", soit il avait échoué devant cette autorité et s'il saisissait le juge de droit moderne, on en déduisait son souhait de se voir appliquer le droit civil et ce, sans même qu'il ait au préalable renoncé explicitement à son statut particulier.⁷ On reconnaissait en quelque sorte une faculté d'option de législation à la fois tacite et partielle.

Ce faisant la jurisprudence ne faisait que prolonger une tendance à la négation du droit coutumier qui avait vu le Tribunal supérieur d'appel de Nouméa en 1933⁸ affirmer que les juridictions de droit commun étaient incompétentes pour trancher les litiges entre indigènes en renvoyant ces derniers à saisir le Service des affaires indigènes. C'est une position similaire qui avait prévalu ensuite : les juridictions se déclaraient incompétentes *ratione personae*, ou feignaient de ne pas voir que les parties étaient de statut coutumier pour leur appliquer le droit civil, ou présumaient la volonté de renoncer à l'application du droit coutumier lorsque le défendeur ne soulevait pas l'incompétence *ratione personae* de la juridiction de droit commun.

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

⁵ Loi n° 89-378 du 13 juin 1989, *Journal officiel* de la Nouvelle-Calédonie, 27 juin 1989 p. 1402.

⁶ Ordonnance, n° 92-1150, relative à l'organisation judiciaire des territoires d'outre-mer, JORF 16 octobre 1992, p. 14518.

⁷ La jurisprudence, afin d'éviter au plaideur mélanésien d'avoir à changer de statut pour pouvoir agir en justice, avait admis une solution médiane : les parties pouvaient solliciter d'un commun accord l'application du droit civil (en renonçant à se prévaloir d'une coutume que la juridiction n'était pas à même de connaître et, donc, d'appliquer). La pratique avait ainsi recours à une option de législation pour éviter de renvoyer systématiquement les plaideurs mélanésiens devant les autorités coutumières. Cette solution a été condamnée par la Cour de Cassation (Cass. civ., 2°, 6 février 1991, Recueil Dalloz Sirey, p. 93, note Orfila).

⁸ T.S.A. Nouméa, 19 septembre 1933, Penant, 1934-1, p. 86.

Cette stratégie de “contournement” de la coutume s’appuyait sur des justifications éthiques en partant du constat que le droit coutumier est très souvent contraire aux principes d’ordre public, et qu’il est quasiment impossible de trouver un compromis satisfaisant entre ces deux logiques, sauf à retarder un peu plus l’extinction d’un Droit jugé archaïque.

C’est pourtant, assez paradoxalement, contre cette tendance que sera réactivé l’article 75 de la Constitution, que seront créés les assesseurs coutumiers (ordonnance du 15 octobre 1982), que sera réformée en 1989 l’organisation judiciaire, et rendu l’arrêt du 6 février 1991⁹ par lequel la Cour de cassation affirme que lorsque l’un des plaideurs a renoncé à son statut particulier dans la mesure où son adversaire demeure de statut particulier les règles applicables au litige demeurent celles du droit particulier, et que lorsque les citoyens de statut particulier réclament devant la juridiction saisie l’application des règles de droit commun cela signifie qu’ils renoncent expressément à la présence d’assesseurs coutumiers siégeant aux côtés du juge professionnel, sans pour autant que puissent être appliquées les règles du Droit civil au détriment du Droit coutumier puisque “ces règles ont trait non à la compétence mais à la composition du tribunal”. Le justiciable ne peut choisir sa loi. Il subit celle que lui assigne son statut.

Avec ces trois dispositions : la Constitution, la loi, et la jurisprudence affirmaient en Nouvelle-Calédonie ce que personne jusque là n’aurait imaginé possible : un dualisme juridique, moins au nom de l’égalité des droits qu’au nom du droit au respect de la dignité.

L’article 75 serait demeuré une norme largement virtuelle sans un réaménagement des structures judiciaires.

