

# Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ?

Florence Renucci

► **To cite this version:**

Florence Renucci. Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ?. Les cahiers de la Justice Dalloz, 2016, La crise des institutions de l'oubli, 4, pp.689-697. <[http://www.dalloz-revues.fr/revues/Les\\_cahiers\\_de\\_la\\_justice-47.htm](http://www.dalloz-revues.fr/revues/Les_cahiers_de_la_justice-47.htm)>. <halshs-01434590>

**HAL Id: halshs-01434590**

**<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01434590>**

Submitted on 6 Apr 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

# **Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ?**

par Florence Renucci

**Florence Renucci**, Directrice de recherche CNRS, CNRS-UMR 8025 Centre d'Histoire Judiciaire, Directrice-adjointe du GIP Mission de recherche Droit et Justice

---

Dans l'empire colonial, les magistrats français sont confrontés à des droits et coutumes pluralistes, étroitement liés à la religion et souvent éloignés de leur propre culture juridique. Ils ne peuvent les ignorer car certains de ces magistrats sont compétents pour appliquer ces normes locales dans des litiges impliquant des autochtones. Dans ces conditions, comment accèdent-ils à cette connaissance juridique ? C'est ce processus d'apprentissage que cet article se propose ici d'analyser d'un point de vue historique, tout en s'interrogeant sur ses implications actuelles, en particulier en Nouvelle Calédonie.

*In the colonial empire, the French magistrates are confronted with pluralistic laws and customs, closely linked to the religion and often distant from their own legal culture. They cannot ignore them because some of these magistrates are competent to apply these local standards in disputes involving natives. In these circumstances, how do they have access to this legal knowledge? This article will attempt to describe and analyze, from a historical perspective, this mechanism and its current implications, in particular in New Caledonia.*

Les territoires sous domination coloniale se caractérisent le plus souvent par leur pluralisme juridique et un lien étroit entre règles juridiques et religieuses. Ainsi, le Maghreb est-il composé de populations régies par le droit musulman, les coutumes berbères et le droit juif. L'Afrique subsaharienne est animiste, même si cet animisme est souvent fusionné avec les traditions musulmanes ou catholiques. Dans une partie de Indochine, le droit dit « sino-annamite » est notamment influencé par le confucianisme. Les colonisateurs français s'intéressent tout d'abord à ces normes locales dans la mesure où une telle connaissance est utile à leur implantation et à leur maintien. Il leur est nécessaire de comprendre *ad minima* l'organisation juridico-politique de ces sociétés, notamment pour trouver et sélectionner les intermédiaires sur place qui serviront directement ou indirectement leur domination. Ce besoin est d'autant plus prégnant lorsque le contact entre populations est institutionnalisé, en particulier dans un cadre judiciaire « mixte ». En Algérie, par exemple, certaines juridictions de premier et de second degrés sont compétentes pour les Européens et, dans des cas spécifiques, pour les sujets autochtones qui

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

conservent les règles de leurs statuts de droit civil coutumiers et se voient appliquer leurs droits par des magistrats français<sup>1</sup>.

Cette particularité organisationnelle induit une interrogation immédiate : comment les magistrats français accèdent-ils à la connaissance de normes auxquelles ils n'ont pas été formés et qui sont porteuses d'une culture juridique et d'une organisation sociale parfois extrêmement différentes de la leur ? Aujourd'hui encore cette problématique peut surgir soit dans les conflits de droit international, soit dans l'Outre-mer français, en particulier en Nouvelle Calédonie<sup>2</sup>. Ce rapprochement entre la situation coloniale et la situation ultramarine actuelle ne vise pas à poser la question des héritages, des continuités et des ruptures sur laquelle il existe déjà une littérature abondante<sup>3</sup>. Il interroge plutôt, dans une perspective historique, le processus d'apprentissage du savoir juridique par les magistrats, en cherchant à en reconstituer la genèse, la méthode, les difficultés et les conséquences sur les normes elles-mêmes.

