

L'état civil coutumier kanak

*1*¹

Christine Bidaud
Professeure à l'Université Jean Moulin – Lyon 3
Directrice du Centre de droit de la famille
Co-directrice de l'Équipe Louis Josserand

2 La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis* dont le statut et le fonctionnement sont régis par la Constitution française et par la loi organique du 19 mars 1999². Bien qu'étant toujours un « morceau de France » situé à près 18 000 km de Paris, elle est autonome sur de nombreux points et le sera de plus en plus, puisqu'un transfert progressif de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie est en cours. Ce transfert se fait de manière progressive depuis l'accord de Nouméa du 5 mai 1998³, et on relèvera en particulier que le droit civil et le droit commercial applicables en Nouvelle-Calédonie sont ceux qui existaient en France au 1^{er} juillet 2013. Hormis quelques exceptions, aucune des réformes adoptées par le parlement français depuis ne s'appliquent sur le territoire Calédonien. Ce dernier est devenu autonome sur ces compétences et les assemblées locales ont la possibilité d'adopter leurs propres textes dans des lois que l'on appelle des lois du Pays.

Cette singularité de la Nouvelle-Calédonie ne se limite pas à une différence de droit interne avec « la métropole ». Ce terme est ici utilisé par commodité de langage, bien qu'il soit impropre, puisque les départements d'outre-mer ont le même droit que la métropole. Il existe en plus deux statuts, chacun étant régi par un *corpus* juridique différent. Le premier, dit « statut civil de droit commun », est régi par le droit civil commun. Le second, appelé « statut civil coutumier », est régi par la coutume kanak pour l'ensemble des droits civils. Chacun de ces statuts est donc régi par son propre *corpus* juridique et a également son propre état civil⁴. Pour le dire autrement, les événements relatifs aux personnes de statut civil de droit commun sont enregistrés à l'état civil de droit commun et ceux relatifs aux personnes de statut civil coutumier sont enregistrés à l'état civil coutumier. L'état civil coutumier est d'ailleurs sans doute la plus

¹ Le style oral a été conservé par l'auteur et chaque marque *X* renvoie à une slide de la présentation PPXT correspondante.

² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 21 mars 1999, p. 4197.

³ Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF 27 mai 1998 p. 8039.

⁴ Pour une étude plus approfondie de l'état civil coutumier kanak et au-delà de la coutume kanak, V. C. Bidaud, L'état civil coutumier kanak, in « La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien », ouvrage résultant du rapport de recherche GIP Justice « L'intégration de la coutume kanak dans le corpus législatif contemporain » rendu au Ministère de la Justice en 2016, Dir. E. Cornut et P. Deumier, PUNC, 2018, p. 367.

ancienne marque de reconnaissance par l'État du statut dit au départ « indigène », puis « particulier »⁵ et enfin « civil coutumier », et il en a d'ailleurs été longtemps la seule.

3 L'état civil coutumier a été imaginé à l'image de l'état civil de droit commun et c'est assez logique puisqu'il a été imaginé par des juristes de droit commun, c'est-à-dire de tradition romano-germanique attachés à l'écrit, alors que la coutume et le droit coutumier sont essentiellement de tradition orale. Comme en droit commun, il faut distinguer l'*instrumentum* du *negocium* des actes de l'état civil. L'*instrumentum* est entendu dans un sens très large ici, presque comme un synonyme de la partie instrument de police civile de l'état civil, puisqu'il ne s'agit pas uniquement du support et de la forme de l'acte, on va inclure dedans bien sûr le nombre de registres et de mentions, mais aussi les règles relatives au service de l'état civil, aux déclarations obligatoires, aux témoins etc. Cet *instrumentum* est régi exclusivement par les droit étatiques et calédoniens et les textes sont d'ailleurs assez anciens.