§ 2. – *L’aménagement des structures judiciaires.*

L’Ordonnance du 15 octobre 1982 est venue adapter l’organisation judiciaire en instaurant dans certains cas la présence obligatoire d’assesseurs coutumiers au sein des formations civiles de jugement. Ce texte ne créait donc pas véritablement de nouvelles juridictions, et il n’en résulte pas une organisation juridictionnelle coutumière qui serait parallèle aux juridictions de droit moderne. Il existe une composition collégiale qui constitue la norme en matière de contentieux portant sur des questions coutumières. En d’autres termes, l’ordonnance ne fait qu’adapter la composition des juridictions existantes.

Cette ordonnance de 1982 sera complétée par une réforme des institutions judiciaires avec la loi du 13 juin 1989, qui crée deux sections détachées du Tribunal de première instance de Nouméa, l’une à Koné (Province Nord) et l’autre à Lifou (Province des Iles). Cette loi en faisant des sections détachées de véritables juridictions de proximité, rendait pour la première fois accessible la justice de la République aux populations mélanésiennes. Elle créait, ainsi, les conditions d’apparition d’une coutume judiciaire fondée sur un ensemble de décisions jurisprudentielles prises dans le respect du contexte sociologique.

⁹ Cass. civ., 2^e, 6 février 1991, *Gnibekan c/. Kate*, *Recueil Dalloz Sirey*, p. 93, note Orfila.

Section II – Les nouvelles conditions de fonctionnement de l’institution judiciaire.

Les juridictions ont été dotées d’“instruments nouveaux” : les “assesseurs coutumiers” statuant au civil et les “assesseurs représentant la société civile” statuant au pénal.

Paragraphe 1 - Des juridictions civiles complétées d’assesseurs coutumiers.

La formation de jugement, née de l’ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982, apparaît comme une juridiction d’exception (A) repensée dans un objectif de légitimation de l’intervention judiciaire (B).

A – Une juridiction d’exception.

L’article 1^{er} de l’ordonnance n° 82-877 du 15 octobre 1982 proclame la compétence générale des autorités coutumières pour concilier les parties. Cette compétence ne constitue pas une étape obligatoire (sauf en matière de dissolution du mariage), les parties pouvant directement saisir le tribunal (article 2) de toutes requêtes : contentieuses comme gracieuses. Cette juridiction pourra, si les deux parties le demandent ne comporter aucun assesseur coutumier (article 7), ce qui pour autant ne l’autorise pas à appliquer les dispositions du Code civil.

Cette formation juridictionnelle présidée par un magistrat professionnel comprendra des assesseurs de statut civil particulier en nombre pair (article 3) représentant la coutume de chacune des parties (article 5) car la coutume varie d’une aire coutumière à l’autre (la Nouvelle-Calédonie compte huit aires coutumières).

La composition coutumière fait la force de cette juridiction : les assesseurs coutumiers de par leur mode de recrutement ont une incontestable légitimité à statuer dans certaines affaires (notamment les affaires foncières). Cependant s’ils sont majoritaires en première instance (la juridiction présidée par le magistrat professionnel comprend deux assesseurs coutumiers) les assesseurs sont minoritaires en appel (la cour d’appel statue à cinq membres parmi lesquels deux assesseurs coutumiers).

Cependant la composition mixte de ces juridictions est aussi un facteur de faiblesse et de blocage dû à l’absentéisme des assesseurs. Cet absentéisme s’explique souvent par leur refus de siéger pour ne pas cautionner certaines solutions. On l’a vu notamment en matière de contentieux fonciers ou en matière de contentieux relatifs à la famille naturelle (pour certains d’entre eux le droit traditionnel ne reconnaît pas la famille naturelle et la juridiction qu’ils composent n’aurait pas à traiter ce type de contentieux).

B - Une juridiction repensée à la lumière des expériences passées.

Cette composition pourrait exposer le magistrat professionnel à être manipulé par ses propres assesseurs, comme c’était parfois le cas ailleurs, à l’époque coloniale. Pour éviter cela les assesseurs créés par l’ordonnance du 15 octobre 1982 ont voix délibérative à la différence des juridictions coutumières de la période coloniale où ils n’avaient que voix consultative. Assumant la paternité des décisions rendues, les assesseurs coutumiers lorsqu’ils ne désirent pas endosser cette res-

ponsabilité refusent de siéger. Nul besoin pour eux de manipuler le juge professionnel puisqu'ils peuvent soit ne pas "jouer le jeu", soit le mettre en minorité (en première instance du moins).