### **De la traduction à la réorganisation des sources écrites locales**

Durant la première partie du XIX<sup>e</sup> s., les colonisateurs français identifient et traduisent les sources locales pour des raisons pratiques, comme la mise en place d'un nouveau système judiciaire. Les hommes à l'origine de ces traductions ne sont généralement pas des juristes professionnels et ont acquis leur connaissance sur le terrain.

En Algérie, les premiers temps de la colonisation sont propices aux « non-juristes » car il est nécessaire de chercher le savoir là où il réside. L'un des traducteurs les plus notables de cette période est le docteur Nicolas Perron\* (1798-1876). Formé à la médecine et aux langues orientales en France, saint-simonien, il enseigne en Egypte, à l'Ecole de médecine d'Abbû Za'bel dont il devint directeur. Il obtient de faire partie de « l'exploration scientifique de l'Algérie » et traduit dans ce cadre le *Précis de jurisprudence malékite* de Sidi-Khalil (6 vol., 1848-1854). Partisan du rapprochement des peuples et des échanges entre cultures, Perron veut faire de cette traduction un « nouveau code français musulman ».

---

Les noms portant un \* font l'objet d'une notice dans le *Dictionnaire des juristes. Colonies et Outre-mer (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> s.)*, sous la dir. de F. Renucci, à paraître en 2017 aux Presses Universitaires de Rennes.

<sup>1</sup> Dans les colonies, différentes catégories de juges coexistent. Pour la clarté de notre propos, il nous faut préciser que les juges coloniaux peuvent être essentiellement divisés en trois catégories : des magistrats de l'ordre judiciaire français qui font tout ou partie de leur carrière Outre-mer (on les rencontre essentiellement au Maghreb) ; les « magistrats coloniaux » qui sortent de l'Ecole coloniale, puis de l'Ecole nationale de la France d'Outre-mer ou qui ont été reçus au concours ; les administrateurs faisant office de juges.

<sup>2</sup> L'ordonnance du 15 octobre 1982 autorise pour les Kanak l'application du droit local par les magistrats professionnels de l'ordre judiciaire et institue des assesseurs coutumiers à leur côté. Cette organisation ne fut pourtant effective qu'au début des années 1990.

<sup>3</sup> En particulier grâce au courant des *Post-colonial Studies* qui n'est toutefois pas homogène et dont l'approche a été critiquée. Cf. notamment F. Bayart, *Les études postcoloniales, un carnaval académique*, Paris, Karthala, 2011.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

Quelques années après la traduction de l'œuvre de Sidi-Khalil, les mêmes logiques s'appliquent en Cochinchine. Deux militaires appartenant à la Marine et futurs diplomates traduisent les premiers les textes locaux. Il s'agit de Gabriel Aubaret\* (1825-1894) et de Paul Philastre\* (1837-1902). Aubaret réalise la traduction du « Code de Gia-Long » (1812) en 1862. Publiée en 1865, elle vise à rendre accessible aux administrateurs français le droit local afin qu'ils se substituent aux mandarins pour rendre la justice. La version de Philastre (1879), qui obéit à la même préoccupation, fait autorité jusqu'en 1919. Une nouvelle traduction, réalisée cette fois par un magistrat, Camille Briffaut\*, lui est alors préférée.

C'est l'amorce d'une deuxième phase, celle de l'implication de professionnels du droit, en particulier de juges. Elle est rendue possible par la collaboration avec des traducteurs : interprètes, cadis, *khodja*<sup>4</sup>, rabbins ou membres de l'administration ayant une connaissance avancée des langues locales. Ainsi, Eugène Sautayra (1826-1885), vice-président du tribunal d'Alger, publie avec le grand rabbin Charleville le *Code rabbinique Eben Haezer*<sup>5</sup>. Ernest Zeys, président de chambre à la Cour d'appel d'Alger, traduit et annoté un *Recueil d'actes judiciaires arabes* avec Mohammed Ould Sidi Saïd, *khodja* de la division d'Alger<sup>6</sup>. L'investissement de magistrats dans la traduction de textes locaux à portée juridique ou socio-juridique perdure tout au long de la période coloniale. En 1948, Paul Guy, juge à Madagascar, participe à la traduction de l'arabe au français du panégyrique de « La vie et l'œuvre du grand marabout des Comores Saïd Mohammed Ben Ahmed Al-Ma'arouf » avec l'aide du cadi Abdourahmane Ben Chei Amir<sup>7</sup>. Cette collaboration avec les traducteurs pose la question plus générale de l'importance des intermédiaires locaux (notamment des assesseurs dans le domaine judiciaire) dans la transmission, l'interprétation et donc les changements produits sur les savoirs.