Le *negocium* des actes, c'est-à-dire de l'état de la personne en tant que tel, est régi par la coutume kanak et le droit coutumier kanak qui sont faits de paroles à prononcer et de gestes à accomplir devant certaines personnes. On peut prendre l'exemple de l'établissement de la filiation paternelle hors mariage pour illustrer ce propos. La société kanak est composée de clans, réunis en tribus au sein de districts coutumiers qui eux-mêmes se regroupent pour former des aires coutumières. Au sein d'une tribu, il y a donc plusieurs clans et dans chaque clan vivent un certain nombre de familles. Le mariage dans la coutume kanak est un accord inter clanique qui nécessite le consentement de l'homme et de la femme, mais aussi l'accord des clans parce que cette union va avoir des conséquences pour les clans. La femme quitte son clan pour rejoindre celui de son mari et les enfants qui sont issus du mariage entrent eux aussi dans le clan de l'homme. Si un homme et une femme donnent naissance à un enfant hors mariage, cela signifie que les clans n'avaient pas donné leur accord à cette union ni à l'accueil de futurs enfants dans le clan de l'homme. Pour que la filiation hors mariage soit établie, et donc que l'enfant quitte le clan de sa mère et entre dans le clan de son père, il faut que l'homme

⁵ L'État civil « coutumier » a successivement été régi par les textes suivants :

- Arrêté n° 1.305, du 30 décembre 1908, Arrêté au sujet de l'état civil indigène, JONC, 1^{er} février 1909, p. 51.
- Décret du 30 mai 1933 relatif à la condition juridique des métis nés de parents inconnus en Nouvelle-Calédonie, JONC, 29 juillet/5 août 1933, p. 463.
- Arrêté n° 631 du 21 juin 1934, portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 15 juillet 1934, pp. 299-301.
- Arrêté n° 1195 du 28 août 1954 modifiant l'arrêté n° 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 13 septembre 1954, p. 453.
- Arrêté n° 1913 du 20 décembre 1955 modifiant l'arrêté 631 du 21 juin 1934 portant création d'un état civil des indigènes, JONC, 26 décembre 1955, p. 691.
- Délibération n° 189 du 19 novembre 1964, JONC, 21 décembre 1964 p. 1060.

accomplissent deux gestes coutumiers auprès du conseil des anciens du clan de la femme : un geste coutumier de pardon et un geste coutumier dit « de réservation de l'enfant » et il faut que ces gestes soient acceptés par le conseil. Alors seulement la filiation paternelle hors mariage sera établie. Nous sommes très loin de ce que nous connaissons habituellement et l'on voit assez facilement poindre les difficultés : comment enregistrer dans un système de droit écrit des événements intéressant l'état des personnes qui ne peuvent valablement être constitués qu'en prononçant certaines paroles et en accomplissant certains gestes devant certaines personnes...

Dans un premier temps, je vous propose d'exposer les règles régissant l'état civil coutumier afin d'en comprendre son fonctionnement et de voir ses spécificités par rapport à l'état civil de droit commun (I). Dans un deuxième temps, nous nous arrêterons sur quelques difficultés, notamment celles générées par les liens qui existent entre statut et état civil.

***4* I. Les spécificités de l'état civil coutumier**

Au niveau des services et des officiers de l'état civil coutumier, ils sont dans les mairies, exactement comme pour l'état civil de droit commun. Et si à Nouméa les services de l'état civil et de l'état civil coutumier sont clairement séparés, il n'en va pas toujours ainsi. Dans les petites communes, il n'existe qu'un seul service de l'état civil qui gère à la fois l'état civil coutumier et l'état civil de droit commun ce qui est sans doute parfois à l'origine d'erreurs, les officiers de l'état civil n'étant pas plus des professionnels en Calédonie que dans le reste de la France.

Pour ce qui est des registres coutumiers, il y en a quatre : les trois premiers correspondent à peu près à ceux qui existent en matière d'état civil de droit commun, puisqu'il s'agit : d'un registre des naissances, reconnaissances et adoptions ; d'un registre des mariages et dissolutions de mariages ; et d'un registre pour les décès.