Certes, les magistrats professionnels regrettent l'absence de formulation théorique par les assesseurs des règles coutumières : la règle coutumière "transpire" des rapports sociaux, elle ne s'expose pas sur un plan théorique, pas plus qu'elle ne se justifie. Pour autant l'utilité de la présence des assesseurs coutumiers, seuls détenteurs du savoir coutumier, n'est pas mise en cause par les magistrats qui siègent à leurs côtés. La préoccupation dominante, au contraire, a été de permettre à cette présence d'avoir toute sa place et de produire son plein effet. Ceci explique que la procédure suivie, au niveau du débat judiciaire devant les juridictions civiles, ait été aménagée.

Paragraphe 2 – Des juridictions pénales dotées de représentants de la société civile.

A ce jour, la justice pénale a essentiellement veillé à sanctionner les débordements auxquels peuvent donner lieu l'exercice des sanctions coutumières, lorsque des coutumiers se livrèrent à des actes incontrôlés (en commettant les faits sous l'empire d'un état alcoolique) d'une brutalité telle que la personne supposée devoir subir une simple sanction corporelle succomba des suites de ses blessures¹⁰ ou lorsque, abusant de leur pouvoir, ces derniers se livrèrent à des représailles dépassant le cadre des "compétences disciplinaires" qu'ils revendiquent¹¹ ou, enfin, lorsque des personnes dépourvues de toute légitimité coutumière commirent des actes s'apparentant à un "lynchage" coutumier.¹²

L'article 75 de la Constitution de 1958 exclut la possibilité d'un statut pénal dérogatoire, pourtant la loi de 1989 a instauré un échevinage en matière pénale, et l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 évoque une bien étrange notion : la médiation pénale coutumière. La "médiation pénale coutumière" annoncerait-elle une plus grande "tolérance culturelle"?

A ceux qui s'interrogeraient sur le sens de l'évolution actuelle on objectera tout d'abord que l'échevinage en matière pénale fonctionne depuis une décennie sans équivalent en France métropolitaine en dépit du principe selon lequel tous les citoyens seraient égaux devant la loi. On objectera enfin que la notion de "médiation pénale coutumière" existe même si ceux qui craignent d'y déceler la préfiguration d'un statut pénal dérogatoire préfèrent prudemment n'y voir qu'une notion sui generis pour n'avoir pas à en analyser la portée.

A – L'échevinage en matière pénale : vers un principe de "tolérance culturelle".

La loi du 13 juin 1989, qui aménage la composition des juridictions pénales, institue au sein des formations correctionnelles collégiales des "assesseurs civils" qui transmettent à la juridiction la "sensibilité" de la société néocalédonienne. Il s'agit là encore d'un système d'échevinage mais distinct en principe des "assesseurs coutumiers" composant les juridictions civiles, lesquels expriment le droit coutumier.

¹⁰ Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*.

¹¹ Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *MP c/ Evanes Boula et autres*.

¹² Cour d'assises de Nouvelle-Calédonie, arrêt pénal n° 4 du 17 avril 1996, *M.P. c/ Pouya et autres*.

A l'instar des "assesseurs coutumiers" des formations civiles, les "assesseurs civils" des juridictions pénales ont voix délibérative et participent à la prise de décision d'égal à égal avec les magistrats professionnels, mais ils participent à la prise d'une décision pénale qui ne concède rien au droit coutumier, même s'ils expriment les attentes de l'opinion publique locale. Si cette institution traduit une reconnaissance sociale et culturelle, ce n'est que de façon implicite.

Ces "assesseurs civils" constituent une avancée dans le sens de la "territorialisation" du droit. En effet si leur recrutement sur la base des listes électorales permet un recrutement ethnique très diversifié en ce qui concerne le tribunal correctionnel de Nouméa, la proportion des Mélanésiens est plus marquée s'agissant du tribunal de Koné. Quant au tribunal correctionnel de Lifou les assesseurs sont exclusivement Mélanésiens, car l'aire de compétence de cette juridiction correspond à d'anciennes réserves intégrales. Aussi la force de la coutume est-elle palpable, sinon oppressante, pour qui a eu l'occasion de siéger au sein du tribunal correctionnel de Lifou.