Les juges – qu'il s'agisse de magistrats de l'ordre judiciaire français, de magistrats coloniaux ou d'administrateurs faisant office de juges – ne participent pas uniquement à la traduction des sources écrites, mais également à la connaissance des coutumes. Afin de rassembler ces règles essentiellement orales, des enquêtes sont entreprises grâce à des initiatives privées ou publiques.

## **Le rôle des juges dans le recueil et la mise par écrit des coutumes**

Des enquêtes visant à recueillir les coutumes sont menées en plusieurs points de l'empire colonial. En Algérie par exemple, Adolphe Hanoteau (1814-1897), polytechnicien et militaire du génie affecté aux Bureaux arabes, et Horace

---

<sup>4</sup> En Algérie, le *khodja* est un secrétaire chargé, pendant la période coloniale, des correspondances arabes.

<sup>5</sup> *Code rabbinique Eben Haezer avec les explications des docteurs juifs, la jurisprudence de la Cour d'Alger et des notes comparatives de droit français et de droit musulman*, par Eugène Sautayra et Mahir Charleville, 1868-1869, 2 t.

<sup>6</sup> *Recueil d'actes judiciaires arabes avec la traduction française et les notes juridiques* par Ernest Zeys et Mohammed Ould Sidi Saïd, Alger, Adolphe Jourdan, 1886.

<sup>7</sup> *La vie et l'œuvre du grand marabout des Comores Saïd Mohammed Ben Ahmed Al-Ma'arouf (1852-1904) selon son panégyrique en arabe par Saïd Ka'abi (cadi à Anjouan)*, essai de traduction par Paul Guy et Abdourahmane Ben Chei Amir, Tananarive, imprimerie officielle, 1948.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

Letourneux (1820-1891)\*, conseiller à la Cour d'appel d'Alger, éditent *La Kabylie et les coutumes kabyles*. L'ouvrage demeure, malgré ses défauts, une source incontournable pour l'étude des coutumes kabyles<sup>8</sup>. Hanoteau fait rassembler les informations au cours de ses missions. Letourneux élabore ensuite, avec l'aide du *khodja* de Fort-Napoléon, le travail d'organisation juridique du *corpus*.

Comme dans le cas des traductions, les premiers observateurs des coutumes sont davantage des missionnaires ou des voyageurs que des administrateurs et des magistrats prioritairement engagés dans l'organisation de l'appareil administratif et judiciaire français. En Afrique subsaharienne, le gouverneur Trentinian (Soudan) initie seulement en 1897 des recherches afin de rassembler les coutumes. Une série de circulaires prévoit par la suite que les coutumes orales seront recueillies et mises dans des « grands coutumiers » - non sans rappeler dans la terminologie le mouvement de « rédaction des coutumes » d'Ancien Régime. Les enquêtes, qui débutent réellement en 1929, se concrétisent en 1939 par la rédaction d'un « grand coutumier » pour l'Afrique occidentale française. Un projet similaire est envisagé pour l'Afrique équatoriale française suite à une circulaire de 1941, mais il n'aboutit pas. En Nouvelle-Calédonie, ce mouvement est encore plus tardif. Les observations les plus approfondies sur les pratiques et mœurs locales proviennent d'abord des missionnaires, en particulier de Maurice Leenhardt, arrivé à Houailou en 1903, où il fonde la mission « Do Néva » (« vrai pays »)<sup>9</sup>. Toutefois, le premier à les reconsidérer dans une perspective juridique est Eric Rau, magistrat qui débute sa carrière en Nouvelle-Calédonie puis la poursuit en Afrique occidentale française. Il tente une synthèse des *Institutions et coutumes canaques* (1944) dans le prolongement de sa thèse de droit (1935)<sup>10</sup> au cours d'une période – les années 1920-1930 – particulièrement foisonnante pour l'ethnologie et la sociologie juridiques.