Le quatrième registre, appelé registre de recensement, est tout à fait original et découle de la spécificité du statut coutumier. Selon l'article 3 de la délibération de 1967, « *Les maires tiendront dans leur circonscription respective, et en un exemplaire par tribu, des registres de recensement sur lesquels figureront, par ordre alphabétique et par famille, toutes les personnes originaires de la tribu. Seront recensés dans chaque tribu les citoyens de statut civil particulier dont la famille est originaire du lieu considéré* ». Ces registres de recensement permettent de connaître l'identité des personnes qui composent la tribu, et en plus, ils reprennent l'intégralité

des actes de l'état civil intéressant les membres de la tribu⁶. Dans la pratique ils sont d'ailleurs appelés « registre de tribu ». Il pourrait presque être assimilé à une sorte le livret de famille de la tribu. Il n'est certes pas conservé par la tribu, mais par la mairie, mais, pour autant, on peut trouver dedans tous les éléments de l'état civil de tous les membres de la tribu.

5 Quant au nombre d'actes de l'état civil coutumier existant, la délibération de 1967 en fait apparaître sept différents : acte de naissance, acte d'enfant sans vie, acte de décès, actes de mariage, acte de reconnaissance d'enfant, acte de dissolution de mariage et acte d'adoption. Si les cinq premiers sont connus du droit civil, les deux autres sont propres à l'état civil coutumier. Il faut garder à l'esprit que le droit coutumier gère l'intégralité du statut personnel des personnes de statut coutumier. Dès lors, la dissolution du mariage comme l'adoption ne dépendent pas d'une décision judiciaire comme en droit civil, mais d'une décision coutumière prise par les autorités coutumières et inscrite dans un acte coutumier. La création d'un acte de l'état civil coutumier relatif à ces « événements » intéressant l'état des personnes permet une certaine matérialisation de la situation personnelle des intéressés, mais, dans la coutume, tout se passe avec des gestes et des paroles. Comme le mariage est un accord interclanique, le divorce sous-entend lui aussi l'accord des clans. Les époux ou au moins l'un d'eux doit vouloir divorcer, mais il faut en plus que les autorités coutumières de chaque clan donnent leur accord au divorce. Quant à l'adoption coutumière, sans entrer dans les détails, elle est, elle-aussi, liée à la coutume. L'enfant est avant tout l'enfant d'un clan et son passage d'un clan à un autre requiert l'accord des autorités coutumières. Ces deux « événements » n'ont pas de traduction écrite dans la coutume. C'est leur enregistrement à l'état civil coutumier qui permettra d'avoir un écrit, alors même que cet écrit n'a pas réellement de valeur dans le droit coutumier kanak.

Quant à l'autorité supérieure en matière d'état civil coutumier, elle est également différente de celle de l'état civil de droit commun. Si les officiers et les registres de l'état civil de droit commun sont placés sous la seule autorité du Procureur de la République, ce n'est pas le cas pour l'état civil coutumier. L'article 17 de la délibération de 1967 érige le Chef du service territorial de l'Administration générale (CSTAG) en tant qu'autorité responsable des registres de l'état civil coutumier. Au fur et à mesure des réformes institutionnelles, ce chef du service territorial est devenu le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. En théorie, c'est donc à lui que revient ce rôle d'autorité supérieure de l'état civil coutumier. Il y a ici un mélange

⁶ Article 7 de la délibération de 1967.