Cette composition élargie des juridictions correctionnelles peut s'interpréter soit comme un "contre-feu", soit comme un début d'aménagement du principe d'unité du droit pénal. Le système français privilégie, là encore, des solutions qui obligent à adapter les pratiques des juges professionnels pour ne pas avoir à aborder de front la question de l'adaptation de nos notions juridiques. Là encore, le juge est investi de la mission périlleuse d'éclairer le chemin.

B - Des perspectives d'avenir : la "médiation pénale coutumière".

L'accord de Nouméa, signé le 5 mai 1998, précise que "Le rôle des autorités coutumières dans la prévention sociale et la médiation pénale sera reconnu. Ce dernier rôle sera prévu dans les textes applicables en Nouvelle-Calédonie en matière de procédure pénale." A ce jour, ces déclarations d'intention sont encore à l'état de projet. Pour les uns, cette médiation pénale coutumière ne peut qu'être exercée sous le contrôle du ministère public et adopterait les formes et modalités de la médiation pénale que connaît notre Code de procédure pénale : elle ne saurait constituer la reconnaissance d'un droit pénal particulier. Pour les autres, elle est une revanche inespérée sur la décision de la cour de cassation dans l'affaire des coutumiers de Chepenehe.¹³ Cette revanche c'est la reconnaissance du rôle des autorités coutumières dans la prévention des conflits et la médiation entre les parties, car c'est précisément la fonction dont se targuait le petit chef Waehnya.

II – La composition de la juridiction et son influence sur la pratique judiciaire.

La composition des juridictions coutumières détermine leur capacité à élaborer un droit adapté à la revendication identitaire et à la modernité. Mais la capacité de la juridiction à appréhender un droit nécessairement confidentiel, car non écrit, dépend d'abord de la mise en oeuvre d'une procédure adaptée.

Section I. - L'élaboration d'un schéma procédural particulier.

Section II. – L'activité normative de ces juridictions.

Section I. – L'élaboration d'un schéma procédural particulier.

La jurisprudence a du, en l'absence de règles de procédure définies par les textes poser les bases d'une procédure particulière à partir d'un doublement de l'instance comprenant une pré-phase contentieuse destinée à connaître la norme applicable.

Le tribunal sans ses assesseurs coutumiers n'est pas en mesure de connaître le droit applicable essentiellement de tradition orale, hormis les cas où la matière est régie par des textes qui généralement définissent des procédures mais n'édicte que rarement des règles de fond. La décision avant dire droit sur la règle applicable permet d'écrire la coutume et de la rendre accessible aux parties comme au ministère public.

M. Delahaye¹⁴ notait à ce sujet "La règle coutumière étant orale et inconnue le plus souvent des plaideurs, du ministère public et du juge lui-même, on assiste à un procès curieux : les parties et le ministère public le plus souvent ne peuvent invoquer la règle coutumière applicable faute de la connaître, et ce n'est qu'au stade du délibéré que les assesseurs coutumiers révéleront au juge la règle coutumière..."

Le jugement sur le droit applicable (comme première phase du processus) est la condition pour que le juge professionnel ne soit pas le simple porte-plume de la juridiction, et pour qu'il dispose d'un temps de discussion et de réflexion avec ses assesseurs avant d'appliquer le droit aux faits. Cette pratique du jugement intermédiaire constitue, dès lors, une "respiration" nécessaire pour rendre à la collégialité sa véritable vocation en permettant au juge professionnel néophyte de comprendre la règle qu'il devra appliquer et pour pouvoir, le cas échéant, anticiper sa portée et tenter d'en modérer les effets.

Cette phase préparatoire rend effective la règle du contradictoire en permettant aux parties de conclure utilement sur l'application d'une règle dont la juridiction vient de lui livrer la connaissance. D'ailleurs, cette procédure sera instituée sur la demande expresse du Parquet général qui ne pouvait prendre utilement de réquisitions sur une règle dont il ignorait tout.

