



La terre en Polynésie

La propriété foncière
à l'épreuve des liens de parenté

TE FENUA I PŌRĪNETIA
TE FATURA'Ā FENUA I MUA I TE PARAU O TE TAURA FĒTII





La terre en Polynésie

la propriété foncière
à l'épreuve des liens de parenté

*Te fenua i Pōrīnetia
Te fatura'a fenua i mua i te parau
o te taura fētii*



© Maison des Sciences de l'Homme du Pacifique
Septembre 2022

La terre en Polynésie

la propriété foncière
à l'épreuve des liens de parenté

*Te fenua i Pōrīnetia
Te fatura'a fenua i mua i te parau
o te taura fētii*

SOUS LA DIRECTION
DU PROFESSEUR SANDRINE SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

Actes du Colloque des 23 et 24 septembre 2021
Université de la Polynésie française

Sommaire

Avertissement	11
Le mot du président	13
Avant-propos	17

■ Première partie	21
LE CONTEXTE	

■ L'ATTACHEMENT DES POLYNÉSIENS À LEURS TERRES	23
-------------------------------------------------------	-----------

I. Le Nom et la terre	23
II. <i>Te I'oa</i> - L'importance du Nom dans la société polynésienne	24
III. <i>Te paripari fenua</i> - L'importance de la terre dans les chants, poèmes de louange, d'exaltation et de lamentation de la terre	25
IV. <i>Le paripari fenua</i> , un baume à l'âme	30
V. Des malentendus à propos de la terre et du Nom dans le langage	31
VI. <i>Te topara'a I'oa</i> – L'importance du don de Nom	32

■ ÉCLAIRAGE HISTORIQUE SUR LES DIFFICULTÉS DE LA TRANSMISSION FONCIÈRE EN POLYNÉSIE	35
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

I. Le royaume de Tahiti et ses dépendances	36
A. La loi tahitienne du 24 mars 1852	36
B. L'introduction du Code civil par la loi tahitienne du 28 mars 1866	38
C. Le décret du 24 août 1887 relatif à la délimitation de la propriété foncière dans les Établissements français de l'Océanie	38
II. Les îles Marquises	39
A. L'introduction du Code civil - arrêté du 27 mars 1874	39
B. Le décret du 31 mai 1902	39

III. Les royaumes indépendants	41
A. Les îles Sous-le-Vent	41
B. Mangareva	41
C. Rurutu et Rimatara	42
D. Rapa	43

■ LA SPÉCIFICITÉ DES STRUCTURES FAMILIALES EN POLYNÉSIE FRANÇAISE LE CAS DES ENFANTS FA'A'AMU 45

I. L'enfant <i>fa'a'amu</i>	46
II. Les enfants <i>fa'a'amu</i> de l'origine à nos jours	46
III. La délégation de l'exercice de l'autorité parentale	48
IV. Quel est le problème posé ?	49
V. Quelles sont les solutions possibles ?	49
A. La reconnaissance	49
B. L'adoption	50
C. Le testament	51
D. Le partage amiable	52
E. L'usucapion	52
F. La possession d'état	52

■ Deuxième partie 57
L'APPRÉHENSION LÉGISLATIVE DE LA QUESTION SUCCESSORALE ET FONCIÈRE

■ LES RÉFORMES LÉGISLATIVES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET D'INDIVISION. QUEL PROCESSUS LÉGISLATIF ? AU NIVEAU POLYNÉSIE 59

I. Les questions de fond	61
II. Les questions liées au tribunal foncier	65

■ LES RÉFORMES LÉGISLATIVES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET D'INDIVISION. QUEL PROCESSUS LÉGISLATIF ? AU NIVEAU NATIONAL 69

I. La genèse de la réforme législative	71
II. La prise en compte de la spécificité de la Polynésie française dans le respect de la Constitution	73
III. Une volonté commune de trouver des réponses équilibrées à la situation de la Polynésie française	75

■ L'APPRÉHENSION LÉGISLATIVE DE LA QUESTION SUCCESSORALE ET FONCIÈRE. QUEL OUTIL JURIDIQUE ? LE PARTAGE DES TERRES PAR SOUCHE **77**

I. Les cas et conditions ouvrant droit au partage par souche	79
A. Deux conditions cumulatives	80
B. Deux situations distinctes	80
II. La procédure du partage par souche	81
A. L'appréciation par le juge de la « complexité manifeste à identifier, localiser ou mettre en cause l'ensemble des indivisaires dans un délai et à un coût raisonnables »	81
B. La réalisation par le tribunal et par la Direction des affaires foncières de mesures de publicité	82
C. La réception des interventions volontaires	82
D. L'exigence d'au moins un indivisaire par souche	83
III. La portée du partage par souche	83
A. Le principe : une représentation procédurale entre les membres d'une même souche	83
B. L'exception : le cas d'une défaillance non fautive ou d'une omission volontaire du requérant	84

■ Troisième partie **87**

L'APPRÉHENSION JURIDICTIONNELLE DE LA QUESTION SUCCESSORALE ET FONCIÈRE

■ L'ÉTABLISSEMENT D'UNE JURIDICTION DES TERRES, UNE SPÉCIFICITÉ POLYNÉSIEUNE **89**

I. Ses faiblesses	93
II. Ses forces	94

LE CONTENTIEUX FONCIER EN AUDIENCE FORAINE : LA JUSTICE AU PLUS PRÈS DES PLUS ÉLOIGNÉS	97
LE REGARD DE LA COUR DE CASSATION SUR LES SPÉCIFICITÉS POLYNÉSIENNES DANS LE CONTENTIEUX SUCCESSORAL ET FONCIER : DIX ANS DE JURISPRUDENCE	103
I. La preuve de la qualité de propriétaire en général	105
A. La preuve de la qualité d'héritier	105
B. La preuve du droit de propriété	110
II. La preuve de la qualité de propriétaire par usucapion en particulier	112
A. Les conditions générales de l'usucapion	113
B. Les conditions propres à l'usucapion abrégée	116
<hr/> Quatrième partie	119
L'APPROCHE NON JURIDICTION- NELLE DU CONTENTIEUX FONCIER	
<hr/>	
LA PROCÉDURE GRACIEUSE À RURUTU ET RIMATARA	121
I. Le cadastre	122
II. La jurisprudence	123
III. La loi du pays n° 2020-06 du 29 janvier 2020	125
LA MÉDIATION FONCIÈRE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE	129
I. Le médiateur foncier, une spécificité polynésienne	130
A. Les conditions d'exercice de l'activité de médiateur en Polynésie	130
B. Le rôle du médiateur foncier	131
II. La médiation, un processus gagnant-gagnant	132
A. Le contexte juridique de la médiation foncière	132
B. Le cadre de la médiation	132
C. Le processus	133
D. L'accord, le champ des possibles	133

■ LE RÔLE PRÉVENTIF DES NOTAIRES	135
I. L'environnement juridique général	136
II. Le rôle du notaire dans les partages	138
A. Le notaire conciliateur	138
B. Le notaire médiateur	141

■ Cinquième partie	147
L'APPROCHE COLLECTIVE DE LA GESTION FONCIÈRE COMME ALTERNATIVE AU MORCELLEMENT DES TERRES	

■ LA PROMOTION D'UNE GESTION FAMILIALE DES TERRES POLYNÉSIENNES INDIVISES	149
----------------------------------------------------------------------------------	------------

I. Premier acte : la gestion communautaire des terres familiales par un conseil de famille	152
A. La gestion communautaire des terres familiales ancestrales : définition, esprit, administration	152
B. Le conseil de famille : composition, rôle, déontologie et valeurs	153
II. Deuxième acte : la promotion d'une organisation sociétale refondée, ou réinventer notre modèle	154

■ LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE, UN NOUVEL HORIZON POUR L'USAGE DU FONCIER EN POLYNÉSIE ? RÉFLEXION À PARTIR DE L'EXEMPLE DES « COMMUNAUX » EN MÉTROPOLE FRANÇAISE	157
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

I. Des systèmes fonciers moins centrés sur l'individu : les formes possibles de communaux	159
A. Mise à distance de la propriété privée : le système de propriété collective ou les communaux « classiques »	160
B. Donner un supplément d'âme à la propriété privée : les communautés de propriétaires privés	163

II. La clé de voûte : la communauté locale	164
A. Le rôle déterminant des communautés locales pour mener le projet collectif	165
B. Des néo-communs fonciers en Polynésie ?	166

■ Sixième partie	175
-------------------------	------------

LA PARENTÉ ET LA TERRE : PERSPECTIVES EXTÉRIEURES

■ L'IMPACT DES INFLUENCES JURIDIQUES EXOGÈNES SUR LES RELATIONS TRADITIONNELLES À LA TERRE LE CAS DE SAMOA	177
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

I. Le système « traditionnel »	179
II. L'arrivée et l'installation des Européens au XIX ^e siècle	181
III. 1889-1914 : création limitée de la propriété privée et d'un « tribunal des terres et des titres »	182
IV. 1914-1962 : un territoire « sous mandat »	184
V. Les années 1960 : l'indépendance et une Constitution nationale	185
VI. Les années 1970-2010 : le « développement » contre l'inaliénabilité	186
VII. Les lois de trop : 2008-2020 et la crise politique de 2021	190
A. Le « système Torrens »	190
B. La loi de 2008	192
C. Le tribunal des terres et les décrets de 2020	193
D. La crise d'avril-novembre 2021	194

■ LE CAS DE VANUATU	199
----------------------------	------------

I. Politiques de l'identité et anthropologie de la tenure foncière à Vanuatu	199
A. Présentation	199
B. Une anthropologie détournée des questions foncières	200
C. L'accaparement des terres indigènes au temps des Nouvelles-Hébrides	201
D. Vision nationaliste des terres indigènes à l'indépendance	201
E. La politique des terres à l'épreuve du droit	202

II. À chacun son ethnographie du foncier à Tanna	203
III. Des agences étatiques au service de la coutume et du développement	205
IV. Anthropologie et terres coutumières à Tanna	206

■ LE CAS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE 211

I. La déstabilisation du lien à la terre par le processus colonial	214
II. La reconnaissance du lien à la terre par l'ordre juridique étatique	216

■ Septième partie 221

**LA PARENTÉ ET LA TERRE :
PERSPECTIVE POLYNÉSIIENNE**

**■ QUE DISENT DE LA SOCIÉTÉ POLYNÉSIIENNE
LES CONFLITS RÉCURRENTS SUR LES TERRES ?** 223

I. Cadrage, définition, méthodologie	224
II. Conflit historico-institutionnel : le nouveau cadre juridique est générateur d'une nouvelle logique (propriétariste) qui structure désormais le cadre des conflits	225
A. La société avant les revendications	225
B. Les revendications foncières et l'apparition de nouvelles logiques foncières	227
III. Les transformations du cadre de la parenté, nouvelles logiques, nouveaux conflits	232
A. Les catégories culturelles de la parenté	232
B. Un jeu et des conflits considérables sur la filiation	233
C. La mobilité	234
D. Une nouvelle logique propriétaire	235
E. Judiciarisation de la société	236

■ RAPPORT DE SYNTHÈSE 241

AVERTISSEMENT

Les textes qui composent cet ouvrage sont issus des communications qui ont été prononcées lors du Colloque des 23 et 24 septembre 2021 devant l'université de la Polynésie française. Selon la volonté de leurs auteurs, certains de ces textes ont été maintenus dans le style oral initial.

L'Université de la Polynésie française n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cet ouvrage. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE MOT DU PRÉSIDENT*

Monsieur Patrick Capolsini,
Président de l'Université de la Polynésie française

'Ia ora na e manava,

Je suis à la fois très fier et particulièrement heureux d'ouvrir ce colloque dans cet amphithéâtre de l'université de la Polynésie française.

Je souhaite avant tout chaleureusement remercier et surtout féliciter toutes celles et tous ceux qui se sont investis dans son organisation. Les équipes des services de la communication, de la recherche et de la logistique, le laboratoire GDI « Gouvernance et Développement Insulaire », la Maison des Sciences de l'Homme du Pacifique mais également le gouvernement de la Polynésie française pour le soutien matériel apporté à cette manifestation. Je veux également, et peut-être surtout, remercier très chaleureusement notre collègue Sandrine Sana-Chaillé de Néré, professeure des universités, qui n'a pas ménagé son temps et ses efforts pour mener à bien ce projet malgré la crise sanitaire.

La terre en Polynésie, vaste sujet ! C'est même bien plus qu'un sujet, c'est un véritable enjeu.

À mon arrivée au *fenua*, il y a de nombreuses années, l'une des toutes premières choses que l'on m'a expliquées concernant les îles de Polynésie a été la difficulté récurrente des questions foncières. Mais pourquoi donc serait-ce une difficulté ? Dans mon esprit de métropolitain fraîchement arrivé, les choses étaient simples : un terrain (bien cadastré évidemment), un propriétaire (bien reconnu il va sans dire), des droits (bien établis tout simplement)... *'Aita !!* [Non !] et même *'aita Pei !!* [non, mon ami !] me suis-je entendu répondre.

D'abord, et peut-être avant tout, ici ce n'est pas un terrain, c'est une terre ! Et la différence est tout sauf sémantique. Elle est même fondamentale si l'on veut bien comprendre la question foncière. De plus, ce n'est pas simplement « une terre » avec un numéro de parcelle. Non, c'est une terre qui porte un nom ! Une terre qui va parfois de « tout là-haut, là-haut », au sommet de la montagne, jusque « tout là-bas », à *tahatai* [la plage] et même jusqu'au récif. Oui ! Elle va jusqu'au récif, la terre !

Quant à avoir un propriétaire, *'aita* ! [non !] une nouvelle fois ! Sûrement pas un propriétaire ! Pas un mais, *a minima*, toute une famille et même souvent plusieurs familles. Et pas des familles avec un ou deux frères et sœurs et quelques enfants. Non, ce serait trop simple ! Ce sont des fratries entières, des fratries sur plusieurs générations, conduisant inévitablement à des dizaines, parfois même plus d'une centaine de *fēti'i*, de membres de la famille, se réclamant tous ayants droit de ladite terre.

Quant aux droits établis sur cette terre, de quel droit parle-t-on ? D'une sorte de droit coutumier comme en d'autres endroits du Pacifique ? D'un droit issu de très longs *parau parau* [palabres] entre tous les membres de la famille, famille parfois élargie aux *fa'aamu* [enfants accueillis]. D'ailleurs, ont-ils droit à la terre, les *fa'aamu*, lors des héritages ? S'agit-il du droit décidé par le chef de clan, l'ancien *ari'i rahi* ? S'agit-il du droit décidé par la sagesse des *matahiapo*, les Anciens ? Ou bien encore du droit importé, le droit *farāni* [français], le droit des *Popa'a*, des Blancs. Le droit bien solide, encore que... Le droit bien clair, encore que... Le droit qui règle tout, encore que... Si le Code civil de 1804, et ses plus de deux cents années d'évolution, réglaient toutes les questions foncières polynésiennes, nous ne serions pas réunis ici aujourd'hui.

À l'aune de ces quelques éléments, les choses se compliquent donc passablement. Si l'on ajoute à cela que, à l'exception notable et tout à fait remarquable de l'île de Rapa dont on parlera spécifiquement, chaque terre, ou presque, a un propriétaire (plus exactement *des* propriétaires !), et que, finalement, peu de terres appartiennent à l'État ou à la collectivité, quelle que soit la définition que l'on donne à ce mot, les choses se compliquent encore.

Enfin, s'il était besoin de corser encore un peu la question, dès lors que l'on parle de terre, il est primordial de prendre en compte l'attachement viscéral du Polynésien à son *fenua*. Son *fenua* au sens de son pays bien entendu, mais aussi son *fenua* au sens de sa terre, la terre qui porte l'arbre au pied duquel ses parents ont enterré son placenta, entrailles de la mère et nid de l'enfant. C'est la fameuse tradition du *pūfenua*, une tradition qui – c'est un point très intéressant – connaît, semble-t-il, depuis quelques années, un vif regain d'intérêt, y compris chez les parents les plus jeunes.

Dès lors que l'on a tout cela en tête alors, oui, on peut commencer à vraiment comprendre qu'il y a une « question foncière » en Polynésie française. Une question ancienne, complexe, aux multiples facettes, une question qui est bien plus qu'une question d'argent, une question de société. Dresser un constat est sans doute un bon début ! Susciter le débat, éclairer ce débat, essayer de trouver des solutions est sans doute mille fois mieux. C'est bien là l'un de nos rôles, à nous universitaires,

enseignants-chercheurs, que de susciter le débat, d'entendre les points de vue des uns et des autres, de réfléchir à la question avec nos connaissances, nos expériences et nos méthodes de chercheurs. De chercheurs au pluriel car la question est éminemment plurielle : juridique bien entendu mais également sociale, sociétale, anthropologique mais aussi culturelle.

Le programme de ce colloque cherche à refléter cette pluralité et les interventions sont d'une variété et d'une richesse remarquables. Les échanges et les débats seront passionnants à tous points de vue, j'en suis totalement persuadé, comme je suis persuadé qu'ils seront animés, foisonnants mais également porteurs de possibles solutions ou, à tout le moins, de pistes de solutions esquissées, dessinées ou peut-être même tracées par les universitaires, les magistrats, les avocats, les notaires, les associations et même, ce qui n'est pas si courant, les étudiants qui sont partie prenante de ce colloque.

Je ne peux que vous redire combien j'ai de plaisir à vous voir tous réunis autour de ce sujet, et je vous souhaite d'excellents travaux et de très riches échanges.

Māuruuru, māuruuru roa

* Ces propos sont, en substance, ceux qui ont été prononcés lors du discours d'ouverture du Colloque des 23 et 24 septembre 2021 devant l'université de la Polynésie française. Le style oral a été volontairement conservé.

AVANT-PROPOS

Sandrine Sana-Chaillé de Néré
Professeur à l'université de la Polynésie française

L'idée d'un colloque universitaire sur la question foncière en Polynésie est née au cours de l'année 2019. Elle a pris corps en une période troublée par la pandémie qui a conduit à plusieurs reports d'un événement qui se voulait comme un temps de parole et d'échange, un temps de compréhension mutuelle et d'apaisement. C'est qu'en effet, parler de la terre en Polynésie, c'est aborder un sujet à la fois crucial et sensible, c'est évoquer des histoires de famille, des conflits intimes, des difficultés de positionnement et des enjeux économiques pour les Polynésiens. Malgré la sensibilité du sujet et les difficultés contextuelles, ce projet a été soutenu indéfectiblement par l'Université de la Polynésie française à laquelle je tiens ici à exprimer ma gratitude.

L'université, me semble-t-il, a en effet joué son rôle en ouvrant ses portes à une thématique aussi complexe et aussi enracinée dans le corps social polynésien. L'Université a joué son rôle en se présentant comme un lieu de connaissance, d'analyse et de débats. En accueillant en son sein non pas uniquement des étudiants, des professeurs et des chercheurs mais aussi des représentants de la société civile, des praticiens, des hommes et des femmes politiques et un large public de gens ordinaires, non spécialistes de ces questions, mais concernés, souvent intimement, par la problématique foncière.

Je dois également remercier le gouvernement de la Polynésie française qui a soutenu la réalisation matérielle de ce colloque et, par suite, la publication de ces actes. C'est en effet un bel exemple de collaboration entre l'Université et les pouvoirs publics qui s'est ici réalisé, où la liberté universitaire a pu s'exprimer totalement.

Je l'ai dit, la terre est, en Polynésie, un sujet d'émotions. On ne peut parler de la terre sans parler de la colonisation. On ne peut parler de la terre sans laisser s'exprimer des ressentiments et des frustrations. On ne peut parler de la terre sans évoquer des conflits et des douleurs dans les familles. Ce colloque a sciemment été pensé comme un lieu d'expression de ces émotions et pas uniquement comme un moment de savoir et de connaissance. Les contributions écrites qui sont ici retranscrites le laissent percevoir, délibérément.

Ce colloque n'avait aucunement pour ambition d'apporter des solutions toutes faites à un problème plus que centenaire. Il n'a pas été conçu pour favoriser un mode de solution plutôt qu'un autre. Son projet, modeste, était de dire ce qu'il en est, aujourd'hui, de la terre en Polynésie, et de le faire sous un angle bien précis : celui des droits fonciers à l'épreuve des liens de parenté. Dans de nombreux endroits, en Polynésie, des terres font en effet l'objet de litiges et d'incertitudes juridiques. Des personnes sont mises en cause, des propriétaires de bonne foi craignent que leurs droits soient anéantis, il existe des problèmes de cadastre, des actes juridiques sont contestés, certains subissent des expropriations, d'autres des expulsions, des terres présumées domaniales ne devraient pas l'être aux yeux des occupants, des terres se sont trouvées appropriées dans des conditions discutables. Et tous ces problèmes sont aggravés par des difficultés à établir les ascendances, à tenir compte des modes de vie, à donner corps à des traditions familiales et à des modes de parenté que le code civil ne connaît pas. Car il est bien question ici de difficultés d'articulation entre des normes civiles écrites, venues d'ailleurs, et des normes culturelles très ancrées qui ne trouvent pas de voie d'expression juridique.

Les contributions de cet ouvrage sont principalement des contributions juridiques. Mais le droit ne peut pas être compris indépendamment du pays pour lequel il existe. Pour comprendre les règles juridiques, pour savoir à quelle Histoire elles renvoient, pour savoir sur quelle mémoire collective elles se fondent, pour comprendre si les règles sont pertinentes, adaptées ou si elles doivent être réformées, il faut connaître le pays, la société, les gens auxquels ces règles se destinent. C'est pour cette raison que des contributions historiques, sociologiques et même littéraires figurent dans cet ouvrage. À cet égard, il sera très souvent question des spécificités polynésiennes, qu'il s'agisse des structures familiales, des modes de résolution des conflits, de la manière d'appréhender la propriété collective ou la propriété individuelle, qu'il s'agisse de la manière de « faire famille » autour de la terre. Car, en effet, telle est bien la question centrale de ce travail.

Comment « faire famille » autour de la terre en Polynésie ?

C'est là une très belle question, mais une question qui ne peut pas être uniquement juridique. Si, dans ce colloque, nous la posons sous l'angle du droit, nous la voulons entourée de sa culture, comprise à travers sa culture. C'est pour cette raison qu'avant même de débiter les contributions proprement juridiques, nous avons souhaité qu'il soit dit haut et fort combien les Polynésiens sont attachés à leur terre. Pour le dire, il ne

fallait pas un juriste. Un historien, un sociologue, un anthropologue aurait sans doute su dire ces choses-là. Mais, nous avons souhaité une manière différente d'évoquer cette relation, une expression plus culturelle, plus intime. À cet égard, je renouvelle mes remerciements à madame Flora Devatine, dont chacun connaît l'attachement à la culture polynésienne, d'avoir adhéré à cette idée. Elle a compris, je crois, qu'il était important de montrer qu'on ne peut faire du bon droit sans connaître les gens.

Alors avant de parler du droit et de la terre, que le lecteur ne soit pas surpris d'entendre parler des gens et de la terre, à la manière polynésienne.

La langue polynésienne occupe une place importante dans cet ouvrage. Chacune des contributions en langue française est précédée d'un résumé en *re'o mā'ohi*. Nous remercions chaleureusement les étudiants inscrits en Master 2 MEEF Tahitien-Lettres¹ ainsi que leurs professeurs d'avoir réalisé ce travail délicat de traduction. Ils contribuent ainsi à un diffusion plus large de notre réflexion collective.

1. Étudiants de la promotion 2021-2022 : AVAE Vaianui, CLARK Kalani, FALCHETTO Ismaël, HAMBLIN Loana, MAUATI Maeva, PAIA Toheahetu, TEFAATAU Ramona, TEMANUPAIOURA Heiani, Tiaura TIATOA. Ces étudiants ont été accompagnés de mesdames Lovaina ROCHETTE, Mirose PAIA, Karine LEOCADIE et de monsieur Tonyo TOOMARU, enseignants en langues polynésiennes à l'université de la Polynésie française.

Première partie

LE CONTEXTE

L'ATTACHEMENT DES POLYNÉSIENS À LEURS TERRES

Flora Aurima Devatine

Directrice de l'Académie tahitienne, *Fare Vāna'a*

La présentation qui suit, intitulée *L'attachement des Polynésiens à leurs terres*, montage de passages d'écrits et d'extraits d'exposés passés se définit comme l'approche libre « d'un imaginaire » du troisième ou du quatrième âge, dont je suis, « **effeuillant et démêlant les restes de cultures en dépôt dans une mémoire** » sur :

- *te paripari fenua*, poème de célébration de la terre, des Noms des terres, des Anciens

- *te I'oa, te fenua*, l'importance du Nom, de la terre – et la mer –, considérée comme *te vauvau o te I'oa*, le maillage du Nom, un ensemble de réseaux de Noms des filiations, des nombreuses filiations...

I. LE NOM ET LA TERRE

Selon la tradition orale, le Nom et la terre sont deux éléments indissociables, indissolubles dans la généalogie et dans l'histoire et la mémoire de la propriété foncière. Cette conception a pour origine nos îles mêmes, mais elle n'est peut-être pas exempte d'apports autres, présents à travers le temps dans l'espace océanien.

Ainsi d'après la thèse de doctorat de René Calinaud, qui fut en son temps président de l'ancienne Commission de conciliation obligatoire en matière foncière, aujourd'hui tribunal foncier institué en juillet 1996 en Polynésie française, le Nom et la terre sont les deux éléments fondamentaux constitutifs de l'homme polynésien, de l'identité tahitienne.

Cette problématique sera abordée après des généralités sur le Nom dans les discours poétiques, dans le genre poétique « *paripari fenua* », ou « *fa'ataratara mou'a* », poèmes de célébration de la terre, de mémorisation des Noms des terres et de l'histoire de la société, de l'importance du Nom des hommes de la terre, par suite de l'homme du lieu et/ou des lieux d'ailleurs aussi, ainsi que le précisent les généalogies.

II. *TE I'OA* - L'IMPORTANCE DU NOM DANS LA SOCIÉTÉ POLYNÉSIIENNE

Le Polynésien, par le passé et pour la Nomination, n'avait qu'un terme, *te I'oa*,

Lequel Nom, *I'oa*,
I'oa tupuna, I'oa tumu,

Noms d'ancêtre,
Noms de famille,
Titres de famille, titres de charge,
Biens patrimoniaux, propriété de famille, au même titre que la terre ;

Des Noms variés à l'usage de la parentèle, collectivement laissés en héritage,
Des Noms immuables, historiques, vénérés tels des Noms de dieux, avec une
origine mythique, une vie et des traditions tressées dans les généalogies ;

Le Nom était donc loin de représenter un simple patronyme, encore moins un
préNom, comme cela fut imposé à partir de l'institution de l'état civil en 1852, après
l'établissement du Protectorat français sur Tahiti-Moorea.

Des Noms dont certains, changeants, initiatiques, d'alliance, et voyageurs dans
l'aire polynésienne par tous les temps de trouble, de famine, de guerre ou de paix,
Par lesquels être Nommé et reNommé,
Titres patrimoniaux, « bien de famille », « *faufa'a tupuna* »,
Hérités des ancêtres, propriétaires de terres et de *marae*.

Survint un changement de nature, de fonction, d'identité, de cadre de vie, comme
l'inscription du Nom en tant que préNom dans un registre qui l'y fixait en le rendant
méconnaissable à lui-même,

Et la Nomination traditionnelle porteuse de l'identité, de la place et du rôle
d'un homme en un ou plusieurs lieux dans la société, hier déclamée en public, d'être
ramenée au rang de *préNomination*, connotant des difficultés juridiques, sociales,
familiales et individuelles d'identité et d'identification à venir... Celles-là même qui
paraissent se présenter aux temps d'aujourd'hui.

Et les familles d'intervenir, déjà, par le passé, pour porter plainte contre
l'usurpation d'un Nom, c'est-à-dire d'un bien patrimonial, pour demander justification
généalogique de l'utilisation d'un Nom issu de leurs '*aufaufēti'i* ou généalogies aux
nombreux et très étendus liens de parenté,

Par ailleurs, attestant de leur propriété des Noms, biens sacrés, tentant d'en
interdire l'usage, *tapu, rāhui, pī, pī'i*,

Et le Nom, *I'oa*,

Titre de propriété,

Sujet de discordes familiales, de guerres claniques, écoNomiques, politiques, par le passé,

Objet de revendications, de procès, aux temps du Protectorat (du 9 septembre 1842 au 30 décembre 1880), devant la Cour suprême des *To'ohitu* ou Sept Juges (1820), devant la Haute Cour tahitienne.

Après avoir quitté sa sphère communautaire, familiale, sa société aristocratique, structurée, d'origine divine,

D'entrer dans une ère de confusion, de collision ou de collusion des esprits et des termes, (Nom, préNom, surNom, titre, Nom de mariage, Nom de baptême),

Et d'apparaître aux yeux des siens quasiment Nom commun proche de l'anonymat, de la non-existence !

Bien que l'utilisation du Nom en tant que préNom – après la suppression des *I'oa* en tant que titres –, fut finalement de nos jours l'un des moyens de préservation, de sauvegarde et de transmission du patrimoine anthroponymique et linguistique polynésien !

C'est ainsi que l'Académie tahitienne se réfère aux Noms des personnes, pour retrouver la prononciation oubliée des mots obsolètes du dictionnaire Tahitien-Anglais de John Davies.

Dans la société orale, chacun des membres de la société, par son Nom et en tant que porteur de son Nom, était responsable de la mémorisation, de la préservation et de la transmission orale, par l'appel de son Nom, d'un élément, d'un fait de la culture de la société : la langue, la nature, l'environnement, l'organisation sociale, les métiers, les caractéristiques, les qualités, les défauts...

Et c'est dans ce savoir du Nom, *I'oa*, que nous nous sommes avancée, tantôt tournant autour de l'objet visé, tantôt le traversant de long en large, et par endroits, revenant sans cesse sur certains de ses aspects, et toujours égrenant, tout au long du périple, généralités, témoignages et réflexions sur le Nom.

III. *TE PARIARI FENUA* - L'IMPORTANCE DE LA TERRE DANS LES CHANTS, POÈMES DE LOUANGE, D'EXALTATION ET DE LAMENTATION DE LA TERRE

Le *paripari fenua* n'est pas un art oratoire. Le *paripari fenua* est un genre poétique parmi d'autres genres de l'oraliture polynésienne.

Il y a un art du *paripari fenua* comme il y a un art du discours, du '*ōrero*.

Le *paripari fenua* n'est pas un 'ōrero, un discours parmi d'autres, mais un *paripari fenua* peut constituer un 'ōrero, peut faire partie ou être l'objet d'un 'ōrero.

L'art du *paripari fenua* chanté et exécuté sur l'air traditionnel du *tārava* – que l'on entend, depuis 1881, au moment de la première célébration de la fête nationale, chanter, psalmodier, méloder, aux *Tiurai, Heiva* – apparaît dans la qualité, la valeur intrinsèque de la composition ou création orale expressive, instantanée, intuitive du *paripari fenua*, avec son rythme, ses sonorités, son balancement.

Sur la place qu'évente
la fraîche rosée des vallées
C'est l'heure du *paripari fenua*,
espace de ressourcement,
chant-poème, au ras de l'île.

*E mou'a tei ni'a 'o Mou'a Tamaiti
E tahua tei raro 'o Pōreho
E 'ōutu tei tai 'o 'Outu Manomano
I te fa'ari'ira'a ia Teri'irere
E fa'aruafa'a te mata'i
E fa'aruafa'a te mata'i e
Nā ni'a maira i Teaute
Tāhiri maira i te Tō'ora'i
'Ua tōpatahia e te ua ri'i au
'Ua fa'aofaofa te ānuanua.*

En quête de la pure harmonie
des voix s'élèvent, sourdes, graves
hymnes à la terre, au ciel,
à ceux des temps anciens :

Les hommes scandent sur les corps
et dans les esprits martèlent, enracinent
puis mesurent, équilibrent
les perçantes, haut perchées
des femmes
qui, se faisant, rendent la consonance
tandis que de timides, juvéniles,
s'exercent à prendre place.

Scansion, détresse
et nostalgie, sonorités immémoriales,
pont passé-présent,
pour remonter le temps, et conforter.

*E pape tei uta 'o Taharu'u nui
E pape hopura'a e no Teri'irere
E to'a tei tai 'o Mata'ihurihuri
E a'au iti tei raro e 'o Fāfātea
Pōpoti iti e e Teauehuti.*

Sur les gradins
désertés, les Anciens se taisent,
langueur et méditation
dans l'attente d'un baume à l'âme.
Tous, sur la place, corps, cœur, et âmes,
Par le rythme, l'acception,
et la portée des sons, chant, musique
et poésie, vibrent, ravis, à l'unisson,

*E 'arevareva 'o Mau'a iti e
Te tu'utu'uve'a e
I te 'āfa'ira'a mai ia 'Oro e
E te maro 'ura e
Piri maira to Hava'i e te 'Āti a Pi'i e
'Āti a Pi'i, 'Āti Porea 'Āti a 'Oro marotea e.*

dans l'harmonie
saisie au fort,
par étapes, portée, légère,
éclatante, dans les hauteurs, de la mélodie.

Le passé retrouvé, ils s'en reviennent,
ressourcés, pacifiés,
enhardis, vivants.

*'Ua teitei roa te marama iti e
I te tara mou'a o Manau
Tei Vai'ōperu tei Teruāpuhi
Tei To'atōrea māua.*

(extraits des *paripari fenua* de Papara,
par Teura tane, Huarepo vahine, et par Vaitiare ;
poème extrait de *Au vent de la piroguière - Tifaifai*,
de F. Aurima Devatine, éd. Bruno Doucey, 2016).

Un *paripari fenua* est un poème, chant de louange, d'exaltation, de célébration de la terre, de son pays, ou d'une personne,
Et parfois, un poème, chant de supplication à la terre comme à la mer pour sa vie, pour sa survie :

*Teie te parau e Te'ahifa iti
'A tu'u mai i tenā e fa'a'amu i te mau tamari'i e
'A tahi tu'ura'a 'a piti tu'ura'a
Tei roto i te 'ō'ini 'ua revareva.*

Voici ce que je te demande ô cher Te'ahifa²
Relâche vers moi ce que tu as en ton sein pour nourrir les enfants
Il en relâcha par deux fois, une puis deux fois
Et aussitôt, la pêche de se retrouver dans les paniers,
Et tout le monde de s'en retourner,
chacun chez soi avec de quoi se nourrir, s'en régaler.

*'Auē te ava 'o Fa'are'are'a iti
E māhu te 'ura i ni'a ra
E 'ina'i te mā'a nā 'oe
'Ia rūreva tāea »*

Ô chère passe de Fa'are'are'a
De laquelle jaillissent des plumes rouges
Tu abondes d'une grande quantité de nourriture et de chair de poisson,
Avec du *fē'i*³ de l'espèce *rūreva* et du poisson rouge de l'espèce *tāea*⁴

Il y avait aussi le genre poétique dit *te fa'atara*. Dans la langue tahitienne, on parle de *fa'ataratara i te fenua*, « faire la louange du pays », d'où le genre poétique, *te fa'atarataramou'a* :

2. *Te'ahifa* : Nom d'un trou à thons.

3. *Fē'i* : plantain, banane jaune des vallées pentues des montagnes, ici de l'espèce *rūreva*, recherchée par les oiseaux.

4. *Tāea* : perche pagaie, un poisson de couleur rouge.

Une louange de la terre, de son pays, dans laquelle « on énumère les noms des montagnes, caps, rivières, etc., d'un lieu, d'un pays »,

Un poème de louange dans lequel et par lequel célèbre sa terre, son pays et ses ancêtres qui ont laissé la terre pour les descendants, les générations futures.

La traduction littérale :

Montagne en haut, (est) Mou'a Tamaiti

Terrain en bas, (est) Pōreho

Pointe en mer, (est) 'Ōutu Manomano

Accueil (pour l'intronisation) de Teri'irere

Fa'aruafa'a (est) le vent

Fa'aruafa'a (est) le vent

(Souffle) au-dessus de Teaute

Évente Tō'o'ara'i

A reçu gouttes de petite pluie agréable

A fait plusieurs petites inclinaisons l'arc-en-ciel

« Des vers de la poésie traditionnelle, une poésie toujours en cours,

Qui participent du poétique de l'emphatique du rhétorique du mythique de l'actif du fictif de l'imaginaire des anciens Polynésiens ! »

Le genre poétique *paripari fenua*, également appelé *fa'ataratara mou'a*, poème ou chant scandé « célébrant un lieu en en citant les montagnes, caps, baies », en en donnant les noms, est ce à quoi les Polynésiens tiennent comme à la prunelle de leurs yeux.

Pourquoi les Polynésiens restent-ils si attachés aux *paripari fenua*, poèmes à la terre, qui, année après année étaient et sont repris, composés, recomposés, créés, recréés, et chantés aux *Tiurai* puis aux *Heiva*, dans les Concours de chants traditionnels *tārava*, *rū'au*, *'ūtē*, et aussi dans les poèmes, *pāta'u*, *pāta'uta'u*, des chants de danse rythmée, *pa'o'a* ?

Tout d'abord, parce que ces chants-poèmes à la terre, qui comptent parmi ceux des plus importants, des plus beaux à leurs yeux, des plus chers à leurs pensées, des plus émouvants en leurs entrailles, et de ceux qu'ils gardent, et dont ils gardent jalousement les paroles, sont des chants-poèmes de mémorisation des noms des terres, des hommes, des plantes, des animaux, des pierres, des savoir-faire traditionnels, en plus d'être de célébration, de louange, de supplication, de lamentation de la terre.

Et que par ces chants-poèmes de louange, de célébration de la terre, et pendant le laps de temps où ils les chantent, les Polynésiens se relient à l'histoire de leur société. Ils puisent directement à la source de leurs terres, de leurs noms, de leurs ancêtres, de leurs origines, ce qu'il leur faut et leur reste de mémoire, nourriture spirituelle pour survivre en ce monde, Et ils s'y ressource !

IV. LE *PARIPARI FENUA*, UN BAUME À L'ÂME

Par ailleurs, la langue le dit expressément, par le *paripari fenua* – par le chant à la terre –, par la célébration – la louange de la terre –, les Polynésiens emplissent leurs entrailles d'éléments de vie, ils se nourrissent par là sur la terre ferme spirituellement bien plus qu'intellectuellement, de plancton, de krill, et ce faisant, ils se rassurent, se réconfortent, et ils se sentent mieux.