des pouvoirs assez surprenant, puisque c'est un homme ou une femme politique élu qui sera le supérieur d'un service administratif intéressant directement le statut personnel. Néanmoins, un système de double délégation a été mis en place. Les fonctions sont d'abord déléguées au directeur la Direction de la gestion et de la réglementation des affaires coutumières (DGRAC) et celui-ci délègue alors cette fonction au chef du service de l'état civil coutumier. C'est auprès de lui que doivent être déposés chaque année par les maires des communes les registres coutumiers et c'est à lui qu'il incombe de les vérifier. En cas d'erreur, le pouvoir d'ordonner les rectifications nécessaires lui appartient, il ne doit aviser le Procureur de la République que des infractions qu'il aurait relevées. Son rôle ne s'arrête d'ailleurs pas là, il joue un rôle fondamental en matière d'établissement des actes omis, puisque c'est lui qui pourra ordonner de les dresser et non le juge. Par exemple, en cas de dépassement du délai de déclaration de naissance, il ne faudra pas s'adresser au juge pour obtenir un jugement déclaratif de naissance, mais au chef du bureau de l'état civil. Le greffe de l'état civil coutumier a également un rôle de centralisation des registres, puisque c'est auprès de lui que doivent être déposés les registres chaque année ainsi qu'un rôle de mise à jour puisque chaque fois qu'un officier de l'état civil coutumier établit un acte coutumier nécessitant une inscription en marge sur un autre acte coutumier, il doit envoyer l'acte au greffe de l'état civil coutumier et c'est le chef du bureau, et plus largement les membres du bureau, qui ordonneront l'apposition de la mention sur l'acte détenu dans un autre service de l'état civil coutumier. Par exemple, un acte de mariage coutumier établi à Koné sera envoyé au greffe de l'état civil qui ordonnera l'apposition de la mention du mariage sur l'acte de naissance de l'épouse détenu par la mairie de Nouméa.

En ce qui concerne, les règles d'établissement des actes et de tenu des registres, elles sont, elles aussi, spécifiques à l'état civil coutumier. Elles ont été imaginées au départ pour respecter la coutume et le droit coutumier. Cela étant, elles sont tout de même largement inspirées de celles gouvernant l'état civil de droit commun et on peut relever un certain nombre de difficultés liées à l'inadaptation de ces règles de l'état civil à la coutume, mais ce n'est pas le seul point qui pose problème.

***6* II. Les difficultés d'enregistrement à l'état civil coutumier**

Seules deux catégories de difficultés relatives à l'état civil coutumier kanak seront abordées. La première tient à la difficulté d'enregistrer dans un système écrit un état de la personne qui se constitue essentiellement par l'accomplissement de geste et la prononciation de parole selon

la coutume kanak. On le sait, l'état des personnes, quel que soit leur statut, est par essence immatériel. L'état civil n'en est que la traduction écrite rendue nécessaire tant pour des questions de preuve qu'en raison de l'attachement profond du législateur français (et au-delà des systèmes juridiques dits romano-germaniques) à l'écrit. À l'inverse, cela a été dit, la coutume est par essence orale. La notion de preuve écrite n'en est pas totalement absente, mais il n'y a aucun attachement à l'écrit. Au contraire, ce sont les « gestes coutumiers » qui créent les états et les témoins de ces gestes qui en rapporteront la preuve au besoin. Le système coutumier est basé sur une preuve comparable à la commune renommée du droit civil. Dès lors, l'enregistrement dans des documents écrits de l'état des personnes de statut coutumier est loin d'être évident tant dans son principe que dans sa finalité qu'est la constitution d'une preuve écrite.

La délibération de 1967 contient effectivement des règles qui tentent de tenir compte des spécificités de la coutume, mais l'enregistrement même de l'état d'une personne de statut coutumier dans des registres d'état civil contenant des actes et des mentions en grande partie calqués sur le droit civil demeure une opération complexe car ce sont les notions mêmes de mariage, de filiation, de dévolution du nom etc. qui divergent. Si l'on reprend l'exemple de la filiation paternelle hors mariage, on se souviendra que, à défaut de mariage, le père doit accomplir deux gestes coutumiers, geste de pardon et geste de réservation de l'enfant, et il faut que ces deux gestes soient acceptés par le conseil des anciens du clan maternel pour que la filiation soit établie et que l'enfant passe du clan de son père au clan de sa mère.