Ce schéma procédural constitue, à n'en pas douter, la pierre angulaire d'une procédure judiciaire particulière qu'il appartient à la jurisprudence de définir, tout comme elle va définir des règles de fond.

Section II. – L'action normative de ces juridictions.

L'ouverture des juridictions sur la société civile contient en germes l'adaptation nécessaire du principe d'unité du droit pénal et finalement l'affirmation d'un principe d'égalité non plus formel mais adapté aux circonstances locales et sociales. Au plan civil, cette ouverture génère un droit de compromis : une troisième voie entre tradition coutumière et modernité.

§ 1 – L'adaptation du principe d'unité du droit pénal.

Le principe "d'unité – uniformité" du droit pénal a été réaffirmé à l'occasion de l'arrêt Waehnya du 10 octobre 2000. La Cour de cassation a rappelé "aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer des sanctions à caractère de punition, même aux personnes relevant du statut civil coutumier. L'Etat reste à ce jour compétent en matière de justice, d'ordre public, et de garantie des libertés publiques". Et pourtant, le principe ne rend pas compte d'une réalité plus nuancée.

¹⁴ Jean-Luc Delahaye, Le juge et les statuts civils particuliers en Nouvelle-Calédonie, essai d'analyse de la jurisprudence locale, Nouméa, janvier 1995 (non publié).

A – Le principe demeure : le rejet de tout argument tiré de la norme coutumière.

L'excuse tirée de la coutume ou de l'obéissance à un ordre légitime émanant de l'autorité coutumière n'est pas invoquée devant les juridictions néo-calédoniennes et n'aurait guère de chance de succès. Les policiers coutumiers sont condamnés même s'ils ne sont que de simples exécutants comme ce fut le cas dans l'affaire Evanes Boula.¹⁵

De même c'est en vain que les coutumiers de Chepenehe (affaire Siwel Waehnya) vinrent exposer devant le tribunal correctionnel et devant la tribu assemblée dans la salle d'audience, leur désarroi : les deux victimes des sanctions coutumières avaient, tout d'abord, refusé à raison de leur adhésion à un mouvement sectaire de respecter l'organisation collective et la répartition des tâches au sein de la tribu. Elles firent l'objet d'avertissements dans le cadre d'un palabre, puis face à leur refus persistant firent l'objet d'une décision de bannissement. Ce n'est que dans la mesure où elles résisteront à cette décision de bannissement, en défiant l'autorité légitime de la tribu, qu'elles feront l'objet d'une sanction certes constitutive de coups et blessures volontaires mais qui s'avérait être l'ultime recours pour garantir le respect des décisions régulièrement prises dans le cadre tribal.

Certes, on pourra objecter que la coutume civile est reconnue, et que la solution aurait consisté à demander au tribunal de Lifou d'ordonner l'expulsion des sujets réfractaires au travail collectif et donc à l'ordre social coutumier. Outre le caractère humiliant d'une telle démarche devant un magistrat dépourvu de toute légitimité coutumière (que viendrait à peine atténuer la présence des assesseurs coutumiers nécessairement présents dans la composition), outre la liberté de manœuvre que l'on imagine réduite pour la juridiction saisie, outre le fait que rendre une décision favorable aux autorités coutumières reviendrait à légitimer un ordre social qui nie la liberté de conscience comme toute forme de liberté individuelle, cette démarche paraît hautement irréaliste car elle signifierait l'abdication du pouvoir de direction qu'avaient réussi, jusqu'à présent, à conserver les responsables coutumiers. Elle risquerait de signifier bien d'avantage encore s'il était fait droit à semblable requête : l'abdication de nos "principes Républicains".

C'est l'un des paradoxes de l'évolution actuelle : la mise en œuvre de la coutume civile voit le tribunal avec assesseurs coutumiers priver de légitimité l'exercice par l'autorité traditionnelle de ses pouvoirs de "police tribale". Mais poser certaines questions au tribunal civil risquerait fort de conduire à admettre des solutions qui battraient en brèche le bel "universalisme" de nos principes. La solution serait, donc, encore pire que le mal.