Car le terme *paripari*, en plus du sens de « célébrer », comme dans « célébrer la terre », signifie également « revenir peu à peu à la santé », « se remettre d'une maladie ».

En effet, par le *paripari fenua*, poème de célébration de la terre, les Polynésiens se remettent, par les paroles du poème et par leurs balancements pendant le chant,

De leurs maladies du corps, et surtout de celles de l'âme, de l'esprit,
Des maladies dont sont atteints des Polynésiens,
À cause des âmes des ancêtres oubliés, rejetés dans le *pō*,
À cause des noms oubliés des ancêtres, et des noms des terres refoulés
dans la brousse, au fond des vallées, dans le *vao* des mémoires !
Or c'était un devoir sacré que de les retenir, de ne pas les oublier, pour les
Transmettre aux générations futures !

Par ailleurs, d'autres faits du langage de tous les jours continuent à parler de l'amour pour la terre qu'avaient les Polynésiens. Ils ne pouvaient vivre longtemps loin de leurs terres, ils aimaient leurs terres, comme si c'était un être humain, et un parent auquel ils restaient attachés, et dont ils se languissaient, et qui finissait par leur manquer :

E mea maoro, 'aita ā vau i haere atura e hi'ohi'o ri'i i te fenua

(Cela fait bien longtemps que je ne suis pas allé rendre visite à la terre.)

Mea aroha te fenua, 'ua vai noa i roto i te 'aihere !

'Aita te mau tamari'i e haere ri'i mai e hi'o i te fenua !

(Quelle peine de voir la terre dans la brousse !

Les enfants ne pensent pas à venir voir la terre !)

'Aue te miti 'o Te Pari e

Tera'e e pa'aina noa mai

Te mea teie e mihi ai au

Ta'u aroha iti i te fenua.

(Ô la mer du Pari,

Que j'entends résonner sans cesse.

Ce qui m'afflige,

C'est mon amour pour ma terre.)

V. DES MALENTENDUS À PROPOS DE LA TERRE ET DU NOM DANS LE LANGAGE

Par ailleurs, et toujours dans les expressions au quotidien, et à propos de la terre et du Nom, il y a des malentendus :

Là où la langue française dit correctement :

Quelle est cette terre ?

Quel est le nom de cette terre ?

La traduction littérale du français en langue tahitienne de ces questions serait :

E aha terā fenua ?

E aha te i'oa o terā fenua ?

Mais ces questions telles qu'elles sont posées en tahitien n'auraient rien à voir avec ce qui est demandé en français, puisque la traduction littérale du tahitien en langue française, serait :

C'est quoi cette terre ?

C'est quoi le nom de cette terre ?

Ce qui serait une chosification de la terre et du Nom.

Car la bonne traduction en tahitien aux questions posées en français à propos de la terre et du Nom de la terre est :

'O vai teie fenua ?

'O vai te i'oa o teie fenua ?

Ce qui, littéralement, signifie :

Qui est cette terre ?

Qui est le nom de cette terre ?

Ou comme l'on entend dire spontanément dans le langage parlé en Polynésie :

C'est qui cette terre ?

C'est qui le nom de cette terre ?

Ce qui sous-entend explicitement :

Qui est l'ancêtre ou qui sont les ancêtres qui se trouvent dans cette terre ?

Qui est l'ancêtre ou qui sont les ancêtres qui se trouvent dans le nom que porte cette terre ?

La terre et le Nom sont des entités.

La terre, comme le Nom, est reliée aux ancêtres,

La terre est habitée par les ancêtres, par les esprits des ancêtres, des dieux.

Les Polynésiens s'adressent à la terre, à la mer, à tous les lieux, aux arbres, aux pierres, aux animaux, aux poissons, aux insectes, aux bruits des branches, des feuilles, aux vents... comme si c'étaient des êtres vivants, des humains :

*'Eina'a e horo i te muriavai
E aha ta 'oe e tãpapa nei e
'Ofa'i āra'a mau ā*

Ô toi petit alevin qui cours vers l'embouchure
Que recherches-tu ?
La pierre noire visible au-dessus de l'eau !

Alors, une question pourrait se poser : pourquoi le genre poétique *paripari fenua*, poème, « chant qui célèbre un lieu en en citant les montagnes, caps, baies », le fait-il en en donnant les noms ? Pourquoi le genre poétique *fa'ataratara mou'a*, « louange de son pays », énumère-t-il « les noms des montagnes, caps, rivières... », pierres levées, bornes limites de terre et de districts, récifs, pâtes de corail, chenaux, lieux de pêche, abysses marins... d'un lieu, d'un pays ?

C'est tout simplement parce que le Nom et la Terre sont les deux éléments constitutifs de l'homme polynésien, de la société polynésienne !

Le Nom tout comme la terre étaient sacrés, tabous, parce que taboués, consacrés, gérés, codifiés, limités dans l'emploi et dans l'exploitation, et qu'ils étaient considérés comme des propriétés claniques, familiales, communautaires, inaliénables !

Ainsi en était-il de la terre et du Nom !

VI. TE TOPARA'A I'OA – L'IMPORTANCE DU DON DE NOM

De cette conception du monde, de cette façon d'imaginer, de se représenter le monde, avec le Nom, la terre (non séparée mais ne faisant qu'un avec la mer) et l'homme, il en reste quelque chose, non seulement dans la langue comme nous l'avons vu, mais également dans les traditions, dont la tradition du *topara'a i'oa*, ou du don de Nom.

Don de nom pour un enfant que l'on veut adopter et pour lequel les parents adoptants obligatoirement devaient donner non seulement *te i'oa*, le Nom, mais également *te vauvau o te i'oa*, qui est traduit dans les livres, en français, par *le réceptacle du Nom*.

Te vauvau désigne métaphoriquement *la terre* à laquelle est rattaché *le Nom* qui a été donné à l'enfant adopté – et c'est encore mieux, et plus prestigieux, lorsque le Nom est accompagné de celui du *marae* familial de la famille d'adoption.

Et cela, pour que l'enfant en devienne le représentant sur terre, et le propriétaire du Nom et de la terre, le temps de sa vie sur terre.

Les parents adoptifs devaient présenter à la famille biologique le Nom qu'ils pensent donner à l'enfant et la terre qui va avec le Nom, en gage de la survie matérielle de l'enfant dans sa nouvelle famille, et en échange de la vie de l'enfant qui entrait dans une nouvelle famille et de laquelle il était destiné à assurer la transmission et la survie des Noms des ancêtres de la famille adoptante, et celle de la terre, leur patrimoine.

Don de Nom, aussi, que l'on retrouve dans la tradition du Nom que l'on donne aux nouveaux mariés, et à l'enfant premier-né.

Don d'un Nom appartenant obligatoirement à la famille.

Don d'un Nom qui a un *vauvau*, un réceptacle, un maillage de réseaux, réseaux de filiations et c'est la terre avec un *marae*, qui sont tous deux mentionnés dans le discours de l'orateur du Nom, un discours prononcé pour annoncer et pour ancrer les Noms (anthroponymes et toponymes) dans l'histoire et dans les mémoires, autant que pour orner, embellir poétiquement le discours du Nom...

Références bibliographiques

Académie tahitienne, Dictionnaire Tahitien-Français, *Fa'atoro Parau Reo Tahiti-Reo farani*, Fare Vānaa, 1999.

Devatine Flora, 2001. *La traversée des Noms polynésiens*, mémoire de DEA, Université française du Pacifique.
—2003. « La traversée des Noms en généalogie tahitienne », in *Le Grand Océan. Le temps et l'espace du Pacifique*, sous la direction de Serge Dunis, Genève : Georg Éd.

—2003. « Le Nom dans les langues polynésiennes », in *Éloge du métissage, Mythes et réalités en Polynésie*, sous la direction de Serge Dunis, Papeete, Éditions Haere Po.

—2005. « Culture et littérature. Quels liens ? », Intervention au Premier Festival mondial de la Terre en Polynésie française 20-26 juin 2005, Mairie de Papeete.

ÉCLAIRAGE HISTORIQUE SUR LES DIFFICULTÉS DE LA TRANSMISSION FONCIÈRE EN POLYNÉSIE

Hinatea Paoletti

Cheffe du bureau des affaires juridiques à la Direction des affaires foncières

Te ha'amāramaramara'a a te tuatua-'ā'ai i te fifi nō te tutu'ura'a fenua i Pōrīnetia

I teie mahana, 'ua rirow noa ā te parau o te tutu'ura'a fenua i Pōrīnetia farāni 'ei fifi tē 'ore roa atu e matara i te tahi taime. E piti huru fifi 'e fa'aruruhia. 'A tahi, te fifi rahi 'e fārereihia e te mau 'ōpū fētī'i i te 'imira'a i te parau tīvira e ha'apāpū ra i tō rātou aura'a fētī'i i te hō'ē tupuna tōmite fenua 'o tei pohe ihoā rā i te hope'a tenetere XIX. 'A piti, te parau fatura'a iho te mea 'atā 'ia 'imi 'aore rā 'ia fa'atū'ati i te tā'amura'a fētī'i.

Nō 'ō mai te reira i te arata'ira'a o te ture o te 'ohipa fenua i Pōrīnetia farāni. 'Oia mau, nā te 'ānetira'a o terā 'e terā mau pae motu o tō tātou nei fenua, i fa'ata'a'ē haere i te parau o te ture fatura'a fenua. Nō reira, e fa'aturera'a ta'a'ē tā terā 'e terā motu. E fifi hope-'ore mau te reira.

E'ere ato'a te parau fatura'a i te tahi fenua, mai te mea ē tē vai ra, i te mea mana hō'ē roa, e riro te tahi atu mau parau fatura'a i taua fenua ra i ha'amana-ato'a-hia i te tu'uhia mai.

Nō reira, e tītauhia 'ia 'ite i te mau ture o te 'ohipa fenua tei fa'aotihia i mātāmua ra i nī'a i terā 'e terā motu o Pōrīnetia farāni nō te ārai i te mau fifi rahi o te tutu'ura'a fenua.

Les difficultés que les Polynésiens rencontrent aujourd'hui pour transmettre les terres qui leur viennent de leurs ancêtres sont principalement liées à l'absence de sécurisation des titres de propriété originaires.

Il y a aussi des difficultés liées à l'identification des ayants droit ou des ayants cause, voire à la qualité de certains d'entre eux pour succéder (cas des enfants fa'aamu qui sera abordé juste après mon intervention).

Nous retiendrons donc que les problèmes de transmission foncière sont essentiellement dus à des titres de propriété imparfaits. Ainsi, les problématiques actuelles sont la traduction d'imperfections historiques toujours non consolidées.

Dès lors, l'appréhension des difficultés de la transmission foncière passe

nécessairement par un retour en arrière, au moment de la « production » des titres de propriété originaires.

Aujourd'hui le régime juridique applicable aux dépendances foncières est le même quelle que soit la situation géographique du bien concerné.

Cependant, le règlement des litiges en matière foncière, la sécurisation des titres fonciers anciens, ainsi que la transmission foncière nécessite la prise en compte de certaines spécificités historiques liées aux processus d'annexion.

En effet, l'échelonnement de l'annexion des différents archipels, et même de certaines îles au sein même de ces archipels, au protectorat français a engendré un fractionnement de la norme légale au fur et à mesure de ces adhésions.

Entre 1842 et 1880, le royaume Pomare est administré dans le cadre du protectorat signé entre le roi Pomare IV et l'amiral Dupetit-Thouars. Par la suite, les lois du 29 juin 1880 et du 30 décembre 1880 consacrent l'annexion de la Polynésie et lui imposent le statut d'Etablissement français de l'Océanie. La Polynésie devient une colonie française.

En outre, il faut encore souligner les spécificités de certains archipels voire de certaines îles qui ont nécessité la mise en place de systèmes légèrement différents.

Enfin, il est indispensable d'insister sur le cas tout particulier de certaines îles où aucun cadre légal tendant à l'accession à la propriété privée n'a été instauré suite à l'annexion.

De façon liminaire il convient donc de dresser un état de la structure administrative, au milieu du XIX^e siècle, des îles qui composent aujourd'hui la Polynésie française. Se distinguaient alors quatre ensembles :

- Les royaumes indépendants qui étaient administrés localement par des entités locales autonomes et libres. C'est le cas de Rapa, Mangareva, Rurutu, Rimatara, Huahine et Maiao, Bora-Bora et Maupiti, Raiatea et Tahaa ;
- Les îles Marquises dont l'administration semble avoir été partagée entre plusieurs tribus souvent rivales ;
- Les Tuamotu de l'est qui, à cette époque, n'avaient pas de structuration locale stable ;
- Le royaume de Tahiti et ses dépendances dit royaume Pomare composé de Tahiti, Moorea, Tubuai, Raivavae, des îles Tuamotu de l'ouest et du centre.

I. LE ROYAUME DE TAHITI ET SES DÉPENDANCES

A. La loi tahitienne du 24 mars 1852

C'est rapidement après le protectorat signé avec la France en 1842 que ce royaume s'est doté de la loi tahitienne du 24 mars 1852 sur l'enregistrement des terres. Ainsi, cette norme légale est-elle applicable sur « *les terres du protectorat* » et pose les

prémices de l'inscription de la propriété foncière. En effet, elle dispose en son article 1^{er} que « *les propriétés immobilières seront inscrites sur un registre public. L'inscription fera connaître le nom, les limites et la contenance approximative des terres inscrites* ».

Une grande dichotomie y est annoncée entre les terres privées et les terres d'apanage. Cette différence de traitement s'explique par le fait que les premières sont en principe vouées à entrer dans un patrimoine privé alors que les secondes, même si elles « *ne sont point la propriété du gouvernement français* », ne sauraient non plus être considérées comme la propriété privée d'un chef puisque « *quand le chef cesse ses fonctions et qu'il y a lieu de le remplacer, toutes les terres farii hau sont transmises intégralement à son successeur [...]* ».

Ce dernier point a eu l'occasion d'être tranché par la justice qui a estimé au fil d'une jurisprudence constante que les terres d'apanage intègrent le domaine public dès la cessation de la fonction, celles-ci étant affectées à une fonction d'intérêt général.

Concrètement la procédure d'inscription se décomposait alors en deux voire trois temps :

- L'inscription sur un registre public par le candidat à la propriété privée.
- Cette inscription est alors soumise à l'agrément de l'assemblée de district. Si aucune opposition ne s'élevait, la propriété de l'auteur de l'inscription est consacrée par la commission de district.
- En cas d'opposition, la justice était saisie afin de trancher les demandes concurrentes.

Il est important de relever que c'est sous l'égide de cette loi tahitienne, intervenue avant la promulgation du Code civil, que l'appropriation privée de dépendances aujourd'hui considérées comme faisant partie du domaine public a été rendue possible.

À ce dernier égard, la justice a eu l'occasion à plusieurs reprises de consacrer la validité d'un titre de propriété constitué sur la base de la loi tahitienne de 1852 et qui englobe une portion de lagon ou une lagune, notamment aux termes de la célèbre jurisprudence Fuller.

Si cette loi de 1852 était novatrice quant à la démarche incitant les personnes privées à « déclarer » volontairement les terres dont ils s'estimaient propriétaires, son impact réel et sa mise en œuvre effective sont apparemment très relatifs.

Cet état de fait a sans doute incité à une meilleure gestion de cette procédure dite de « déclaration des terres » au sein du royaume Pomare.

C'est dans ces circonstances que le gouverneur de ce qui est devenu « les Établissements français de l'Océanie » a promulgué le décret du 24 août 1887.

Il faut noter qu'entre la loi de 1852 et le décret de 1887, est intervenue en 1866 la promulgation du Code civil dans le royaume Pomare, ce qui a eu pour effet d'assujettir le décret de 1887 aux prescriptions dudit code. Ce n'est qu'à partir de cette date que la distinction entre domaine privé et domaine public est effectuée (ancien article 518 du Code civil).

B. L'introduction du Code civil par la loi tahitienne du 28 mars 1866

Pour ce qui concerne le royaume dit Pomare, le Code civil a été rendu applicable suite à la loi tahitienne du 28 mars 1866. Cette date doit être retenue comme le point départ de l'existence du domaine public tel qu'on l'entend aujourd'hui.

Pour mémoire, un décret du 18 août 1868 rendu public très tardivement, le 20 février 1874, a promulgué une seconde fois le Code civil dans les îles composant ce royaume.

C. Le décret du 24 août 1887 relatif à la délimitation de la propriété foncière dans les Établissements français de l'Océanie

Tel que son intitulé le précise, ce décret reçoit application dans les E.F.O., c'est-à-dire dans ce qu'était le royaume Pomare, donc « à Tahiti, Moorea, aux districts organisés des Tuamotu, à Raivavae et à *Tubuai* ».

Ce nouveau texte pose une procédure beaucoup plus élaborée puisqu'y est prévue une publication et donc une potentielle opposabilité aux tiers. Grossièrement la « déclaration des terres » se décompose comme suit :

- Déclaration individuelle et unilatérale inscrite sur le registre du district concerné ;
- Publication de cette déclaration au Journal officiel ouvrant un délai d'opposition ;
- Si surgit une opposition suite à la publication, c'est le conseil du district qui est saisi afin de trancher les déclarations concurrentes ;
- Un titre sera établi soit suite à une publication non contestée, soit suite à la décision du conseil de district tranchant les oppositions.

Quant au patrimoine foncier de la Polynésie française, ce décret constitue incontestablement un mode d'acquisition légal, toutes les fois qu'un immeuble n'aura pas fait l'objet de prétentions privées. Ainsi, la représentation de l'entité publique contemporaine de ce décret, le conseil de district, deviendra propriétaire « par défaut » des terres non déclarées par les personnes privées.

Ceci résulte de la combinaison des articles 1 et 11 du décret qui énoncent que « *Tout français indigène ou toute personne issue d'un indigène se prétendant propriétaire d'une terre non encore inscrite [...] sera tenu [...] d'en faire en personne ou par fondé de pouvoir, déclaration auprès du conseil de district de la situation de la terre [...]* ». « *Tout le territoire non réclamé dans le délai fixé par l'article 1 sera réputé domaine du district.* »

Aujourd'hui cet ancrage historique peut être matérialisé grâce à l'avancée des opérations de cadastre qui permettent avec une technicité très fiable de placer tous les titres privés dits « *tômite* » obtenus conformément aux exigences de ce décret. Ainsi, les portions de territoire non couvertes par ces titres privés tomberont « par défaut » dans le patrimoine de la Polynésie.

II. LES ÎLES MARQUISES

Contrairement à Tahiti et ses dépendances qui se sont vus dotés de textes instaurant un régime d'établissement de titres individuels dès la loi tahitienne du 24 mars 1852 puis suivant décret du 24 août 1887, les Marquises ont reçu un traitement dérogatoire qui semble pouvoir être expliqué par les conditions plus difficiles de l'annexion de cet archipel à la puissance coloniale.

Historiquement, le décret du 24 août 1887 originellement destiné au « royaume Pomare » a été étendu aux Gambier et aux Marquises suivant arrêté du 27 octobre 1897. Cependant, son application concrète s'y est avérée impossible, probablement compte tenu de l'absence de conseil de district sur place. C'est dans ce contexte qu'a été rendue nécessaire la rédaction d'un décret spécifique à l'archipel des Marquises.

A. L'introduction du Code civil - arrêté du 27 mars 1874

C'est suivant arrêté du 27 mars 1874 que le Code civil a été promulgué aux îles Marquises et y a donc été rendu applicable.

Pour autant, même si le concept de domaine public se trouvait créé de fait, il n'en demeure pas moins qu'aucune procédure légale visant à encadrer la propriété notamment foncière n'a été mise en place dans la foulée. Il faut attendre vingt-huit ans après la promulgation du Code civil pour d'un décret intervienne en matière de propriété foncière.

B. Le décret du 31 mai 1902

Ce texte se conforme de façon assez fidèle aux prescriptions du décret du 24 août 1887 eu égard aux modalités de déclaration des terres et d'accession au titre de propriété. Sa particularité réside dans le fait qu'aux termes des articles 1^{er} et 12, les biens vacants et sans maître ainsi que les immeubles qui n'auront pas été revendiqués dans le délai d'un an, appartiennent à l'État.

Ceci constitue en effet une variante notable par rapport au décret du 24 août 1887 qui fait entrer cette catégorie de biens dans le domaine du district.

Il est donc loisible d'affirmer que la désignation de l'État en qualité de propriétaire à défaut de revendication ou de propriétaire connu aux îles Marquises ait été décidée pour pallier l'absence d'autre entité publique susceptible d'assurer cette charge dans l'archipel.

Ainsi, aux îles Marquises, les terres « non revendiquées » sont entrées dans le patrimoine de l'État et non dans celui du district, comme cela a pu être le cas ailleurs en Polynésie française.

Aujourd'hui, ces dépendances ont été incorporées au patrimoine public ou privé de la Polynésie française. Ce mécanisme a été enclenché sur la base de la loi DEFERRE

n° 56-619 du 23 juin 1956 « *autorisant le gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer* » et à ses décrets d'application. Aussi, le statut du 12 juillet 1977 confortera-t-il ce positionnement juridique.

L'objectif recherché est « *d'associer plus étroitement les populations d'outre-mer à la gestion de leurs intérêts propres, des mesures de décentralisation et de déconcentration administrative interviendront [...]* », tel que le précise l'article 1^{er} de ce texte. Ainsi, cette loi a-t-elle fixé un cadre dans lequel, notamment la Polynésie française, devra organiser la mise en œuvre effective de la décentralisation et la déconcentration évoquées, et ce en conformité avec les décrets d'application qui seront adoptés secteur par secteur.

Pour ce qui intéresse la matière foncière, il convient de citer le décret n° 56-1227 du 3 décembre 1956 portant définition des services de l'État dans les territoires d'outre-mer et énumération des cadres d'État. L'article 7 de ce décret décrit très strictement ce qu'il convient d'inclure dans le domaine de l'État. Font ainsi partie du domaine de l'État « *les immeubles affectés aux services civils ou militaires de l'État dans les territoire d'outre-mer* ». Cette énumération tant stricte que succincte, implique que tout ce qui n'y est pas explicitement énuméré fasse partie du patrimoine du territoire d'outre-mer concerné.

Par extension, et pour ce qui concerne les îles Marquises, on peut considérer que si le décret du 31 mai 1902 a fait entrer les terres n'ayant pas fait l'objet de revendications individuelles ou étant sans propriétaire connu dans le domaine de l'État, le décret du 3 décembre 1956 pris en application de la loi du 23 juin 1956 a permis leur incorporation au domaine de la Polynésie française sans autre formalité. Cette position va se trouver étayée par les énonciations contenues dans le statut du 12 juillet 1977 auquel était alors soumise la Polynésie française. En effet, ledit statut consacre le chapitre premier de son titre II aux compétences de l'État. Y est mentionné que « *l'État conserve ses droits de souveraineté et de propriété sur son domaine public et privé, terrestre, maritime et aérien [...]* ». Ce même chapitre prend encore soin de préciser que « *toutes les autres matières sont de la compétence du territoire* ».

Il découle de ce qui précède que la description du domaine de l'État effectuée par le décret du 3 décembre 1956 n'ayant pas été modifiée par des textes ultérieurs, la composition qui doit lui être concédée en vertu du statut de 1977 demeure inchangée.

Cette volonté de l'État d'opérer un transfert de principe quant à son domaine foncier au profit de la Polynésie française est d'autant plus flagrante dans le cadre de la zone toute particulière des cinquante pas uniquement présente aux Marquises. En effet, à cet égard, le statut de 1977 prévoit expressément qu'« *est transférée au domaine public du territoire dans les îles Marquises, la propriété inaliénable de la bande côtière dite des cinquante pas géométriques* ».

Tous ces éléments concourent à étayer le fait que si, historiquement aux îles Marquises, les terres n'ayant pas fait l'objet de revendications individuelles, ou celles étant vacantes ou sans maître, ont été incorporées au domaine de l'État en vertu des articles 1^{er} et 12 du décret de 1902, il n'en demeure pas moins que la loi DEFERRE a

permis la mise en place d'un cadre réglementaire instaurant un transfert de principe des immeubles non affectés aux services civils ou militaires de l'État au patrimoine de la Polynésie française. La rédaction du statut du 12 juillet 1977 constitue, en outre, une confirmation substantielle quant à cette interprétation.

Ce cheminement juridique a été validé par la jurisprudence de la cour d'appel de Papeete qui confirme que « *La loi n°56-619 du 23 juin 1956, dite loi DEFERRE, et le décret n°56-1227 du 3 décembre 1956 ont transféré à la Polynésie française l'ensemble des terres dont l'État était propriétaire* » (Arrêt cour d'appel de Papeete du 01.02.2018 - RG 16/00064).

III. LES ROYAUMES INDÉPENDANTS

A. Les îles Sous-le-Vent

Le décret du 28 juillet 1897 soumet ces îles à l'autorité du gouverneur de Tahiti. Le Code civil y est également rendu applicable la même année. Cependant, il convient d'indiquer que les personnes relevant du statut de « droit local », originaires des îles Sous-le-Vent, restaient soumises aux lois codifiées de leur archipel. Les bases de la démarche volontaire tendant à inciter les indigènes à déclarer les biens fonciers dont ils s'estiment propriétaires sont posées par un arrêté du 22 décembre 1898. Une procédure de revendication y est prévue, sur la base de laquelle était dressé un certificat de propriété, fondé sur l'attribution décidée par la commission d'arrondissement. C'est là le texte à mettre en parallèle avec le fameux décret du 24 août 1887 applicable uniquement au royaume Pomare. Cette tendance est confirmée par l'ultime version des lois codifiées de l'archipel des îles Sous-le-Vent du 1^{er} mai 1917 qui consacre notamment son article 38 à la mise en place d'un domaine public. Ainsi « *la mer, les bords de la mer, les ruisseaux, les sources, les lacs, les chemins et les sentiers qui font partie du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles.* »

Enfin, c'est le décret du 5 avril 1945 qui abroge les juridictions indigènes dans ces îles et par là même, étend le champ d'application du Code civil aux personnes originaires de cet archipel.

B. Mangareva

Cet archipel fut annexé à la France suite à l'accord de son assemblée locale le 23 février 1881. Le « Code mangarevien » du même jour, publié au Journal officiel, pose les bases de la procédure de déclaration foncière. Il ressort notamment de l'article 52 du Titre II du Livre II de ce Code que « *chaque propriétaire devra faire enregistrer les terres qui lui appartiennent sur un registre tenu par le chef de district* ». Ainsi, même si elle apparaît fort légère, une réelle procédure de revendication avait été mise en place dès 1881. Le Code civil a été rendu applicable à Mangareva suivant arrêté du 28 juin 1887 qui

outre la suppression du Code mangarévien, proclame l'applicabilité des lois françaises à cet archipel.

Puis, ce n'est que suivant arrêté du 27 octobre 1897 que le décret du 24 août 1887 a été étendu à l'archipel des Gambier. Dès lors, en vertu de l'article 11 de ce décret, « *Tout le territoire non réclaté dans le délai fixé par l'article 1 sera réputé domaine du district* ».

Il semble que l'application concrète de ce texte à Mangareva n'ait pas été effectuée de façon harmonieuse, notamment eu égard à la publication des déclarations reçues par le conseil de district. Ainsi, l'instauration de ce cadre légal n'a pour autant pas permis d'aboutir à des titres fonciers sur l'ensemble de l'île comme cela a pu être le cas pour l'ancien royaume Pomare.

C. Rurutu et Rimatara

Aucun texte n'est venu étendre à ces deux îles le décret du 24 août 1887 instaurant la procédure de déclaration des terres initialement mise en place dans le royaume de Pomare (et donc à Tubuai et Raivavae qui pourtant font partie du même archipel). Aucun texte spécifique à ces deux îles n'y a en outre été adopté.

Le traité de protectorat conclu entre la France et Rurutu est intervenu le 27 mars 1889, celui entre la France et Rimatara fut signé deux jours plus tard, le 29 mars 1889. Puis leur annexion fut proclamée le 25 août 1900.

Enfin, ce n'est que suivant arrêté des 26 et 27 août 1900 pour Rurutu, et arrêté du 26 septembre 1900 pour Rimatara, que furent codifiées les lois indigènes de ces deux îles.

Ces lois furent abrogées par le décret du 5 avril 1945 qui soumet de fait toute la population indigène aux prescriptions du Code civil.

La situation foncière de ces deux îles est souvent source de conflit puisque, en l'absence de texte, aucun titre foncier n'a pu y être délivré. Aujourd'hui, seules les prescriptions du Code civil peuvent s'appliquer à ces situations foncières anciennes. La réalisation des opérations cadastrales dans les années 1940-1950 a permis de recueillir des éléments relativement aux occupations constatées sur place et aux actes de mutation immobilière voire aux libéralités fournis par les habitants. Au regard du Code civil, tous ces éléments ne pourront être considérés que comme des indices de nature à étayer des prétentions visant à l'accession à la propriété foncière. Compte tenu du droit positif contemporain, lesdites revendications devront nécessairement être soumises à la justice. C'est ainsi, par le biais de l'usucapion, et souvent grâce aux indications fournies pas le cadastre, que se construit sous nos yeux la propriété foncière individuelle à Rurutu et à Rimatara.

Enfin, quant à la justification de l'incorporation des emprises foncières situées sur ces îles au patrimoine de la Polynésie française, la jurisprudence de la cour d'appel de Papeete a posé le principe selon lequel ces dépendances doivent être regardées

comme des biens vacants, au sens de l'actuel article 713 du Code civil⁵. Il semble ainsi que la Polynésie française doive être perçue plutôt comme gestionnaire de ces immeubles, bien qu'elle en soit incontestablement propriétaire. Il convient à cet égard de préciser qu'il est inexact de parler à Rurutu et Rimatara de propriété du Pays « par défaut », aucun titre n'y ayant été établi.

Ainsi, c'est pour pallier cette lacune historique qu'une loi du pays a été votée à l'unanimité par l'Assemblée de la Polynésie française à la fin de l'année 2019⁶. Cette loi du pays, qui est aujourd'hui en cours de mise en œuvre, a pour objectif de délivrer des titres de propriété privée sur les terres considérées comme sans maîtres et situées sur ces deux îles, avec comme base les attributions mentionnées aux termes des procès-verbaux de bornage dressés lors des opérations cadastrales dans les années 1940-1950.

D. Rapa

Un traité de protectorat entre cette île et la France est signé le 28 avril 1867. Aucun texte de loi codifiée n'y a par la suite été mis en place.

Cette île constitue un cas inédit en Polynésie française puisqu'il y existe de réelles pratiques coutumières acceptées, semble-t-il, de tous ses ressortissants. Ainsi, le domaine foncier n'échappe-t-il pas à cet état de fait et aucun titre n'a été établi relativement aux dépendances foncières relevant de cette île.

Ni cette organisation atypique au XXI^e siècle, ni l'absence de cadastre ne semblent y être perçues comme une entrave à la valorisation de leur patrimoine foncier intégralement géré localement.

5. Voir notamment l'arrêt de la cour d'appel de Papeete n° 419 du 12.08.2010.

6. Loi du pays n° 2020-6 publiée au JOPF le 29 janvier 2020 pages 1966 et suivantes.

LA SPÉCIFICITÉ DES STRUCTURES FAMILIALES EN POLYNÉSIE FRANÇAISE LE CAS DES ENFANTS FA'A'AMU

Maître Temanava Bambridge,
Avocate au barreau de Papeete

Te tī'ara'a o te tamari'i fa'a'amu i roto i te mau 'ōpū fētī'i 'e te mau fifi e riro i te tupu i te taime vāvāhira'a fenua.

E 'ore roa te tamari'i fa'a'amu e 'itehia i roto i te ture farāni. E tamari'i hōro'ahia teie e tō rātou metua i roto i te 'ōpū fētī'i, 'aore rā, i te tahi mau ta'ata 'ē atu i te 'ōpū fētī'i. Mai te mea noa atu e 'aore e tā'amura'a, 'aita hō'ē a'e tī'ara'a mana tō terā mau tamari'i i roto i te monora'a faufa'a a tō rātou metua fa'a'amu. I muri a'e i te pohera'a o te mau metua fa'a'amu, tei 'ore i 'ōpua hō'ē noa a'e fa'anahora'a i te tau a ora noa ai, e riro te tahi mau ha'afifira'a i te tupu. Te tumu, i te rahira'a o te taime, o te 'ite 'ore ia.

Nō te tahi nau tumu parau ta'a 'ē mau ā, nā te tahi mau fa'aturera'a mana ia 'e tauturu mai 'ia 'itehia te hō'ē rāve'a nō te mau fifi e vai ra. 'A ora noa ai nā metua fa'atavai, e tī'a iā rāua e fa'a'amu i te tamari'i i pūpūhia i roto i tō rāua rīma. Te rahira'a o te taime, e fa'a'amura'a 'ōhie teie, 'e te ha'afifi 'ore ato'a i te natira'a tumu e vai ra i rotopū i te tamari'i 'e te metua fānau. E fatu te mau tamari'i i te faufa'a o nā pae e piti, 'oia ho'i, tā te metua fānau 'e tā te metua fa'a'amu. 'Ei 'ohipa 'ite-varavara-hia. E nehenehe te mau tamari'i fa'a'amu e 'itehia e tō rātou metua fa'atavai mai te peu noa atu e fāri'ihia e te mau fa'aturera'a mana. Mai te peu ihoā rā 'aita te tamari'i i 'ite-'ē-hia-na e te tahi atu ta'ata 'ē. E tī'a ato'a i nā metua fa'atavai i te ha'amaui i te hō'ē parau tutu'u nā te mau tamari'i i fa'a'amuhia e rāua. 'Aore ana'e e parau tutu'u, e fatu ato'a te mau tamari'i i te faufa'a o nā metua fa'a'amu mai te peu tē vai ra te hō'ē parau ha'apāpūra'a mai te parau monora'a. 'Ei fa'a'itera'a ia e, 'ua riro 'ei tamari'i nō nā metua fa'a'amu i te mea ihoā rā, 'ua 'ite-a'e-hia na.

Mai te peu e, tē vai nei te rāve'a, e riro ia i te pāto'ihia e te 'ōpū fētī'i. 'E, 'aita ia te mau fifi i matara hope roa atu ra.

Il m'a été demandé d'intervenir dans le cadre de ce colloque pour évoquer la place des enfants *fa'a'amu* dans les familles et les problèmes pouvant en découler lors des partages de terre. Le sujet des enfants *fa'a'amu* a fait couler beaucoup d'encre et continue encore à ce jour à faire parler de lui, la preuve en est la place qui lui a été réservée dans un colloque sur la propriété foncière. Ceux qui résident en Polynésie française ont déjà entendu parler des enfants *fa'a'amu*. Pour ceux qui l'ignorent, je vais apporter quelques précisions avant d'effectuer un petit rappel historique et d'évoquer les problèmes posés de nos jours. Enfin, nous verrons les différentes possibilités pour permettre à ces enfants d'hériter de leurs parents nourriciers.

I. L'ENFANT FA'A'AMU

Le préfixe *fa'a* correspond à « une action de » et le terme *amu* signifie « nourrir ou manger ». La traduction littérale serait alors de « faire manger », ce qui n'est pas très poétique. En fait, il s'agit d'enfants qui sont élevés par des parents nourriciers.

Ces enfants sont confiés par leurs parents biologiques à des tierces personnes qui peuvent être des membres de la famille, mais les enfants peuvent également être confiés à des personnes extérieures à la famille. Ces enfants sont généralement confiés sans décision judiciaire ni cadre juridique. En l'absence de lien de filiation et de cadre juridique, des difficultés peuvent être rencontrées pour la prise en charge au quotidien des enfants ou les démarches administratives.

Toujours du fait de l'absence de lien de filiation, la place de ces enfants dans leur famille nourricière peut poser difficulté après le décès de leurs parents *fa'a'amu*.

Il nous faut voir si le droit permet de trouver une solution aux problèmes posés.

À l'inverse de la Nouvelle-Calédonie, nous ne disposons pas d'un droit coutumier. Il s'agit de faire le lien entre une coutume et des règles de droit. Pour cela, il nous faut trouver dans l'arsenal juridique les outils nécessaires. Un magistrat disait que, pour bien juger, un juge doit avoir une bonne caisse à outils pour qu'ils puissent avoir à sa disposition les outils nécessaires pour lui permettre de régler les problèmes posés.

Avant d'examiner les problèmes pouvant être posés par la situation de ces enfants, il me semble intéressant d'évoquer l'origine de cette pratique encore si importante de nos jours.

II. LES ENFANTS FA'A'AMU DE L'ORIGINE À NOS JOURS

Gérald Coppenrath, qui a été avocat en Polynésie française pendant cinquante ans (1948 à 1987), mais également conseiller territorial et sénateur, a publié plusieurs ouvrages dont un prélude à l'adoption en Polynésie française intitulé *La délégation*

d'autorité parentale. Dans ce petit ouvrage, il effectue un rappel de ce qu'était l'adoption avant l'arrivée des Européens. Il indique que « l'adoption était une coutume très répandue à l'arrivée des découvreurs ». Il cite l'ouvrage *Tahiti aux temps anciens* de Teuira Henry qui était la petite-fille du révérend Orsmond de la société des missionnaires de Londres. Elle écrit : « Les Tahitiens ont toujours adoré les enfants. Ceux qui n'en avaient pas en adoptaient et ceux qui en avaient beaucoup faisaient des échanges avec d'autres familles. L'adoption était un geste d'amitié qui se faisait couramment entre parents et amis. Ces enfants partageaient heureusement le temps entre leur famille réelle et leurs familles adoptives. »

Ces échanges d'enfants permettaient de consolider des alliances et de renforcer des liens de famille. Cette coutume de l'enfant *fa'a'amu* se retrouve un peu partout dans l'Océanie.