Les traductions des textes normatifs et la transcription des coutumes ne représentent pas uniquement un effort de compréhension, mais également de méthode. Les textes traduits sont restructurés, en suivant par exemple l'ordre du Code civil, afin de devenir compatibles avec la logique juridique française. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une forme d'apprentissage, mais d'*apprentissage-réappropriation*. Cet effort de restructuration connaît son apogée au cours d'une troisième étape car à la traduction, puis à la réorganisation juridique de la traduction, succède la rationalisation systématique du contenu et de la forme. C'est l'ère de la codification, où interviennent notamment, à la faveur du développement de l'enseignement supérieur dans les colonies, de nouveaux acteurs : les professeurs de droit.

---

<sup>8</sup> Cf. Alain Mahé, « Entre les mœurs et le droit : les coutumes. Remarques introductives à *La Kabylie et les coutumes kabyles de Hanoteau et Letourneux* (1873), I-XXX », Saint-Denis, Bouchène, 2003.

<sup>9</sup> Pour ne citer que quelques-uns de ses travaux : *Notes d'ethnologie néo-calédonienne*, Paris, Institut d'ethnologie, 1930 ; *Documents néo-calédoniens*, Institut d'ethnologie, 1932 ; *Gens de la Grande Terre*, Paris, Gallimard, 1938.

<sup>10</sup> Eric Rau, *La vie juridique des indigènes des Iles Wallis*, Paris, ed. Domat-Montchrestien, Paris, 1935.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

## **Rapprocher les droits au sein d'un moule juridique français : la codification**

Plusieurs façons de codifier sont observables dans les colonies : étendre un code déjà applicable en Métropole (le Code civil en 1805 pour la Guadeloupe) ; créer une codification qui reprend substantiellement les règles métropolitaines, mais avec des adaptations (le Code du Travail des Territoires d'Outre-Mer ou CTTOM en 1952) ; réaliser un Code qui se veut « mixte » (« Code Santillana » en Tunisie) ; codifier des normes locales (« Code Morand » en Algérie).

Ce sont ces deux derniers types de codification qui nous intéressent ici. La méthode qui les caractérise est celle de la pénétration interne du droit local et de la tentative de rapprochement des droits, devant aboutir dans les deux cas à une œuvre originale et relativement pluraliste. La première codification qui répond à cet objectif est le projet de Code des obligations rédigé pour l'essentiel par David Santillana\* (1855-1931) et élaboré entre 1896 et 1899. Cette codification est promulguée pour la Tunisie en 1906, puis reprise au Maroc (1913), au Liban (1932) et en Mauritanie dans les années 1980. Elle a pour particularité d'être construite sur le modèle français dans sa forme, mais d'incorporer à la fois du droit de plusieurs pays européens et du droit musulman. Elle comporte en outre de nombreuses mentions en marge qui visent à montrer les similitudes entre le droit musulman et le droit français ou le droit romain. Ce travail influence méthodologiquement le professeur Marcel Morand\* dans sa tentative de codification du « droit musulman » en Algérie. Son objectif diverge quelque peu de celui de David Santillana car il est de modifier le droit musulman de l'intérieur pour le rapprocher du droit français, mais non de créer un droit mixte *stricto sensu*. Malgré plusieurs tentatives (dont la dernière a lieu en 1926), le « Code Morand » n'entra jamais en vigueur, mais servit de *corpus juris* aux magistrats qui s'appuyaient explicitement sur cette source dans leurs décisions.

Ces développements peuvent laisser penser que la codification est une importation coloniale. La réalité est plus complexe. Ainsi, en Cochinchine ou à Madagascar, il existe des codifications avant la colonisation française. De même, dans la Régence de Tunis et, plus généralement dans l'empire ottoman, des codes (*Medjella*) sont élaborés avant l'occupation française. Ils sont d'une part le résultat de l'influence politique et du rayonnement juridique européens, et d'autre part le fruit d'une volonté interne de réformer l'État (*tanzimat*).