A priori rien dans le système néo-calédonien n'exclut une évolution. L'unité du droit pénal n'imposant aucune forme de cécité ou d'ostracisme juridique rien n'interdirait de faire droit à un moyen tiré d'une norme (civile) coutumière qui bénéficie aujourd'hui d'une reconnaissance quasi-pléthorique (depuis l'article 75 de la constitution jusqu'à la loi organique du 19 mars 1999 confortant le statut coutumier). Tous ces textes fondent l'existence d'une organisation sociale séparée mais, en même temps, intégrée à notre système juridique.

A reconnaître la différence coutumière, et à cultiver et approfondir la spécificité juridique comme c'est le cas depuis dix ans, ces normes finissent par fissurer la belle unité de notre droit pénal. Pourtant semblable débat n'a jamais été posé en Nouvelle-Calédonie, sauf à l'occasion de l'arrêt Siwel Waehnya du 10 octobre 2000, et de façon indirecte à l'occasion de l'affaire de la tribu de Néami jugée par les assises de Nouvelle-Calédonie le 17 avril 1996.¹⁶

¹⁵ Tribunal correctionnel de Lifou, 11 août 1994, *MP c/ Evanes Boula et autres*. Cette affaire a vu un *grand-chef* et ses *policiers coutumiers* condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis.

¹⁶ Arrêt n° 4/1996, du 17 avril 1996, *M.P. c/ Pouya*

Dans cette affaire qui évoque un “lynchage” coutumier, en réponse aux accusés qui se prévalaient d’une légitimité coutumière pour justifier d’avoir frappé la victime, l’accusation démontrait au contraire que la coutume se trouvait bafouée : la victime ayant été battue à mort par des membres de la tribu hors du respect de toute règle traditionnelle. Le seul fait de poser la question de la validité de cet argument coutumier pourrait s’interpréter comme une forme indirecte de reconnaissance. On ne cesse en la matière d’entretenir l’ambiguïté comme le montre le caractère singulier d’un tel débat dans un procès pénal où la loi coutumière est censée n’avoir nulle place, ni considération.

Dans cette affaire, les dires des protagonistes soulignent que c’est dans le sens d’un renforcement de l’influence de la coutume et d’un meilleur respect des règles édictées par celle-ci que s’oriente l’attente d’une partie de la population. Il n’est point, ici, question de renoncer aux sanctions coutumières mais d’en revenir à la pureté des pratiques afin que la légitimité du recours aux sanctions ne se trouve plus mis en cause. D’ailleurs, le juge d’instruction souligne que du point de vue des parties civiles l’intervention judiciaire ne se conçoit que comme la sanction d’un abus ou d’un débordement dans l’application de pseudo-sanctions coutumières. Ce cas d’espèce démontre, en tout cas, que le “fait coutumier” demeure incontournable.

Si le principe d’unité demeure, au plan pénal, un impératif contraire s’impose tout autant : éviter que le principe d’égalité devant la loi pénale ne débouche sur une forme de discrimination fondée sur l’origine ethnique du justiciable.

B – Un impératif contraire : éviter que l’égalité n’engendre la discrimination.

En Nouvelle-Calédonie, la résistance sociale à l’assimilation entretient la légitimité des autorités investies de la “police tribale” et, à ce titre, de compétences “punitives”. Cette résistance à l’assimilation conduit à des aménagements pratiques dans lesquels on pourrait être tenté de voir une reconnaissance implicite du fait coutumier dans le domaine pénal.

C’est le ministère public, en amont du procès, qui se préoccupe du respect des valeurs mélanésiennes. Tout d’abord, en classant sans suites des affaires qui verraient interférer la justice pénale dans des questions sensibles touchant aux valeurs coutumières ou à l’autorité des grandes chefferies. Ensuite en usant de son pouvoir de requalifier les faits poursuivis pour correctionnaliser des agissements qui relèveraient, en principe, d’une qualification plus grave¹⁷. Cette seconde prérogative (cumulée avec la première) exercée par le ministère public sans éclat ni publicité, présente l’avantage de préserver les apparences en accréditant l’idée d’une unité parfaite du Droit pénal. L’action du parquet dispense les juridictions d’avoir à créer des notions juridiques dérogoires pour telle ethnie considérée.