Dans son mémoire en Master d'anthropologie sur le *fa'a'amu*, Anne-Julie Asselin, qui était étudiante à l'université de Laval au Québec, évoque l'adoption coutumière à Hawaï'i appelée *Hanai* en précisant qu'il s'agit d'une « coopération ». Elle précise que « l'adoption est l'opportunité de faire entrer dans une famille une personne extérieure à celle-ci ». En Nouvelle-Zélande, l'adoption coutumière est appelée *Whangai*, ce qui veut dire « faire manger », « élever », exactement comme en Polynésie française. « Elle est pratiquée afin de solidifier des liens entre familles » et l'auteur de préciser que cette coutume « est considérée comme une pratique hautement positive ». Cette adoption coutumière « bénéficie d'une reconnaissance officielle du gouvernement, depuis 2011 ». Elle « détient une valeur légale en matière d'héritage foncier ». Ce qui n'est absolument pas le cas en Polynésie française.

Qu'en est-il de nos jours ?

Cette pratique ancestrale de confier des enfants est encore très répandue en Polynésie française. Il existe peu de familles polynésiennes sans enfant *fa'a'amu*. Il ne s'agit pas forcément d'enfants qui sont confiés dès la naissance et pour toute leur vie. Il peut s'agir d'enfants confiés bien après leur naissance et de façon temporaire. Les causes de cette remise sont très variées. Cela peut être la survivance d'une pratique ancestrale où les grands-parents s'occupaient de l'aîné de leurs petits-enfants. Il s'agissait pour les grands-parents de transmettre leur savoir, mais également d'être accompagnés pour leurs vieux jours. Les parents peuvent aussi décider de confier leurs enfants suite à leur séparation. Les enfants peuvent également être confiés à des personnes qui ne peuvent pas en avoir. Il peut parfois s'agir de raisons strictement financières : soit une famille bien trop nombreuse, soit des parents qui n'ont pas de travail ou dont les revenus sont insuffisants. Il peut encore s'agir, tout simplement, de parents soucieux d'offrir un meilleur avenir à leur enfant. Ils décident alors de le confier à une famille disposant d'une meilleure situation.

L'objet de ce colloque n'est pas d'évoquer tous les problèmes posés par les enfants *fa'a'amu* qui sont nombreux : problèmes de délinquance des enfants *fa'a'amu*, problème de maltraitements des enfants qui, parfois, ne trouvent leur place ni dans leur famille biologique ni dans la famille de leurs parents nourriciers.

On se limitera au problème de transmission du patrimoine et on verra les différentes solutions pouvant être envisagées pour permettre aux enfants d'hériter de leurs parents nourriciers.

Auparavant, et pour que l'analyse soit plus complète, il me semble nécessaire d'évoquer une procédure spécifique qui permet de donner un cadre juridique à ces enfants *fa'a'amu*. Il s'agit de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale (DEAP).

III. LA DÉLÉGATION DE L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Comme indiqué, les enfants *fa'a'amu* sont confiés par leurs parents à des tierces personnes, membres de la famille ou pas, qui sont chargées de les élever. Cette remise d'enfants ne crée absolument aucun lien de filiation ni aucun lien de droit entre les enfants et leurs parents *fa'a'amu*. Cela n'est pas sans poser difficultés au quotidien notamment pour les démarches administratives (inscription à l'école, couverture sociale, etc.) ou le suivi médical.

Pour donner un cadre juridique à cette pratique, pour permettre aux parents nourriciers d'avoir une légitimité, pour leur permettre d'effectuer des démarches administratives, les praticiens du droit ont mis en place, il y a une trentaine d'années, les procédures de délégation de l'exercice de l'autorité parentale. En quoi consiste cette procédure ?

Les parents biologiques délèguent leur autorité parentale aux parents nourriciers. Ces derniers exercent, à la place des parents biologiques, l'autorité parentale sur les enfants qui leur sont confiés. Cela est prévu par l'article 377 du Code civil qui précise : « *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.* »

Ce texte prévoit donc la possibilité pour des parents de déléguer volontairement leur autorité parentale aux personnes à qui ils ont décidé de confier leurs enfants.

Jusqu'à présent ces procédures ne posaient pas de réelles difficultés. Elles sont désormais contestées par le parquet qui s'oppose presque systématiquement aux demandes de délégation de l'exercice de l'autorité parentale même lorsque les enfants sont confiés à un membre de la famille. À l'heure actuelle, la cour d'appel de Papeete est saisie de plusieurs procédures concernant ces enfants *fa'a'amu*. C'est dire l'importance du sujet et son actualité.

Cette délégation de l'autorité parentale ne crée aucun lien de filiation. Elle ne permet donc pas aux enfants d'hériter de leurs parents *fa'a'amu*.

On revient donc au problème spécifique de ce colloque et de la propriété foncière à l'épreuve des liens de parenté.

IV. QUEL EST LE PROBLÈME POSÉ ?

Il s'agit de savoir si ces enfants peuvent hériter de leurs parents *fa'a'amu*.

Selon la loi française, pour succéder il faut avoir la qualité d'héritier soit par filiation soit par testament. Selon l'article 734 du Code civil l'ordre des successeurs est établi ainsi : « en l'absence de conjoint : 1° les enfants et leurs descendants, 2° les père et mère, les frères et sœurs et leurs descendants, 3° les ascendants autres que les père et mère, 4° les collatéraux autres que les frères et sœurs et leurs descendants ».

Ainsi, faute de filiation l'enfant *fa'a'amu* ne peut pas hériter de ses parents *fa'a'amu*. Le Code civil ne prend pas en considération cette spécificité polynésienne qui donne une place sociale à un enfant dans une famille qui n'est pas sa famille biologique.

On doit donc chercher des solutions pour permettre aux parents *fa'a'amu* de transmettre leur patrimoine et aux enfants *fa'a'amu* de faire valoir des droits dans la succession de leurs parents *fa'a'amu*.

V. QUELLES SONT LES SOLUTIONS POSSIBLES ?

Quand les parents nourriciers prévoient leur succession et lorsqu'ils veulent s'assurer que les enfants *fa'a'amu* héritent de leurs biens, au même titre que les autres enfants, ils peuvent, de leur vivant, adopter leurs enfants *fa'a'amu* ou faire un testament. Malheureusement, et souvent par ignorance, les parents nourriciers n'anticipent pas toujours les problèmes qui pourraient se poser après leur décès.

Les enfants *fa'a'amu* peuvent également, dans certains cas et sous certaines conditions, succéder à leurs parents nourriciers. On verra le cas de la possession d'état et du legs verbal.

Enfin, on évoquera une autre spécificité de la Polynésie française avec les procédures de revendications foncières. On verra comment les enfants *fa'a'amu* pourraient être intégrés, ou exclus, de la succession de leurs parents nourriciers.

A. La reconnaissance

Les hommes non mariés doivent reconnaître leurs enfants. La simple mention de leur nom dans l'acte de naissance n'est pas suffisante pour établir leur paternité. Néanmoins, l'enfant peut être reconnu par un homme qui n'est pas son père biologique. Cela est possible même si l'acte de naissance indique le nom du père mais à la condition

expresse que le père n'ait pas reconnu l'enfant. En effet, il ne peut pas y avoir de double reconnaissance. Cette reconnaissance peut être contestée par le parquet, le père biologique ou ses héritiers voire même les héritiers de celui qui a reconnu l'enfant. Un enfant *fa'a'amu* peut ainsi être reconnu par son père accueillant, ce qui, en établissant un lien de filiation entre eux permet à l'enfant de venir à la succession de son père.

Auparavant, les femmes non mariées devaient également reconnaître leurs enfants, ce qui n'est plus le cas depuis 2006. L'article 311-25 du Code civil précise : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant.* » Dorénavant, et dès lors que le nom de la mère figure dans l'acte de naissance de l'enfant, la filiation maternelle est automatiquement établie. La mère n'a plus à reconnaître son enfant. Auparavant, lorsque les enfants devaient être reconnus par leur mère, on a pu voir des reconnaissances faites par une autre femme que celle mentionnée dans l'acte de naissance comme étant la mère de l'enfant. L'enfant avait été reconnu par sa mère *fa'a'amu*. Cela n'est plus possible aujourd'hui.

B. L'adoption

Le Code civil prévoit deux formes d'adoption. En premier lieu, l'adoption plénière rompt tout lien de filiation avec les parents biologiques et crée une nouvelle filiation avec l'adoptant. L'enfant adopté devient héritier réservataire de ses parents adoptifs et il n'hérite plus de sa famille biologique. En second lieu, l'adoption simple avec laquelle l'enfant adopté conserve tous ses liens avec sa famille biologique. Il hérite des deux familles.

En règle générale, les Polynésiens privilégient l'adoption simple.

Lorsque l'enfant est mineur, les parents biologiques doivent consentir à l'adoption. Parfois les parents biologiques refusent de consentir à l'adoption. Cela peut arriver lorsqu'il existe une mésentente entre les parents biologiques ou entre l'un des parents biologiques et les parents nourriciers. L'article 348-6 du Code civil permet au tribunal de prononcer l'adoption s'il considère abusif le refus des parents biologiques.

Si le tribunal refuse de prononcer l'adoption demandée, les parents nourriciers devront attendre que l'enfant soit majeur pour qu'il puisse consentir lui-même à son adoption.

Les enfants adoptés ont les mêmes droits que les autres enfants. Si les parents nourriciers n'ont pas d'enfant, les enfants adoptés succèdent de plein droit à leurs parents adoptifs. Si les parents ont d'autres enfants, la succession est partagée à parts égales entre tous les enfants.

Je vous indiquais que souvent les enfants étaient *fa'a'amu* par leurs grands-parents. Sauf exception, les grands-parents ne peuvent pas adopter leurs petits-enfants. En effet, la Cour de cassation considère que l'adoption des enfants par leurs grands-parents « constituerait pour les parties un bouleversement anormal de l'ordre familial⁷ ». L'enfant ainsi adopté deviendrait alors juridiquement la sœur ou le frère de son père ou de sa mère.

Si, de leur vivant, les parents *fa'a'amu* n'ont pas entrepris les démarches nécessaires pour une adoption, après leur décès, une procédure d'adoption peut néanmoins être engagée : l'adoption posthume. L'article 353 du Code civil dispose : « Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant. » Le Code civil réserve donc au conjoint survivant et aux héritiers le droit de demander une adoption posthume.

À défaut d'adoption, les parents nourriciers peuvent faire un testament en faveur de l'enfant *fa'a'amu*.

C. Le testament

Lorsque les parents nourriciers font un testament en faveur des enfants *fa'a'amu* encore faut-il que ce testament respecte les dispositions du Code civil, ce qui n'est pas toujours le cas.

Il est rappelé que le droit français protège certains héritiers qui sont bénéficiaires de la **réserve héréditaire**. Il s'agit d'une fraction de la succession qui ne peut être dévolue qu'aux personnes ayant la qualité d'**héritiers réservataires**. La part restante du patrimoine, appelée **quotité disponible**, peut être librement attribuée.

En l'absence de testament, et si tous les héritiers sont d'accord, l'enfant *fa'a'amu* peut recevoir une partie de patrimoine de ses parents nourriciers. Cela pourrait être considéré comme étant un legs verbal. Il s'agirait alors de respecter les dernières volontés du défunt mais, à l'inverse du legs classique, ce legs est exprimé oralement. Il s'agirait d'une situation exceptionnelle puisque le testament doit en principe être écrit. Soit il s'agit d'un testament authentique, passé devant notaire, soit d'un testament olographe qui est écrit, daté et signé de la main du testateur (article 970 du Code civil).

Dans certaines familles, elles ne sont pas majoritaires, les héritiers acceptent de donner une part de la succession aux enfants *fa'a'amu*.

7. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 12-17183.

D. Le partage amiable

Lorsque tout le monde est d'accord pour attribuer une parcelle de terre à l'enfant *fa'a'amu*, il n'y a pas de problème ni de procédure à engager.

E. L'usucapion

La loi permet à des personnes de revendiquer la propriété d'une terre qu'elles occupent paisiblement depuis plus de trente ans. Les tribunaux ont reconnu la possibilité pour l'enfant *fa'a'amu* de joindre sa possession à celle de son père *fa'a'amu*.

F. La possession d'état

La possession d'état permet d'établir l'existence d'un lien de filiation entre un enfant et son prétendu parent, même s'ils n'ont aucun lien biologique.

L'article 311-1 du Code civil précise les conditions permettant de se prévaloir d'une possession d'état. Il faut notamment que cette personne soit reconnue par la société et par la famille comme étant l'enfant du ou des parents nourriciers. De leur vivant, les parents nourriciers doivent l'avoir traité comme leurs propres enfants. Cette « *possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque* », selon l'article 311-2 du Code civil.

Cette possibilité d'établir une filiation juridique permet à l'enfant *fa'a'amu* de devenir héritier comme tous les autres enfants.

Cela n'est cependant pas possible si la filiation biologique a été consacrée juridiquement. Ainsi, l'enfant reconnu par ses deux parents ne pourra pas voir sa filiation d'origine remise en cause par la famille qui l'élève. De même, si l'acte de naissance d'un enfant mentionne la reconnaissance du père, il ne peut pas y avoir possession d'état vis-à-vis d'un autre homme.

Pour être inscrite à l'état civil, la possession d'état doit être constatée dans un acte de notoriété délivré par un notaire. L'acte de notoriété peut être demandé par l'enfant ou celui qui se prétend être le parent. La demande d'acte de notoriété doit être faite dans un **délai de cinq ans** à partir du jour où la possession d'état a cessé, ou du décès du parent prétendu.

Telles sont les différentes solutions pouvant être proposées pour permettre aux enfants *fa'a'amu* de succéder à leurs parents nourriciers.

CONCLUSION

On voit que la situation des enfants *fa'a'amu* n'est pas sans poser problème. Cela tient essentiellement au fait que l'enfant *fa'a'amu* est totalement inconnu du droit français. Certaines dispositions légales permettent, dans certains cas, de trouver une solution aux problèmes posés mais ce n'est pas toujours le cas. De plus, les solutions proposées ne mettent pas toujours les enfants *fa'a'amu* à l'abri d'une contestation. Leur reconnaissance peut être contestée par les héritiers qui peuvent également contester les testaments établis en leur faveur.

Les enfants *fa'a'amu* rencontrent parfois des difficultés pour trouver leur place au sein de leur famille biologique avec laquelle ils n'ont pas vécu. Ils peuvent également rencontrer des difficultés dans leur famille « adoptive » après le décès de leurs parents *fa'a'amu*. Par ignorance, les parents nourriciers n'entreprennent aucune démarche de leur vivant : ni adoption ni testament.

De plus, on l'a vu, l'adoption d'enfants par leurs grands-parents est difficile, si ce n'est prohibée. Or, en Polynésie, beaucoup de grands-parents considèrent leurs petits-enfants *fa'a'amu* comme leurs propres enfants. Ce sont souvent les enfants *fa'a'amu* qui s'occupent de leurs parents nourriciers jusqu'à leur décès.

Par ailleurs, la possession d'état qui permettrait d'établir un lien de filiation entre les enfants et leurs parents *fa'a'amu* n'est possible que si les enfants n'ont pas déjà une filiation clairement établie, c'est-à-dire s'ils n'ont pas été reconnus notamment par leur père.

Certains considèrent qu'il ne peut être fait application des dispositions du Code civil pour donner un cadre juridique à cette tradition ancestrale qui irait à l'encontre des lois de la République et des traités internationaux. J'en veux pour preuve les procédures actuellement pendantes devant la cour d'appel de Papeete concernant la délégation de l'exercice de l'autorité parentale relatives à des enfants qui sont *fa'a'amu* par un membre de leur famille.

D'autres considèrent qu'il appartient au Pays de légiférer en la matière. Mais, il s'agirait plutôt d'un domaine relevant de la compétence de l'État. L'article 7 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française dispose en effet que « *sont applicables de plein droit en Polynésie française les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : [...] 4° à la nationalité, à l'état et à la capacité des personnes* ». L'état des personnes comprend notamment la filiation et l'adoption. La loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer prévoit en outre en son article 1^{er} : « *La présente loi s'applique aux dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités faisant partie du statut civil*

de droit commun mentionné à l'article 75 de la constitution. Elle ne déroge pas au statut personnel mentionné audit article. » Et en son article 3 : « Les dispositions législatives relatives aux matières mentionnées à l'article premier ci-dessus et postérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi ainsi que les dispositions pénales qui s'y rapportent seront applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer, sauf les exceptions déterminées par la loi. » Il résulte de ces différents textes que les dispositions législatives relatives à l'état des personnes sont applicables de plein droit en Polynésie française.

Je tiens cependant à signaler une décision rendue le 27 août 2020 par la cour d'appel de Papeete qui a considéré que « la filiation n'entre pas dans les matières prévues dans la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 disposant que les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités et, intervenus postérieurement sont applicables de plein droit dans les territoires d'outre-mer ». Cette décision est actuellement déférée à la Cour de Cassation.

On peut constater que, malgré les différentes études réalisées et les colloques organisés concernant le problème des enfants *fa'a'amu*, on continue de s'interroger sur le statut de ces enfants, leurs droits et leur place dans les familles.

Les problèmes ne sont donc toujours pas résolus à ce jour.

Références bibliographiques

Coppenrath Gérard, 1990. *La délégation d'autorité parentale. Prélude à l'adoption Polynésie française*, Éditions Haere po no Tahiti.

Sierra-Paycha Célio, Eva Lelièvre et Loïc Trabut, 2018. *Le fa'aamura'a : confier et recevoir un enfant en Polynésie française*, Étude ISPF INED.

Charles Marie-Noël, 1995. « Le rôle de la possession d'état dans la filiation de l'enfant *fa'a'amu* en Polynésie française », *Droit et société*, n° 30-31 : 445-462.

Silvestro Jérémie. « Le *fa'a'amu*, le parent pauvre du droit français », consultable sur <https://suppositiopartus.fr/2017/08/18/faaamu-parent-pauvre/>

Deuxième partie

L'APPRÉHENSION
LÉGISLATIVE
DE LA QUESTION
SUCCESSORALE
ET FONCIÈRE

LES RÉFORMES LÉGISLATIVES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET D'INDIVISION QUEL PROCESSUS LÉGISLATIF ? AU NIVEAU POLYNÉSISIEN

Jean-Paul Pastorel

Professeur à l'université de la Polynésie française
Centre de recherche Gouvernance et Développement Insulaire

Te mau ture i ni'a i te parau o te tutu'ura'a fenua 'e te fenua feti'i. E aha mau tona fa'anhora'a i Pōrīnetia ?

I mua i te mau fifi vāvāhira'a fenua feti'i i fārereihia i Pōrīnetia farāni, i te tenetere XIX nō te rahira'a o rātou, 'e i muri a'e i nau tuatāpapara'a 'e te 'ōpuara'a mana e rave rahi tā te mau to'ofā mā'ohi i tu'u atu, 'ua ha'amau te fa'aterera'a hau e ha'apa'o i te ture ha'avā, i te tahi tōmite 'ohipa (te tōmite Pastorel) nō te 'imira'a i te mau rāve'a tano e au i te 'ohipa fenua.

'Ua mana'o mai te tōmite, nā mua roa, e pāruru i te ture mana e au ia Pōrīnetia farāni ma te ha'amana roa 'ei ture te mau fa'aotira'a o te Tiripuna horora'a nō Pape'ete, nō tō rātou ho'i rava'i, 'o tei 'ore atura rā i fa'atura i te monora'a mai tei fa'aotihia e te ture farāni. 'Ua ani ato'a te tōmite ē, 'ia fa'aau-māite-hia te tahi mau fa'anhora'a ture 'āpī e au paha i te fenua farāni 'e'ita rā i teie fenua. 'Ua tūtonu ā taua tōmite ra i ni'a i te arata'ira'a o te tiripuna fenua 'ia hau atu tona fa'anhora'a i te maita'i.

Nā te reira mau fa'aotira'a i tuatāpapa-noa-na-hia i mana roa mai ai te fa'anhora'a-ture nō te monora'a i Pōrīnetia farāni nei. Tē toe noa ra te hi'opo'ara'a 'ia taime ra i te faufa'a'e te ho'onara'a.

À la suite de la démission de Pierre Moyer, conseiller honoraire à la cour d'appel de Papeete, qui présidait le groupe de travail chargé de proposer les adaptations de l'environnement normatif et institutionnel propres à apporter la réponse la mieux adaptée aux spécificités de la Polynésie française pour traiter les affaires de terres, Mme le garde des Sceaux, Christiane Taubira, m'a sollicité pour prendre le relais. Son successeur Place Vendôme, Jean-Jacques Urvoas, dont le rapport d'information sur la Polynésie française diligenté en 2015 avait mis en exergue l'impact des problèmes

fonciers souvent inextricables sur le développement économique⁸, m'a demandé de poursuivre cette mission. Le président de la Polynésie française, consulté pour avis par le garde des Sceaux, s'est associé à cette initiative. J'ai accepté cette mission en précisant que je serai un « facilitateur » car le groupe de travail était déjà constitué et disposait d'un *corpus* de propositions qui avaient été avancées par la Direction des affaires civiles et du Sceau et défendues par plusieurs parlementaires polynésiens :

- Amendement déposé, en dépit de l'avis défavorable du gouvernement, par M. Édouard Fritch, député, lors des débats parlementaires sur la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, qui a créé le tribunal foncier, juridiction spécialisée dont le principe avait déjà été prévu par l'article 17 de la loi n° 2004-193 du 27 février 2004, complétant le statut de la Polynésie française mais qui n'avait jusque-là pas vu le jour, l'ordonnance à laquelle il renvoyait n'ayant jamais été prise ;

- Amendements défendus par Mme Maina Sage, député, dans le cadre des débats de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle⁹.

Outre le rapport précité de M. Urvoas, ces initiatives étaient aussi éclairées par de nombreux rapports parlementaires, parmi lesquels :

- La mission du ministère de la Justice de 2014 qui a posé les jalons de la réforme foncière¹⁰ ;

- Le rapport de Mme Colette Capdevielle en 2014 sur la loi n° 2015-177 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures¹¹ qui relevait que « de nombreuses successions ouvertes au XIX^e siècle ne sont pas réglées à ce jour en raison des difficultés à établir les généalogies des héritiers sur plusieurs générations. Ces difficultés sont sources de tensions dans les familles polynésiennes » ;

- Les deux rapports de la Délégation sénatoriale aux outre-mer, présidée par le sénateur Michel Magras en 2016¹² et 2017¹³.

On ne partait donc pas de « rien » et l'on disposait d'une « boîte à outils » pour reprendre l'expression du ministre polynésien en charge du foncier, Tearii Alpha, dans laquelle on pouvait puiser. Le Pays était en effet très impliqué dans la réforme foncière :

8. Rapport d'information sur la Polynésie française, n° 2950, Ass. nat., 8 juil. 2015.

9. Amendements discutés le 4 mai 2016 à l'Assemblée nationale et retirés, à la demande du garde des Sceaux, Jean-Jacques Urvoas, dans l'attente des conclusions du groupe de travail (voir compte-rendu n° 77).

10. Mission d'évaluation de la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice, diligentée par Mmes Laurence Belanger et Marie Walazyc, sept. 2014.

11. Rapport de Mme Colette Capdevielle (n° 1808) sur le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, Ass. nat., 19 févr. 2014, p. 22.

12. Rapport d'information n° 721 (2015-2016) « Une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières, 30 propositions au service du développement des territoires », de MM. Michel Magras, Thani Mohamed Soilihi, Mathieu Darnaud et Robert Laufoaualu, fait au nom de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer, déposé le 23 juin 2016.

13. Rapport d'information n° 616 (2016-2017) « Conflits d'usage en outre-mer. Un foncier disponible rare et sous tension », de MM. Michel Magras, Thani Mohamed Soilihi, Daniel Gremillet et Antoine Karam, fait au nom de la Délégation sénatoriale aux outre-mer, déposé le 6 juil. 2017.

d'une part, parce que en vertu de la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française, il appartient au Pays d'édicter les règles de procédure et de fond applicables au droit foncier¹⁴, d'autre part, parce que la sécurisation des droits fonciers de la population impliquait aussi d'encadrer l'exercice de professions en lien avec les questions foncières (médiateurs fonciers, généalogistes, agents de transcription...). De nombreuses pistes avaient donc été ouvertes pour sortir de l'indivision mais aussi pour gérer l'indivision¹⁵.

J'ai tenu – je dois dire – dès le départ, à dissiper un débat qu'il ne nous appartenait pas, à mon sens, de trancher, mais qui revenait de façon récurrente : celui du « véhicule législatif » qui devait servir à porter la réforme. J'étais bien conscient que ce débat était important (loi nationale ou loi du pays intervenant dans le domaine de compétences de l'État), ainsi que l'a démontré la censure par le Conseil constitutionnel de la première mouture du texte introduite par « cavaliers législatifs » dans la réforme statutaire¹⁶ ; mais il devait être réglé par le « politique » et non par le groupe de travail.

Entrons à présent dans le vif du sujet et voyons les points qui ont occupé le groupe de travail – qu'on a fini par appeler la « Commission Pastorel » – durant le deuxième semestre 2016 et qui s'est traduit par la remise de propositions en janvier 2017.

Je tiens à souligner que les réunions du groupe de travail se sont tenues dans les locaux de la Direction des affaires foncières (DAF) qui a apporté son assistance et son expertise tout au long des travaux. Sans eux, rien n'eût été possible.

I. LES QUESTIONS DE FOND

Dès la première réunion du groupe de travail (14 juin 2016), trois questions ont été évoquées qui avaient fait l'objet d'amendements déposés par Mme Maina Sage, député de la Polynésie, et qui avaient été renvoyés par le garde des Sceaux devant le groupe de travail : les droits du conjoint survivant, le partage par souche et l'omission de l'héritier.

A. La **question des droits du conjoint survivant** est révélatrice du décalage entre la situation en métropole et en Polynésie française. Les lois n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 et n° 2006-728 du 23 juin 2006 ont pris en considération les « évolutions

14. La compétence de la Polynésie française couvre la définition du régime de la propriété foncière, la revendication et l'usucapion, la publicité foncière, la tenue du fichier immobilier et le cadastre, toutes ces matières ne figurant pas dans la liste des compétences de l'État limitativement énumérées à l'article 14 du statut.

15. Ministère des Affaires foncières de la Polynésie et Conseil supérieur du notariat, *La sécurisation foncière en Polynésie française : enjeu de développement économique et social*, Colloque 27-28 nov. 2017.

16. Cons. Const. n° 2019-784 DC 27 juin 2019, § 11 : le Conseil constitutionnel a censuré d'office comme « cavaliers législatifs » ces dispositions qui ne présentaient « pas de lien, même indirect, avec celles qui figuraient dans le projet de loi déposé sur le bureau du Sénat ni avec celles qui figuraient dans le projet de loi organique portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française déposé sur le bureau du Sénat et examiné concomitamment à ce premier projet de loi ».

sociologiques et économiques qui ont affecté la famille¹⁷ », en privilégiant la famille nucléaire au détriment du lignage. En évinçant les frères et sœurs et leurs descendants de la succession légale, le législateur a accordé au conjoint survivant toute la succession en l'absence de descendants et d'ascendants en vie (art. 757-2 du Code civil). Afin de protéger le cadre familial préexistant, à savoir celui construit avant l'union du défunt et du conjoint survivant, l'article 757-3 du Code civil a cependant conféré aux collatéraux qui sont eux-mêmes descendants du parent à l'origine de la transmission, un droit de retour sur la moitié des biens reçus par donation ou succession, par le défunt, de ses ascendants, dès lors qu'ils se retrouvent en nature dans sa succession. Le droit de retour légal des collatéraux privilégiés convient parfaitement à la Polynésie où le lignage conserve encore, ainsi que l'a relevé la Mission sénatoriale dans son rapport de 2015, « une grande partie de son sens et de sa force¹⁸ ». Toutefois, ce système ouvre une nouvelle indivision entre le conjoint survivant et, cas fréquent, ses enfants issus d'un second lit, et les collatéraux. Il a pour conséquence directe d'aggraver le nombre de co-indivisaires dans les affaires de terre en Polynésie française et, par voie de conséquence, de pérenniser les indivisions. Ce dispositif ne fait donc qu'ajouter au caractère inextricable des indivisions.

Le groupe de travail a donc proposé de réserver la dévolution des biens que le défunt a reçus de ses parents aux seuls collatéraux privilégiés. Ce droit de retour pour la totalité ne porte pas préjudice aux droits du conjoint survivant quant au logement. En effet, ainsi que le rappelait Mme Sage, député, dans l'amendement qu'elle avait défendu à l'Assemblée nationale en 2018, le droit au logement viager (art. 764 du Code civil) et l'attribution préférentielle sur le local d'habitation (art. 831-2 du Code civil) ne peuvent être demandés quand certains éléments appartiennent privativement à autrui¹⁹. Par ailleurs, le champ d'application de cette modification serait circonscrit étant entendu que la vocation successorale du conjoint n'est écartée que sur les biens entrés dans le patrimoine du défunt en raison de son appartenance à la descendance du revendiquant historique d'une terre (ou de celui qui en a été propriétaire, par l'effet d'un acte ancien).

B. Le partage par souche a aussi, on s'en doute, occupé nos nombreuses réunions

Pour régler des successions en cascade remontant parfois au XIX^e siècle et retrouver des généalogies exhaustives sur plus de six ou sept générations, il faut d'une part recourir au juge, d'autre part, opérer un partage par « grandes souches familiales », quitte à enregistrer ultérieurement des demandes de partage par tête au

17. Sénat, Rapport d'information n° 476 (2010-2011) par Dominique de Legge et Jacques Mézard, sur le bilan d'application de la loi du 3 déc. 2001 sur les droits du conjoint survivant, 27 avr. 2011, p. 9.

18. Rapport d'information n° 721 (2015-2016), op. cit., p. 61. Voir aussi Tamatoa Bambridge, *La terre dans l'archipel des Australes, étude du pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Au vent des îles, 2009.

19. Ass. Nat., amendement n° CL4, 8 janv. 2028.

sein de chaque souche lorsque cela est possible²⁰. Sans partage par souche, il n'y a pas de partage du tout. C'est à cette solution pragmatique que s'est ralliée la cour d'appel de Papeete depuis 1979²¹. Toutefois, cette pratique était contraire à l'article 827 du Code civil qui dispose que « *le partage de la masse s'opère par tête* » et est susceptible d'être mise en échec par la Cour de cassation qui rappelait, de façon constante et récurrente, que « *la seule communauté d'intérêts ne saurait suffire à caractériser la représentation et qu'un jugement ne peut créer de droits ni d'obligations en faveur ou à l'encontre de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés dans la cause*²² ». Bien qu'on relevait peu de pourvois en cassation, le partage ne bénéficiait, dans ces conditions, d'aucune sécurité juridique.

C'est pourquoi le groupe de travail a proposé de modifier l'article 827 du Code civil :

- soit en subordonnant le partage par souche à l'impossibilité de recourir au partage par tête et à l'absence « d'atteinte excessive aux droits des indivisaires » (dont la formule se serait inspirée de celle de l'article 815-5-1 du Code civil pour la vente forcée) ;
- soit en recourant à la notion de « communauté d'intérêt » qui laisserait présumer que chaque indivisaire est valablement représenté au partage, sous le contrôle du juge.

C. Enfin, le groupe de travail s'est interrogé sur la remise en cause d'un partage lorsqu'un **héritier a été omis** dans la procédure, si cette omission résulte soit de l'ignorance (de l'existence de cet héritier), soit d'une erreur dans l'identification des ayants droit, notamment lors de l'établissement d'une généalogie. Il va de soi que ne sont pas concernées les omissions résultant de manœuvres dolosives, ce qui exclut le recel successoral.

L'article 887-1 du Code civil offre à l'héritier omis une action en nullité du partage. Cet article aménage la possibilité de privilégier un partage complémentaire, en nature ou en valeur, mais c'est l'héritier omis qui choisit, soit une part en nature, soit en valeur. Ce mécanisme est donc une source d'insécurité juridique pour les copartageants dont le partage a été, après des années de procédure, transcrit et qui sont entrés en possession de leur lot. Cette insécurité est d'autant plus grande dans le contexte polynésien où l'identification des héritiers pose de réelles difficultés pratiques.

20. Le partage « par souche » ne règle pas l'indivision puisqu'on passe d'une indivision à une autre indivision mais on tranche déjà les droits de chaque souche.

21. Voir René Calinaud, « Les principes directeurs du droit foncier polynésien », *Revue juridique polynésienne*, vol. 7, 2001, pp. 743-744 et « Procédure du partage judiciaire et pratique des tribunaux de Polynésie française », in Gérard Coppenrath, *La terre à Tahiti et dans les îles. Histoire de la réglementation foncière. Perspectives d'avenir*, Haere po, 2003, pp. 281-291 ; voir aussi Catherine Vannier, « Les litiges fonciers à Tahiti : examen critique des problèmes », in Anthony Angelo, Olivier Aimot et Yves-Louis Sage, *Droit foncier et gouvernance judiciaire dans le Pacifique Sud*, Comparative Law Journal of the Pacific, vol. XII, 2011 et Catherine Chodzko, Tamatoa Bambridge, Catherine Vannier, *Guide pratique – Affaires de terre*, 2011, n° 2, éditions Univers polynésiens, p. 8.

22. Cass. civ. 13 sept. 2007, n° 06-15646.

Pour limiter le risque d'insécurité juridique, l'article 363 alinéa 2 du Code de procédure civile de la Polynésie française a donc cantonné l'héritier omis dans une seule action en indemnité. Toutefois, cet article, de nature purement réglementaire, est en parfaite contradiction avec l'article 887-1 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

Le groupe de travail a d'ailleurs songé à revoir le Code de procédure civile de la Polynésie française – qui relève de la compétence exclusive du Pays – pour modifier les règles de la tierce opposition, notamment l'article 363-2.

Mais il a aussi choisi de proposer l'introduction dans le Code civil d'une disposition propre à la Polynésie française pour donner aux copartageants, qui sont entrés en possession des lots après partage judiciaire, la possibilité d'attribuer à l'héritier omis sa part, soit en nature, soit en valeur, sans annulation du partage.

Enfin, deux autres problèmes ont été débattus dans le groupe de travail. Le premier était relatif aux **règles d'attribution préférentielle du logement** qui, en vertu de l'article 831-2 du Code civil, permet à l'héritier copropriétaire « qui a sa résidence au moment du décès » de solliciter son maintien dans les lieux. Cette condition étant impossible à remplir pour des successions très anciennes, parfois ouvertes il y a plus de cent ans, la cour d'appel de Papeete autorisait l'indivisaire occupant le logement d'en recevoir l'attribution lors du partage, en lui reconnaissant l'équivalent d'un droit de superficie. Mais cet usage a été invalidé par la Cour de cassation²³ qui considère qu'à défaut d'entente entre les héritiers, « les lots sont obligatoirement tirés au sort » et qu'il ne peut être procédé au moyen d'attributions, en dehors des cas limitativement énumérés par la loi.

Le groupe de travail a donc proposé que l'attribution préférentielle puisse être reconnue à l'héritier copropriétaire qui vit sur place, par une possession paisible, depuis un délai de dix ans antérieurement à l'introduction de la demande en partage judiciaire.

Le second problème de fond débattu par le groupe de travail a porté sur le **délai d'option de l'héritier** qui, depuis la loi du 23 juin 2006, n'a plus que 10 ans (et non plus 30) pour accepter la succession, y renoncer, ou l'accepter à concurrence de l'actif net. La réduction à 10 ans du délai de prescription à compter de l'ouverture de la succession, a été justifié en métropole par le souci de décourager l'inaction des héritiers et assurer un règlement plus rapide des successions. Or, en Polynésie, la complexité des successions portant des immeubles en indivision depuis des générations pousse les successibles à commencer par une action en revendication avant de pouvoir prétendre à faire jouer leur droit d'option. Dès lors, ils ne pourront plus soutenir qu'ils ignoraient

23. Cass. civ. 20 juin 2012, n° 10-26022.

l'ouverture de la succession et se verront opposer la prescription au bout de 10 ans. Quand on connaît la durée de nombreux dossiers – qui a fini par générer des actions en responsabilité contre l'État sur la base du déni de justice²⁴ – on est forcé de constater que des successibles de bonne foi risquent donc de se retrouver hors délai ! Je ne parle même pas de ceux qui, dans une île où il n'y a pas d'officier public, hésitent à se manifester...

C'est pourquoi le groupe de travail a proposé de rétablir le délai de prescription à 30 ans.

II. LES QUESTIONS LIÉES AU TRIBUNAL FONCIER

Dès la première réunion du groupe de travail (14 juin 2016), la question du tribunal foncier a été évoquée avec trois sujets : la compétence matérielle territoriale, la rémunération des assesseurs et le commissaire du gouvernement.

Je dois dire que si les deux premiers points ont fait l'objet d'une approche technique consensuelle (je n'y reviens donc pas), le troisième était plus problématique.

L'idée – défendue par la Chancellerie²⁵ et, en Polynésie, par le premier président de la cour d'appel de Papeete – était d'amener le Pays qui détient par ses services des informations essentielles à la solution des affaires de terres (cadastre, conservation des hypothèques, état civil, service de généalogie et les relais dont l'administration polynésienne dispose dans les communes) à effectuer en amont un travail qui fasse gagner du temps dans la phase de la mise en état des dossiers, limiter les déplacements en enquête du juge (particulièrement chronophages) et permettre à celui-ci de se recentrer sur sa mission première, à savoir celle de trancher la question de droit une fois l'ensemble des éléments recueillis.

La loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et de la procédure avait donc introduit le commissaire du gouvernement dans le Code d'organisation judiciaire et renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin d'en fixer le mode de désignation et les attributions (art. L 552-9-1 COJ). Ce décret n'est cependant jamais intervenu, ce qui a suscité des interrogations du groupe de travail sur les retards que l'élaboration de ce décret pourrait entraîner sur le caractère opérationnel du tribunal foncier.

La sous-direction de l'organisation judiciaire et de l'innovation à la Direction des services judiciaires (DSJ) du ministère de la Justice avait souhaité que le groupe de travail s'empare de ce sujet.

Plusieurs problèmes se posaient. D'un côté, il fallait garantir l'impartialité et le principe du procès équitable (cf. Mission sénatoriale) en s'inspirant par exemple

24. Voir cour d'appel de Papeete, 19 juin 2014, n° 13/00321, à propos d'une procédure de partage foncier engagée en 1985 et non jugée en 2014.