L'accès à la connaissance des normes locales, leur traduction et leur mise par écrit sont très tôt réclamés par les magistrats au nom de l'unité de la jurisprudence et de la sûreté des décisions de justice qu'ils doivent rendre. Ce processus est parallèlement encouragé par l'importance de l'écrit dans la culture juridique française. Dès sa première étape, i.e. la traduction, il se heurte à des difficultés, dont la plus importante est celle de la langue.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

## Les écueils de la traduction juridique

Aux écueils qui relèvent de la traduction en général (niveau de langage et recontextualisation du texte), s'ajoutent ceux de la traduction *juridique*. La première difficulté découle d'une part de l'extrême technicité et précision du vocabulaire juridique français, et d'autre part de l'aridité pour certains magistrats de se décentrer intellectuellement. En Algérie, dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> s., les traducteurs près les tribunaux proposent des termes très éloignés pour décrire une même institution, si bien que les magistrats concluent trop hâtivement à l'instabilité et au caractère flou des règles musulmanes<sup>11</sup>. La seconde difficulté de la traduction juridique est l'utilisation de termes existant dans le droit français qui ne recourent pas les mêmes réalités et conséquences juridiques dans les normes locales, à l'instar du mariage<sup>12</sup>.

De telles confusions sont accentuées par l'importance que le droit romain revêt à l'époque pour les juristes. Sans rentrer dans le débat sur l'influence du droit romain dans les normes musulmanes, la culture juridique des praticiens français les encourage logiquement à analyser le « droit musulman » à l'aune du droit romain, en raison de leur formation, mais également des traces matérielles visibles laissées par l'occupation romaine en Algérie<sup>13</sup>.

Ces quelques éléments d'analyse permettent de mieux comprendre le processus d'*apprentissage-réappropriation* des normes et amènent à s'interroger sur ses conséquences.

## Appropriations et réappropriations des normes juridiques locales

La première conséquence de ce processus aurait été de « dénaturer » les normes locales. Ainsi, les anthropologues du droit distinguent « les droits traditionnels » des « droits coutumiers », les premiers émanant de l'expérience pré-coloniale alors que les « droits coutumiers » se seraient formés au contact de l'administration coloniale<sup>14</sup>. L'« invention » des coutumiers africains<sup>15</sup> et du « droit musulman »<sup>16</sup> est

---

<sup>11</sup> « Le magistrat français, accoutumé à ne parler que le langage du droit, d'où la synonymie et l'équivalence sont proscrites, ne peut pas se rendre un compte exact de l'intention des parties ou de celle du cadi ; il en vient à nier l'existence même du droit musulman, attribuant le défaut de précision qu'il constate, non aux incertitudes de la traduction, mais au droit lui-même » (*Recueil d'actes judiciaires...*, « Avertissement », np). Cet ouvrage est le premier jalon d'un *Dictionnaire des termes de droit* qu'E. Zeys voulait réaliser, mais qui, à notre connaissance, ne vit pas le jour.

<sup>12</sup> Cf. Claude Bontems, *Le droit musulman algérien à l'époque coloniale. De l'invention à la codification*, Genève, Slatkine, 2014.

<sup>13</sup> Cf. par exemple, François Charvériat, « De l'assimilation des indigènes dans l'Afrique romaine », Discours prononcé le 3 novembre 1885 à la séance solennelle de rentrée de l'École d'enseignement supérieur d'Alger, Alger, A. Jourdan, 1886.

<sup>14</sup> Cf. Régis Lafargue, *La coutume face à son destin*, Paris, LGDJ, 2010, p. 13.

<sup>15</sup> Jacky Bouju, « Le « coutumier juridique » africain : approche anthropologique d'une invention coloniale », dans Dejan Dimitrijevic, *Fabrication des traditions, invention de modernité*, Paris, éd. de la Maison des Sciences de l'Homme, 2001.