Mais en Nouvelle-Calédonie, comme en Australie, les peines d’emprisonnement infligées n’éteignent ni l’obligation de “rachat” du crime à l’égard du clan de la victime, ni l’exigence d’une sanction infligée par le propre clan de la victime (souvent à la fois à la victime elle-même et à son agresseur). La logique de rétablissement de la paix sociale, que privilégie la sanction coutumière, heurte souvent le caractère proportionné et rétributif de nos propres sanctions.¹⁸ Dès lors, en Nouvelle-Calédonie, lorsqu’un président de correctionnelle pose au prévenu la question de savoir s’il y a eu un “pardon coutumier” après la commission des faits ou si la victime invoque l’existence d’un tel pardon pour ne pas réclamer de dommages et intérêts, cela ne signifie pas nécessairement que les faits aient été pardonnés au

¹⁷ Tribunal correctionnel de Nouméa, n° 1934, 22 octobre 1993, *M.P. c/ Poulawa et autres*. Les faits consistaient en des coups et blessures portés à un individu dans le cadre de sanctions coutumières. Ce dernier devait décéder quelques jours après. La qualification criminelle retenue à l’origine a été, par la suite, correctionnalisée et ces faits qualifiés de coups et blessures volontaires.

¹⁸ Tribunal correctionnel de Lifou, n° 35/99, du 8 avril 1999, *M.P. c/ Meite*. Un châtiment coutumier identique a été appliqué tant à la victime d’un viol qu’à l’agresseur (cinq coups de baguette sur le dos) et la victime a été contrainte de quitter la tribu. La sanction coutumière de ces deux jeunes s’inscrivait dans le cadre d’un arrangement coutumier entre les deux familles, c’est l’oncle de la victime qui a été chargé de l’exécution de la sanction coutumière à la fois sur sa propre nièce et sur son agresseur.

sens où l'entend le Christianisme. Cela atteste d'un "arrangement coutumier" : un acte de "réparation" qui a pu consister en des "sanctions" coutumières. La reconnaissance de la sanction coutumière (pas nécessairement attentatoire aux droits de l'Homme) est implicite, mais elle existe bel et bien. On ne saurait, pour autant, en déduire que les juridictions françaises reconnaissent le châtement coutumier.

Enfin nos principes libéraux s'avèrent contre-productifs, voire confinent à l'absurde, lorsque l'application aveugle de la loi pénale de l'Etat revient à soumettre le prévenu à deux sanctions successives : celle qu'impose la coutume outre celle que prononcent les tribunaux.

Il en résulte en pratique une rupture de l'égalité devant la loi, égalité que le droit pénal est dans l'incapacité de garantir. Le réalisme imposerait de faire le constat clair de ce que l'unité du droit pénal n'est qu'un principe virtuel là où l'Etat n'a pas le monopole effectif de la sanction, en raison de la persistance d'une forme de "justice privée".

Qu'il s'agisse de prendre en compte le "pardon coutumier", de l'usage que le parquet fait de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, de "l'échevinage" introduit dans les juridictions répressives ou, plus récemment encore, de la "médiation pénale coutumière", la reconnaissance du "fait coutumier" d'implicite qu'elle était initialement tend de plus en plus à devenir explicite. Elle sous-tendait la pratique des juridictions pour s'affirmer progressivement et de plus en plus ouvertement au travers des réformes récentes ou en cours.

§ 2 – Au niveau du contentieux civil se développe une pratique de compromis.

La création de juridictions à composante bi-culturelle est le point de départ d'une dynamique, parce que ces juridictions sont investies d'une légitimité spécifique, et qu'elles bénéficient de la proximité. Elles ont, de ce fait, vocation à résoudre tous les litiges qui se posent dans leur environnement immédiat. Ce double caractère leur confère une vocation plus large que celle envisagée lors du lancement de l'expérience : époque où l'on restreignait le domaine d'action de ces juridictions par un double critère, cumulatif, de compétence *ratione personae* et *ratione materiae*. La loi organique du 19 mars 1999, en son article 7,¹⁹ les encourage à poursuivre dans cette voie.