25. Mission d'évaluation de la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice, préc. pp. 7 et suiv.

du commissaire du gouvernement devant le juge de l'expropriation ; en effet, le commissaire du gouvernement ne devait pas apparaître comme faisant partie de l'administration polynésienne, mais plutôt comme une entité distincte, autonome, dont le mode de désignation et les attributions auraient été fixés par le Conseil d'État, et qui aurait même disposé (le premier président de la cour d'appel en était d'accord) d'un bureau dans l'enceinte du tribunal foncier (qui était en cours de construction). D'un autre côté, il fallait aussi s'assurer que la nomination comme commissaire du gouvernement d'un fonctionnaire de la Direction des affaires foncières (DAF) soit compatible avec le statut organique de la Polynésie qui prévoit que le gouvernement de la Polynésie « dispose » de l'administration de la Polynésie française. Cela impliquait de modifier les textes (COJ, CPC-PF et loi statutaire).

Plusieurs membres du groupe de travail ont émis des réserves sur l'opportunité de ce commissaire du gouvernement mais la majorité de ses membres a finalement considéré que ce dispositif pouvait contribuer à apporter les informations nécessaires à la solution des litiges, à une double condition : d'une part, que l'indépendance de cette institution soit garantie, d'autre part, que ce commissaire du gouvernement n'ait pas à « instruire » les dossiers, mais seulement à communiquer aux magistrats, dans le respect du contradictoire, les seuls éléments objectifs détenus par la DAF concernant la terre et la généalogie en soulignant, le cas échéant, et en tant que de besoin, leur caractère incomplet.

En fait, ce dispositif n'avait guère convaincu les parlementaires polynésiens qui craignaient de voir contester la légitimité d'une institution issue de la Direction des affaires foncières alors même que le Pays était impliqué dans un grand nombre d'affaires foncières, soit en qualité de propriétaire du domaine, soit en tant qu'administration gestionnaire, sans compter le fait que la Polynésie française intervenait également par le biais du bureau des avocats de la Direction des affaires foncières pour conseiller les personnes éligibles à l'aide juridictionnelle et pour assurer leur défense²⁶. Son abrogation avait été demandée dès l'origine par la Commission des lois du Sénat, lors des débats sur la loi du 16 février 2015²⁷, puis sollicitée à nouveau par un amendement déposé par Mme Maina Sage, député de la Polynésie française en 2016²⁸. Le commissaire du gouvernement sera finalement abrogé par l'adoption d'un amendement déposé par la sénatrice Lana Tetuanui à l'occasion du projet de loi n° 2017-256 relative à l'égalité réelle en outre-mer en janvier 2017²⁹).

26. Voir Rapport d'information n° 721 (2015-2016), op. cit., p. 49.

27. Sénat, amendements n° 1, 2, 3 et 18 déposés par MM. Vincent Dubois et Thani Mohamed Soilihi sur l'art. 14bis du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et de la procédure, 14 janv. 2015.

28. Amendement n° UDI 00006 déposé par Mme Maina Sage dans le cadre de la loi n° 2016-1547 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, 4 mai 2016.

29. Amendement visant à supprimer les dispositions relatives au commissaire du gouvernement, 13 janv. 2017.

Le groupe de travail a remis son rapport début 2017 – remise officielle en présence du garde des Sceaux le 17 mars au palais de justice de Papeete – et le dossier a poursuivi son cheminement jusqu'au Parlement.

Nous étions cependant bien conscients que d'autres chantiers restaient à ouvrir et que notre travail collectif, loin d'être un aboutissement, s'inscrivait dans le cadre de travaux préalables à la mise en œuvre des dispositifs normatifs, institutionnels et financiers propres à répondre aux problématiques foncières de la Polynésie française.

LES RÉFORMES LÉGISLATIVES EN MATIÈRE SUCCESSORALE ET D'INDIVISION QUEL PROCESSUS LÉGISLATIF ? AU NIVEAU NATIONAL

Mélanie Bessaud,
Conseiller référendaire près la Cour de cassation,
ancienne Cheffe du Bureau des personnes et de la famille de la
Direction des affaires civiles et du Sceau

E aha te fa'anahora'a ture i Porinetia nei ia fa'aauhia i te fenua Farāni ?

Nō te ha'amau i te mau rāve'a pāpū 'ia 'itehia te mau fatu fenua o te hō'ē fenua fētī'i i Porinetia farāni nei, 'e 'ia 'ōhie te tī'a'aura'a 'e te tufara'a i teie fenua fētī'i, 'ua ha'amauhia te hō'ē pupu ravera'a 'ohipa i rotopū i te feiā ha'a nō Pōrīnetia, 'e te fa'aterera'a hau nō te mana ha'avā, 'oia ihoā rā te fa'aterera'a nō te 'ohipa tīvira 'e nō te 'ohipa 'ātī'a. 'Ua ha'amau-ato'a-hia teie pupu ravera'a 'ohipa nō te pāruru i te mau 'ōpaera'a ture fa'a'ohipahia i Pōrīnetia farāni, ia au ihoā rā i te rēni 'arata'ira'a a te papa ture o te 'aifāitora'a i rotopū i te mau fenua farāni 'e i rotopū i te huirā'atira.

Maoti teie pupu ravera'a 'ohipa i tupu ai te tahi 'aitaurā'a fa'ahiahia tei fa'atura i te mana 'iriti ture i rotopū i te Hau farāni 'e te Hau fenua. Mai te matahiti 2015, 'ua nanea te mau tāu'ara'a mana'o 'e te 'ohipa 'āmui i roto i na Hau e piti, i ha'amana-roa-hia ai te ture o te 26 nō Tiurai i te matahiti 2019.

La question foncière en Polynésie française résulte d'un état généralisé d'indivisions remontant à plusieurs générations, qui rend difficile l'identification de l'ensemble des indivisaires et, de fait, la prise de décision collective. Par ailleurs, il existe une grande insécurité juridique concernant les titres de propriété, en raison d'un système originel imparfait d'enregistrement, régi par des normes différentes, selon l'époque de l'enregistrement et le lieu de situation de la terre. À cela s'ajoute la pratique des changements de prénoms et de noms, qui rend difficile la reconstitution des généalogies. De nombreuses successions, ouvertes au XIX^e siècle, ne sont pas réglées

à ce jour en raison de la difficulté d'établir les généalogies des héritiers sur plusieurs générations. Les situations demeurent extrêmement complexes et ont désormais des implications sociales d'autant plus aiguës que le foncier disponible devient rare. Les patrimoines sont encore souvent constitués de biens indivis sur plusieurs générations et à plusieurs souches de sorte qu'un accord est difficile à obtenir pour un indivisaire qui souhaiterait prendre possession d'une parcelle pour s'y installer, avec sa famille. Ces difficultés sont sources de tensions dans les familles polynésiennes.

Certes, nul n'est obligé de rester dans un régime d'indivision et à défaut d'accord, le partage peut toujours être provoqué (article 815 du Code civil) mais ce droit au partage, s'il est opposable aux co-indivisaires, parfois dans la douleur, ne constitue pas pour autant un droit à l'attribution de la parcelle de son choix. Le partage n'est pas non plus une obligation. En effet, l'indivision n'a pas de durée limitée et un tiers à l'indivision ne peut l'imposer. Mais la gestion de l'indivision n'est pas ici le sujet de la contribution au colloque sur la question foncière en Polynésie française, « La propriété à l'épreuve des liens de parenté ».

Si le droit au partage ne peut donc résoudre à lui seul la situation foncière en Polynésie française, il constitue pourtant un outil efficace pour mettre fin à une situation inextricable. Toutefois, pour sortir d'une indivision, il est nécessaire de disposer d'un titre de propriété déterminant précisément sur quel terre porte l'indivision et qui sont les indivisaires.

La loi n° 2004-193 du 27 février 2004 avait posé le principe de l'institution d'un tribunal foncier compétent pour les litiges relatifs aux actions réelles immobilières et aux actions relatives à l'indivision ou au partage portant sur des droits réels immobiliers (art. 17). Cet article de loi avait été adopté en termes identiques par le Sénat et l'Assemblée nationale, ce qui démontrait une reconnaissance de la particularité de la situation en Polynésie, qui avait déjà été mise en lumière par la Délégation sénatoriale venue en Polynésie française avant la discussion sur les lois relatives au statut d'autonomie de la Polynésie française³⁰.

Néanmoins, au-delà de la création d'une juridiction dédiée aux problématiques de terre, le gouvernement et les autorités polynésiennes avaient identifié des points de blocage résultant des textes du Code civil sur l'indivision. Des échanges ont eu lieu il y a plus de dix ans entre le ministère des Affaires foncières de la Polynésie française et le ministère français de la Justice au sujet, notamment, des règles encadrant les possibilités d'attribution préférentielle dans le partage et les modalités de gestion d'une indivision.

Les échanges se sont poursuivis au niveau politique, à l'initiative des représentants de la Polynésie française, qui souhaitaient une évolution du Code civil.

30. Loi organique n°2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et loi n° 2004-193 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

I. LA GENÈSE DE LA RÉFORME LÉGISLATIVE

Le tribunal foncier de Polynésie française prévu par la loi de 2004 a été mis en place après la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, qui précisait l'organisation et le fonctionnement de cette nouvelle juridiction (articles L. 552-9-1 à L. 552-9-11 du Code de l'organisation judiciaire)³¹ mis en œuvre par le décret n° 2017-1474 du 16 octobre 2017, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2017. Ce tribunal a été inauguré par madame la garde des Sceaux, Nicole Belloubet, en juillet 2019.

De manière concrète, un contrat d'objectifs de trois ans entre le ministère de la Justice et la cour d'appel de Papeete, le 1^{er} septembre 2015, prévoyait un renforcement des moyens humains rendant ainsi pleinement efficiente cette réforme structurelle.

Mais ces dispositions n'étaient pas suffisantes. Les règles de droit civil relatives à la gestion et à la sortie des indivisions posaient des difficultés croissantes avec l'écoulement des années, des successions s'ajoutant à celles déjà ouvertes et non réglées. Les représentants de la Polynésie française ont donc sollicité une évolution du Code civil sur plusieurs points : l'attribution préférentielle de la terre à l'héritier occupant, la sécurisation du partage en cas d'omission d'un héritier et le maintien de la terre familiale au sein du groupe familial.

Or, s'il existait un consensus sur l'existence de difficultés foncières, il était nécessaire de bénéficier d'un panorama complet des difficultés concrètes des indivisions en Polynésie française, préalable indispensable pour envisager une adaptation locale des règles de droit commun édictées par le Code civil.

Un groupe de travail local en 2010 avait émis de premières propositions de réforme, ouvrant la voie à d'autres réflexions sur l'édiction de règles propres à la Polynésie française.

Plusieurs travaux ont été menés. D'abord, une « mission justice » en septembre 2014 menée par deux Directions du ministère de la Justice (Direction des services judiciaires et Direction des affaires civiles et du Sceau) pour dresser un état des lieux des difficultés posées en la matière, après auditions des divers acteurs locaux intéressés : politiques, notaires, avocats, magistrats, huissiers, professeurs de droit, associations de juristes. Ensuite, un groupe de travail pluridisciplinaire, présidé par monsieur le professeur Pastorel, a été créé à la suite de la mission justice, et a rendu son rapport début 2017, proposant des pistes de réformes législatives. Enfin, un rapport sénatorial d'information n° 721 de M. Thani Mohamed Soihili, MM. Mathieu Darnaud et Robert Laufoaulu, du 23 juin 2016, a été fait au nom de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer, sur la sécurisation des titres fonciers confrontée à la double problématique de l'indivision, et intégrant des propos spécifiques pour la Polynésie française³².

31. L'article L. 552-9-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi que : « Lorsque le tribunal de première instance statue en matière foncière, il est dénommé tribunal foncier. Il statue dans une formation présidée par un magistrat du siège et comprenant, en outre, deux assesseurs. »

32. Rapport d'information n°721 sur « une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières : 30 proposi-

Lors des débats sur le projet de loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, plusieurs amendements déposés par des députés polynésiens visaient à prendre en compte la situation foncière particulière de la Polynésie française. Toutefois, ces amendements soulevaient des questions de fond avec des enjeux importants et nécessitaient une réflexion sur le plus long terme.

Concrètement, permettre la réalisation d'un partage judiciaire, lorsque l'un des héritiers ignore cette demande de partage, voire même, ignore qu'il est propriétaire, est une atteinte directe, non seulement au droit de propriété, garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais également aux droits au recours et à l'accès au juge, qui sont des principes constitutionnels (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), protégés également par la Convention européenne des droits de l'Homme (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés). Certes, le droit de propriété n'est pas absolu et l'atteinte au droit de l'héritier omis doit être apprécié au regard du droit de propriété des autres co-partageants mais il était nécessaire de prévoir des garde-fous destinés à préserver les droits des héritiers omis du partage judiciaire et des garanties pour assurer la proportionnalité de l'atteinte à ses droits au regard de l'objectif poursuivi.

Ces garanties étaient d'autant plus importantes que les indivisions portant sur des biens reçus par héritage sur plusieurs générations sont souvent le siège d'importantes tensions, notamment parce que chacun a un intérêt propre, qui n'est pas forcément celui de son co-indivisaire. À cela s'ajoutent bien évidemment une dimension et une histoire familiales rendant parfois les désaccords épidermiques.

Les rapports de MM. Pastorel et Soihili ont d'ailleurs identifié les garde-fous nécessaires pour garantir les droits et intérêts particuliers. Par exemple, s'agissant du partage par souche, qui consiste à ordonner le partage par souche familiale, plutôt que par tête, au moyen de la fiction d'une représentation des héritiers d'une même souche par l'un d'entre eux, il fallait éviter « que l'introduction d'une présomption de représentation au sein d'une souche dispense de rechercher le plus d'indivisaires possible pour les attirer au partage, et aboutissent à des partages iniques à l'insu de certains indivisaires³³ ». Les leviers d'action et les points de vigilance ayant été parfaitement identifiés, les adaptations du Code civil pour faciliter les sorties d'indivision en Polynésie française pouvaient être proposées.

tions au service du développement des territoires.

33. Rapport d'information n° 721 fait au nom de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer, par M. Thani Mohamed Soihili, MM. Mathieu Darnaud et Robert Laufoaulu, p. 61

II. LA PRISE EN COMPTE DE LA SPÉCIFICITÉ DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE DANS LE RESPECT DE LA CONSTITUTION

Une fois posé le constat de la particularité du foncier en Polynésie française, il était encore nécessaire d'expertiser si l'adaptation souhaitée par le Pays était envisageable dans le respect de la Constitution.

La République est une et indivisible et la France « forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs » aux termes du préambule de la Constitution de 1946. Cette indivisibilité ne doit toutefois pas masquer les particularités locales propres aux territoires d'outre-mer.

C'est ce que prévoit l'article 73 qui régit la Polynésie française³⁴ : « Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement [...] »³⁵.

Néanmoins, les règles relatives au droit des successions et à l'indivision successorale ne peuvent être modifiées par les lois de Pays et l'adoption d'une loi par le Parlement est nécessaire (article 14, 1^o du statut).

L'impossibilité pour les collectivités territoriales de déroger elles-mêmes à ces règles résulte du principe d'indivisibilité de la République, lequel implique l'application uniforme sur l'ensemble du territoire des normes essentielles pour la préservation du caractère unitaire de l'État.

La singularité de la problématique foncière en Polynésie française résulte du nombre très important de co-indivisaires – plus encore que dans les autres outre-mer – en raison notamment de la cascade de successions non réglées et des difficultés à identifier les ayants droit dans les successions du fait de carences de l'état civil et des pratiques traditionnelles de changement de nom et d'adoption d'enfants (*fa'a'amu*).

À cela s'ajoutent d'autres particularités :

- la dispersion des co-indivisaires sur un territoire aussi grand que l'Europe ;
- l'absence fréquente d'adresses précises empêchant de localiser correctement les ayants droit, de les attirer à la cause, de les assigner et de leur signifier les décisions ;

34. Le titre XII de la Constitution française contient un article 72-3 qui énonce :

« La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outremer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité. La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint Barthélemy, SaintMartin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régies par l'article 73 pour les départements et les régions d'outremer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités... »

35. En vertu de l'article 74 de la Constitution, la Polynésie française a un statut qui tient compte de ses intérêts propres au sein de la République. C'est la loi organique n°2004-192 qui s'applique.

- le nombre important de contentieux de la revendication de terre sur le fondement de la prescription acquisitive ;
- et enfin le recours quasiment systématique aux partages judiciaires, ce qui allonge considérablement les délais de partage.

À la suite de ces constats objectivant la spécificité polynésienne en matière foncière, il n'était plus envisageable de plaquer un modèle unique à ce territoire et une adaptation des règles était possible.

Pour autant, les aménagements sollicités pour la Polynésie française soulevaient d'autres questions, notamment celle de l'atteinte au droit de propriété des co-indivisaires minoritaires ou absents du partage et celle de l'atteinte au principe d'égalité.

Le droit de propriété est un droit fondamental, reconnu à valeur constitutionnelle. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen érige la propriété en droit de l'homme naturel et imprescriptible et l'article 17 ajoute qu'il s'agit d'un « *droit inviolable et sacré* » dont « *nul ne peut être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

Par ailleurs, tant les collectivités territoriales que le législateur sont tenus de respecter les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel relatives au principe d'égalité. Ce principe implique que toutes les personnes placées dans une situation identique soient régies par les mêmes règles, mais il n'interdit pas aux autorités législatives et réglementaires de régler de façon différente des situations différentes, ni de déroger à ce principe pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans les deux cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi ou du règlement qui l'établit.

Ce principe trouve d'abord à s'appliquer entre collectivités territoriales appartenant à une même catégorie ou de catégories différentes³⁶. Toute dérogation à ce principe d'égalité, qu'elle intervienne entre collectivités appartenant à une même catégorie ou non, doit être fondée sur des considérations objectives en rapport avec l'objet de la loi qui la prévoit afin d'être validée par le Conseil constitutionnel³⁷.

Sans entrer ici dans le détail des difficultés foncières dans les outre-mer, il était donc nécessaire de s'assurer que l'adoption d'une loi spécialement dédiée à la Polynésie française ne risquait pas de créer une rupture d'égalité entre les collectivités, qui

36. Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, « loi relative aux libertés et responsabilités locales », à propos du transfert aux départements et aux régions des personnels techniciens, ouvriers et de service des établissements scolaires, qui ne saurait être retardée pour les D.O.M.-R.O.M. afin de tenir compte de leurs « *caractéristiques et contraintes particulières* », dès lors que la situation des établissements scolaires dans ces collectivités n'est pas fondamentalement différente de celle des établissements situés en métropole ; décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009, « loi sur le repos dominical » : le fait que la ville de Paris, soumise à un régime particulier en raison de sa qualité de siège des pouvoirs publics, constitue, à elle seule, une catégorie de collectivités territoriales, ne justifie pas, en l'absence de différence de situation avec les autres communes, que le pouvoir de proposition de classement de la commune en zone touristique ne soit pas confié à son maire mais au conseil de Paris.

37. <https://www.collectivites-locales.gouv.fr/cadre-constitutionnel-general-issu-des-articles-72-73-et-74-constitution>

connaissent également un désordre foncier (la Corse, les départements et territoires d'outre-mer, mais également des départements de métropole tels que notamment l'Ardèche, la Creuse ou la Lozère)³⁸.

Or, le désordre foncier corse avait fait l'objet d'une loi n°2017-285 du 6 mars 2017, dont l'article 2 visait à faciliter le règlement des indivisions, au motif que l'absence de titres de propriété sur plusieurs générations conduisait à des indivisions de fait comprenant plusieurs centaines d'indivisaires, aboutissant à des blocages du fait de l'inertie de plusieurs indivisaires (les héritiers taisants)³⁹.

Une loi n° 2018-1244 du 27 décembre 2018 visait par ailleurs à faciliter la sortie de l'indivision en outre-mer. Cette problématique était illustrée par la situation en Martinique, où la paralysie du foncier est de l'ordre de 40 %. L'intérêt général a poussé le législateur à agir « afin que les Français d'outre-mer ne soient plus exposés aux dangers sanitaires, sécuritaires et économiques que font peser sur eux les désordres du foncier provoqués par une indivision endémique⁴⁰ ».

III. UNE VOLONTÉ COMMUNE DE TROUVER DES RÉPONSES ÉQUILIBRÉES À LA SITUATION DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE

Dans le cadre des débats relatifs à la loi n°2018-1244 du 27 décembre 2018 visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer, des amendements relatifs à la Polynésie française ont été présentés, afin de faire aboutir les différentes réflexions initiées par les trois rapports précités.

Néanmoins, la spécificité de la situation en Polynésie française justifiait une réponse législative dédiée et les amendements relatifs à la seule Polynésie ont donc été retirés puis un travail conjoint entre députés, sénateurs et ministère de la Justice a été immédiatement initié au début de l'année 2018.

Un groupe de travail technique a été constitué en octobre 2018 entre les ministères de la Justice et de l'Outre-mer et l'ensemble des acteurs locaux, en particulier la Direction des affaires foncières (DAF) de Polynésie française. Ce groupe de travail a été chargé d'avancer sur les rédactions législatives pouvant être proposées, par le biais d'échanges techniques entre les services et de visio-conférences. La méthode de travail adoptée témoigne d'une réelle volonté commune d'avancer afin de trouver des solutions concrètes répondant aux problématiques particulières de la Polynésie française.

S'agissant par exemple du droit de retour légal⁴¹ : le Pays souhaitait étendre ce droit de retour à la totalité d'un bien, lorsqu'il se trouvait déjà en indivision, afin de

38. Voir l'exposé des motifs de la proposition de loi n°4166 visant à favoriser l'assainissement cadastral et la résorption du désordre de la propriété (loi n°2017-285 du 6 mars 2017) et les propos introductifs du rapporteur de la proposition de loi, lors des débats parlementaires.

39. Rapport de la commission des lois sur la loi n°2017-285 du 6 mars 2017.

40. Rapport de la commission des lois sur la loi n°2018-1244 du 27 décembre 2018.

41. Le droit au retour légal permet de conserver tout ou partie du patrimoine du défunt dans sa famille d'origine et d'éviter son transfert à un autre patrimoine. Ce droit joue au profit des frères et sœurs, en l'absence de descendants, sur la moitié des biens d'origine familiale, l'autre moitié étant dévolue au conjoint survivant.

ne pas intégrer le conjoint dans l'indivision pour éviter d'ajouter, en quelque sorte, de l'indivision à l'indivision. Après échanges, la rédaction retenue permet de préserver un droit viager d'usufruit du conjoint survivant.

Ces échanges fructueux ont permis de bien mesurer les besoins et de déterminer les réponses juridiques adaptées et opérationnelles, dans le respect de nos principes fondamentaux. Ils ont abouti, en quatre mois, à la rédaction de cinq articles sur l'ensemble des sujets fondamentaux que sont l'attribution préférentielle, le droit de retour légal des frères et sœurs, l'omission d'héritier, la vente ou le partage amiable à une majorité qualifiée et le partage par souche.

Ces dispositions ont été intégrées dans le projet de loi portant diverses dispositions institutionnelles en Polynésie française et le projet de loi organique portant modification du statut d'autonomie de la Polynésie française.

Elles ont été accueillies favorablement par l'ensemble des députés et sénateurs de tous bords politiques et ont été votées en termes identiques par les deux assemblées le 7 mai 2019.

Devant le Conseil constitutionnel, chargé de contrôler la constitutionnalité de toutes les lois organiques, le gouvernement avait fait valoir que ces dispositions s'inscrivaient dans le prolongement de l'article 10 de la loi organique relatif à la représentation par avocat dans le cadre de l'aide juridictionnelle dans le cadre de litiges en matière foncière et adaptaient les mesures issues de la loi n°2018-1244 du 27 décembre 2018 visant à faciliter la sortie de l'indivision successorale et à relancer la politique du logement en outre-mer, pour permettre de faciliter la mobilisation du foncier et de contribuer à dynamiser la politique du logement en Polynésie française.

Elles ont cependant été écartées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2019, pour des motifs de pure procédure parlementaire, comme étant des cavaliers législatifs, c'est-à-dire sans lien, même indirect, avec l'objet de la loi⁴².

En raison de l'importance de ces dispositions, compte tenu de l'acuité de cette problématique en Polynésie française, une proposition de loi a été immédiatement déposée, reprenant à l'identique le texte précédemment adopté.

La loi n° 2019-786 a été promulguée le 26 juillet 2019 à l'issue de la procédure accélérée engagée le 1^{er} juillet 2019 et publiée au Journal officiel le lendemain.

Le détail de cette ossature législative relève de la compétence de la Polynésie, s'agissant de règles de procédure, qui ont été adoptées en février 2021.

42. La règle, qui découle expressément de l'article 45 de la Constitution, est que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». Dans l'exercice de son contrôle, le Conseil s'attache donc à déterminer si la disposition additionnelle présente bien un tel lien avec le projet ou la proposition de loi à l'origine du texte qui lui est déféré. En l'espèce, les articles relatifs au droit successoral applicable en Polynésie française ne présentaient pas de lien, au moins indirect, avec les dispositions du projet de loi initial. Le Conseil les a donc censurés pour ce motif.

L'APPRÉHENSION LÉGISLATIVE DE LA QUESTION SUCCESSORALE ET FONCIÈRE QUEL OUTIL JURIDIQUE ? LE PARTAGE DES TERRES PAR SOUCHE

Laure Bélanger

Magistrate, Vice-présidente au Tribunal de première instance de Papeete
affectée au Tribunal foncier

Te fāfāra'a i te mau ture i nī'a i te parau o te monora'a 'e te 'ohipa fenua

E aha te mauhiha'a ha'avā : te 'ōperera'a fenua 'ia au i te tā'amura'a fētī'i ?

I Porinetia farāni nei, nō te tuha i te mau faufa'a fare aore fenua ānei, e 'ohipa iti rahi 'e te mea moni, 'ia au i te Ture tīvira 'e 'ia fa'aauhia i te fenua Farāni. Hau atu ā, e nehenehe te reira e fa'atupu i te 'āmahamaha nō te tuea-'ore-ra'a i nī'a i te aura'a o te fenua i roto i te ferurira'a mā'ohi 'e nō te fifi o te mau fare i patu-'ē-hia na i nī'a iho. E pe'ape'a 'ite-pinepine-hia ho'i teie. Te tumu o teie 'āmahamaha oia ho'i te huru ta'a'ē mau o te tuhara'a fenua. Inaha e tītauhia ia fa'aho'i i te papa tupuna tāta'itahi i nī'a i te fatu fenua mātāmua i tōmite i terā faufa'a nō te rōpūra'a o te tenetere XIX. I muri mai e tuhahia ai te fenua i rotopū i te mau fatu faufa'a 'āmui. Nō te pātō'i i teie ravera'a 'aifāito-'ore i mua i te Ture, i ha'amauhia ai teie mauhiha'a ha'avā : te tuhara'a fenua 'ia au i te tā'amura'a fētī'i. Nā mua roa, 'ia au i te tahi arata'ira'a tātūha'a māitehia, e vāvāhīhia te mau tāpū fenua i rotopū i te mau 'ōpū fētī'i nō roto mai i te tupuna tōmite fenua. I muri iho, e 2 'ohipa maitāta'i e riro i te fāna'ohia. A tahi, e fa'a'ōhiehia te 'ōperera'a fenua mai te peu 'e fifi noa atu nō te ha'apāpū o vai, i hea, nā vai i tārima i rotopū i te fatu fenua fētī'i. A piti, e fa'aiti i te fifi o te ho'o-pātē-ra'a fenua i mua i te naho'a fatu fenua fētī'i.

'Ua ha'amanahia teie huru ravera'a i te matahiti 2019 nā roto i te 1 ture hau fenua i te fare ha'avāra'a nō Papeete, o tei 'ape'e-ato'a-hia e te tahi fa'a'otira'a a te Apo'ora'a rahi I te matahiti 2021. E aha te mau fa'ahepora'a o teie ravera'a? E tītauhia te 'ana'anatae o te ta'ata 'e te hō'ē fa'atianira'a 'āmui amohia e te hau fenua. E hia'aihia te tahi tūera'a i roto i te ture pāruru mauhia e te ta'ato'ara'a o te feia e 'ōperehia te fenua fētī'i 'e te parau anira'a pāruru i mua i te ha'avā, tī'amana e fana'o-ato'a-hia e te fatu fenua fētī'i.

Te tuhara'a fenua nā nī'a i te tā'amura'a fētī'i, e fa'a'ohipara'a teie nō roto i te hō'ē ravera'a 'āmui 'e o tei fa'atura i te mau ta'a'ēra'a o te fenua nei, tei riro 'ei fa'anahora'a ta'a'ē mau i 'ore-ā i 'itehia te huru i te fenua farāni 'oia ho'i te Tiripuna fenua.

« *Il n'y a pas de famille polynésienne sans affaire de terre* » : cette phrase sous forme de boutade, souvent entendue au tribunal foncier, traduit bien une réalité. Elle met en exergue le lien existant en Polynésie française entre la famille et la terre ; mais elle révèle aussi l'ampleur du problème : quasiment tous les Polynésiens et toutes les terres de Polynésie sont concernés par des litiges portant sur la propriété et l'utilisation de celles-ci !

Le sujet se résume en effet souvent à l'interrogation suivante : à quelle famille appartient la terre, et où se situe précisément le droit de chacun de ses membres ? Une des solutions pour trancher ces questions consiste à recourir au juge, et à solliciter auprès de lui le partage pour que chaque co-indivisaire se voit attribuer des droits privatifs précisément délimités et localisés sur la terre. On parle alors de partage par tête, chaque individu qui se trouvait dans l'indivision obtenant sa part à la fin de la procédure de partage.

Il importe toutefois de bien mesurer les implications d'une telle démarche : le juge, lorsqu'il est saisi par des justiciables, doit appliquer les règles de droit rédigées et votées par les autorités compétentes. Dans le cadre d'une action en partage, il va alors vérifier notamment deux points : d'une part, si les parties apportent la preuve de leur droit de propriété indivise sur la terre et, d'autre part, si tous les co-indivisaires ont été appelés dans la procédure par le requérant pour pouvoir faire valoir leurs arguments. C'est le principe dit du contradictoire qui l'impose, et cela permet d'éviter les tierces oppositions ultérieures, très fréquentes en Polynésie, qui font peser une incertitude sur le jugement de partage des années après qu'il ait été rendu.

Plus précisément, en Polynésie française, cette double exigence de fond et de procédure revient dans la plupart des dossiers de terre à imposer au requérant de justifier de son lien de parenté avec le revendiquant d'origine et d'identifier, localiser et assigner toutes les autres personnes qui descendent de lui. La raison de ces contraintes tient au souci de sécurité juridique face à une situation locale où les propriétaires sont dans l'indivision depuis des générations et où le seul titre de propriété incontestable, du moins pour les îles qui faisaient partie du Royaume de Pomare, est le *tōmite* résultant de la procédure d'enregistrement des terres mise en place au milieu du XIX^e siècle.

L'ampleur de la difficulté à respecter ces exigences est connue. Elle tient à de multiples facteurs : le nombre important d'enfants, la pratique de l'adoption *fa'a'amu*, l'éparpillement géographique des personnes et l'absence d'adresse précise sur les îles, la disparition d'actes d'état civil suite aux cyclones ayant frappé certaines d'entre elles, une tenue imparfaite des registres d'état civil au XIX^e siècle (transcriptions phonétiques, pratique du changement de nom, usage des surnoms...), le nombre limité d'huissiers de justice en outre essentiellement basés à Tahiti... Tout ceci conduit au constat d'une inégalité des Polynésiens devant la loi française : en Polynésie française, la procédure de partage est souvent plus longue et plus coûteuse qu'en métropole ; pourtant, il est utile de rappeler que, selon l'article 815 du Code civil, le partage est un droit.

C'est dans ce contexte que les magistrats de la juridiction de Papeete ont, depuis plusieurs années, proposé le partage par souche : celui-ci permet de saisir le juge d'une demande de partage, même si tous les co-indivisaires n'ont pu être mis en cause dans la procédure. Mais alors, il faut être conscient que ce partage conduit à des attributions de lots par souche, et non à des attributions de droits privatifs à chaque indivisaire sur la terre.

Il s'agit en réalité d'un mécanisme reposant sur un raisonnement par étapes : là où il serait compliqué d'aboutir immédiatement à un partage par tête, il est proposé de régler dans un premier temps la question de la répartition de la terre entre les souches issues du revendiquant d'origine ; ce n'est que dans un second temps, s'il y a litige entre eux, que les membres de chaque souche pourront demander au juge d'effectuer des sous-partages pour aboutir au final à un partage par tête. Mais au moins, les souches qui s'entendent n'auront pas à subir le conflit pouvant exister au sein d'autres souches.

Ce système, qui paraît au premier abord être un outil adapté pour résoudre les affaires de terre en Polynésie française, suscite cependant des questions. En particulier, un sujet important est de savoir quels indivisaires vont ainsi pouvoir être écartés de la procédure, alors qu'un des grands principes en droit est celui de l'accès de tout justiciable au juge.

C'est précisément pour cette raison qu'une intervention législative était nécessaire, à la fois pour consacrer le système jurisprudentiel et donc de le consolider, mais aussi et surtout pour l'encadrer. Cette consécration résulte de l'article 5 de la loi n°2019-786 du 26 juillet 2019 relative à la Polynésie française, qui adapte localement les règles de fond posées par l'article 827 du Code civil, et de la délibération n°2021-39 APF du 18 février 2021 portant modification de la délibération n°2001-200 APF du 4 décembre 2001 modifiée portant Code de procédure civile de la Polynésie française.

Le législateur a toutefois voulu être prudent ; il a entendu limiter dans le temps ce dispositif propre à la Polynésie française : celui-ci ne s'applique qu'aux actions en partage introduites après l'entrée en vigueur des textes sus-mentionnés, et avant le 31 décembre 2028.

Les exigences posées par le législateur métropolitain (pour les règles de fond) et polynésien (pour les règles de procédure) portent sur les cas et conditions du recours au partage par souche (I), sur la procédure qui doit être suivie (II), et sur la portée qui lui est attribuée (III). Ces trois aspects du partage par souche, qui ensemble apportent des garanties au système et assurent son efficacité, seront examinés successivement.

I. LES CAS ET CONDITIONS OUVRANT DROIT AU PARTAGE PAR SOUCHE

(ARTICLE 5 DE LA LOI DU 26 JUILLET 2019)

Il est au préalable utile de souligner que le partage par souche est une simple possibilité : d'une part, pour les parties, qui apprécient s'il est utile pour elles de solliciter le partage par souche plutôt que par tête au vu des enjeux sus-mentionnés ; d'autre

part, pour le juge, qui dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans le contrôle du respect des exigences posées par la loi pour recourir à un tel partage.

La loi pose deux conditions cumulatives (A) et envisage deux situations possibles (B) pour recourir au partage par souche.

A. Deux conditions cumulatives

La loi ne prévoit le recours au partage par souche que dans le cadre d'un « partage judiciaire », ce qui exclut donc le partage amiable par-devant notaire. De plus, elle exige qu'existent dans la masse à partager « des biens immobiliers dépendant de plusieurs successions ».

Cette formulation concentre l'application du dispositif sur les cas qui posent véritablement problème en pratique – à savoir le partage de terres indivises entre des générations successives – pour lesquels le juge va veiller au respect des droits de tous les indivisaires.

Il faut aussi rappeler que, le Tribunal foncier n'étant compétent que pour les biens immobiliers, il devra être saisi si la succession comprend, en totalité ou en partie, des immeubles (terre, maison...). Si tel n'est pas le cas, le partage de la succession relèvera du tribunal civil.

B. Deux situations distinctes

Au regard de la situation particulière en Polynésie française, le partage par souche peut avoir deux grands intérêts, qui ont été pris en compte par le législateur.

Il vise principalement à réduire la durée et le coût de la procédure qu'induirait un partage par tête, au regard des difficultés relevées précédemment (2). Mais il permet aussi de diminuer le risque de vente aux enchères (licitation) de la terre que fait peser sur celle-ci la présence d'un grand nombre de copartageants (1).

1. Le cas de biens ne pouvant être facilement partagés ou attribués en nature compte tenu du nombre important d'indivisaires

Même dans l'hypothèse où tous les co-indivisaires seraient identifiés, localisés et interviendraient dans la procédure, le partage par souche peut avoir son utilité : si ces co-indivisaires sont nombreux, le risque est alors que la terre ne puisse pas être partagée en nature et que le juge soit obligé d'ordonner sa vente aux enchères afin que les indivisaires se répartissent le prix de vente. Dans ce cas, le partage par souche peut éviter la licitation puisqu'il permet d'attribuer d'abord des lots entre chaque souche (c'est-à-dire en général entre les enfants du revendiquant d'origine) ; ce n'est que si une

souche, ensuite, demande des sous-partages pour aboutir à des attributions par tête que le lot qui lui aura été attribué risque de devoir être vendu s'il ne peut être divisé en autant de parts que le nombre de membres de la souche.

Cet intérêt ainsi reconnu au partage par souche dans le 1° de l'article 5 de la loi du 26 juillet 2019 correspond précisément à la finalité attribuée au partage par souche de l'article 827 du Code civil. L'enjeu est particulièrement important en Polynésie française, où les terres qui sont l'objet de demandes de partage comportent souvent des constructions et ont en outre une valeur autre que purement économique ; leur vente aux enchères est dès lors souvent très mal vécue.

2. Le cas de biens ne pouvant être facilement partagés ou attribués par tête compte tenu de la complexité manifeste à identifier-localiser-mettre en cause tous les indivisaires dans un délai et à un coût raisonnables

Le partage par souche a essentiellement été envisagé pour cette hypothèse, consacrée au 2° de l'article 5 de la loi du 26 juillet 2019. Il vise alors à faciliter le partage, quelles que soient ses modalités, en nature ou par licitation.

C'est pour cette seconde situation, qui conduit à écarter de la procédure certains co-indivisaires, que se pose la question des exigences procédurales et de la portée attachées au partage par souche.

II. LA PROCÉDURE DU PARTAGE PAR SOUCHE

(ARTICLES 449-8-1 ET SUIVANTS DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE ET ARTICLE 5 DE LA LOI DU 26 JUILLET 2019)

Les étapes de la procédure sont au nombre de quatre.