<sup>16</sup> Léon Buskens et Baudoin Dupret, « Qui a inventé le droit musulman ? Une histoire des études occidentales de la normativité islamique et leur diffusion en Orient », *Maghreb et sciences sociales*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 51-61.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

également évoquée par les chercheurs. Ces distinctions, si elles ont le mérite de mettre en évidence les transformations juridiques provoquées par la domination coloniale nous paraissent devoir être remises en perspective.

Tout d'abord, elles tendent à placer la figure du colonisateur au centre de l'histoire juridique de ces territoires et à réduire cette histoire à celle du « moment colonial ». Or ces droits et ces coutumes ne doivent-ils pas être replacés dans le temps long et être envisagés aussi à partir des différents points de vue<sup>17</sup> ? Les normes étant vivantes et flexibles, la colonisation n'est-elle pas un contexte parmi d'autres – plus violent que d'autres, cela est indéniable – d'acculturation ?

Ensuite, l'influence coloniale dans le domaine juridique ne peut pas être posée d'emblée comme omnipotente. Il existe des espaces de résistances coutumières (notamment le maintien de l'organisation infra-judiciaire) et de réappropriation par les populations locales d'outils intellectuels amenés par les colonisateurs, à l'instar de la notion de « chef » chez les Kanak<sup>18</sup>. Des transformations internes au droit, indépendantes de l'action des colonisateurs, ont également pu être constatées dans des territoires pourtant sous domination européenne<sup>19</sup>. Enfin, l'influence coloniale sur les normes locales est parfois inexistante du fait que les colonisateurs l'ont décidé. C'est ce qui se produit en Nouvelle Calédonie où les coutumes sont mises volontairement à distance du droit français.

### **La mise à distance des coutumes : l'exemple de la Nouvelle-Calédonie**

L'exemple de la Nouvelle Calédonie est particulièrement intéressant car il montre que la politique d'acculturation n'est pas généralisée pendant la période coloniale et il a, par ailleurs, des implications récentes. En effet, la Cour d'appel de Nouméa a conclu à jurisprudence constante en 1933<sup>20</sup> et en 1987<sup>21</sup> à l'impossibilité pour un Kanak de statut de droit civil coutumier de voir trancher son litige devant un juge de l'ordre judiciaire français sauf à renoncer préalablement à son statut particulier<sup>22</sup>. En 1991, une décision de la Cour de cassation met fin à la résistance de la juridiction d'appel<sup>23</sup>. Parallèlement, à la même époque, la réforme de 1982 qui prévoit qu'un

---

<sup>17</sup> Voir notamment sur cette démarche l'ouvrage de Romain Bertrand, *L'histoire à parts égales. Récits d'une rencontre Orient-Occident (XVIe-XVIIe s.)*, Paris, Seuil, 2011.

<sup>18</sup> Les Kanak, n'étant pas soumis originellement à une hiérarchie au sens socio-politique, connaissent les notions de « grand frère » ou de « frère aîné », mais non de « chef ».

<sup>19</sup> Cf. les travaux d'Augustin Jomier sur la minorité mozabite en Algérie.

<sup>20</sup> Arrêt du 19 septembre 1933, *Rec. Penant*, 1934, I, p. 86.

<sup>21</sup> CA Nouméa (1<sup>re</sup> chambre), 23 novembre 1987 (inédit), cité par A. Leca, *Introduction au droit civil coutumier kanak*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016 (2<sup>e</sup> ed.), p. 65, note 241.

<sup>22</sup> Plus généralement, sur la question du juge et de la « décolonisation » de la Nouvelle Calédonie, on se référera avec intérêt à la thèse d'Anne-Sophie Vinet, *Le rôle du magistrat d'Outre-mer dans le processus de décolonisation : le cas néo-calédonien à la lumière du modèle sénégalais (1946-1982)*, Thèse, Histoire du Droit, Université de Montpellier I, 2007. Je remercie d'ailleurs vivement Anne-Sophie Vinet pour les remarques qu'elle m'a faites sur les passages traitant de la Nouvelle-Calédonie dans cet article.