Aussi, s'il existe une incertitude elle porte moins sur la pérennité de ces juridictions, que sur l'amplitude de leur action. Certes, le contentieux relevant de la juridiction avec assesseurs ne représente qu'environ 10% du contentieux traité au sein des sections détachées mais la force symbolique de leur action est sans commune mesure avec la modestie des données statistiques.

Ces juridictions peuvent supplanter l'action des autorités traditionnelles là où ces dernières sont en perte de vitesse. Elles offrent une alternative là où les autorités traditionnelles sont respectées (aux Iles Loyautés). Dans tous les cas, ces juridictions devraient amener, par leur seule présence, les autorités coutumières à s'interroger sur leur rôle et à veiller à préserver leur légitimité, ce qui n'annonce nullement l'affaiblissement de la coutume comme norme sociale.

Le bilan de l'action des juridictions avec assesseurs en matière de droit de la famille est contrasté. Il est même soumis à contestation, comme le montre l'attitude de certains assesseurs refusant de siéger dans des affaires relatives à la famille naturelle. Si un compromis se pèse à l'aune des insatisfactions, alors le droit que produit ces juridictions est véritablement un droit de compromis conforme aux objectifs fixés lors du lancement de cette expérience.

¹⁹Art. 7 : "Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes."

L'avenir de cette expérimentation d'une forme nouvelle de juridictions coutumières avec des assesseurs dotés de pouvoirs délibératifs dépendra à la fois de la poursuite par les juridictions de leur travail de définition de leur rôle, et de leur travail normatif affirmant ainsi leur capacité à créer des règles de fond nouvelles ou à rénover les règles anciennes. Mais leur véritable succès dépendra surtout de leur capacité à trouver une articulation entre les divers intervenants dans le processus de règlement des conflits : ces juridictions n'ayant pas, a priori, vocation à vider les dispositifs de régulations traditionnels de leur substance, ni à marginaliser l'action des instances familiales sauf à s'exposer elles-mêmes à la contestation.

Car enfin, leur devenir dépend de l'attitude des autorités traditionnelles, qui n'ont jamais jusqu'à ce jour fait défaut. Elles n'ont jamais adopté un discours de rupture ou de confrontation vis-à-vis de ces juridictions, notamment en interdisant à leurs sujets de les saisir : ce que l'on pouvait craindre lors du lancement de l'expérience ou, encore, en réaction à l'arrêt Waehnya.

Ces juridictions sont même utilisées, "instrumentalisées" par les autorités coutumières : leur existence évite, parfois, aux grandes chefferies de devoir régler un litige opposant leurs "sujets". Car une des traditions du pays consiste souvent à laisser à l'étranger le soin de régler certains problèmes où le manque de recul, des sages ou des arbitres, les prive du consensus nécessaire. La saisine de ces juridictions par les autorités coutumières ne sonne véritablement pas le glas de l'autorité traditionnelle : c'est le moyen qu'ont trouvé les autorités coutumières pour faire endosser aux autorités de la République le costume coutumier qui répugne tant à certains.

Lieu d'affrontement feutré des intérêts, mais aussi des valeurs et des cultures, ces juridictions sont paradoxales et leur étude, pour cette raison, passionnante.

Néanmoins, ces juridictions demeurent fragiles, et leur pérennité suppose un authentique consensus social. Le même consensus que celui qui entoure les accords de Matignon de 1988, et de Nouméa de 1998 qui traduisent une véritable intelligence et compréhension de "l'autre".

Si ces juridictions ne sont pas l'expression d'une "souveraineté partagée", elles sont du moins l'expression d'un contrat social fondé sur un principe méconnu en métropole : le respect des communautés. C'est ce préalable politique qui rendrait délicate toute transposition de ce "modèle" dans un contexte différent, et qui est à la base du succès d'une expérience qui exige du juge une culture professionnelle différente, et une approche pragmatique auquel rien ne le prépare.

En ce sens, le succès de cette expérience est aussi le fruit d'un concours de circonstances et de personnalités.

C'est dire sa fragilité...

Régis Lafargue