A. L'appréciation par le juge de la « complexité manifeste à identifier, localiser ou mettre en cause l'ensemble des indivisaires dans un délai et à un coût raisonnables »

Pour justifier du recours au partage par souche le requérant doit, dans sa requête, apporter la preuve des « diligences entreprises en vue d'identifier et localiser les indivisaires de chacune de ces souches ». L'objectif est essentiellement pour le juge de vérifier que le requérant ne choisit pas subjectivement les indivisaires qu'il entend appeler dans la procédure (par exemple en écartant délibérément ceux qui seraient opposés à ses demandes), mais qu'il se limite à ceux qu'il a pu identifier comme ayant droit du revendiquant d'origine, localiser avec une adresse précise, et qu'il va pouvoir assigner sans trop de difficulté ; pour ceux-ci, il doit avoir indiqué dans sa requête tous les éléments permettant de les identifier et localiser.

Il doit aussi indiquer avec précision le nombre de souches intéressées au partage, ainsi que l'identité de l'auteur de chacune de ces souches, y compris pour les souches ne comportant aucun ayant droit identifié ou localisé pour la représentation desquelles il va devoir appeler le curateur aux successions et biens vacants. L'objectif est ici de lutter contre la pratique consistant à faire systématiquement appel au curateur afin qu'il effectue les recherches incombant normalement au requérant ; ce n'est en effet que si les ayants droit d'une personne décédée demeurent inconnus ou introuvables après vaines recherches des parties que le curateur intervient (article 676 du Code de procédure civile de la Polynésie française), à la fois pour effectuer lui-même des recherches mais aussi pour représenter la souche ainsi vacante.

Il est aussi demandé au requérant, dans sa requête, d'apporter les mêmes précisions pour les personnes identifiées par tous moyens comme occupant l'immeuble, ceci afin de limiter le risque de tierce opposition qui fragiliserait le jugement de partage.

Ces exigences sont toutes posées sous peine de nullité de la requête, ou de radiation du dossier par le juge de la mise en état après injonction adressée au requérant de compléter sa requête.

B. La réalisation par le tribunal et par la Direction des affaires foncières de mesures de publicité

Là encore afin de s'assurer qu'un maximum d'indivisaires puisse avoir connaissance de la procédure, sans pour autant allonger la durée de celle-ci, le dispositif est accompagné d'une large publicité.

Tout d'abord, une information individuelle sous forme de convocation est envoyée par le greffe du tribunal à chacun des indivisaires identifiés et localisés dans la requête, ainsi qu'à ceux qui seraient retrouvés ultérieurement au cours de la procédure.

Ensuite, une publicité collective réalisée par le service en charge des affaires foncières, et donc prise en charge financièrement par le Pays, est effectuée dans le mois suivant le dépôt de la requête au tribunal, sous plusieurs formes :

- publication au *Journal officiel de la Polynésie française* ;
- affichage à la mairie du lieu de situation de l'immeuble, pendant 6 mois ;
- affichage au tribunal où a été déposée la requête, pendant 6 mois ;
- publicité sur le site Internet de la DAF, pendant 6 mois.

C. La réception des interventions volontaires

Il est laissé un délai d'un an, courant à compter de la dernière mesure de publicité ou information, à « toute personne intéressée » pour intervenir volontairement, par

des conclusions écrites déposées au greffe du tribunal avec un nombre de copies égal au nombre de parties au dossier.

Passé ce délai, l'individu qui considère qu'il a un droit dans le partage en cours peut encore intervenir volontairement à la procédure, mais alors à condition de justifier d'un « motif légitime [...] l'ayant empêché d'agir », qui sera apprécié par le juge. Cela pourra par exemple être le cas d'une personne qui n'a pas eu connaissance dans le délai d'un an de la procédure de partage par souche car elle était hospitalisée.

D. L'exigence d'au moins un indivisaire par souche

Le dossier de partage par souche ne pourra être jugé par le tribunal que du moment où, les mesures sus-mentionnées ayant été respectées, au moins un membre de chaque souche se trouvera dans la procédure.

Dans l'hypothèse où il n'aura pas été possible de retrouver le moindre descendant d'une souche, le requérant devra alors avoir assigné le curateur aux successions et biens vacants afin qu'il représente cette souche.

III. LA PORTÉE DU PARTAGE PAR SOUCHE

(ARTICLE 5 DE LA LOI DU 26 JUILLET 2019)

Tout l'enjeu réside dans la portée que l'on attribue au partage par souche. De là dépend son efficacité, mais c'est aussi ce point qui a suscité le plus de discussions dans les débats ayant abouti à la consécration légale du mécanisme.

Dans un souci d'équilibre entre la sécurité juridique réclamée par les copartageants et le droit d'accès au juge dont dispose chaque indivisaire, le législateur a posé un principe (A) assorti d'une exception (B).

A. Le principe : une représentation procédurale entre les membres d'une même souche

Afin de sécuriser le jugement rendu dans le cadre d'un partage par souche, les co-indivisaires qui n'auront pas participé à la procédure ne pourront pas former tierce opposition au jugement de partage.

Ainsi cette voie procédurale, qui permet à la personne n'ayant pas participé à un jugement (qualifiée alors de « tiers ») de faire rétracter ou réformer celui-ci lorsqu'il préjudicie à ses droits, est exclue pour tous les membres d'une souche vis-à-vis d'un jugement de partage par souche alors même qu'ils n'auraient pas été assignés et ne seraient pas non plus intervenus volontairement dans la procédure.

Les voies ordinaires de recours, et notamment l'appel, leur restent en revanche ouvertes.

B. L'exception : le cas d'une défaillance non fautive ou d'une omission volontaire du requérant

La loi prévoit le cas où il serait établi que la non-participation de certains indivisaires à la procédure de partage ne serait « pas due à leur fait », voire qu'elle serait due à « une omission volontaire du requérant » qui aurait ainsi fait exprès de ne pas mentionner certains indivisaires. La première hypothèse vise en particulier l'indivisaire qui aurait été empêché d'agir sans qu'on puisse le lui reprocher (hospitalisation, fausse adresse donnée par le requérant...).

Dans de telles situations cet indivisaire pourra, s'il considère qu'il préjudicie à ses droits, contester le jugement de partage rendu par la voie de la tierce opposition, à condition de répondre aux exigences générales posées pour cette voie de recours (articles 362 et suivants du Code de procédure civile de la Polynésie française).

CONCLUSION

En France, le système législatif est souvent critiqué comme reposant sur la fabrique de lois faites depuis Paris par des techniciens du droit, dont l'imperfection se révèle lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre.

Avec le partage par souche polynésien, nous avons un système :

- issu de la pratique, et donc conçu pour répondre à une difficulté concrète constatée sur le terrain par les professionnels chargés d'appliquer le droit ;
- résultant d'un processus collaboratif reposant sur des groupes de travail impliquant les politiques et les praticiens du droit métropolitains et polynésiens ;
- tenant compte des spécificités locales. Cela est particulièrement visible s'agissant de la publicité prévue (un affichage de la requête en mairie fonctionne très bien en Polynésie française, beaucoup moins à Paris...), et de la philosophie générale du dispositif qui repose non plus sur le seul travail de recherche du requérant (qui, auparavant, devait retrouver et assigner tous ses co-indivisaires), mais sur une participation active de l'ensemble des indivisaires (ce qui limitera, on l'espère, la pratique consistant à « cacher » volontairement un indivisaire lors de la procédure de partage afin de pouvoir former tierce opposition si le jugement ne plaît pas...).

Les Polynésiens peuvent donc être fiers d'avoir un modèle spécifique de partage, tout comme ils ont un tribunal foncier unique en son genre.

Troisième partie

L'APPRÉHENSION
JURIDICTIONNELLE
DE LA QUESTION
SUCCESSORALE
ET FONCIÈRE

L'ÉTABLISSEMENT D'UNE JURIDICTION DES TERRES, UNE SPÉCIFICITÉ POLYNÉSIENNE

Laetitia Ellul-Curetti
Magistrate et Présidente du Tribunal foncier de la Polynésie française

Simone Grand
Juge assesseur

Te ha'amaura'ahia te tahi fa'aturera'a nō te fenua : ture porinetia ta'a'e.

Hou te taera'a mai o te mau papa'ā, na te huā'a e fa'anaho i te parau fatura'a fenua i ha'atumuhia i ni'a i te papara'a tupuna. E roa'a mai te ti'ara'a mana fenua 'ia natihia te papa tupuna i te tupuna marae. E fa'afāna'o taua mau fenua ra i te vāhi inura'a pape 'ia māha te poi'hā, i te vāhi fa'ahaumārūra'a, e fa'atahera'a pape nō te mau tanura'a. E mau fenua tano nō te fa'a'apu i te mā'a, nō te patu i te nohora'a, nō te ruru i te naho'a ta'ata 'e vetahi mau vāhi e tano i te vaipūpuni i te mata ta'ata, 'ia tupu noa atu te tahi tau fifi.

Nā te mau Peretāne-porotetani i tauti i terā ferurira'a nā roto i te parau o te fatu fenua i te tau o te fa'aterera'a 'aihu'arā'au. Hau atu ā, mai te taera'a mai o Wariti i te matahiti 1767 'e te mau ma'i pe'e tāmāu, 'ua topa-'ino-roa te nūmera huirā'atira o tei tai'ohia i te matahiti 1846 i ni'a i te fāito e 6400 rahira'a ta'ata. 'Ua ha'amanahia te tute 'aufaura'a e te ture tahiti nō te 24 nō māti 1852 nō te tāpa'ora'a fenua, 'e ha'amana-ato'a-hia e te fa'auera'a mana a te Hau Aihu'arā'au nō te 24 nō 'ātete 1887 tei fa'anaho i te hō'ē fa'a'itera'a fatu fenua i mua i te aro o te to'opae, ma te fāri'i i te pāto'ira'a. I te tenetere XIX, e mana rahi ta'a'ē tō te mau fa'aturera'a tahiti nō te mau fifi fenua, e fa'aho'i-marū-hia i mua i te mau ha'avā nō te Hau farāni.

Nō te hia'ai poritita e fa'aho'i i te mau ta'ata tahiti te ti'ara'a mana nō te ha'avā i te mau 'ohipa fenua mai te matahiti 1960 ra, 'ua ha'amanahia te reira e te ture nō te 16 nō fepuare 2015 'o tei ha'amau mai i te Tiripuna fenua nō Pōrinetia farāni, e fa'aotira'a 'aifāito, peretitenihia e te Tī'a mana 'e e turuhia mai e piti tī'a ta'ata tahiti. Nā te Tiripuna Fenua e ha'avā nei i te mau fa'ata'ara'a fenua e au i parau monora'a, te 'aitau, te mau purūmu aroā 'e te tāniuniura'a fenua. 'Ia 'ore noa atu te fifi fenua e 'āfaro-hau, e fa'ahaere-rū-hia te ravera'a o te mau parau, 'e 'ia au i tōna hāmanira'a 'e te mau parau ta'a'ē e ha'atanohia atu, 'e nāna e ha'afārerei te mana ture i te feia i ha'avāhia.

Le problème foncier, et partant celui de l'indivision, n'est pas propre à la Polynésie. Au sein de la République française, il touche principalement les Outre-Mer et la Corse, avec certes des différences liées à la culture et à l'histoire, mais également un point commun à toutes ces entités qui est l'attachement à la terre de ses ancêtres.

Les solutions dans les DOM ont consisté en une adaptation du Code civil et en Corse en la création du GIRTEC, groupement pour la reconstitution des titres de propriété. Cet organisme présidé par un magistrat est saisi par les notaires, et, au terme de ses recherches, permet aux notaires locaux d'établir des notoriétés prescriptives qui sont publiées et susceptibles d'opposition.

En Polynésie, la création d'un Tribunal foncier semble s'appuyer sur l'histoire du Pays et la volonté de prendre en compte l'histoire et les spécificités locales.

Nous allons d'abord évoquer l'histoire foncière de la Polynésie, qui donne un éclairage sur la situation actuelle.

Avant l'arrivée des Européens, le système foncier était lignager, basé sur l'appartenance à une généalogie. Il était géré par les *ari'i*, chefs de groupes familiaux, et c'était un système aristocratique.

Les îles se divisaient en *mata'eina'a*, subdivisions au sein desquelles les propriétés étaient marquées par les *marae* : la preuve du droit foncier résultait de la généalogie qui rattachait les personnes au fondateur du *marae*.

Ces « propriétés » permettaient à un groupe d'ascendance commune de disposer d'un espace offrant de l'eau pour se désaltérer, se rafraîchir et irriguer les cultures ; des espaces de sols aptes à la culture de plantes vivrières, des lieux d'habitation et de réunion et d'autres espaces à conserver indemne de toute intrusion humaine, en prévision des temps difficiles (*tapu* et *rāhui*). La « propriété » incluait aussi l'espace lagonaire et au-delà du récif, le trou à thon. La répartition de l'espace permettait à chaque groupe lignager de vivre et survivre non seulement en autarcie mais aussi de produire suffisamment pour échanger avec ses voisins.

Ce qui est à tort aujourd'hui considéré comme des espaces à l'abandon car non entretenus en apparence, étaient et sont encore dans certaines îles, des gisements de matières premières : matériaux de construction d'habitations, de pirogues et d'outils indispensables à la vie tout comme en matériels d'habillement et d'ornement : étoffes de *tapa* de qualités variées, fleurs, joncs pour couvre-chefs, etc. Aujourd'hui encore, dans des îles, cette approche de l'espace terrestre persiste par la mise en commun de lieux de plantation de taro aux Australes par exemple. Cette approche de l'île comme lieu de subsistance principale est menacée par quelques bureaucrates de Papeete pour qui « ce qui n'est pas construit est à l'abandon... »

La colonisation anglo-protestante fut politico-religieuse. Elle ne se contenta pas de désacraliser mais elle diabolisa. Pomare II qui ne pouvait se targuer d'une longue lignée de *ari'i* fut un ardent profanateur de *marae* et d'interdits ancestraux. Allié aux

missionnaires, il contribua à la destruction du système *huiarii marae* de chefferies autonomes et à son remplacement par une royauté à l'anglaise, centralisatrice soutenant les magasins missionnaires d'import-export. Ce qui a forcément modifié la relation à la terre et au lagon qui ne furent plus les seuls pourvoyeurs de nourriture. Ensemble, ils s'attelèrent à modifier la langue pour mieux imposer la nouvelle conception du monde nécessaire à la sacralisation de leurs autorités respectives ainsi que de leurs intérêts.

Au concept d'appartenance à un domaine nourricier, *'āi'a*, se substitua celui de propriétaire : *fatu fenua*.

Les épidémies successives introduites dès l'arrivée de Wallis en 1767, réduisirent la population de Tahiti estimée par Cook en 1774 à 204 000 habitants (mais que l'on peut raisonnablement ramener à près de 100 000) et qui fut recensée en 1846 à 6 400 habitants par Cuzent, pharmacien de la Marine française.

Un régime déclaratif des terres a été institué par la loi tahitienne du 24 mars 1852 sur l'enregistrement des terres puis par un décret de l'État colonial du 24 août 1887 portant réorganisation et délimitation de la propriété foncière dans les Établissements français de l'Océanie dans le royaume Pomare. Un système équivalent a été appliqué un peu plus tard dans les îles Sous-le-Vent et étendu petit à petit à la quasi-totalité du territoire de la Polynésie française, au rythme des annexions.

Il instituait une déclaration de propriété de la terre devant le conseil de district, avec opposition possible, cette opposition donnait lieu à une première décision du conseil de district puis un recours possible devant la Haute cour tahitienne : la cour des *To'ohitu*.

En 1842-1843, il existait une compétence exclusive des juridictions tahitiennes pour les litiges fonciers, lesquels ont été progressivement transférés aux juges de l'État français jusqu'en 1933.

On a assisté au fil du temps à une marginalisation des juges polynésiens mais la compétence des juridictions locales ne va officiellement disparaître qu'en 1945, avec l'application de la loi française.

À partir de 1945, les affaires de terres sont jugées par des magistrats français, de la même façon que les autres affaires. Mais dès 1960, on assiste à une volonté politique de redonner aux Polynésiens un droit de regard sur le jugement des affaires de terres, avec un projet de Tribunal foncier qui aurait des pouvoirs d'investigation...

L'idée, en effet, était d'instituer dans chaque subdivision administrative, district ou commune où besoin serait, un tribunal foncier chargé d'établir la liste des titulaires de droits réels sur les immeubles, de fixer définitivement les limites des immeubles fonciers cadastrés et de régler les litiges entre les titulaires de droits réels relatifs à l'exploitation de terres indivises. Ce tribunal devait être composé d'un magistrat professionnel et d'assesseurs ayant voix consultatives domiciliés dans la commune de situation des biens. Il aurait, au terme d'une procédure inquisitoriale (le tribunal recherchant lui-même les preuves), rendu des jugements ayant autorité de chose jugée absolue à l'égard de tous, le seul recours étant un recours en annulation pour violation de la loi devant le tribunal supérieur d'appel.

Ce projet ne fut pas adopté par l'Assemblée territoriale.

L'idée d'un tribunal foncier composé d'un magistrat professionnel et de deux assesseurs ressurgit dans les années 1990. Le gouvernement Leontieff en fit la proposition qui, cette fois, ne reçut pas l'approbation de l'État qui lui préféra la mise en place par une loi du 12 juillet 1990 d'un collège d'experts. Cet organe composé de personnalités choisies par l'Assemblée territoriale n'avait toutefois qu'un rôle consultatif sur les questions foncières que pourrait lui poser le président du gouvernement, le président de l'Assemblée ou le haut-commissaire.

Les prémices du Tribunal foncier apparaissent dans l'article 17 de la loi organique du 27 février 2004, portée par Gaston Flosse, et ce projet sera finalement concrétisé en 2014, sur proposition du député Édouard Fritsch qui va soutenir un texte de loi qui aboutira à la loi du 16 février 2015.

Cette loi modifie le Code de l'organisation judiciaire pour créer le Tribunal foncier de la Polynésie française, juridiction collégiale, présidée par un magistrat assisté de deux assesseurs polynésiens.

Cette loi signe le retour des juges polynésiens qui avaient progressivement été évincés des juridictions foncières.

Le Pays, dans le cadre de sa compétence, adoptait le 12 octobre 2017 une délibération qui fixe les règles de procédure applicable devant le Tribunal foncier,

Le décret en conseil d'État du 16 octobre 2017 précise les modalités de fonctionnement de ce Tribunal.

Il maintient, suite à l'intervention du premier président de la cour d'appel de Papeete, monsieur Vouaux Massel et du président Fritsch, la compétence des juridictions détachées de Raiatea et Nuku Hiva en matière foncière, ce qui répond manifestement à un objectif de justice de proximité.

Le Tribunal foncier, qu'il siège à Papeete, à Nuku Hiva ou à Raiatea, est donc composé d'un magistrat, président, et de deux assesseurs choisis parmi des personnes qualifiées en matière de propriété foncière. Ces personnes doivent être âgées de plus de vingt-trois ans, jouir de leurs droits civiques, civils et de famille et présenter des garanties de compétence et d'impartialité. Ils sont désignés par l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel de Papeete pour une durée de trois ans renouvelable. Les assesseurs sont proposés par le collège d'experts en matière foncière, dont les membres sont eux-mêmes désignés par l'Assemblée territoriale. Ce collège d'experts propose des candidats à l'assemblée générale des magistrats de la cour d'appel aux fins d'être agréés comme assesseurs.

C'est l'article 449-3 CPCPF créé par la délibération de l'Assemblée de Polynésie française du 12 octobre 2017 qui détermine la compétence d'attribution du Tribunal foncier : les actions réelles immobilières ainsi que les actions relatives à l'indivision ou au partage portant sur des droits réels immobiliers : concrètement, le tribunal foncier juge les partages successoraux, les usucapions, les servitudes et les bornages de terres.

Les quatre années de fonctionnement du Tribunal foncier ont permis de dégager ses forces et ses faiblesses.

I. SES FAIBLESSES

En premier lieu, il n'a pas de pouvoir d'investigation. Le commissaire du gouvernement initialement prévu dans la loi organique de 2015, qui devait avoir accès aux fichiers de la Direction des affaires foncières, et donner un éclairage objectif au Tribunal sur la situation juridique des terres, a finalement été supprimé en raison du risque de partialité. En effet, il devait s'agir d'un fonctionnaire du Pays, lequel Pays est partie au litige dans plusieurs dossiers. Le Tribunal ne juge que ce dont il est saisi par les justiciables, sur la base des seules pièces fournies par ces justiciables. Le ministère d'avocat n'étant pas obligatoire devant le Tribunal foncier, les parties doivent souvent dépenser beaucoup d'énergie et d'argent pour arriver à rassembler les éléments nécessaires à la constitution de leur dossier. Et de fait, le risque qu'ils évincent une des souches au partage, de bonne ou mauvaise foi, persiste.

Ensuite, il intervient dans des litiges et donc dans un contexte contentieux : la saisine du Tribunal est quelquefois un constat d'échec, lié à l'impossibilité de parvenir à un accord amiable. Cependant, le législateur polynésien a créé dans la délibération du 12 octobre 2017 la possibilité de recourir à des modes amiables de résolution des conflits, de recourir à la conciliation et la médiation à tous les stades de la procédure. Il a créé le corps des médiateurs fonciers, qui sont soumis à des conditions de diplôme et moralité strictes, et agréés par la Direction des affaires foncières. Cependant, les justiciables apparaissent encore peu enclins à recourir à la médiation, même si celle-ci fonctionne bien.

En outre, une fois le partage ordonné par le Tribunal, sa concrétisation passe par une expertise confiée à un géomètre expert pour la confection des lots. Ces expertises durent hélas fréquemment plusieurs années du fait de l'absence de géomètres experts en nombre suffisant sur le territoire. Ainsi, la moitié des dossiers du stock actuel du Tribunal foncier est bloquée en expertise, expertises qui au surplus coûtent cher pour les justiciables quand ceux-ci ne peuvent pas bénéficier de l'aide juridictionnelle.

Enfin, nous avons pu percevoir une certaine frustration de justiciables qui voudraient remettre en cause des ventes, qu'ils qualifient pour certaines de spoliations, intervenues il y a plus d'un siècle et dont les demandes se heurtent à la prescription et à la sécurité juridique nécessaire au développement du Pays.

Nous sommes parfois saisis de revendication de terres qui ont été vendues, quelquefois à plusieurs reprises, au siècle dernier. Les descendants des propriétaires originaires s'estiment victimes de spoliations et saisissent le Tribunal pour être rétablis dans leurs droits. Cependant, souvent, leurs demandes se heurtent aux règles de la prescription. Même si les règles de la prescription sont une compétence du Pays et nettement plus longues en Polynésie française qu'en France, la prescription la plus longue est de 30 ans, et il est quasiment impossible de remettre en cause des actes intervenus il y a plus de 30 ans.

II. SES FORCES

C'est d'abord la nette amélioration du temps de traitement des dossiers : des moyens considérables ont été déployés par l'État et le Pays et ils ont porté leurs fruits, car le Tribunal juge plus vite, notamment les nouveaux dossiers. Le stock des dossiers de terres sur Papeete a ainsi été réduit de plus de 1000 dossiers il y a six ans à environ 500 aujourd'hui. Les effectifs du Tribunal foncier de Papeete ont ensuite été déployés sur les îles Sous-le-Vent, où là aussi le stock d'environ 300 dossiers se réduit peu à peu.

Une autre force du Tribunal foncier est son implantation locale. Même s'il a été qualifié par certains de Tribunal colonial, le Tribunal foncier juge des litiges entre Polynésiens, par des Polynésiens, selon un code de procédure civile voté par des Polynésiens, et même en appliquant certains textes du Code civil spécifiques à la Polynésie française depuis 2019.

De plus, les assesseurs qui délibèrent avec nous sur les dossiers sont majoritaires, et si le juge apporte sa connaissance des textes de loi, ils apportent leur connaissance du tissu local et de la perception polynésienne de la situation, ils ont d'ailleurs fait, sur plusieurs points, évoluer la jurisprudence du Tribunal foncier.

Concrètement, après la phase de mise en état du dossier, pendant laquelle le juge professionnel s'assure que l'ensemble des parties au dossier aient été assignées ou soient présentes à la procédure, et pendant laquelle il s'assure également du respect du principe du contradictoire, c'est-à-dire que chacun ait eu connaissance des arguments et pièces de ses adversaires, quand le dossier est en état d'être jugé, le juge de la mise en état le renvoie devant le Tribunal foncier. Il prépare ensuite un rapport qui résume les prétentions et les moyens des parties, précise les textes de lois applicables et les faits constants.

Quelques jours avant l'audience, les assesseurs viennent prendre connaissance du dossier et du rapport. Ensuite se tient l'audience de plaidoirie, puis le délibéré, au cours duquel le juge et ses assesseurs décident quelle sera la solution du litige. Mais au-delà de la présence des assesseurs à l'audience, ceux-ci ont rôle de relais dans la population, notamment aux îles Sous-le-Vent. Étant au fait de la procédure, ils peuvent informer leur entourage sur le déroulement d'un dossier de terre et sur les pièces à fournir.

Enfin, une autre force du Tribunal foncier est sa localisation : les Polynésiens bénéficient d'un lieu d'accueil dédié, avec un personnel spécifiquement formé, qui au surplus est facilement accessible.

Pour conclure, on peut se féliciter que l'État français ait adapté le traitement des dossiers au contexte local, mais si le Tribunal foncier a amélioré le traitement des dossiers de terres, il ne réglera pas à lui seul le problème foncier.

À terme, et même très rapidement dans certains cas, va se poser le problème de l'impossibilité de partager les terres entre tous les indivisaires.

Et il est nécessaire que les justiciables mais aussi l'ensemble des Polynésiens, engagent ou poursuivent une réflexion sur ce point. Le problème se pose déjà dans certains dossiers, dans lesquels il y a trop d'indivisaires pour partager les biens en nature.

Que faut-il alors faire ?

Vendre, au risque que la terre soit acquise par de grands groupes financiers pour y construire des hôtels réservés à des touristes fortunés, ou bien inventer un mode de gestion de cette indivision ? Cette réflexion ne relève pas du magistrat que je suis mais appartient au peuple polynésien.

Belle conclusion qui invite à interpeler sur la nature de la relation du Polynésien à la terre...

Appartenance vitale ou propriété vénale ? Lieu de vie ou monnaie d'échange ? Les habitants de Maïao en ont fait la cruelle expérience. En 1920, l'Anglais Eric Lawford Trover s'y installe et ouvre un commerce de nouveautés et d'alcool. Les habitants s'endettent si bien que l'Anglais devient le seul propriétaire de l'île en 1930. Le pasteur Moreau alerte le gouverneur et obtient la restitution de leurs terres aux habitants qui remboursent peu à peu, en coprah et pandanus, leurs dettes. Le traumatisme fut tel qu'aujourd'hui encore, nul étranger ne peut y résider plus de 24 heures.

Alors que la population de Tahiti dépasse les estimations optimistes de Cook en 1774, nous appliquons des textes pris à partir d'une situation démographique telle que l'accès au foncier ne posait aucun problème : 6400 habitants pour tout Tahiti ! La grippe espagnole de 1918 a interrompu la transmission de terres il y a cinq à six générations. Le partage aujourd'hui (traduit *vāvāhira'a*, c'est-à-dire « destruction »), est très souvent conflictuel. Judiciaire, il est onéreux en argent, temps et efforts.

En outre, les conflits ne surviennent pas qu'entre citoyens. Le pays a édicté une délibération qui fait fi des titres de propriété. Le Pays s'approprie sans exproprier des lits de rivière et rivages plus ou moins submergés. Le propriétaire lésé n'a nulle part où s'adresser. Par ailleurs, en attribuant des permis de construire y compris en cours de partage judiciaire, le service de l'urbanisme complique, renchérit et en rajoute aux dissensions familiales. Par exemple, en accordant des emprises de 3 000 m² à des pétitionnaires qui n'en hériteront que 15 m².

De même, des décisions antérieures à son existence continuent à peser sur des propriétaires qui, ayant acquis un bien en toute légalité et bonne foi, découvrent que leur terre est réattribuée au vendeur non contraint à restituer l'argent perçu ! Ce déni de leurs droits pèse sur le quotidien de plus d'un millier de personnes. Quelle instance juridique ou judiciaire viendra au secours de ces citoyens-là ?

Toutefois, par la qualité de l'accueil de son greffe et l'écoute bienveillante des juges lors des audiences, le Tribunal foncier a rendu en grande partie à l'héritage foncier ce qu'il doit être : un précieux legs ancestral, un moyen pour reconstituer l'histoire de la famille et des îles.

LE CONTENTIEUX FONCIER EN AUDIENCE FORAINE : LA JUSTICE AU PLUS PRÈS DES PLUS ÉLOIGNÉS

Gérard Joly
Magistrat au Tribunal de Première instance de Papeete,
en charge des audiences foraines

Te 'aimārōra'a fenua i roto i te pū 'ohipara'a ture : ia ha'afātatahia te Ture i tei noho i te vāhi ātea. Nō te mea ra ē 'ua purara te huirā'atira i roto hō'ē ārea fenua iti rahi, 'ua tu'uhia te fa'anahora'a ha'avā e tī'āu nei i te parau tī'a i Pōrīnetia farāni nei i roto i te rima o te Tī'a ha'avā 'e te Pāpa'i parau ha'avā (terēfie) e tī'a nei i Papeete. 'O rāua tē ha'apa'o i te mau ha'avāra'a nō te mau ta'amotu Tuha'a Pae, Tuamotu 'e Ma'areva mā. Te 'aimārōra'a fenua te 'ohipa e amo-rahi-hia nei e taua pū 'ohipara'a ture.

Noa atu ē, e riro te āteara'a o te mau ta'amotu 'ei fifi mau i te pae o te 'aimārōra'a fenua (te fifi e fāna'o i te mau parau mana ture, 'ia pou mai te feiā ha'avāhia i Tahiti 'aore rā te terera'a o te mau tī'a ha'avā 'e te mau tī'a tāniniu fenua i te mau motu ra), e hōro'a te fa'anahora'a ha'avā i te mau rāve'a 'ia mārāmarama te tāata i te parau nō te ture fenua 'e 'ia fa'a'ōhie-ato'a-hia te mau pu'e parau ha'avā (te ani tītorotorora'a parau ; te rave-'ōhie-ra'a o te parau huru teimaha). Tē tīa'ihia ra te ha'amaura'a o te tahi pū 'ohipara'a fa'ata'ahia 'ei tī'a'aura'a i te parau tura 'o na ta'amotu e toru nei.

SI LOIN... SI PRÈS...

C'est autour de ces deux pôles que je vous propose d'articuler mon intervention sur le service judiciaire foncier forain, après avoir présenté au préalable et rapidement l'organisation et l'activité de ce service dont j'ai la charge depuis cinq ans, en laissant de côté les audiences foraines qui existent aussi aux îles Sous-le-Vent et aux Marquises.

Il faut aussi rappeler que même si l'activité foncière absorbe une bonne partie du temps du juge forain, ce dernier a de nombreuses autres activités civiles et pénales dans les îles.

Je parlerai très peu de droit foncier, un peu plus de procédure mais surtout de la réalité méconnue y compris au sein du tribunal, de l'activité judiciaire dans les archipels éloignés. J'avoue qu'avant d'exercer ces fonctions, je n'en avais pas pris moi-même toute la mesure.

Présentation de la justice foraine aux Tuamotu-Gambier et dans l'archipel des Australes

Quelques chiffres pour commencer.

Population totale par archipel (recensement 2012 et recensement 2017)

- Îles du vent : 200 881 habitants (74,9%) ; 207 333 (75,1%)
- Îles Sous-le-Vent : 34 622 habitants (12,9%) ; 35 393 (12,8%)
- Îles Tuamotu et Gambier : 16 664 habitants (6,2%) ; 16 881 (6,1%)
- Îles Marquises : 9 264 habitants (3,4%) ; 9 346 (3,4%)
- Îles Australes : 6 839 habitants (2,6%) ; 6 965 (2,5%)
- en 2012 : Tuamotu-Gambier-Australes = 23 503 (représentent 8,8% de la population de Polynésie française) ; en 2017, 8,6% sur une cinquantaine d'îles habitées.

Confronté à la dispersion de la population sur un très vaste territoire, le système judiciaire mis en place pour garantir l'accès à la justice en Polynésie française consiste, hors le Tribunal de première instance, en l'existence de deux sections détachées pour les îles Sous-le-Vent et les Marquises avec implantation permanente d'un magistrat et d'un greffe dans l'île principale de ces deux archipels et en l'existence d'un magistrat et d'un greffier centrés à Papeete et chargés des audiences foraines pour les archipels des Australes, des Tuamotu et des Gambier.

Il faut cependant insister sur le fait que ce service forain n'existe de manière officielle en terme d'organisation judiciaire et procédurale que lorsque sont assurées des audiences dans les îles et sur Tahiti en matière foncière : il n'est qu'une des émanations du Tribunal foncier, baptisée « section foraine ».

Le service est composé d'un magistrat à temps partiel assisté depuis peu d'un juriste assistant à mi-temps et d'un greffier à temps presque complet assisté d'un adjoint pour trois ans à 50 %. Des audiences de mise en état et de plaidoirie sont tenues une fois par mois sur Papeete. Le tribunal prend alors de manière un peu audacieuse le titre de « section foraine » du Tribunal foncier et est composé des mêmes assesseurs que les autres sections.

Le stock actuel de dossiers fonciers se monte à 289. Cette activité a beaucoup augmenté (plus que doublé en cinq ans : 131 dossiers en 2016) en raison de la politique

de retour des dossiers des trois archipels traités par les autres magistrats de Papeete, dans un souci de cohérence et d'efficacité (éviter le risque de décisions contradictoires rendues sur la même terre ; avantage à ce que ce soit le juge rédacteur qui a effectué le transport sur les lieux et les auditions de témoins dans les îles). L'augmentation s'explique aussi par le développement des tournées sur l'archipel des Tuamotu. Il s'agissait aussi de consolider l'identité du service forain.

Il est probable que le flux des dossiers ne se tarira pas dans les années à venir : il reste un nombre impressionnant de terres en indivision. En outre, une partie non négligeable des terres est présumée domaniale.

La spécialisation de fait d'un juge garantit une meilleure compréhension des problématiques propres à chaque île et la construction d'une jurisprudence « sur mesure ». Ainsi sur Rurutu et Rimatara, privées de processus de revendication, des solutions fondées sur les mentions du procès-verbal de bornage avaient commencé à être dégagées avant l'intervention de la loi de pays. Sur Rikitea, une partie importante des terres est domaniale à défaut de publication des *tōmite*. La mobilisation récente de la population devrait amener à traiter au moins une centaine de nouveaux dossiers.

Si loin...

L'éloignement des archipels constitue un énorme handicap pour le traitement des dossiers fonciers. Les justiciables de ces îles sont dépourvus localement d'information juridique en l'absence de tout professionnel du droit. Certes le tribunal et le Territoire ont consenti d'importants efforts de mise en ligne des formulaires et de la documentation. Mais la connexion internet est souvent de mauvaise qualité dans les îles, outre que peu d'habitants possèdent une connexion privée. En outre, leurs déplacements sur Tahiti sont entravés par le coût et la faible rotation des transports.

En miroir, le service forain est confronté à des contraintes budgétaires et de personnel pour desservir ces archipels, tout particulièrement celui des Tuamotu. Historiquement, le service se déplaçait une fois par an sur chacune des quatre îles australes (hors Rapa), sur Rikitea, Rangiroa et Hao. Il restait alors très peu de temps pour seulement une ou deux autres îles des Tuamotu.

Depuis cinq ans, une nouvelle organisation a été mise en œuvre pour desservir moins mal cet archipel (il s'agit cependant de déshabiller Pierre pour habiller un peu Paul : il a fallu diminuer le rythme de passage sur les îles habituelles). Cette organisation s'appuie sur la participation à des tournées administratives montées par la circonscription territoriale des Tuamotu-Gambier : un avion est spécialement affrété sur quelques jours pour se rendre sur trois à cinq îles à la suite. Une dizaine de « missionnaires » représentent diverses administrations du Territoire et de l'État et le service forain participe à trois ou quatre de ces tournées par an.

La population, très en attente, manifeste sa satisfaction de voir ces services venir à elle et l'accueil est toujours chaleureux. Pour l'anecdote, un maire dont je tairai par pudeur l'identité, dans une île où le service forain n'était pas venu depuis dix ans, lançait dans son discours de bienvenue : « Juge , *I love you !* ».

Avec ce nouveau système, il est possible d'espérer réduire le rythme de passage à quatre ou cinq ans en moyenne.

De même, les mesures d'expertises, souvent incontournables en matière foncière, souffrent de délais importants et sont onéreuses. Les expertises sur une même île sont confiées au même géomètre pour au moins mutualiser les frais de transport et de séjour.

Si près...

À l'inverse, le système des audiences foraines présente de réels avantages.

En premier lieu, une information juridique accessible à toute la population de l'île, est assurée par le magistrat et le greffier, sans rendez-vous, dans le temps laissé disponible par les audiences. Si cette fonction n'entre pas dans nos missions officielles, il est difficile de ne pas répondre à l'importante demande sur des îles qui ne voient pour la plupart jamais d'autres professionnels du droit (notaire, avocat...). La frontière entre information et conseil est en outre ténue. Au-delà de sa parfaite maîtrise de la procédure, le greffier actuel connaît le droit de fond et accepte, dans les cas fréquents de grande affluence, de participer à cette information.

En second lieu, est mise en place la possibilité d'une saisine par requête verbale, facilitant la formalisation des demandes des justiciables mal à l'aise à l'écrit. Cette procédure est prévue par l'article 31 du Code de procédure civile de Polynésie française : « Lorsque le tribunal siège en audience foraine, les parties peuvent se présenter volontairement devant lui et demander qu'il juge leur différend. » Elles pourront solliciter le concours gratuit d'un interprète assermenté si elles ne maîtrisent pas parfaitement la langue française. Les déclarations des parties font l'objet d'un procès-verbal signé par elles-mêmes, le greffier, l'interprète assermenté et le juge.

Pour des justiciables souvent démunis à l'écrit, surtout lorsqu'il s'agit de rédiger une demande en justice, cet outil est précieux puisqu'il leur permet de soumettre verbalement des demandes qui seront formalisées par le juge et le greffier.

Enfin, existent des procédures allégées d'organisation d'enquêtes : transport sur les lieux, audition de témoins..