Au niveau de l'état civil, l'article 35 de la délibération de 1967 témoigne d'une volonté de respect de la coutume. Le premier alinéa de ce texte dispose que « *La reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé* ». Autrement dit, si la filiation maternelle est déjà établie, c'est-à-dire la quasi-totalité des cas, le père ne pourra reconnaître l'enfant qu'avec le consentement de la mère. Mais le consentement de la mère n'est pas le consentement du clan... Selon la délibération, le consentement exigé pour l'établissement de l'acte de l'état civil coutumier de reconnaissance n'est pas celui du clan d'appartenance du parent envers lequel la filiation est déjà établie, mais celui du seul parent. Imaginons que la mère ait donné son accord à la reconnaissance, mais que le clan refuse cette filiation. Ou bien imaginons que les gestes de pardon et de réservation n'ont pas encore été accomplis par le père auprès du conseil des anciens du clan de la mère, la filiation ne peut en aucun cas être établie selon la coutume kanak, l'enfant n'est rattaché qu'à sa mère. On aurait pourtant un acte de l'état civil coutumier kanak qui est un véritable acte de l'état civil français

qui ferait foi d'une filiation qui n'existe pas selon le droit qui régit la filiation, c'est-à-dire le droit coutumier kanak.

7 Cela a été précisé précédemment, normalement, les personnes de statut coutumier doivent avoir un état civil coutumier et les personnes de statut de droit commun doivent avoir un état civil de droit commun. Partant, il s'est développé une sorte de présomption entre état civil et statut : les personnes ayant des actes de l'état civil coutumier sont présumées de statut coutumier et les personnes ayant des actes de l'état civil de droit commun sont présumées de statut civil de droit commun. Or, les erreurs de détermination du statut ou de service auquel la déclaration de naissance doit être faite sont très fréquentes et il n'est pas rare qu'une personne ne possède pas les actes de l'état civil correspondant à son statut réel. Ainsi, il se peut qu'à la naissance, l'enfant ait été déclaré à l'état civil de droit commun alors que ses deux parents sont de statut coutumier... Si personne ne s'en aperçoit ou ne réagit en découvrant l'erreur, l'enfant n'aura que des actes de l'état civil de droit commun. Une fois adulte, lorsqu'on lui demandera de fournir un acte de naissance, celui-ci sera de droit commun et il sera considéré comme une personne de statut de droit commun. De très nombreux problèmes peuvent alors en découler spécialement quant à la validité de l'état des personnes qui risque de ne pas être constitué en application du « bon » *corpus* juridique ou encore quant aux droits liés à la terre coutumière. En outre, si l'intéressé veut que cette erreur soit corrigée, il sera obligé de saisir le juge car aucune modification de statut, même une constatation d'erreur, ne peut intervenir sans l'accord du juge. Dans cette hypothèse, il y a une réelle difficulté liée aux liens entre état civil et statut. L'état civil doit suivre le statut : c'est parce que l'on est de statut coutumier que l'on doit être enregistré à l'état civil coutumier et non l'inverse. Pourtant, il faudra nécessairement faire constater le statut réel pour obtenir le changement d'état civil.

Un autre exemple peut être donné à propos des personnes de statut coutumier nées en métropole. L'existence du statut coutumier n'est pas confinée au territoire de la Nouvelle-Calédonie. Dès lors, lorsqu'un enfant naît de parents coutumiers en dehors du territoire de la Nouvelle-Calédonie, il reçoit le statut coutumier de ses parents. Mais comme l'état civil coutumier n'existe pas en métropole, il sera obligatoirement inscrit à l'état civil de droit commun et aucune mention ne fera référence à son statut coutumier ... Dans ce cas aussi, les actes de l'état civil ne correspondent pas au statut.

Faute de temps, il n'est pas possible d'évoquer les difficultés liées aux situations mixtes, spécialement la question de l'enregistrement de la filiation d'un enfant dont les parents ne sont

pas du même statut, pas plus que des conséquences que ces erreurs peuvent avoir sur les droits civils, coutumiers ou politiques des individus, mais l'ensemble de ces questions sont étudiées dans l'ouvrage *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*⁷.

⁷ Cf. *supra*.