<sup>23</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ, 6 février 1991, n°88-19862, *Bull.* 1991, II, n°44. Dans le même sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1992, *Bull.* 1992, I, n°248.



Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

Kanak de statut de droit civil coutumier puisse être jugé par un magistrat français accompagné d'assesseurs locaux, est enfin appliquée.

L'option de juridiction et l'entrée des assesseurs dans les tribunaux ont pu alors être perçues comme une rupture avec l'organisation coloniale et son héritage, mais dès que l'on élargit notre champ de vision historique, il apparaît clairement que la question ne concerne pas tant le débat colonisation/décolonisation que la question des stratégies d'assimilation ou de séparation au moyen de l'outil judiciaire. En effet, si l'option de juridiction et la présence d'assesseurs autochtones constituent une nouveauté en Nouvelle Calédonie dans les Années 1980-1990, ces pratiques sont déjà répandues dans l'empire français durant la période coloniale. En Algérie, une Chambre de révision musulmane près la Cour d'appel d'Alger est même créée en 1892. Composée de magistrats français, elle a fonctionné jusqu'à l'Indépendance.

### **De la mise à distance à l'investissement des magistrats dans les coutumes kanak**

Le passage relativement récent de la mise à distance des coutumes kanak à leur prise en compte par les magistrats de l'ordre judiciaire français pourrait engendrer un phénomène d'acculturation ou, au contraire, un surinvestissement dans la « tradition » coutumière. L'expérience antérieure montre, en effet, que lorsque des magistrats jugent selon des droits ou des coutumes distincts de leur culture juridique d'origine, il existe un risque de renfermement de la coutume sur elle-même. Ce n'est pas tant le mécanisme traditionnel de « cristallisation » du droit qui est visé, mais plutôt le risque d'interpréter de façon trop stricte les coutumes. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, le directeur de l'Ecole de droit d'Alger Marcel Morand, craint qu'en s'appuyant sur les traductions d'auteurs anciens comme Sidi-Khalil (XIV<sup>e</sup> s. de notre ère), les magistrats français ne « réislamisent » le droit, c'est-à-dire appliquent un droit beaucoup plus conservateur que celui rendu par les cadis avant la colonisation. Pour d'autres motifs (attachement à la « tradition », préjugés, crainte d'être accusés de franciser la coutume, etc.), les magistrats de Nouvelle Calédonie doivent aujourd'hui prendre en compte le risque de ce que l'on pourrait nommer par analogie la « recoutumisation », c'est-à-dire l'application par les juges de normes qui ne correspondent pas à la « réalité sociale » kanak. Dans la recherche qu'elle a dirigée sur la Nouvelle Calédonie, Christine Demmer présente un exemple qui illustre clairement ce danger<sup>24</sup>.

### **Conclusion**

La problématique de l'*apprentissage-réappropriation* des droits autochtones par les magistrats, reste une question d'actualité qui mérite d'être pensée en comparaison des expériences précédentes – y compris de l'expérience coloniale. Elle engendre aujourd'hui pour la Nouvelle Calédonie deux types de questionnements : les

---

<sup>24</sup> Christine Demmer (dir.), *Faire de la coutume kanak un droit*, Rapport de recherche, Gip Mission de recherche Droit et Justice, août 2016, pp. 158 et s.

Florence Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, 2016/4, pp. 689-697.

modalités de « l'écriture » des coutumes et la formation des magistrats de demain. Sur le premier point, une recherche dirigée par Etienne Cornut et Pascale Deumier devrait donner une base solide à cette réflexion en mettant notamment pour la première fois à disposition un *corpus* important de décisions judiciaires portant sur la coutume<sup>25</sup>. Le second point met la lumière sur la formation en France métropolitaine des magistrats aux coutumes et droits locaux. On peut en effet se demander dans quelle mesure cet enseignement ne mériterait pas d'être renforcé à l'ENM et, plus généralement, dans l'enseignement supérieur où il apporterait une ouverture intellectuelle et méthodologique indéniable aux étudiants.

---

<sup>25</sup> Etienne Cornut et Pascale Deumier, *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche, Gip Mission de recherche Droit et Justice, octobre 2016.