Selon l'article 95 du code de procédure civile : « Le tribunal peut décider qu'il se transportera sur les lieux ; il peut déléguer un juge à cet effet. Les jour et heure du transport sont fixés soit dans le jugement soit par ordonnance postérieure prise

d'office ou sur requête, notifiée au moins huit jours à l'avance aux parties à moins que celles-ci n'aient renoncé à se prévaloir de ce délai ; toutefois, ces exigences ne sont pas requises en cas d'audience foraine⁴³. »

Au titre de l'article 445 du même code, le juge peut immédiatement entendre sous serment en présence ou en l'absence des parties, toutes personnes dont le témoignage paraît utile à la cause ; les déclarations des témoins sont consignées au plumitif. De même, en vertu de l'article 443, les parties comparaissent devant le juge en audience foraine, soit volontairement, soit sur convocation du magistrat. La convocation remise à personne vaut assignation régulière. Elle peut être donnée pour le jour même, suivant les nécessités, en laissant à la partie un délai suffisant pour se rendre devant le juge.

Ces assouplissements garantissent une bonne réactivité sur place : ainsi, si une demande d'usucapion est déposée, elle pourra être instruite immédiatement sans attendre plusieurs années avant la prochaine tournée foraine.

Dans le même esprit, le recours à la procédure du référé civil (autre compétence du magistrat en charge des audiences foraines) permet de traiter au besoin en quelques heures des contentieux simples en matière d'expulsion ou d'indivision.

Enfin, ces audiences foraines sont l'opportunité de tenter de concilier des parties en litige : s'il reste du temps disponible et même en l'absence de saisine officielle, le juge peut aussi, si les intéressés le souhaitent, s'efforcer d'aider à dégager des solutions de compromis. Cela permet à tout le moins que les parties expliquent l'origine et le fondement des droits dont elles se prévalent et qu'elles aient pu garder sous silence jusque-là.

CONCLUSION

Au-delà de ses réelles fragilités, la justice foraine reste un outil intéressant et adapté à la dispersion des îles. Encore serait-il utile que soit créée une section détachée consacrée aux trois archipels des Tuamotu-Gambier et Australes avec son siège à Papeete eu égard au contexte géographique. L'importance du service forain serait ainsi reconnue symboliquement de même que l'intérêt porté aux trois archipels dans l'organisation judiciaire locale.

La création de la section détachée, demande en cours auprès de la Chancellerie, garantirait enfin la pérennité d'un service toujours menacé par les contraintes en personnel et en budget (ainsi il y a cinq ans, un projet de mutualisation des fonctions d'une part du juge et d'autre part du greffier forain aurait signé, de fait, la mort de cette justice s'il avait abouti).

En outre et dans le cadre de l'accès au droit, un projet est en cours d'élaboration pour mettre en œuvre des outils d'information des justiciables des îles éloignées.

43. Souligné par l'auteur.

LE REGARD DE LA COUR DE CASSATION SUR LES SPÉCIFICITÉS POLYNÉSIENNES DANS LE CONTENTIEUX SUCCESSORAL ET FONCIER : DIX ANS DE JURISPRUDENCE

Hugues Fulchiron
Professeur des universités
Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation

Te hi'ora'a a te Tiripuna teitei i te ta'a'ëra'a i Pōrīnetia i te pae o te 'ōperera'a fenua
E ta'a'ëra'a mau tō te parau o te mau faufa'a fenua fēti'i 'āmui i Pōrīnetia nō te huru o te
fa'aturera'a, te orara'a tōtiare, te fa'arava'ira'a faufa'a 'e o te hīro'a tumu. E rave rahi mau tāfifira'a
'ia 'ore te 'ōperera'a faufa'a 'ia matara, hānere pae 'ahuru matahiti hau vetahi i te tīa'ira'a, rahi
roa atu 'ia ō mai te nava'i-'ore o te parau tīvira i fifi ai te monora'a, 'e te nane o te ture fenua i
pāpū-'ore ai te fa'afatura'a. E riro te fatura'a mau 'ei rāve'a e matara ai te fifi, 'ia ho'onahia rā 'e
'ia 'āfaro maita'i rā e tī'a ai.
E tuatāpapa mai teie vauvaura'a parau i te mau ha'avāra'a 'e te fa'aotira'a rau i te tiripuna teitei
i nī'a i te faufa'a fēti'i 'āmui i nā roara'a e 'ahuru matahiti.

Casse-tête, maquis inextricable, enchevêtrement incompréhensible, les qualificatifs ne manquent pas pour décrire le problème de ces indivisions qui se divisent et se subdivisent depuis parfois plus d'un siècle et demi, sans jamais être liquidées, et, surtout, sans que l'on sache qui tient de qui et qui a droit à quoi. La situation n'est pas propre à la Polynésie française : elle existe à l'état endémique dans d'autres îles, de la Corse à la Nouvelle-Calédonie, en passant par Mayotte. Mais elle prend en Polynésie une dimension d'autant plus importante qu'elle correspond à une réalité complexe et fait écho à l'attachement des Polynésiens à la propriété collective de la terre. Pour eux, dit-on souvent, l'indivision est à la fois un fléau et une protection : un fléau car elle rend toute transaction incertaine et freine le développement économique du territoire ; une protection parce qu'elle a permis de repousser jadis les appétits fonciers des colons et qu'elle freine aujourd'hui ceux des grands groupes économiques ; de façon toute

pragmatique, elle dispense ceux qui vivent de la terre de l'obligation de payer des droits de mutation et de partage qu'ils ne pourraient financièrement assumer. Mais, à long terme, cette protection risque de devenir un poison.

Aussi est-il plus que jamais nécessaire de chercher une solution au problème de fond, celui, général, de la terre, et, en attendant, d'adapter le cadre juridique existant pour faire face aux questions les plus urgentes.

En ces matières, le juge judiciaire se retrouve, bien sûr en première ligne : à lui de traiter au quotidien les situations inextricables créées par ces indivisions complexes. D'autant que, face à la difficulté de la tâche, qui complique la recherche d'une solution consensuelle et fragilise le peu qui semblait acquis, c'est vers lui que se tournent très vite les intéressés : dans son rapport, la Commission des lois du Sénat explique clairement les raisons qui poussent les indivisaires à recourir presque exclusivement au partage judiciaire. Or les instruments dont le juge dispose ne sont pas adaptés aux réalités et aux besoins locaux. Les juges ont ainsi été conduits à construire une jurisprudence imaginative, sur le partage par souche ou sur l'attribution préférentielle du logement au conjoint survivant (art. 831-2 du Code civil), en particulier. Cet effort créatif s'est heurté à la Cour de cassation. Non que la Cour de cassation soit insensible aux réalités locales (sa jurisprudence sur la coutume en Nouvelle-Calédonie en est la preuve), mais sa mission est à la fois de veiller à la bonne application de la règle de droit et d'assurer l'unité de son interprétation sur le territoire de la République. Elle est à la fois gardienne de l'orthodoxie de la règle dans son interprétation et garante de la généralité de la règle dans son application. Elle ne pouvait donc que censurer les jurisprudences « locales », aussi opportunes soient-elles. En agissant ainsi, la Cour de cassation respecte la mission qui lui est attribuée et renvoie le législateur à sa responsabilité.

Le législateur, ou plutôt les législateurs puisque, en l'occurrence, deux voies pouvaient être explorées : passer par le législateur national ou laisser l'initiative au législateur polynésien. On sait que c'est la première solution qui a été choisie en 2019 : la loi n°2019-786 du 26 juillet 2019 relative à la Polynésie française, a entendu adapter le régime de l'indivision en s'inspirant de la jurisprudence de la cour d'appel de Papeete, de différents rapports consacrés au problème et d'expérimentations menées sur d'autres territoires d'outre-mer.

Le fossé qui se creusait entre la Cour de cassation et la cour d'appel de Papeete a ainsi été comblé (en attendant que l'une et l'autre ne soient amenées à interpréter les nouveaux textes...).

Pour autant tous les problèmes ne sont pas réglés. Et le contentieux qui monte devant la Cour de cassation est bien présent, sans parler de ces affaires que l'on hérite de conseiller en conseiller, de cassation en renvoi et de renvoi en nouveau pourvoi, dans le cadre de dossiers aussi inextricables que les indivisions qui en sont l'objet. Pour ne rien simplifier, les questions d'indivisions montent souvent devant la Cour de cassation à travers des moyens de procédure, les avocats aux Conseils jouant habilement sur les spécificités du Code de procédure civile de Polynésie.

Ce sont ces problèmes, tels qu'ils sont vus par la Cour de cassation, que je souhaite présenter, à travers une étude de dix ans de jurisprudence des Première, Deuxième et Troisième chambres civiles de la Cour de cassation relative aux indivisions polynésiennes, soit une bonne trentaine d'arrêts.

Qu'aucun d'entre eux ne porte sur le partage est, en soi, tout un symbole. De même n'y a-t-il à peu près rien sur la gestion de l'indivision... Tous les pourvois ou presque, qu'ils avancent sous le masque de la procédure civile ou abordent directement le problème de fond, reviennent à une question centrale : celle de la preuve de la qualité de propriétaire, qu'il s'agisse de la preuve de la qualité de propriétaire en général ou de la preuve de la qualité de propriétaire par usucapion, en particulier.

I. LA PREUVE DE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE EN GÉNÉRAL

Il est deux questions particulières que l'on retrouve sous tous les cieux, mais qui, dans la contexte social, culturel, historique, politique et juridique de la Polynésie, prennent une importance singulière : la preuve de la qualité d'héritier du dernier (parfois le premier) propriétaire dont le titre n'est pas contesté et la preuve du droit de propriété.

A. La preuve de la qualité d'héritier

C'est là une question universelle qui peut faire penser à telle ou telle indivision corse, mais qui en Polynésie, conduit à remonter quatre ou cinq générations, voire plus, jusqu'au détenteur originel d'un *tōmite* établi à la fin des années 1850.

La situation est compliquée par deux problèmes particuliers : le manque de fiabilité de l'état civil d'une part, le contexte social et culturel local, d'autre part, avec les enfants nés hors mariage ou l'adoption *fa'a'amu*.

La question se pose soit directement, pour prouver la qualité de propriétaire, soit indirectement, pour prouver la qualité pour agir... afin de revendiquer la propriété d'un bien et/ou contester tel ou tel acte passé sur ce bien.

1. La preuve de la filiation par les actes de l'état civil à fin de prouver la qualité de propriétaire

Deux arrêts sont particulièrement significatifs : celui rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 4 mars 2020⁴⁴ et celui rendu par la même chambre le 10 septembre 2014⁴⁵.

Dans la première affaire, tout part d'une demande de partage par A, d'une terre située à Moorea. Mais pour demander le partage, il faut prouver sa qualité de

44. Arrêt n°18-24246.

45. Arrêt n°13-19085.

propriétaire, donc de descendant de dernier propriétaire dont le titre est incontesté. En l'occurrence, il s'agissait du premier propriétaire reconnu, né en 1850. Le problème portait sur la filiation maternelle de son fils, Z, en raison d'approximations dans l'acte de naissance dressé le 4 février 1877, la mère y étant désignée sous ce qui semble un diminutif (ce que conteste le pourvoi) et d'incertitudes sur l'âge des parents. Pour sortir de l'impasse, les juges du fond ont procédé par croisement entre les différents actes d'état civil dont dispose l'intéressé : actes de mariage des parents de Z (X et Y), acte de naissance et acte de décès de Z, dressé en 1911 sur les déclarations d'une personne, W, qui affirme être son frère. Problème supplémentaire : l'existence d'un acte de notoriété établi quelque temps après le décès de Z, et dans lequel il est dit que W est le seul descendant légitime de X (exit Z...).

Dans son arrêt du 4 mars 2020, la Cour de cassation relève que : « 6. Après avoir rappelé que les actes de l'état civil du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle doivent se lire en tenant compte de la circonstance que les noms et prénoms n'étaient pas alors parfaitement stabilisés et qu'ils étaient souvent transcrits de manière phonétique, l'arrêt constate que l'acte de naissance litigieux est cohérent avec l'acte de mariage de Metua a Teremate et Moerai a Piere, ainsi qu'avec l'acte de décès du 21 décembre 1911 de Teriitepoiaino a Teremate, qui mentionne qu'il est le fils de Moerai a Piere, sur la déclaration de Tau a Teremate, son frère. 7. Il relève encore que, les actes de l'état civil étant cohérents entre eux, ils font seuls foi de l'état civil de Teriiteporouamio a Teremate, de sorte que l'acte de notoriété établi le 11 mars 1915, dont il résulte que Moerai a Piere aurait laissé pour seul et unique héritier Tau a Teremate, est dépourvu de valeur probante. 8. Il énonce enfin que le premier juge n'a pas créé une prétendue "présomption de maternité" mais a procédé à une lecture croisée des actes de l'état civil qui lui étaient soumis, dont il a déduit que Rai ne pouvait qu'être le diminutif de Moerai a Piere, tous les actes produits permettant de dire que Moerai a Piere est la femme de Metua a Teremate, qui est le père de Teriiteporouamio a Teremate et que Tau a Teremate, dont il est démontré qu'il est leur fils, déclare le 21 décembre 1911 la mort de Teriiteporouamio a Teremate en indiquant qu'il est son frère et que sa mère est Moerai a Piere. 9. De ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit, sans se contredire, que Teriiteporouamio a Teremate était le fils de Moerai a Piere et de Metua a Teremate et avait vocation à leur succéder. »

C'est donc la lecture croisée des actes de l'état civil qui a permis à la cour d'appel d'en déduire la filiation de Z et donc sa qualité d'ayant droit de A, étant rappelé, mais la Cour de cassation n'en éprouve même pas le besoin tant la règle est solidement établie, que, d'une part, la preuve de l'état des personnes en général se fait par les actes de l'état civil et celle de la filiation en particulier par l'acte de naissance de l'enfant (art. 310-3 du Code civil) et d'autre part, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour interpréter les actes lorsque ceux-ci doivent être interprétés.

Quant à l'acte de notoriété dressé après le décès, il est de jurisprudence constante qu'il établit la preuve de la qualité d'héritier et non celle de la filiation⁴⁶. Il fait foi jusqu'à

46. Voir l'actuel article 730-1 du Code civil.

preuve contraire (art. 730-3 du Code civil, reprenant un principe déjà affirmé par la chambre des requêtes le 16 janvier 1843), étant précisé qu'en cas de contestation, les juges du fond apprécient souverainement la valeur probante de l'acte de notoriété produit⁴⁷.

À ce sujet, on évoquera l'arrêt rendu le 26 juin 2013 par la Première chambre civile de la Cour de cassation : X était décédé en 1900 à Papeete ; quatre-vingt-dix ans plus tard, un acte de notoriété avait été établi à la demande de Y, reconnaissant à deux cousines du de cujus, dont Mme Y était l'ayant droit, des droits dans la succession de X, en l'absence d'ascendants et de descendants. À la demande de Mme Z, l'acte de notoriété fut annulé et la Cour de cassation rejette, sur ce point, le pourvoi formé par Mmes X et Y : « *Ayant souverainement relevé que l'acte de notoriété contesté mentionnait que Fareturu a Tuao était décédé sans laisser d'ascendants, alors qu'il résultait de l'expertise généalogique judiciairement ordonnée, qui ne faisait l'objet d'aucune critique, que Fareturu a Tuao était décédé en laissant pour lui succéder ses deux parents, la cour d'appel en a déduit, sans dénaturation des actes d'état civil produits, que l'acte de notoriété devait être annulé.* »

La deuxième affaire, qui a donné lieu à l'arrêt de la Première chambre civile du 16 septembre 2014⁴⁸ illustre à la fois la complexité des questions liées à la preuve de l'état, et les dangers que les incertitudes entourant la propriété des terres font courir au développement économique de l'île.

Le litige portait sur une terre située à Fakarava. Un hôtel avait été construit sur le terrain, financé par la banque Socredo, qui avait fait inscrire une hypothèque en garantie de son prêt. Soutenant qu'il est propriétaire du quart indivis de cette terre, dont il aurait hérité de son père qui l'aurait lui-même reçu dans la succession de son propre père, qui serait le fils du dernier propriétaire dont la qualité a été reconnue, M. X agit pour faire établir sa propriété et faire reconnaître que ceux qui avaient consenti à la construction d'un ensemble hôtelier sur le terrain en question étaient sans droit pour le faire et qu'en conséquence la société Socredo était sans droit pour faire inscrire une hypothèque sur ce bien indivis. Parallèlement, un autre indivisaire se manifeste...

En l'espèce, c'est la filiation du grand-père, né en 1892, qui était en cause. À sa naissance le grand-père avait été déclaré par son père, lui-même né en 1869, qui indique à l'officier de l'état civil que cet enfant est issu de lui et de Mme Z, qui a accouché, les deux parents n'étant pas mariés. Cette déclaration constitue-t-elle une reconnaissance ?

Appliquant les règles du Code civil telle qu'interprétée par la jurisprudence de l'époque (je rappelle que le Code civil a été introduit en Polynésie en 1866), la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Papeete, qui avait dit que cette déclaration ne constituait pas une reconnaissance au sens du Code civil : elle relevait un problème sur le nom de celui qui était désigné comme père (s'agissait-il vraiment du déclarant

47. Civ. 1^{re} 24 octobre 1984, n°83-12558

48. Arrêt n°13-19085.

ou d'une tierce personne ?) ; elle faisait également observer que l'enfant n'était pas mentionné dans l'acte de mariage de ses parents, célébré quelques années plus tard, à fin de légitimation.

La Cour de cassation ne remet pas en cause le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter les actes produits, mais encore faut-il que les juges s'expliquent : en l'espèce, il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir expliqué en quoi les indications figurant dans l'acte de naissance ne comportaient pas reconnaissance par le déclarant de sa paternité.

2. La preuve de la filiation par les actes de l'état civil à fin de prouver la qualité pour agir ou invoquer l'autorité de la choses jugée

Comme on l'a dit *supra*, la question de la preuve de la filiation peut se poser dans un cadre procédural, afin de déterminer la qualité pour agir en tierce opposition lorsque quelqu'un qui se prétend propriétaire indivis apparaît ou réapparaît, et attaque une décision à laquelle il n'a été ni présent ni représenté, ou affirme que ladite décision n'a pas autorité de la chose jugée à son égard.

La Deuxième chambre civile a eu à traiter ces redoutables problèmes de preuve de la qualité d'ayant droit pour trancher la question, préalable, en toute logique, de *la qualité pour agir en tierce opposition*. Aux termes de l'article 583 du Code de procédure civile, est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt à condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque, la condition d'« intérêt » étant entendue par la jurisprudence comme l'existence d'un préjudice. L'article 363 du Code de procédure civile de Polynésie française a intégré cette interprétation, qui dispose que la tierce opposition est recevable si elle préjudicie au droit de celui qui agit. L'existence d'un préjudice est souverainement appréciée par les juges du fond.

Dans un arrêt du 26 juin 2013, n°12-16084, déjà cité, la Première chambre civile avait eu à statuer dans une espèce où des tiers opposants à un jugement attribuant des terres par usucapion se prévalaient, sans le prouver, de leur qualité d'héritiers de la personne qui en avait été autrefois propriétaire. La cour d'appel avait déclaré irrecevable la tierce opposition au motif que l'intéressé ne prouvait pas sa qualité d'héritier, et le pourvoi lui reprochait d'avoir fait de la qualité d'ayant droit du défunt la condition de recevabilité de la tierce opposition alors qu'elle est une condition du succès de l'action. Selon la Cour : « *Attendu qu'ayant relevé que l'acte de notoriété sur lequel Mme Tu se fondait avait été annulé et qu'il ressortait du rapport d'expertise que les consorts Tu-Tepava ne justifiaient pas de leur qualité d'ayants droit de Tuao a Tuao, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que ces derniers étaient irrecevables en leur tierce opposition [...].* »

Deux arrêts de la Deuxième chambre civile⁴⁹, rendus sur le fondement de l'article 363 du Code de procédure civile de Polynésie française, ont affirmé que l'existence du

49. Civ. 2^e, 6 mai 2010, n°08-70456 et Civ. 2^e 26 septembre 2013, n°12-14681.

droit invoqué par le tiers-opposant n'était pas une condition de recevabilité de son recours mais de son succès, ce qui pouvait donner à penser que peu importait donc que la preuve de la qualité d'ayant droit fût rapportée, cette preuve étant une condition du succès de l'action. Mais dans un arrêt du 23 juin 2016, n°12-16866, la Deuxième chambre civile a levé toute ambiguïté : « *Attendu, qu'ayant, par motifs propres et adoptés, exactement retenu qu'il appartient à la partie qui forme une tierce opposition en application de l'article 363 du Code de procédure civile de Polynésie française de démontrer qu'elle a intérêt à agir, c'est-à-dire de prouver que le jugement auquel elle s'oppose préjudicie à ses droits, et relevé que si le testament de la tante de Mme Ida Burns veuve Hauata mentionnait l'existence de biens immobiliers à Anaa, il ne précisait pas les terres concernées, et que Mme Ida Burns veuve Hauata n'établissait pas le lien de filiation entre sa tante et le revendiquant initial, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a estimé, peu important que ceux-ci soient de nature à assurer le succès des prétentions de Mme Ida Burns veuve Hauata, le droit des consorts Amau résultant du jugement du 1^{er} juin 1983 ne l'empêchant pas de revendiquer la propriété de la parcelle litigieuse, que Mme Ida Burns veuve Hauata était irrecevable en sa tierce opposition [...].* »

Un arrêt de la Deuxième chambre civile, rendu le 6 juin 2013⁵⁰, illustre un autre type de « mauvaise surprise » : celle de voir surgir un héritier qui prétend écarter l'autorité de la chose jugée au motif qu'il n'a été ni partie ni représenté à l'instance.

En l'espèce, le litige portait sur une terre située à Faaa, revendiquée en 1852 par X qui laisse à sa succession Y, aux droits de laquelle vient Z, d'une part, et trois autres ayants droit, qui vendent leurs droits à A, qui les revend à ses droits enfants, B, C et D, qui procèdent au partage, les enfants de D, E, F, G et C cédant ensuite leurs droits à deux sociétés civiles immobilières qui les revendent à la Polynésie française. Z réapparaît.

Or, deux décisions de justice avaient tranché la question de la propriété des consorts B, C et D vis-à-vis de personnes qui se prétendaient également propriétaires. L'autorité de chose jugée peut-elle être opposée à Z ? La demanderesse n'était ni partie ni représentée dans les instances précédentes. Et dès lors qu'elle fait la preuve qu'elle descend du dernier propriétaire dont le titre a été reconnu... Les intérêts de la Polynésie française sont sauvés en l'espèce parce que différents éléments de preuve versés aux débats et les actes de possession non contestés de A et de ses enfants sur cette terre démontraient, selon la cour d'appel approuvée par la Cour de cassation, la propriété de B, C et D sur la terre. Mais on saisit une nouvelle fois les dangers de ces indivisions complexes qui, un jour, peuvent venir remettre en cause des droits que l'on croyait solidement établis.

La situation n'est guère plus rassurante si l'on s'intéresse à la preuve du droit de propriété.

50. Arrêt n°12-15169.

B. La preuve du droit de propriété

L'histoire mouvementée et, si l'on ose dire, « éclatée », du droit foncier en Polynésie accroît les difficultés auxquelles sont confrontés les juges du fond. On le constate lorsque l'on analyse les arrêts rendus par la Cour de cassation sur les modes de preuve et sur la prise en compte des spécificités législatives de telle ou telle partie du territoire.

1. Les différents modes de preuve

À plusieurs reprises, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation a été appelée à mettre en œuvre le principe selon lequel les modes de preuve de la propriété immobilière sont libres⁵¹ et qu'il appartient aux juges du fond de déterminer souverainement la valeur qui peut être reconnue aux éléments de preuve qui leur sont apportés⁵², la loi n'établissant aucune hiérarchie parmi les modes de preuve et les juges pouvant se fonder sur des présomptions s'ils se trouvent en présence de titres contradictoires.

Dans nombre de cas, le seul titre invoqué est un *tōmite* établi dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Ainsi, dans une affaire récente⁵³, était en cause non pas le droit de propriété lui-même, mais l'étendue de ce droit. En l'espèce, pour assurer la sécurisation des grottes de Maraa à Paea, la Polynésie française avait engagé une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique d'une parcelle de terre dont la propriété avait été attribuée à X par un *tōmite* de 1853 ; Y, représentant les ayants droit de X, assigne la collectivité en revendication d'une parcelle correspondant au rivage de cette terre. La question était de savoir si, en vertu du *tōmite*, la terre contestée comprenait ou non le lagon, étant entendu que depuis cette époque, divers travaux, pour construire puis élargir la route en bord de mer, avaient été réalisés. Pour le savoir, les juges du fond avaient interprété les termes du *tōmite*, en le rapprochant d'autres *tōmite* ; ils avaient pris en compte différentes pièces telles que des procès-verbaux de bornage, des plans, des photographies aériennes... Réaffirmant le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

S'agissant des relevés cadastraux, la Cour de cassation a mis en œuvre le principe jurisprudentiel selon lequel les relevés cadastraux ne valent pas titre de propriété⁵⁴, ni ne font pleine preuve de celle-ci⁵⁵.

La question est venue devant la Cour de cassation sous un angle procédural⁵⁶. Avait été engagée une procédure de référé tendant à faire expulser les occupants d'une terre indiquée au cadastre comme appartenant aux demandeurs. La cour

51. Civ. 3^e, 20 juillet 1988, Bull. n°136.

52. Civ. 3^e, 12 juillet 1977, n°75-14701 : « C'est en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation que le juge de la revendication immobilière dégage les présomptions de propriété les meilleures et les plus caractérisées. »

53. Civ. 12 mars 2020, n°18-23607.

54. Civ. 3^e, 15 septembre 2009, n°08-12320, Civ. 3^e, 1^{er} juillet 2003, n°02-13068.

55. Civ. 3^e, 9 mai 2001, n°99-17789, Civ. 3^e, 15 juin 1999, n°97-18117, Civ. 3^e, 22 octobre 1974, Bull. civ., n°372.

56. Civ. 2^e, 12 avril 2012, n°11-13498.

d'appel avait accueilli la demande au motif que la parcelle était indiquée au cadastre comme appartenant aux consorts X et que, « si le cadastre ne constitue pas un titre de propriété », « il est apparemment évident » qu'ils sont propriétaires de la terre. Cassation : « En statuant ainsi, tout en constatant que M. Picard avait des droits sur le lot n° 2 de la terre Ativavau, que si les quotités de chacun sur la terre Ativavau sont bien établies, le partage de cette terre en deux lots n'est toujours pas matérialisé et la division du lot n° 2 en trois lots n'est pas pratiquée et en invitant les parties à faire réaliser une mesure d'expertise pour établir les documents d'arpentage, ce dont il résultait que le caractère manifestement illicite du trouble n'était pas établi, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

La preuve de la propriété peut aussi résulter des actes de mutation, des actes de partage, des expertises réalisées, etc., tous actes, qui, on l'a dit, peuvent être fragilisés par l'apparition ou la réapparition d'un indivisaire.

Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation le 17 septembre 2020⁵⁷, le litige opposait la Polynésie française aux consorts X, qui revendiquaient la propriété d'une partie d'une terre située à Raiatea, et qui avait été acquise par la Polynésie française. Leur demande avait été rejetée. La cour d'appel, se fondant sur la concordance entre les énonciations du titre de propriété et les plans établis par les experts pour délimiter les lots, avait estimé que les consorts X ne rapportaient pas la preuve de leur droit de propriété sur la parcelle revendiquée. Selon la Cour de cassation, en statuant ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

La preuve de la propriété peut aussi résulter d'un jugement, ce qui pose à nouveau la question de l'autorité de la chose jugée, notamment pour ce qui est de la condition d'identité de parties ; on revient à la question posée *supra* : qui a représenté qui ? avec le risque de procès qui renaissent sans cesse, comme ces bougies d'anniversaire qui, à peine soufflées, se rallument aussitôt. À moins que la possession ne permette de « moucher », si j'ose dire, le procès.

Ainsi, dans l'affaire précitée soumise à la Cour de cassation le 6 juin 2013, le pourvoi s'était emparé de la question de l'autorité de la chose jugée, mais l'arrêt est « sauvé » par le fait que des actes de possession non contestés ont été accomplis par ceux qui se croyaient légitimes propriétaires.

2. La prise en compte des particularismes de la législation sur les terres

On sait que les terres situées dans les îles Sous-le-Vent sont régies par des règles particulières. Un arrêté du 28 octobre 1898, sur la base d'un texte élaboré par l'assemblée coutumière qui codifiait les coutumes des îles Sous-le-Vent, avait soumis à l'accord de l'administration des colonies sous peine de nullité, les contrats de louage ou de vente de terres. Les raisons de cette règle sont complexes : il s'agissait de protéger les indigènes contre les appétits fonciers des Européens et de prévenir des troubles éventuels, mais aussi, a-t-on fait remarquer, de contrôler l'évolution de la propriété

57. Arrêt n°19-15229.

indigène. Un texte du 1^{er} mai 1917 reprit cette exigence : selon l'article 37 des lois codifiées des îles Sous-le-Vent, « *Tout contrat public ou sous seing privé de location ou de vente de terre qui ne sera pas établi devant l'administrateur ou son délégué et revêtu de son approbation est nul* ».

Le 28 juin 2018, la Troisième chambre civile⁵⁸ eut ainsi à statuer sur une terre qui avait fait l'objet de deux ventes : l'une en 1915, l'autre en 1924. Les consorts X invoquant le titre exclusif de propriété sur la terre Maunuura sise à Fare Huahine, délivré à leur auteur le 22 décembre 1922, revendiquaient la propriété de cette terre à l'encontre de Mme Y dont les descendants avaient cédé la propriété à leur auteur. Mme Z, qui occupait la terre et y avait entrepris des travaux, faisait état de l'acte de vente transcrit le 21 octobre 1915. Les consorts X contestaient la validité de cet acte, d'une part parce qu'il s'agirait d'un faux, et d'autre part, parce qu'il était contraire à l'article 37 des lois codifiées des îles Sous-le-Vent. La cour d'appel avait rejeté la demande des consorts X au motif qu'ils invoquaient le texte de 1917 et que celui-ci n'était pas applicable aux actes réalisés en 1915. La Cour de cassation casse sur un moyen de procédure : « *Pour rejeter la demande des consorts Lefoc, l'arrêt relève qu'ils invoquent la nouvelle codification des lois des Iles-sous-le-Vent adoptée le 1^{er} mai 1917, qui soumet en son article 37 tout contrat de vente de terres à l'approbation de l'administrateur sous peine de nullité, et retient que ce texte, en l'absence de rétroactivité spécifiquement prévue, n'est pas applicable à l'acte de vente de 1915 ; Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions des consorts Lefoc qui soutenaient que l'approbation de l'administrateur était exigée par l'arrêté du 27 octobre 1898, applicable lors de la rédaction de l'acte de vente transcrit le 21 octobre 1915, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé⁵⁹.* »

On saisit la complexité des problèmes qui se posent au juge et le caractère inextricable de certains contentieux qui, de plus, semblent sans fin, puisque ceux qui se croient propriétaires pour avoir acquis leurs biens *a domino*, peuvent voir surgir à tout moment des indivisaires qui contestent leurs droits. À moins qu'ils ne bénéficient des effets apaisants de la possession.

II. LA PREUVE DE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRE PAR USUCAPION EN PARTICULIER

Comme l'explique Malaurie, « *l'usucapion est une institution d'ordre social : elle interdit la prolongation indéfinie d'un divorce entre la possession et le droit de propriété, en faisant coïncider, après un certain temps, le droit et le fait⁶⁰.* » Son utilité sociale a d'ailleurs été reconnue par la Cour EDH⁶¹. Il joue un rôle particulièrement important dans les zones d'indivision complexe, de la Corse à la Polynésie : un rôle de « juge de paix » dans des conflits sans fin, pour reprendre l'expression de Carbonnier.

58. Civ. 3^e 28 juin 2018, n°16-22832.

59. Rapp. Civ. 3^e 1^{er} juin 2011, n°10-14401 dans lequel était également invoquée l'absence d'autorisation de l'administrateur.

60. Ph. Malaurie, L. Aynes, avec le concours de M. Julienne, *Droit des biens*, Lextenso, 8^e éd., 2019, par. 556 et réf. cit.

61. Cour EDH, Grande chambre, 30 août 2007, *Pye Ltd c. Royaume-Uni*.

Pour produire ses effets acquisitifs du droit de propriété, l'usucapion suppose une possession, d'une certaine durée, étant rappelé qu'il existe deux modalités d'usucapion : l'usucapion de droit commun, qui bénéficie à tout possesseur ayant possédé l'immeuble pendant plus de trente ans, et l'usucapion abrégée, avec sa possession de dix ans seulement, qui vient au secours de la sécurité des transactions. Dans ses dossiers polynésiens, la Cour de cassation a eu à traiter aussi bien des conditions générales de l'usucapion (A), que des règles propres à l'usucapion abrégée (B).

A. Les conditions générales de l'usucapion

Il faut donc une possession, d'une certaine durée.

1. Une possession

Pour être utile, la possession acquisitive doit être une *possession* au sens juridique du terme, ce qui implique une maîtrise de la chose et l'intention de se comporter comme un véritable propriétaire ; elle doit être exempte de vice, paisible, publique, continue et non équivoque. Aussi, le détenteur précaire ne prescrit-il jamais, car en détenant la chose, il possède pour autrui (art. 2266 du Code civil). En particulier, le locataire ne peut jamais prescrire⁶². La règle constitue la toile de fond de l'arrêt rendu le 5 septembre 2019⁶³, même si la Cour de cassation ne statue pas ce point, mais sur des problèmes de procédure (l'absence de saisine de la Commission de conciliation obligatoire en matière foncière et la compétence de la chambre des terres).

La possession suppose des actes de possession, étant précisé que le juge du fond apprécie souverainement la réalité des faits de possession invoqués au soutien d'une demande en revendication. Mais encore faut-il qu'il caractérise des actes matériels de possession, actes matériels dont la Cour de cassation contrôle s'ils sont suffisants dans leur intensité, leur étendue et leur continuité⁶⁴.

62. Rappr. pour la Polynésie, mais hors du champ temporel de cette étude, Civ. 3^e, 27 septembre 2006, n°05-14561 : « Attendu qu'ayant relevé que par contrat du 23 juin 1930 M. J... a C... avait loué à M. X... F... la parcelle Fenuaura, la cour d'appel, qui a pu retenir que le seul fait pour un locataire d'avoir cessé de payer le loyer au propriétaire ne suffisait pas pour interrompre son titre, en a déduit à bon droit que les héritiers de M. X... F... ne pouvaient invoquer le bénéfice de la prescription acquisitive. »

63. Arrêt n°18-10791.

64. Voir, pour un arrêt « polynésien » en dehors du cadre temporel de cette étude, Civ. 3^e, 6 janvier 2009, n°07-18846 : « Attendu qu'ayant constaté que le procès-verbal de bornage de la terre Utuoiro établi lors des opérations cadastrales de 1927 sous le n° 66 indiquant les héritiers de Oa Taatauuraitefaataua en qualité de propriétaire, avait été signé pour eux par leur représentant, que Oa Taatauuraitefaataua était l'auteur des consorts Teheiuira, que les témoins entendus en 1995 avaient indiqué que la terre était anciennement occupée par un vieux appelé Manu décédé en 1940 ou 1941, qu'un témoin avait précisé qu'il était seulement un gardien et qu'il avait entendu dire que c'était Marie Teheiuira la propriétaire, que d'autres témoins avaient déclaré avoir entendu dire que Marie Teheiuira était propriétaire de la terre, qu'il résultait de deux attestations en date du 11 juin 1982 et 23 novembre 1990 établies par Manu Tavanae, fils d'André Tavanae, que Mme Léa Teheiuira encaissait les loyers dont ce dernier était redevable au titre de la location de la terre, la cour d'appel, qui a retenu souverainement que les consorts Tavanae avaient occupé la terre uniquement en qualité de locataire, a déduit, de ces seuls motifs, sans être tenue de relever, en l'absence de contestation par les consorts Tavanae, l'existence d'actes matériels, que l'ensemble de ces éléments caractérisait des faits de possession sur la portion la plus étendue de la terre Utuoiro et qu'il

Dans l'affaire soumise à la Troisième chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} juin 2011⁶⁵, la cour d'appel avait retenu, que « *en ce qui concerne les actes de possession, il n'est pas contesté que la terre est cultivée, ne serait-ce que par les nombreuses procédures engagées en référé par M. X* » (qui demandait que soit mis fin aux troubles portés à sa jouissance). La Haute Juridiction décide la cassation : « *En statuant ainsi, sans relever l'existence d'actes matériels de possession accomplis par M. X, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

L'arrêt rendu le 20 février 2013 a donné à la Troisième chambre civile⁶⁶ l'occasion de rappeler que la possession d'un bien immobilier, une fois acquise au moyen d'actes matériels, peut se conserver par la seule intention du possesseur, à condition qu'il s'agisse d'un fonds immobilier, que la possession acquise à une époque ancienne par des faits matériels continus n'ait pas été volontairement abandonnée et qu'aucun tiers n'ait pris possession de l'immeuble : la possession se conserve *solo animo* dès lors que le possesseur en a le *corpus*.

En l'espèce, X puis ses héritiers avaient saisi le tribunal de première instance de Papeete d'une demande en reconnaissance par usucapion de la propriété de diverses parcelles dont la Polynésie française se prétendait propriétaire s'agissant de terres dépendant d'une succession laissée vacante. Avait été apportée la preuve d'une possession utile pour prescrire de 1934 à 1948, mais il n'y avait rien de probant pour les années suivantes. Pour rejeter la demande et constater que cette terre appartenait à la Polynésie française, les juges du fond avaient retenu « *qu'aucun fait matériel d'occupation effective n'a été constaté au moment du transport sur les lieux en 2007 et que les témoignages produits n'étaient pas suffisamment probants pour établir une possession de trente ans par les consorts Bennett, seule pouvant être retenue avec suffisamment de certitude la période de 1934 à 1948* ». La Cour de cassation casse l'arrêt : « *En statuant ainsi, alors que la possession légale utile pour prescrire ne peut s'établir à l'origine que par des actes matériels d'occupation réelle et se conserve tant que le cours n'en est pas interrompu ou suspendu, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la possession des consorts Bennett ne s'était pas poursuivie au-delà de 1948 par la seule intention, sans être interrompue avant l'expiration du délai de prescription par un acte ou un fait contraire, n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

2. Une possession d'une certaine durée

Pour acquérir la propriété d'un immeuble, il faut trente ans de possession pour l'usucapion de droit commun, dix ans pour l'usucapion abrégée.

Dans les deux cas, le point de départ du délai de prescription est celui de l'entrée en possession du possesseur ou de son auteur. L'article 2265 pose le principe

convenait de dire que la terre Utuoiro sise à Urae n° 91 était la propriété exclusive de Mme Léa Teheiuira épouse Mahinui par prescription trentenaire. »

65. Civ. 3^e, 1^{er} juin 2011, n°10-14401.

66. Civ. 3^e, 20 février 2013, n°11-25398.

de la jonction des possessions : « *Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux.* » Cette règle est évidemment très utile dans ces affaires où l'action, avec l'indivision, passe de génération en génération⁶⁷.

Le temps de la prescription peut être affecté par deux séries d'événements : ceux qui constituent une interruption et ceux qui constituent une suspension de la prescription. En cas d'interruption, toute possession antérieure devient non avenue : en quelque sorte, les compteurs sont remis à zéro. Tel est notamment le cas lorsque le véritable propriétaire réclame la restitution de la chose détenue par le possesseur, à condition que cette réclamation prenne la forme d'une action en justice.

L'affaire jugée par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation le 19 janvier 2011⁶⁸, présentait une configuration particulière. Le possesseur, X, agissait contre la Polynésie française pour faire reconnaître la propriété acquise sur différentes terres ; un jugement avait reconnu ses droits et ordonné la transcription au bureau de la conservation des hypothèques. Y fait tierce opposition et revendique sa propre propriété, également acquise par usucapion. Les deux possesseurs sont déboutés par la cour d'appel qui estime que ni l'un ni l'autre ne fait la preuve d'une possession conforme aux dispositions des articles 2229 et 2262 du Code civil. L'arrêt est cassé sur un moyen de procédure, mais un des griefs soulevés par le pourvoi posait la question de savoir si la prescription des consorts Y avait été interrompue par l'action en justice engagée par les consorts X non pas contre eux, en tant que possesseurs, mais contre la Polynésie française pour faire reconnaître leur propre possession.

S'est aussi posé le problème de la suspension de la prescription par la saisine de la Commission de conciliation obligatoire, telle que prévue par l'article 38 III de la loi n°96-6095 du 5 juillet 1996. Dans l'affaire soumise à la Deuxième chambre civile le 22 octobre 2020, précitée, R occupait depuis plus de trente ans une partie de la terre dite « Ragoua », située sur l'île de Fakarava, dans l'archipel des Tuamotu, où il a fait construire plusieurs bungalows qu'il exploitait comme pension de famille. Se déclarant légitimes propriétaires de la terre comme venant aux droits de T, décédée le 10 décembre 1891 et auteur le 2 août 1888 d'une déclaration de propriété de la terre Ragoua, S demanda l'expulsion de R. Les juges du fond accueillirent la demande de S, au motif que R ne démontrait pas une possession conforme aux exigences de l'article 2261 et que la prescription avait été interrompue par la saisine, par S, de la commission de conciliation obligatoire en matière foncière. La suspension ne peut excéder six mois (*i.e.* le délai imparti à la commission pour recueillir l'accord des parties, le délai repartant au bout des six mois ou au jour de la décision). Le moyen reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si la prescription ayant recommencé à courir, elle ne se

67. Voir, par ex. Civ. 2^e, 4 mars 2021, n°19-24666, même si l'arrêt porte sur une question de procédure, celle de la tierce opposition, cf. *supra*.

68. Civ. 3^e, 19 janvier 2011, n°09-17150.

trouvait pas acquise au jour de l'assignation. La Cour de cassation ne se prononce pas sur ce point, le moyen étant rejeté comme nouveau et mélangé de fait et de droit...

B. Les conditions propres à l'usucapion abrégée

L'usucapion abrégée joue dans l'hypothèse où le possesseur entre en possession en vertu d'un titre juridique et qu'il est de bonne foi, mais que ce titre est contesté. La durée de la possession est alors réduite à 10 ans.

Comme le souligne Malaurie, « *La prescription abrégée n'est pas seulement une mesure d'ordre ; elle assure la sécurité du commerce juridique : au verus dominus est préféré le possesseur qui, de bonne foi, a cru acquérir du véritable propriétaire, en vertu d'un titre irréprochable. La possession couvre alors le défaut tenant à l'absence de propriété de celui dont il tient son titre. Le commerce des immeubles serait impossible sans cette mesure d'apaisement définitif*⁶⁹ ».

La règle est particulièrement utile en Polynésie : si survient un indivisaire jusque-là inconnu qui conteste la cession réalisée par des co-indivisaires, l'acquéreur/possesseur de bonne foi sera protégé. Mais encore faut-il que soient réunies les conditions de l'article 2272 du Code civil, aux termes duquel : « *Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans.* »

1. Par *juste titre*, il faut entendre un titre susceptible de transférer la propriété de l'immeuble en question : vente, legs, apport en société.

Dans l'affaire tranchée par la première Chambre civile le 11 juin 2011⁷⁰, la vente avait été consentie par X à Y, avec un problème particulier : l'acte de cession originaire n'avait pas reçu l'autorisation administrative nécessaire, on le sait, pour les terres situées dans les îles Sous-le-Vent (cf. *supra*). Cette absence n'est cependant pas décisive car, plus fondamentalement, les juges du fond n'avaient pas relevé d'actes matériels de possession de la part de celui qui se prévalait d'un usucapion.

2. La condition de *bonne foi* peut soulever de redoutables problèmes. Dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt de la troisième Chambre civile le 23 janvier 2020⁷¹, la Troisième chambre civile de la Cour de cassation et avant elle (et après elle... sur renvoi) la cour d'appel de Papeete étaient confrontées à une situation particulièrement complexe.

En 1990 la SCI Y avait assigné les consorts X en revendication de la propriété d'un terrain de 150 hectares situé à Punaauia au motif qu'elle en serait propriétaire pour l'avoir recueilli dans la dissolution-partage, en 1975, d'une autre SCI, Z, laquelle, constituée par A et B en 1956, avait reçu le domaine par apport de C, qui l'avait lui-même acquis par adjudication judiciaire en 1936. Mais, affirmaient les consorts X, si l'on se

69. *Droit des biens, op. cit.*, n°566.

70. Arrêt n°10-14401.

71. Arrêt n°16-16601 et 16-24571.

référerait au jugement d'adjudication, les terres acquises par C avaient une superficie de 84 hectares seulement, eux-mêmes occupant les lieux en leur qualité d'héritiers des derniers souverains de l'île qui auraient reçu le domaine par une donation consentie en 1850... À la suite d'une procédure riche en rebondissements⁷², la cour d'appel avait notamment écarté les prétentions de la SCI Y, au motif que la condition de bonne foi manquait en l'espèce. Selon la cour d'appel « *la société Y a acquis les parcelles litigieuses lors du partage des biens de la société Z, laquelle avait reçu les terres qui lui appartenaient par apport de C, que cet apport en société constitue le juste titre, et que l'apporteur et ses associés ne peuvent invoquer leur bonne foi, C, qui connaissait parfaitement la contenance de sa propriété mentionnée dans son titre, ayant fait porter au cadastre, en vertu de ce seul et même titre, un domaine d'une contenance supérieure, puis apporté celui-ci à la société Z, dont les terres partagées, entre des sociétés qui ne pouvaient ignorer l'origine de propriété, ont été d'une superficie encore plus importante* ».

Comme le rappelle le conseiller Beghin dans son rapport devant la Cour de cassation, la loi ne donne pas de définition de la bonne foi requise pour prescrire, l'article 2268 (devenu l'article 2274) précisant seulement qu'elle est toujours présumée et l'article 2269 (devenu l'article 2275) qu'il suffit qu'elle ait existé au moment de l'acquisition : « *Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la bonne foi consiste en la croyance de l'acquéreur, au moment de l'acquisition, de tenir la chose du véritable propriétaire* (3^e Civ., 15 juin 2005, pourvoi no 03-17.478, Bull. 2005, III, no 133 ; 3^e Civ., 15 mars 1978, pourvoi no 76 14.029, Bull. 1978, III, no 123 ; 3^e Civ., 18 janvier 1972, pourvoi no 70-11.350, Bull. 1972, III, no 39) ». Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de la bonne foi. L'acquéreur est de mauvaise foi lorsqu'il sait ou aurait dû savoir que son auteur n'est pas titulaire des droits transmis, ou s'il a pu avoir le moindre doute sur ce point.

Mais ce qui compte, c'est la bonne foi au moment de l'acquisition de ceux qui invoquent leur possession. La cour d'appel s'était placée au niveau de l'apport en société réalisé en 1956 et non des transmissions ultérieures. L'arrêt est cassé : « *La bonne foi requise pour prescrire doit s'apprécier en la personne de chaque acquéreur revendiquant, à la date de son acquisition par juste titre.* »

72. Avec un premier arrêt de cassation, Civ. 1^{re}, 12 novembre 2008, n°07-15392, 07-16090 et 07-15896, sur la prescription acquisitive concernant des parcelles vendues à des tiers.

Quatrième partie

L'APPROCHE
NON JURIDICTIONNELLE
DU CONTENTIEUX
FONCIER

LA PROCÉDURE GRACIEUSE À RURUTU ET RIMATARA

Hinatea Paoletti

Cheffe du bureau des affaires juridiques à la Direction des affaires foncières

Te fa'aturera'a ta'a'ē i Rurutu 'e i Rimatara

Nō te huru ta'a'ē rahi o te fa'aturera'a 'ohipa fenua i Rurutu 'e i Rimatara i ha'amaui ai te hau fenua i te hō'ē ture fa'ahia mau 'ia au i te ture fatura'a, 'o tei pāruru maita'ihia. 'Oia mau, 'aita nā fenua e piti i fāna'o i te ravera'a ture i fa'anahohia nō te mau 'ohipa fenua i roto i te toe'a o te mau Ha'apa'ora'a Farāni i Oteania (EFO) i te taimē 'ānetira'a. Inaha, i roto i te nu'ura'a o te tau, 'aita te mau tuha'a fenua o nā vāhi e piti i ha'atumuhia i roto i te parau fatu fenua.

Hau atu ā, 'ua fa'ariro te fa'aotira'a ture i te mau fenua e vai ra i Rurutu 'e i Rimatara, 'ei « faufa'a fatu-'ore-hia » 'ia au i te aura'a o te 'irava 713 o te Ture Tivira. 'Aita ato'a nā fenua i fāna'o i « te arata'ira'a mātauhia nō te mau 'ohipa fenua i ha'amauhia ati a'e i Porinetia ». Nā teie 'ohipa i ha'atumu i te ture o te hau fenua (nūmera 2020-06 o te 29 nō Tēnuare i te matahiti 2020) o tei fa'anaho i te mau parau fa'aaui o te tahi mau fenua i ni'a ia Rurutu 'e Rimatara. Nā teie ato'a ture i ha'amaui i te hō'ē fa'anahora'a ta'a'ē mau nō nā fenua e piti ma te hōro'a i te parau fatu fenua, 'ia au i te mau ha'amāramaramara'a e vai ra i roto i te parau fa'aotira'a mana i ha'amauhia e te pū tāniuniura'a fenua i te mau matahiti 1940-1950.

Tē rave-noa-hia ra teie fa'anahora'a i ni'a i nau tuha'a fenua e 2700 i tāniuniuhia. E tai'o-ato'a-hia te hō'ē fāito 'ā'ano e 18 000 000 mētera tuea te rahi. Nō reira, e fa'aturera'a faufa'a o tei ha'apāpū nei i tōna huru rave ata 'e te rū ato'a ho'i inaha e mea tā'oti'ahia i roto i te tau.

Comme je vous l'ai exposé en ouverture de ce colloque, les terres situées sur les îles de Rurutu et Rimatara ont un statut particulier.

En effet, le régime foncier de ces deux îles doit être qualifié de *sui generis*, celles-ci ayant été exclues du processus réglementaire mis en place en matière foncière ensuite de l'intervention des traités de protectorat les 27 et 29 mars 1889⁷³, puis de leur

73. Procès-verbal de l'établissement du protectorat de la France sur les îles de Rurutu (27 mars 1889) et Rimatara (29 mars 1889).

annexion aux Établissements français de l'Océanie proclamée le 25 août 1900⁷⁴. Il est encore important de signaler que le Code civil n'a été promulgué dans ces deux îles que très tardivement suivant décret du 5 avril 1945⁷⁵.

Cette exclusion, qui en réalité doit plutôt être considérée comme une omission, est devenue au fil des années de plus en plus prégnante, notamment avec la mise en place du cadastre, et la progression des exigences en termes de garanties dans le cadre des mutations immobilières.

Le rôle de la jurisprudence et du cadastre est tout à fait déterminant sur ces îles.

I. LE CADASTRE

Aujourd'hui le cadastre de ces îles est l'illustration du rapport préoccupant entre les parcelles privées et les parcelles publiques, ces dernières représentant entre 66 et 74 % du territoire.

En effet, les travaux d'élaboration cadastrale ont débuté sur les îles de Rurutu et Rimatarara dans les années 1950. Ces opérations de cadastre primitives ont ainsi permis d'élaborer ce que l'on appelle couramment l'« ancien cadastre », qui s'illustre au travers des « procès-verbaux de bornage » dressés suite au déplacement sur site de géomètres mandatés par le service administratif alors en charge du cadastre. Leur mission consistait dans un premier temps à lever la topographie des terres et à en fixer les limites avec l'accord des personnes présentes sur place et/ou avec celui des personnes qui s'en estimaient propriétaires, et dans un second temps à consigner l'identité des personnes présentes sur place.

Ces premiers chantiers ont abouti à la délimitation de 2 250 terres à Rurutu et 1 550 terres à Rimatarara, enregistrées sous la forme de procès-verbaux de bornage auxquels un plan parcellaire était associé.

Par la suite, sont intervenus des chantiers de rénovation cadastrale qui ont abouti à ce que l'on appelle le « nouveau cadastre ». Ce travail a évidemment eu pour point de départ les procès-verbaux de bornage dressés dans les années 1950 et consistait pour l'essentiel en une « modernisation » de l'outil cadastre.

Le cadastre rénové innove dans le sens où les parcelles qui y sont référencées sont désormais soumises à la « conservation cadastrale », c'est-à-dire que le référencement cadastral est mis à jour dès lors qu'un acte de mutation immobilière est soumis à la formalité de la transcription. Cette évolution qui peut paraître tant anodine que tardive en comparaison avec le système du fichier réel national, constitue pourtant une avancée significative en Polynésie française.

Ce progrès a été imposé dès 1990 dans le cadre de la mise en œuvre de la délibération n°90-126 de l'Assemblée de Polynésie française du 13 décembre 1990

74. Promulgation du Code civil avec la loi tahitienne du 28 mars 1866 sur l'organisation judiciaire tahitienne, parue au *Journal officiel des Établissements français de l'Océanie* du 28 avril 1866 intervenue en loi du 29 mars 1866.

75. Décret abrogeant les juridictions indigènes aux îles Sous-le-Vent et aux îles Rurutu et Rimatarara du 5 avril 1945.

fixant le mode et les formalités d'établissement, de rénovation et de conservation du cadastre sur le territoire de la Polynésie française⁷⁶.

Ainsi, aujourd'hui le cadastre conserve au sein d'un « extrait de plan cadastral », un « plan » qui représente une parcelle cadastrale, auquel est associée une « matrice cadastrale » qui indique le propriétaire de cette parcelle.

Dès lors, si les procès-verbaux de bornage constituent bien le point de départ du cadastre actuel à Rurutu et Rimatara, ils ne sont aujourd'hui pas le seul élément à prendre en considération dans le cadre de l'établissement de la propriété privée, circonstance qui bien évidemment se cristallise à la lecture de la matrice cadastrale qui indique généralement « Polynésie française ; registre cadastral des PV... [nom de l'attributaire au procès-verbal de bornage] ».

Les procès-verbaux de bornage, réalisés lors des premières opérations de délimitation foncière faisaient couramment référence aux partages indigènes ancestraux. À aucun moment la question de l'absence de titre de propriété n'a été évoquée, d'autant que le plus souvent, les occupations postérieures à l'établissement de l'ancien cadastre demeurèrent conformes aux possessions ancestrales.

Ainsi, et bien que ne bénéficiant d'aucun titre de propriété foncière, les habitants des îles de Rurutu et Rimatara ont légitimement pu croire en leur qualité de propriétaire, qu'ils pensaient consacrée par lesdits procès-verbaux de bornage.

II. LA JURISPRUDENCE

Le régime foncier des îles de Rurutu et Rimatara n'est déterminé jurisprudentiellement que depuis le 23 avril 2008, avec l'intervention du jugement dit *Poareu* rendu par la chambre foraine du tribunal de première instance de Papeete⁷⁷. Cette décision de justice va pour la première fois juger que les biens fonciers situés sur l'île de Rurutu sont des « *biens sans maître* » au sens de l'actuel article 713 du Code civil, ces derniers n'ayant « *pas fait l'objet de la procédure systématique des droits fonciers instituée dans les autres parties du territoire* ». Ainsi, ces biens entrent dans le patrimoine de la Polynésie française en application de l'article 13 de la délibération 95-90 du 27 juin 1995⁷⁸.

Cette décision a été confirmée en appel, suivant arrêt du 12 août 2010⁷⁹, la cour d'appel de Papeete validant le principe selon lequel, en l'absence de mise en place de procédure systématique de déclaration des terres à Rurutu, « *les terres litigieuses ont été présumées sans maître* ». La Cour précisait encore que « *ces terres sont domaniales,*

76. Délibération n° 90-126 AT du 13 décembre 1990 fixant le mode et les formalités d'établissement, de rénovation et de conservation du cadastre sur le territoire de la Polynésie Française.

77. Jugement n° 49-49 du 23 avril 2008 - TPI Papeete, chambre foraine.

78. Délibération n° 95-90 AT du 27 juin 1995 portant réglementation en matière de constitution, d'administration et d'affectation du domaine privé et de mise à disposition des biens immobiliers dépendant du domaine privé ou du domaine public du territoire.

79. Arrêt n° 419 du 12 août 2010 - CA Papeete.

en application de la législation locale applicable à la date de l'accession à la propriété, c'est-à-dire bien avant l'entrée en vigueur du nouvel article 713 du Code civil, qui n'a été promulgué qu'en 2004 ».

Un raisonnement similaire a encore conduit la cour d'appel de Papeete, le 29 avril 2010⁸⁰, à dégager des règles de preuve exorbitantes pour Rurutu en matière de revendication foncière : *« L'île de Rurutu, par exception à ce qui est le régime foncier particulier de la Polynésie française dans sa majeure partie, n'a pas fait l'objet d'une procédure systématique d'établissement des titres fonciers. Dans ces conditions, la preuve de la propriété s'y fait selon les règles du Code civil, c'est-à-dire essentiellement par titres translatifs ou par preuve de l'usucapion et à défaut par les présomptions les meilleures et les mieux caractérisées. »*

Ainsi, depuis plus de dix ans, tel est le cap qui est fixé par les instances judiciaires polynésiennes quant aux problématiques foncières concernant l'île de Rurutu. Ce positionnement a bien évidemment été étendu à l'île de Rimatara qui se trouve très exactement dans la même situation de droit.

Puis, le 9 août 2018, la cour d'appel de Papeete⁸¹ est venue bouleverser cette jurisprudence bien établie en jugeant : *« Sur l'île de Rurutu (archipel des Australes), à défaut de procédure de revendication systématique mise en place par les autorités publiques, les terres n'ayant pu faire l'objet de revendication sont réputées domaniales. Cependant, pour respecter l'égalité entre tous les citoyens, les habitants de Rurutu ne peuvent pas se voir privés de leurs éventuels droits de propriété au seul motif qu'aucune procédure de revendication n'a été mise en place sur leur île. C'est pourquoi, il y a lieu de considérer que les procès verbaux de bornage établis par l'autorité publique dans les années 1950, s'ils ne constituent pas un titre de propriété, permettent d'établir une présomption de propriété. Chacun de ces procès verbaux indiquant qui est alors reconnu comme attributaire, cette présomption doit être considérée comme suffisamment forte pour combattre la réputation qu'une terre serait domaniale, d'autant plus que le terme « attributaire » pouvait laisser à penser aux citoyens désignés comme attributaires que l'autorité publique reconnaissait ainsi leurs droits de propriété. »*

C'est ainsi, au nom du principe d'égalité entre tous les citoyens, que la Cour façonne, au profit des ayants droit de l'attributaire au procès-verbal de bornage, une présomption simple de propriété. La Cour précise que cette présomption surpasse celle de la domanialité de ces biens sans maître.

80. Arrêt n° 236 du 29 avril 2010 - CA Papeete.

81. Arrêt n°54 du 9 août 2018- CA Papeete.

Cette nouvelle position de principe a été suivie par le Tribunal foncier de la Polynésie française, qui, suivant un jugement du 23 août 2018⁸², précise aux termes d'une argumentation plus circonstanciée : « *La réunion d'un PV de bornage et d'une possession concordante, mieux encore qu'une possession trentenaire, constitue une preuve de propriété solide qui en pratique, dans le cas de Rurutu, ne pourra pas être combattue.* »

Les développements qui précèdent sont révélateurs du climat procédural en matière foncière sur les îles de Rurutu et Rimatara. Les récents tâtonnements prétoriens témoignent d'une prise de conscience généralisée quant à la problématique foncière spécifique de ces îles.

C'est dans ce contexte que le gouvernement de la Polynésie française a manifesté sa volonté d'encadrer cette situation en créant une réglementation dédiée, à titre exceptionnel et temporaire.

III. LA LOI DU PAYS N° 2020-06 DU 29 JANVIER 2020

Ce texte voté à l'unanimité par l'Assemblée de la Polynésie française le 10 décembre 2019, a été promulgué au Journal officiel de la Polynésie française le 29 janvier 2020⁸³ puis fut suivi le 10 juin 2020 d'un arrêté d'application voté lors d'un Conseil des ministres décentralisé pour l'occasion sur l'île de Rurutu⁸⁴.

En outre, afin de rendre possible l'entorse faite aux règles du droit positif (rupture d'égalité devant les charges publiques – article 2 de la Constitution), cette loi du pays devait nécessairement être limitée dans le temps et proportionnée à l'objectif recherché. Ainsi, le bref délai du champ d'application dans le temps de ces nouvelles dispositions, applicables sur cinq années uniquement à compter du jour de la publication de l'arrêté du 10 juin 2020 (soit jusqu'au 19 juin 2025), nécessitait que les populations concernées de Rurutu et Rimatara soient non seulement informées de la teneur de la loi du pays mais aussi sensibilisées aux conséquences pratiques qu'elle induirait pour l'obtention d'un titre de propriété foncier.

Cela a fait l'objet de multiples déplacements et réunions organisées sur place par la Direction des affaires foncières de la Polynésie française, permettant ainsi d'associer étroitement la population à la mise en œuvre effective du texte.

S'agissant de la procédure de titrement proprement dite, elle a volontairement été conçue afin que le demandeur ait le moins de démarches possible à entreprendre.

82. Jugement n°354/ADD du 23 août 2018 - Tribunal foncier de la Polynésie française.

83. Loi du pays n°2020-6 du 29 janvier 2020 visant à organiser le titrement de certaines terres sises à Rurutu et Rimatara, archipel des Australes, Polynésie française, parue *in extenso* au Journal officiel 2020 n° 14 NS du 29/01/2020 à la page 1966 dans la partie Lois du pays.

84. Arrêté n°763 CM du 10 juin 2020 portant mesures d'application de la loi du pays n° 2020-6 du 29 janvier 2020 visant à organiser le titrement de certaines terres sises à Rurutu et Rimatara, archipel des Australes, Polynésie française, paru *in extenso* au Journal officiel 2020 n° 49 du 19/06/2020 à la page 8087 dans la partie Arrêtés du Conseil des ministres.

Concrètement, c'est à la Direction des affaires foncières qu'incombe la charge de la mise en œuvre de cette procédure, celle-ci se déclinant en plusieurs étapes :

- les administrés sont invités à formuler une déclaration unilatérale de propriété immobilière ;
- le service instructeur est chargé de plusieurs vérifications de forme et de fond nécessitant le déplacement d'agents de l'administration sur site ;
- les déclarations sont publiées notamment au Journal officiel de la Polynésie française sous forme d'avis ;
- un délai d'opposition d'une année est prévu ;
- à l'issue de ce délai, le Conseil des ministres est saisi quant à l'opportunité du titrement ;
- un titre de propriété est délivré en cas de positionnement favorable de l'autorité compétente.

Quant aux biens concernés, il est important de préciser que cette loi du pays est très significative compte tenu de son impact sur le patrimoine de la Polynésie française, tant sur le plan immobilier que sur le plan financier. En effet, les terres dont le titrement est proposé représentent 1 857 parcelles cadastrales couvrant une superficie de 14 004 704 m² à Rurutu et 843 parcelles cadastrales couvrant une superficie totale de 4 422 800 m² à Rimatara. Ainsi, la superficie totale concernée par ce dispositif légal s'élève à plus de 18 000 000 m² ventilés entre 2 700 parcelles cadastrales.

En outre, l'article 1^{er} de l'arrêté du 10 juin 2020 portant mesures d'application de la loi du pays n°2020-6 du 29 janvier 2020 précise : « *Dans le cadre de la comptabilisation des terres listées aux termes des annexes 1 et 2 de la loi du pays n° 2020-6/ du 29 janvier 2020 visant à organiser le titrement de certaines terres sises à Rurutu et Rimatara, archipel des Australes, Polynésie française, les entrées et sorties du patrimoine se font par référence à la valeur unique de 1 000 F CFP (mille francs CFP) au mètre carré.* »

Il faut ainsi en déduire que si les 2 700 parcelles cadastrales qui couvrent ensemble une superficie de 18 000 000 m² font effectivement l'objet de l'établissement d'un titre de propriété privée comme le prévoit cette loi du pays, ce sont 18 000 000 000 de francs CFP qui sortiront, en valeur, du patrimoine de la Polynésie française.

Cette dernière circonstance témoigne de la volonté indéfectible du gouvernement de la Polynésie française de trouver un palliatif à la situation foncière anormale dans laquelle se trouvent aujourd'hui encore les îles de Rurutu et Rimatara.

En pratique, la mise en œuvre de la loi du pays n°2020-6 du 29 janvier 2020 s'illustre à ce jour par la publication au Journal officiel de la Polynésie française de trois avis :

- une première publication résultant de l'avis n°445 VP/DAF du 7 janvier 2021⁸⁵ qui porte sur 573 parcelles cadastrales à Rurutu et 330 parcelles cadastrales à Rimatara ;

85. Avis n°445 VP/ DAF du 7 janvier 2021 paru au Journal officiel de la Polynésie française du 15 janvier 2021 pages 1556 à 1586.

- une seconde publication résultant de l'avis n°14251 VP/DAF du 2 juillet 2021⁸⁶ qui porte sur 181 parcelles cadastrales à Rimatara ;
- enfin, une troisième publication par le biais de l'avis n° 14802 VP/DAF du 9 juillet 2021⁸⁷ qui porte sur 126 parcelles à Rurutu.

Le délai d'opposition prévu aux termes de l'article 15 de la loi du pays n°2020-6 du 29 janvier 2020 étant d'une année « à compter de la publication au Journal officiel de la Polynésie française de l'avis portant déclaration unilatérale de propriété immobilière », les premiers titres de propriété fondés sur ce dispositif devraient intervenir au premier trimestre 2022.

86. Avis n°14251 VP/ DAF du 2 juillet 2021 paru au Journal officiel de la Polynésie française du 9 juillet 2021 pages 14889 à 14895.

87. Avis n° 14802 VP/DAF du 9 juillet 2021 paru au Journal officiel de la Polynésie française du 16 juillet 2021 pages 15534 à 15539.

LA MÉDIATION FONCIÈRE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE

Caroline Fong
Avocate et Médiateure, Barreau de Papeete

TE'OHIPA ARAIVAVAO

E aha te 'ohipa araivavao ? 'Oia ia te 'ohipa e fa'anahohia no te fa'a'āfarora'a i te tahi fifi na roto i te fa'afārerei e piti nau pae e 'aimārō ra i nī'a i te tahi tumu parau, e tī'a ato'a mai te tahi ta'ata i ropū no te tauturu ia ra'ua, 'oia ho'i te araivavao.

E fa'anahohia te 'ohipa araivavao ia tupu noa atu te tahi 'aimārora'a tei tu'uhia i mua i te ha'avāra'a aore ra 'aita.

E tī'a arai fifi te araivavao, 'aita tā na e faufa'a i roto i te 'aimārōra'a a na pae e piti, 'aita e hi'ora'a pae hō'ē, 'aita ato'a 'o ia e ha'avā, e tī'a i na pae e piti ato'a ra i te fa'a'ite i tō rāua mau mana'o, i te tau'a parau na roto i te hau e te fa'atura te tahi i te tahi, e te 'imira'a i te tahi rāve'a no te tātara i tō rāua fifi.

Ua rau te faufa'a o te 'ohipa araivavao, te vai ra :

te vitiviti o te araira'a i te tahi fifi ia fa'aauhia i te fifi e ha'avāhia i mua i te ture,

te rāve'a arai o te fifi, nā na pae e piti ato'a ra e fa'aoti i te mea hau a'e nō rāua,

'Ei hi'ora'a, e tī'a i te araivavao i te tī'a'au i te mau tumu parau i muri nei :

te fifi 'utuāfare : te ta'ara'a o na metua, te mana metua, te parau monora'a, te ha'apa'ora'a o na metua ruruhiā ...,

te 'ōperera'a faufa'a, te fatu-'āmui-ra'a i te tahi faufa'a, te arati'a ha'avā, te monora'a faufa'a, te 'ōtī'a pipiri, te tahitira'a 'ōtī'a, te tī'ara'a no te terera'a na nī'a i te tahi arati'a.

Mea tamoni te 'ohipa a te araivavao :

Te araivavao 'ohipa fenua : e tī'ara'a fa'ata'ahia te reira na te feiā, e ta'ata noa ānei aore ra e ta'ata mōrare (taiete, 'āmuira' a, tā'atira'a ...), e fatu ra i te tāreta tōro'a no te amo i taua tuha'a 'ohipa. E tāreta tōro'a ia no roto mai i te Peretiteni no Pōrīnetia farāni aore ra te Fa'aterehau i tonohia no te ha'apa'o i te reira tuha'a 'ohipa. Mea pāruruhia te tōro'a araivavao 'ohipa fenua e te ture. Ia fa'a'ohipa-noa-hia atu teie tōro'a mā te parau fa'ati'a 'ore, e riro te ta'ata hape i te fa'auto'ahia ia au i te 'irava 433.17 no te puta ture fa'auto'ara'a.

La médiation peut s'exercer dans tous les domaines : familial (divorce, séparation), commercial, travail (souffrance au travail, rupture du contrat de travail), conflits de voisinage et même en matière pénale avec la justice restaurative entre les coupables et leurs victimes...

Avec la création du Tribunal foncier, il a été aussi retenu une approche amiable de résolution des conflits fonciers par la médiation foncière. La médiation n'est pas encore très connue mais elle est une solution tout à fait adaptée aux conflits fonciers.

I. LE MÉDIATEUR FONCIER, UNE SPÉCIFICITÉ POLYNÉSIE NNE

Les MARD, c'est-à-dire les modes alternatifs de règlement des différends ou les modes amiables de règlements des différends, sont : la médiation, la conciliation, la négociation, l'arbitrage, la procédure collaborative et participative.

Nous nous concentrerons ici sur l'activité de médiation qui dispose d'un statut particulier. Pour ce faire, il nous semble important de préciser, au préalable, ce que n'est pas un médiateur.

Le médiateur n'est pas un avocat qui défend son client. Il n'est pas un juge qui a en face de lui des justiciables et qui rend une décision. Il n'est pas non plus, dans le contexte foncier polynésien, un généalogiste qui va reconstituer l'arbre généalogique. Il n'est évidemment pas un géomètre qui identifie les terres. Il n'est pas un arbitre puisque son rôle n'est pas de trancher un litige.

Nous verrons les conditions requises pour exercer l'activité de médiateur foncier en Polynésie française et nous nous pencherons sur le rôle que doit assumer un médiateur dans ce contexte.

A. Les conditions d'exercice de l'activité de médiateur en Polynésie

Le médiateur foncier est une spécificité polynésienne. C'est ainsi que la loi du pays n°2017-37 du 30 novembre 2017, en son article 2, a prévu que la profession de médiateur foncier ne peut être exercée que par les personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle de médiateur foncier, délivrée par le président de la Polynésie française ou le ministre ayant reçu délégation à cet effet.

Le médiateur foncier doit respecter toutes les conditions pour être médiateur mais il s'impose à lui, en plus, des conditions spécifiques pour intervenir dans les problématiques relatives aux terres.

En vertu de l'article 49-5 du Code de procédure civile de la Polynésie française, issu de la délibération n° 2017-47 du 22 juin 2017, la personne physique qui projette d'exercer l'activité de médiateur doit satisfaire aux conditions suivantes : disposer de ses droits civiques et civils, ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnée dans le bulletin n° 2 du casier judiciaire,

ne pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administratives de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation, justifier d'un diplôme sanctionnant une formation universitaire à la médiation. Et, enfin, présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

Mais, pour être un médiateur foncier, il faut en plus remplir les conditions suivantes :

- être de nationalité française ou ressortissant d'un état membre de l'Union européenne ;
- ne pas avoir été frappé de faillite ou de banqueroute ;
- être titulaire d'un master 1 en droit ;
- être titulaire de la carte professionnelle de médiateur foncier. La Direction des affaires foncières procède à l'instruction de la demande. Une commission donne son avis qui est ensuite transmis au président de la Polynésie française ou au ministre ayant reçu délégation pour délivrer les cartes professionnelles de médiateur foncier.

B. Le rôle du médiateur foncier

Le médiateur est un tiers facilitateur de la communication.

Sa mission est de recréer du lien social ou familial par la reprise du dialogue afin que chacune des parties écoute la vérité de l'autre et permettre ainsi aux parties de trouver par elles-mêmes la solution au différend qui les oppose.

Le médiateur ne tranche donc pas le litige mais facilite le dialogue entre les parties afin de les aider à trouver par elles-mêmes la solution au différend qui les oppose.

Dans cette perspective, la posture du médiateur est très importante car il faut que les parties puissent avoir confiance en lui. Cette posture doit traduire les trois exigences suivantes : la neutralité, l'indépendance et l'impartialité.

Le médiateur est neutre : il accompagne les parties dans leur projet, sans faire prévaloir le sien.

Le médiateur est indépendant : il doit être détaché de toute pression intérieure ou extérieure à la médiation. Il doit refuser, suspendre ou interrompre la médiation chaque fois que les conditions de cette indépendance ne sont pas réunies.

Le médiateur est impartial : il ne prend pas parti ni pour l'une ni pour l'autre des parties. Il ne donne pas d'avis.

Dans ce contexte, les processus de médiation sont une manière très positive et efficace d'aborder les problèmes de terres qui renvoient, très souvent, à des considérations affectives bien plus que juridiques ou seulement économiques. Le médiateur permet ainsi aux parties d'exprimer ce qu'elles ne pourraient pas dire devant un juge, et cela facilite considérablement la voie vers des accords. En ce sens, on peut dire que la médiation est un processus gagnant-gagnant.

II. LA MÉDIATION, UN PROCESSUS GAGNANT-GAGNANT

A. Le contexte juridique de la médiation foncière

L'article 1^{er} de la loi du pays n°2017-37 du 30 novembre 2017 définit ainsi la médiation foncière : « *La médiation foncière s'entend, de tout processus structuré, par lequel, deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors ou en parallèle d'une procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de tout ou partie de leurs différends dans un litige entrant dans le champ de compétence du tribunal de première instance statuant en matière foncière, avec l'aide d'un tiers, le médiateur choisi par elles ou par le tribunal de première instance statuant en matière foncière, et ce compris en référé.* »

La médiation est donc un processus structuré. Mais elle est un *processus* et non une procédure.

La médiation peut être mise en place en dehors ou en parallèle d'une procédure judiciaire. On parle de médiation conventionnelle ou de médiation judiciaire.

La médiation conventionnelle signifie qu'il n'y a pas besoin de saisir le tribunal pour qu'une médiation soit mise en place. Il suffit d'appeler un médiateur foncier sur la liste des médiateurs fonciers affichée à la DAF.

La médiation judiciaire se produit lorsque, avec l'accord des parties, le Tribunal foncier ordonne une médiation. C'est alors comme une fenêtre dans la procédure judiciaire. Le temps judiciaire est suspendu tant que dure la médiation. Le médiateur foncier est désigné par le Tribunal foncier et dès qu'il accepte la mission, le processus va pouvoir commencer.

B. Le cadre de la médiation

Le médiateur est là pour faire respecter un cadre propice à la confiance afin de restaurer la communication entre les parties.

Il doit d'abord vérifier le caractère volontaire de la démarche. En effet, la médiation est un mode consensuel. Le médiateur doit veiller à ce que le consentement des personnes à cette démarche soit libre et éclairé. Le Tribunal foncier ne peut pas obliger les parties à entrer en médiation. Il faut absolument l'accord des parties.

De ce fait, les parties comme le médiateur peuvent décider d'arrêter la médiation à tout moment.

Le médiateur doit ensuite rappeler la confidentialité. Cette confidentialité des échanges s'impose aux parties et au médiateur.

Enfin, le médiateur doit imposer le respect mutuel des parties : en médiation, chacun doit pouvoir exprimer son point de vue sans contrainte et sans pression.

C. Le processus

Comment cela se passe-t-il concrètement ?

Le médiateur invite d'abord chaque partie à un entretien individuel pour les informer, leur expliquer comment va se dérouler le processus de la médiation et les parties pourront, si elles le veulent, faire part de leur vision du dossier. Dès ce moment, la confidentialité est déjà en œuvre.

Puis le médiateur invite toutes les parties à une première séance plénière. Il faut prévoir environ trois à quatre séances plénières de deux heures environ. C'est au cours de ces séances qu'un accord va pouvoir être construit, pas à pas.

Pour comprendre ce processus, on peut s'inspirer de l'art qui s'invite dans la médiation. On retrouve ainsi le processus de médiation dans le tableau de Paul Gauguin intitulé *D'où venons-nous ? Que sommes-nous ? Où allons-nous ?*

C'est ainsi un processus gagnant-gagnant pour les raisons suivantes.

D'abord, la médiation permet à chacun de faire part de ses besoins, d'être écouté et d'être entendu. Ce qu'on ne peut pas faire devant le tribunal qui est une procédure écrite.

Ensuite, la rapidité du processus permet à toutes les parties de gagner un temps précieux. La durée de la procédure judiciaire est incertaine et l'on sait qu'en Polynésie, les affaires foncières peuvent aboutir parfois au bout de vingt ans. Par comparaison, la durée d'une médiation est de trois mois renouvelable pour une nouvelle période de trois mois.

L'idée n'est pas de faire durer la médiation. Une médiation qui dure un an ne respecte plus l'intérêt de la médiation. Mais il ne faut pas non plus qu'elle soit expéditive. Il faut en effet faire attention à ce que le processus ne dure pas indéfiniment sans aucune justification légitime et que le défendeur ne puisse pas profiter de cette aubaine procédurale pour gagner du temps. La médiation judiciaire ne doit pas favoriser le dilatoire et ne pas entraîner un surcoût du procès.

En outre, la médiation est intéressante économiquement. Elle est toujours d'un coût moindre qu'une procédure judiciaire.

Enfin, il n'y a pas d'aléa judiciaire. Ce n'est pas le tribunal qui va trancher mais les parties elles-mêmes qui construisent leur solution pour surmonter le différend.

D. L'accord, le champ des possibles

La solution ne sera imposée ni par le médiateur, ni par le juge. Les propriétaires vont trouver la solution la plus satisfaisante, celle qui leur conviendra le mieux, bien sûr dans le respect de la loi. Dans la mesure où les parties ont elles-mêmes décidé de ce qui leur convenait le mieux, la décision est mieux acceptée. La solution retenue sera plus pérenne car elle aura été voulue par les parties et non pas imposée par le tribunal.

L'accord qui sera signé par les parties peut être homologué par le Tribunal foncier qui va lui donner la force exécutoire.

Parfois, il n'y a pas d'accord ou simplement un accord partiel. Mais cela ne veut pas toujours dire qu'il y a un échec de la médiation si les parties ont commencé à se parler. Ce sera déjà un succès. L'accord peut être trouvé plus tard.

Dans ce contexte, l'avocat a toute sa place en médiation, il n'en est pas exclu. Il conserve son rôle d'expert juridique. Il reste le conseil juridique de son client car le médiateur ne peut donner de consultation juridique.

Par ailleurs, la médiation judiciaire n'est pas une délégation par le juge de ses pouvoirs et de ses devoirs au médiateur. La médiation demeure sous son contrôle. Le juge, avant d'homologuer l'accord, va vérifier que la solution ne contrevient ni à l'ordre public ni à l'intérêt général des parties.

On comprend, à l'issue de cette présentation, combien la médiation foncière peut être une solution tout à fait adaptée aux affaires foncières où les liens de parenté sont une source de complexité juridique mais aussi émotionnelle et affective.

La médiation est orale et c'est parfois plus facile pour les Polynésiens de se faire comprendre ainsi, et d'exprimer leurs besoins. Mme Flora Devatine a précisé dans son intervention qu'entre les Polynésiens et leurs terres, c'est une réelle histoire d'amour, passionnante et passionnée. Il s'agit d'une relation viscérale.

Prendre soin de son *fenua*, de cette grande dame qu'est la terre ancestrale et nourricière, c'est aussi prendre soin de soi.

LE RÔLE PRÉVENTIF DES NOTAIRES

Pierre Becqué
Notaire, Conseil Supérieur du Notariat

Te tī'ara'a « ārai » o te nōtēra

E rave rahi 'aimārōra'a i nī'a i te parau o te tātuha'ara'a faufa'a 'e te rahira'a o rātou nō nī'a ia i te fenua.

Nō roto roa mai teie mau fifi i te huru o te tua'ā'ai 'e te orara'a tumu o teie fenua e tae noa atu i te fa'anahora'a ture 'e te mau rāve'a. 'Ia fa'aaugia i te arata'ira'a i Farāni, e mea iti roa te fāito o te 'ōperera'a fenua tā te mau notēra e ha'apa'o nei. E mea au a'e nā te mau ta'ata 'ia ravehia te reira i te ha'avāra'a tiripuna.

Nō te 'ite pāpū i teie nei ta'a'ēra'a, e mea au 'ia fa'ata'a i te mau rāve'a ture mātārohia i nī'a i te mau parau monora'a i te fenua Farāni, 'e te tuha'a ihoā rā a te mau notēra i te pae o te tī'a'aura'a 'e te mau 'ōperera'a faufa'a fenua. E tuha'a ārai tā te nōtēra 'ia au i te tahi arata'ira'a 'oia : te ha'amāramarara'a, te a'ora'a 'e te fa'aura'a ma te ha'amāineine i te tumu o te 'aimārōra'a nā roto i te fa'ahaura'a 'e 'aore roa ra, te āraivavaora'a 'ia mutu te fa'aura'a. Te 'ohipa mātāmua roa a te notēra o te rirora'a ia 'ei « 'orometua ha'apī'i nō te ture ». E tī'a roa iāna, hou te tahi ha'amanara'a, 'ia ha'amāramama i te ta'ata i te terera'a o te ture, te mau fifi e riro i te tupu mai i tā rātou huru fa'aotira'a. 'Ei hī'ora'a noa te parau o te 'aitaura'a fenua.

Je débute cette communication avec beaucoup d'humilité, car je n'ai pris véritablement conscience de la situation polynésienne que quelques mois avant ce colloque, au cours des nombreux entretiens que j'ai pu avoir à l'occasion de la mission confiée par le gouvernement polynésien sur les questions de sécurité en matière de gestion ou de sortie d'indivision à un groupe d'experts sur les questions foncières, dont j'ai l'honneur et le plaisir de faire partie.

Il ressort de tout ce qui a été dit lors de la première journée et des lectures nombreuses, colloques, articles, rapports qui ont été écrits sur le sujet, que la grande majorité des litiges fonciers sont liés aux indivisions endémiques, représentant un pourcentage important du foncier polynésien, et aux difficultés des indivisaires pour en sortir à l'amiable.

La comparaison entre la Polynésie et la métropole est frappante ; ici le partage amiable est l'exception alors que là il est la règle. En métropole les actes de partage rédigés par les notaires sont très majoritaires, les partages judiciaires n'intervenant qu'à défaut d'accord, alors qu'en Polynésie la situation est inverse. Remarquons d'ailleurs qu'assez étonnamment les deux procédures sont menées, semble-t-il, en parallèle, au moins au début des opérations, mais que, la plupart du temps, elles débouchent sur une solution judiciaire.

Je pense qu'il est intéressant de réfléchir aux raisons de cette différence très sensible entre les situations de la métropole et de la Polynésie.

Je laisserai aux spécialistes les analyses déjà précédemment évoquées, historiques, culturelles, anthropologiques et sociologiques, qui constituent à n'en pas douter des éléments importants de ces comportements. Une considération générale est toutefois nécessaire pour indiquer qu'en métropole, le recours au tribunal est toujours considéré comme un échec : nous connaissons tous le dicton « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ». Il semble qu'ici, et je me permets de citer une formule lue dans les débats parlementaires sur le foncier, « le procès soit un sport national ».

Mais au-delà de ce constat, il convient de se pencher sur des aspects plus techniques de cette situation. Ils sont d'une part d'ordre juridique général, d'autre part liés à nos pratiques professionnelles.

Je me propose d'examiner successivement ces deux points. Plutôt que de mal redire ce qui a déjà été parfaitement développé jusqu'ici et lors de colloques précédents, ou publié dans des articles de doctrine, j'évoquerai non pas les raisons pour lesquelles mes confrères locaux ne régularisent que très peu de partages amiables, mais les raisons pour lesquelles les notaires de métropole en effectuent beaucoup.

I. L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE GÉNÉRAL

Il faut rappeler tout d'abord que l'une des caractéristiques du Code civil est qu'il favorise l'individualisation et la formalisation des droits individuels, notamment du droit de propriété. Dès lors, on peut considérer l'indivision comme une anomalie. L'indivision dans notre droit, sauf rares exceptions, est une situation destinée à être temporaire, transitoire, résultat d'une succession non encore partagée. Elle apparaît comme risquée, ne serait-ce que par le principe édicté par l'article 815 du Code civil : *« Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. »*

C'est donc tout naturellement que le législateur essaie de limiter le recours au juge et favorise le choix du partage amiable : toutes les réformes, depuis quelques années, vont dans ce sens, notamment la réforme issue de la loi du 23 juin 2006. Cela répond très clairement, en métropole, au souhait de la majorité des indivisaires qui demandent à leur notaire, quelquefois exigeant de lui, de sortir au plus vite des indivisions.

Il est clair que les indivisions polynésiennes, résultant de l'accumulation de successions non réglées sur plusieurs générations et regroupant jusqu'à plusieurs dizaines, voire centaines de coindivisaires, ne correspondent pas à ce schéma. Paradoxalement me semble-t-il en Polynésie, l'indivision peut apparaître non pas comme un facteur d'insécurité juridique, mais comme une source de protection du patrimoine familial.

Cela n'a toutefois pas empêché le législateur de l'État et du Pays de mettre en place en Polynésie un système destiné à faciliter les sorties d'indivisions, notamment par la mise en place d'institutions spécialisées en matière foncière, dont il a déjà été parlé, et par la loi du 26 juillet 2019 simplifiant de façon importante les articles du Code civil relatifs à la sortie et à la gestion de l'indivision.

Cette approche va se répercuter dans l'activité des notaires.

Il sera intéressant, mais il est sans doute encore trop tôt pour le savoir, de voir si cette réforme, limitée dans le temps, jusqu'au 31 décembre 2028, aura permis aux notaires polynésiens de développer leur activité en matière de partages amiables.

Quel est donc le rôle du notaire en matière de succession ?

Notons tout d'abord qu'en métropole, le notaire requis de recevoir un acte ne peut, sauf cas exceptionnels, le refuser, en sa qualité d'officier public.

Sauf difficultés particulières, le processus est simple, habituel et quasi naturel : à la suite d'un décès, les héritiers vont chez le notaire pour ouvrir la succession du défunt : le rôle du notaire est dans un premier temps d'établir la dévolution successorale, c'est-à-dire de dresser, par un **acte de notoriété**, la liste des héritiers et légataires avec leur identité complète, l'existence ou non d'un testament, les liens de parenté avec le défunt, et définir leur quote-part dans le patrimoine du défunt. Il peut, mais cela est rarement nécessaire, se faire assister pour ce travail par un généalogiste successoral qui fera les recherches nécessaires dans les successions complexes.

Dans un deuxième temps, en présence de biens immobiliers dans ce patrimoine, le notaire établit une **attestation de propriété immobilière**, acte constatant la transmission des biens immobiliers aux héritiers ou légataires. Le notaire requis doit obligatoirement établir cet acte dans les six mois du décès et, naturellement, il devra aussi obligatoirement le publier (transcrire) au service de la publicité foncière. C'est un acte essentiel car il va offrir à tout moment la possibilité de vérifier la chaîne de transmission de propriété des biens immobiliers, meilleure garantie de la sécurité des mutations.

Il faut noter une particularité qui peut intéresser les héritiers et qui résulte des textes relatifs à la publicité foncière : lorsque le partage de l'indivision intervient dans les dix mois du décès, il est inutile de passer par l'étape de l'attestation immobilière après décès, ce qui évidemment génère des économies. Cela peut inciter à accélérer le partage lorsque les héritiers sont d'accord sur son contenu.

Le notaire procède ensuite en principe à la déclaration de succession et au paiement des éventuels droits de succession (qui n'existent pas chez vous). Enfin, la plupart du temps, il va établir l'**acte de partage** de l'indivision, sauf, et cela est assez

rare, si les héritiers ont recours, dans le cadre prévu par les articles 1873-1 à 1873-18 du Code civil, à une convention pour déterminer les droits et devoirs de chacun dans les modalités de gestion de l'indivision, en attendant leur accord sur les conditions du partage. Nous reviendrons sur le rôle du notaire dans le partage.

Vous comprendrez que, sans aucun doute, les notaires de métropole ont beaucoup de facilités par rapport à leurs confrères polynésiens : tout d'abord, il est peu fréquent d'avoir à régler des successions « mille-feuilles », nécessitant un travail sur plusieurs générations successives, tant il est devenu habituel de les traiter dès le décès ; en outre, les notaires de métropole bénéficient de tout l'appareil administratif fiable depuis de nombreuses années : état civil ignorant les éventuels changements de noms dans le temps, cadastre à jour, publicité foncière performante avec fichier réel et personnel, formalité unique, acte authentique électronique...

Un autre avantage non négligeable est le maillage très efficace du territoire de l'hexagone, qui plus est, homogène et compact comparé à l'éparpillement géographique des 118 îles et aux différences culturelles et historiques pouvant exister entre elles. Notons que ce maillage a été récemment renforcé aux termes de la loi « Croissance » du 6 août 2015, qui a amené en cinq ans à une hausse de 50 % du nombre des offices notariaux, malgré, il faut le dire, les réticences de la profession. Nul n'aime spontanément partager le gâteau ! À titre d'information, le nombre de notaires en métropole est aujourd'hui de 16 500, exerçant dans plus de 8 000 offices. Leur moyenne d'âge est de 47 ans et les femmes représentent 53 % des notaires en activité.

Cette présence sur tout le territoire fait du notaire un juriste de proximité au profit de tous les citoyens, souvent le seul professionnel du droit présent dans les zones rurales.

J'évoque rapidement pour terminer sur ce point, une nouveauté, vraie révolution dans le cadre des règles de l'authenticité, qui a été instaurée par un décret du 20 novembre 2020 ; il est permis désormais d'établir une procuration notariée à distance, sur support électronique, c'est-à-dire en dehors de la présence physique des parties. Ce texte offre de très larges perspectives puisqu'une procuration notariée peut être donnée pour de nombreux actes. Nos confrères polynésiens y trouveraient sans doute beaucoup d'avantages.

II. LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LES PARTAGES

Le notaire peut jouer trois rôles dans les partages fonciers. Il peut être conciliateur, il peut être médiateur et il peut intervenir dans le processus d'usucapion.

A. Le notaire conciliateur

Le notaire en principe connaît bien ses « clients » et il est le notaire de leur famille, dont il est souvent confident de longues années durant. C'est pourquoi, se basant sur cette confiance continue qui lui est accordée, il sera dans les situations

familiales apaisées à même de proposer des solutions équilibrées de partage entre les indivisaires.

Plus délicat est son rôle dans les situations conflictuelles auxquelles il peut être confronté, en rappelant qu'il s'engage personnellement en donnant la valeur d'un jugement définitif à l'acte qu'il reçoit pour constater la rencontre de la volonté des parties.

Rappelons que dans un contexte où des antagonismes se manifestent entre les indivisaires, ces derniers vont avoir plusieurs options pour sortir du cadre de l'indivision.

- La première démarche est d'essayer de se séparer amiablement de sa quote-part de droits indivis, sur laquelle il peut seul accomplir un acte de disposition dont celui de vendre à toute personne. Cette vente peut être consentie à un autre indivisaire, ce qui en principe facilite la sortie de l'indivision en gardant le bien concerné dans la sphère familiale. Cette vente peut également être faite au profit d'une personne étrangère à l'indivision, mais dans ce cas-là l'entrée d'un tiers dans le cercle familial indivis est encadrée et les autres indivisaires bénéficient d'un droit de préemption selon les règles de l'article 815-14 du Code civil.

- La deuxième solution de sortie d'indivision est une démarche collective des indivisaires qui se mettent d'accord pour céder ensemble la totalité des biens indivis. Cette solution conduit à une issue globale, soumise initialement à la règle de l'unanimité des indivisaires, mais dont les modalités ont été assouplies tant en métropole qu'en Polynésie française et d'autres territoires d'outre-mer.

- La troisième solution est le partage des biens indivis. Cette solution a l'avantage de conserver le patrimoine immobilier au sein du patrimoine familial. Mais cette solution suppose que ce patrimoine se prête à l'exercice de ce partage. Dans cette hypothèse, les indivisaires doivent se mettre d'accord préalablement sur la valeur des biens à partager pour opérer une répartition équitable entre eux, sachant que l'évaluation se fait au jour du partage. Le partage consistera à affecter à chaque indivisaire un bien d'une valeur suffisante pour le couvrir de ses droits dans l'indivision, sachant qu'il est possible de compenser les différences par le jeu de soultes à régler ou à recevoir.

Il arrive souvent que cette attribution des lots soit difficile, les indivisaires ne s'entendant pas toujours à ce sujet, le notaire pouvant alors proposer le tirage au sort entre eux.

Le rappel de ces solutions de sortie d'indivision suffit à expliquer l'importance que peut et doit jouer le notaire dans le conseil aux différentes parties, pour les aider à trouver la meilleure solution, même si elle exige des compromis pour l'une ou l'autre (ou les deux).

C'est évidemment pour contribuer au règlement de ces cas difficiles que le législateur est intervenu à plusieurs reprises.

Remarquons en premier lieu que tous les textes de réformes, qu'ils soient nationaux (loi du 23 juin 2006, ordonnance du 18 septembre 2019), ou relatifs à la seule Polynésie française (loi du 26 juillet 2019) mettent le notaire au centre de la procédure de sortie de l'indivision et du partage. En effet, même si les modalités de la procédure diffèrent quelque peu en métropole et en Polynésie, dans les deux cas, lorsqu'il y a une volonté soit d'aliénation des biens indivis, soit de partage de la part d'indivisaires titulaires majoritaires d'au moins deux tiers des droits indivis, ils doivent saisir un notaire et lui notifier leur intention. Ces textes visent donc l'hypothèse dans laquelle les indivisaires n'ont pu spontanément se mettre d'accord sur les conditions du partage et que la majorité se heurte au blocage d'un ou plusieurs indivisaires minoritaires.

Le rôle du notaire va donc être essentiel dans ces cas de conflits, car il va lui appartenir, d'une part d'informer les parties, dans son rôle quotidien et social « d'instituteur de la loi » mais aussi de les accompagner de façon impartiale, dans le cadre de son devoir de conseil pour essayer de pacifier les relations. Il est clair que même si le notaire n'impose pas directement de solution, il participe nécessairement à l'élaboration intellectuelle de l'acte qu'il dresse.

Le notaire va donc très naturellement, dans l'exercice de sa mission d'intérêt général, participer, même sans en être toujours conscient, à une justice préventive en limitant autant que faire se peut, les sources de litiges et les procédures contentieuses.

Le professeur Pierre Catala écrivait : « Les missions du notaire partent du conseil, passent par la négociation, pour aboutir parfois à la conciliation, voire à la médiation. »

Il est fréquent dans un partage que le notaire découvre le conflit entre les indivisaires lors des discussions entre les parties. Il peut parfois même en être le révélateur en mettant en lumière le désaccord. C'est alors que le notaire, surnommé parfois le « magistrat de l'amiable », va tenter de les concilier et trouver une solution à leur problème.

Il saura prendre de la distance par rapport au conflit de personnes et tentera de les rapprocher, c'est son rôle de conciliateur.

La conciliation, rappelons-le, consiste en un arrangement amiable auquel parviennent les parties en conflit, avec l'aide d'un tiers de confiance, en l'occurrence dans notre hypothèse, le notaire. C'est un mode alternatif rapide et peu onéreux de règlement des litiges, qui doit permettre d'éviter l'engagement d'une procédure judiciaire. Toutefois il est aussi possible d'y recourir, après que cette dernière soit engagée, et que le juge désigne un tiers autre que le notaire pour tenter de concilier les indivisaires. En Polynésie, avait été mise en place à cet effet une Commission de conciliation obligatoire en matière foncière (CCOMF), intervenant en dehors du système judiciaire traditionnel. Elle a été supprimée par une loi du 16 juillet 2015 lors de la mise en place du Tribunal foncier, surtout en raison du fait que le recours à cette commission ne supprimait pas le passage obligatoire par le tribunal pour valider les procès-verbaux de conciliation non exécutoires.

B. Le notaire médiateur

Il existe des cas dans lesquels, malgré ses efforts de conciliation entre les parties, le notaire ne parvient pas à les mettre d'accord, et que les indivisaires soient tentés par le recours à une procédure judiciaire.

Depuis quelques années existe cependant dans le notariat de métropole une autre forme de mode alternatif de règlement des différends, le recours à la médiation. Ce recours suppose que toutes les personnes impliquées acceptent la démarche, qu'elles peuvent interrompre à tout moment.

La médiation est un mode de résolution des conflits dans lequel les parties elles-mêmes vont rechercher une solution à leur différend, à travers des échanges guidés par un médiateur, tiers impartial tenu à la neutralité, qui va organiser des entretiens individuels et/ou collectifs, encourager le dialogue afin que chacun puisse exprimer son point de vue et entendre celui des autres. Ce tiers n'est pas juge et n'a aucun pouvoir de décision.

Si un accord est trouvé, il est formalisé par un écrit, et le cas échéant si la médiation a été entreprise parallèlement à une action en justice, le juge peut homologuer cet accord.

Cette médiation peut être soit conventionnelle, c'est-à-dire choisie spontanément par les intéressés, soit être mise en place sur recommandation, voire instruction du juge. À ce jour, les plus grands prescripteurs de médiation sont les tribunaux.

Le notariat de métropole a depuis quelques années compris qu'il devait offrir à ses clients et à la société ce nouveau service, aidant au désengorgement des tribunaux. C'est pourquoi il a mis en place une formation spécifique pour les notaires voulant devenir médiateurs. Il existe aujourd'hui dix-huit centres de médiation des notaires sur le territoire, et d'autres sont en cours de création.

La preuve de l'utilité de ce mode de règlement des conflits par les notaires est le taux de réussite qui s'élève à plus de 70 % des dossiers clôturés. Précisons que les notaires ne sont pas seuls à pouvoir exercer les fonctions de médiateurs, et qu'il n'existe pas de statut du médiateur, s'agissant d'une profession non réglementée. Seule une inscription sur les listes établies par la cour d'appel, valable pour trois ans est obligatoire, sans que cette inscription ne soit soumise à des conditions très strictes. Il m'apparaît que le système des médiateurs fonciers mis en place en Polynésie en 2017 se rapproche de cette situation.

Je voudrais également, pour en terminer avec la médiation, indiquer que depuis une ordonnance du 14 mars 2016, a été introduit un article 612-1 du Code de la consommation qui a créé les médiateurs de la consommation, ayant pour objet de résoudre amiablement les litiges entre un consommateur et un professionnel. C'est dans ce cadre qu'a été nommé le 25 octobre 2016 le médiateur du notariat, chargé de traiter des conflits qui peuvent opposer un notaire à un de ses clients, et ce dans tous

les domaines d'activité du notariat, en particulier les successions et les partages. À titre d'information, je précise que sur les dossiers entrés dans le processus de médiation, le taux de réussite a été en 2019 de 75 %, démontrant l'utilité de ce mode alternatif de règlement des litiges

C. L'usucapion

Pour finir, un domaine me semble encore devoir être évoqué, très controversé en Polynésie, beaucoup moins en métropole, et dans lequel le rôle du notaire est important, je veux parler de la prescription acquisitive ou usucapion.

Rappelons que l'usucapion est un moyen d'acquérir un droit réel (notamment propriété, servitude, usufruit) par l'exercice de ce droit prolongé pendant un certain temps, en principe 30 ans (10 ans pour la prescription abrégée). L'article 2258 du Code civil dispose : « *La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession, sans que celui qui l'allègue soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.* » Un autre article du Code civil, l'article 712 précise : « *La propriété s'acquiert aussi ... par prescription.* » D'une phrase lapidaire, nous pouvons donc dire que le droit français permet de devenir propriétaire d'un bien immobilier sans l'avoir acheté ni même reçu par héritage, mais en l'ayant occupé pendant 30 ans. Cette occupation, dit notre droit, doit répondre à certaines conditions : elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque. Si toutes ces conditions sont remplies, le notaire peut alors intervenir et apporter un élément de preuve qui permettra à l'occupant de se défendre éventuellement s'il y avait ultérieurement une revendication de propriété. Ce moyen est l'acte de notoriété acquisitive, document établi par un notaire pour faire la preuve de la possession qui va permettre d'invoquer l'acquisition d'un bien immobilier par usucapion.

Il ne s'agit pas d'un titre de propriété, mais il constitue pour la personne qui revendique la possession, je cite une réponse ministérielle du 18 juin 2013, « un simple mode de preuve, l'acquisition de la propriété immobilière par prescription étant un effet de la loi ». Il est purement déclaratif et non constitutif.

Le notaire doit bien expliquer à celui qui se prévaut d'une prescription trentenaire que l'acte de notoriété acquisitive n'est pas un titre de propriété et que sa valeur sera appréciée souverainement par les juges du fond.

Cet acte a une force juridique limitée puisqu'il n'est valable que jusqu'à preuve contraire, mais sa validité a été reconnue à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Il va permettre à l'occupant de saisir le tribunal pour faire juger de l'acquisition par usucapion, et constituera un élément de preuve de la possession parmi d'autres. Malgré cette force juridique limitée, il est cependant conseillé au notaire par une jurisprudence constante, d'être prudent et de vérifier notamment la crédibilité des témoins (absence de lien de parenté avec le possesseur, présence trentenaire dans le voisinage). Un arrêt récent intéressant a été rendu le 15 octobre 2020 par la cour d'appel d'Amiens qui a

eu à se prononcer sur la responsabilité d'un notaire à la suite d'un acte de notoriété acquisitive.

La cour a rappelé tout d'abord que l'acte de notoriété a la valeur d'un témoignage, qui doit être signé par des témoins contemporains des faits et être appuyé par tous documents propres à établir la possession. Elle précise ensuite que le notaire n'a pas à vérifier la véracité des faits qu'il s'agit de prouver, mais qu'il doit s'assurer de la crédibilité des témoins. Elle rappelle également que la rédaction de l'acte doit relater les événements matériels et préciser la durée de la possession, l'absence de cause d'interruption ou de suppression, et éventuellement l'existence d'une fonction des possessions. Elle conclut en précisant que chaque fois qu'il n'existe pas suffisamment de preuves d'actes matériels réalisés en qualité de propriétaire par le possesseur, le notaire doit renoncer à établir l'acte car il peut engager sa responsabilité si la prescription acquisitive n'a pas effectivement joué. Précisons qu'il est conseillé aux notaires de faire publier cet acte de notoriété acquisitive au service de publicité foncière, bien que ce ne soit pas obligatoire, pour qu'il soit consolidé au bout d'une nouvelle période de 30 ans d'occupation.

Dans plusieurs territoires ultra-marins, notamment en Polynésie, qui rappelons-le est compétente en matière de prescription, des textes sont venus de façon dérogatoire au droit commun, favoriser cette pratique, notamment en encadrant dans le temps la possibilité de contester la réalité de la possession.

Mais malgré les améliorations de ce dispositif d'usucapion « renforcée », et même s'il est évidemment plus facile d'établir des prescriptions acquisitives immobilières que d'être obligé de régler des successions sur quatre ou cinq générations, les notaires voient cette pratique avec réticence car ils sont naturellement attachés à la sécurité juridique et qu'une certaine incertitude reste attachée à l'usucapion. C'est pourtant une pratique essentielle, qui, semble-t-il existait déjà en Polynésie avant l'entrée en vigueur du Code civil (*'aitau*).

Cette réticence est sans doute liée à la crainte légitime des notaires que leur responsabilité soit engagée dans l'établissement de cette attestation de notoriété, s'il apparaît ultérieurement que son contenu est erroné.

Or le notaire, s'il doit être particulièrement prudent dans l'établissement de ces actes, doit être rassuré sur ce point, puisque la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 22 janvier 2014, non contredit depuis, a considéré que sa responsabilité ne peut être engagée que « s'il dispose d'éléments de nature à faire douter de la véracité des énonciations dont il fait état... ». Selon cet arrêt, le notaire n'est même pas obligé de procéder à la recherche des origines de propriété du bien en cause qui ne sont pas susceptibles de contredire la possession attestée.

Il est donc vraisemblable que l'usucapion aura encore de beaux jours devant elle, même si en métropole du moins, elle n'est utilisée en général que pour des biens de peu d'importance, tels que droits de passage ou autres servitudes.

J'ai essayé dans mon intervention d'expliquer comment les notaires de métropole intervenaient très ordinairement dans les procédures liées aux sorties d'indivision et disposaient de techniques bien rôdées pour parvenir le plus souvent à des partages amiables dans des conditions favorisant la paix sociale. C'est évidemment ce qui explique qu'en métropole les partages amiables soient la règle et le partage judiciaire l'exception (sachant que c'est un peu moins le cas lors de partages après divorce). Les confrères de Polynésie et donc les citoyens polynésiens connaissent des conditions bien différentes, liées à l'histoire et à la culture locales. Ces conditions particulières conduisent souvent à des blocages ou à des difficultés, freins au développement économique et sources de tensions sociales. Tant l'État que le Pays sont très conscients de cette situation, et ont depuis des années engagé réflexions et réformes pour faire face à ces problèmes. Mon intervention n'avait pour but que de montrer les méthodes employées en métropole, sachant, comme l'avait indiqué mon confrère Michel Delgrossi lors d'un colloque tenu il y a quelques années, « qu'une bonne loi en France métropolitaine peut se révéler totalement inadaptée au contexte local ». Mais compte tenu des avancées législatives intervenues depuis quelques années, ces méthodes peuvent constituer des pistes.

Il est essentiel que les notaires réinvestissent les successions complexes en faisant comprendre aux héritiers que les réformes législatives, notamment le partage par souche, doivent permettre de débloquer des situations d'indivision anciennes.

Certes, une loi ne suffit certainement pas à changer les traditions, mais il appartient à tous de sensibiliser sur le terrain la population à ces améliorations.

Cinquième partie

L'APPROCHE COLLECTIVE
DE LA GESTION
FONCIÈRE COMME
ALTERNATIVE
AU MORCELLEMENT
DES TERRES

LA PROMOTION D'UNE GESTION FAMILIALE DES TERRES POLYNÉSIENNES INDIVISES

Nelly Tumahai et François Raoulx
Représentants de Fenua Ora

Te faufa'a amui, oia hoi te tuha'a fenua ta te (mau) tupuna i vaiho mai (tomite, e te vai atura)

Na te irava 815 no te ture tivira e ha'ataupupu nei te faufa'a tupuna i roto i te mau opu feti'i.

I muta'a i hora o te fenua, te taura ta'amu no tera e no tera feti'i.

Ua riro te fenua teie mahana mai te hoe va'amata'eina'a (division de propriétaires) e ei arora'a i te ta'amura'a te hoe opu feti'i i tona tupuna e i te hoe fenua.

No te fa'ahaere i mua te parau no te fa'anahonahora'a te faufa'a tupuna, e piti fa'aotira'a ta «'Fenua 'Ora » e poro'i atu nei :

Tahi : Te fa'anahonahora'a amui no te mau fenua feti'i na te ha'amaura'a i te hoe apo'ora'a utuafare

Rua : fa'atianira'a no te hoe ta'atira'a totaiete api, aore ra te hoe totaiete feruri api hia

Tahi Te Fa'anahonahora'a amui no te mau fenua feti'i

Tatarara'a :

Uira'a : Eaha mau ia ?

Tatarara'a : O te parahira'a i teie ra'a ra no te ta'atoara'a o te mau feti'i i nia i te mau fenua tupuna.

Eaha te faufa'a e tia'i hia ra?

O te hoe parahira'a i nia i taua mau fenua ra i teie ra'a ra mai ta te tupuna i parahi, tae mai i nia i te hua'ai tamarii no teie mahana e a muri noa tu, na te ore e ha'amaui i te hoe tota. (aucun frais) Na te tomita e aore ra te hoe parau fatura'a e ha'apapu te reira.

Te mana'o :

Te orara'a autaeae i nia'i taua mau fenua ra

« E ora ma te Hau i nia'i to oe fenua Maohi »

E mea na hea e parahi ai i nia i te mau faufa'a tupuna ?

Tahi roa :

Ha'apapu to oe ta'amura'a i te fenua na roto ta oe apapara'a tupuna, e mai te mea ra ua ta'ati oe

i roto i te hoe ta'atira'a a aufau ta oe moni tuha'a matahiti.

Rua : E parau ti'a e aore ra e hoho'a fenua o te ha'apapu nei tona vaira'a i roto tera e tera oire, aore ra motu..., tona faito, metera tuea e te vai atura.

Te opuara'a :

Titau hia no te feti'i e ani nei te parahira'a inia ite fenua feti'i i te hoe opuara'a papu. (Nohora' - tanura'a ma'a hotu no te fenua - Ohipa e atu - e te vai atura) fa'ata'a e a ha'apapu maitai te opuara'a

E fa'atae te ta'ata ani tana pu'e parau (dossier) no te opuara'a i te tomito feti'i (conseil de famille) E na te tomito anoha'a (commission technique) mai te mea ua ha'amau hia e hiopo'a ua tu anei i mua i te ture. Ture fa'anahonahora'a te fenua (Code de l'aménagement) Plan général d'aménagement (Ture fa'anahonahora'a fenua) Ture parurura'a i te ta'ata i mua i te mau ati nature (Plan de prévention des risques) e te vai atura.

I muri mai i taua mau hiopoara'a e horoa hia te parau fa'ati'a.

Te Tomite Utuafare

Te mau mero

Na te faito o te mau opu feti'i e horoa mai te faito mero no te tomito utuafare.

Ei hiora'a : E vau (8) opu feti'i, e vau (8) ia mero, aore ra tata'i piti te mau mero, oia hoi a huru ma ono (16) mero

Eiaha atoa ia rahi roa, a taimaha ai te rurura'a.

O vai ma te ti'a i roto i taua tomito ra ?

Te mau mero atoa o teie ta'amu hia i te tupuna e tana faufa'a

Te tapura ohipa, te o e tiai hia mai ra :

Na te mau mero no te tomito utuafare e ha'atupu te : « Hau, Te Here, Te autaera'a, Te Hoera'a, te orara'a amui, e te vai atura » e na taua mau opuara'a ma te hau, e tauturu te orara'a i nia i te mau faufa'a tupuna.

Titau hia te ta'ata maru, o tei i, i te here, te pa'ari e te hau, no te ti'a i nia i taua mau parahira'a. Eiaha te ta'ata iria, te hitahita vave, te pohe ha'e e te vai nei mai tera i te huru i roto i te opu feti'i, i roto i te tomito utuafare.

E mea faufa'a mau ia maiti maitai hia te mau mero e parahi i roto i te tomito utuafare.

Eiaha ia moe hia na taua mau mero ra e fa'aoti te parahira'a a tera e tera taeae e tuahine, i nia i te faufa'a tupuna na te ore e hio tona huru e t(ona tiara'a, ia fa'aoti ra na roto i te maitira'a mafatu.

Te faufa'a e titau hia no te mero :

E imi te mau mero te hoera'a i roto i te mau opu feti'i, e ha'atupu ratou te here, te tatarahapa, i roto i te tauaparaura'a

Aita tatou i roto i te fa'anahora'a a te papa'a, oia hoi te vahira'a aifaito, eita e ti'a fa'ahaou ia na reira hia, no te rahi o te mau mero.

Na te mafatu e fa'aoti te parahira'a o te ta'ata.

Ei hiora'a : E fa'afana'o hia te mau taeae o tei fifi i roto i to ratou orara'a o tei ere it e ohipa e te vai atura

E ere no oe te fenua, na tatou ra e 'e fa'aoti hia te operera'a iau ta te mana'o e te mafatu e fa'aoti.

Na te tomite e fa'aoti te tau a parahi ai te te ta'ata ani : 20, 30, 40 matahi e te vai atua.

Rua : Fa'atianira'a no te hoe ta'atira'a totaiete api, aore ra te hoe totaiete feruri api hia

I te hiora'a a « 'Fenua 'Ora » ua tae te papature « Otonomi » e aratai nei to tatou fenua i tona hope'a.

Hanere vau ahuru (180) matahiti to te nuna'a Maohi tapipiri hia e te hau nui.

70% i nia i te hanere o te fenua tei roto i to tatou rima e 'e 30% parau hia ra no te hau fenua.

70% teie te puai o te mau opu feti'i e ere it e hoe fifi , e pua'i ra o tei titau hia ia fa'anahonaho maita'ai.

I roto i te fa'aterera'a no teie tau tei hea te "Opu feti'i" i te vaira'a ?

Aita re'a e parahira'a no te "opu feti'i i te « Tomite matutu ti'a rau"

E inaha i roto taua tomite ra e titau hia e te mau ta'atira'a e tae noatu te mau tia no te mau taiete, aita ra te « opu feti'i »

Te tumu maoti te fa'aterera'a te fenua na te poritita e te fa e imi hiara, maoti te moni

Ei ha'amanaora'a te parau fa'a'au no te matahiti 1880 o tei tarima hia e ari'i Pomare V e te mau ra'atira opu feti'i.

Teie taua papa'ira :

« Te ani atu nei matou i teie fenua nui ia fa'atere te nuna'a na te fa'atura te mau ture e te hiro'a tumu Maohi.

Te ani atoa nei matou e na te to'ohitu no te va'amataien'aa e ha'ava te mau ohipa ri'iri'i eiaha te nuna'a e tapapa Papeete e te moni ha'amaura'a rahi

Te anira'a hopea, ia vaiho hia te ohipa fenua na te tiribuna Maohi e fa'aohipa. »

No « 'Fenua 'Ora » ua tae te taime ia tau i hia te fa'anahora'a e ia imi hia i te hoe tumu api o tei patu hia i nia i te TATARAHAPA e te HERE. Mea ino anei teie ferurira'a api ?

Te tiaturi papu nei o « 'Fenua 'Ora » e mea na roto te TATARAHAPA e te HERE e roa'a ai i te patura'a i te hoe avei'a api no te fa'anahonahora'a te faufa'a tupuna.

« Mai ia TA'AROA ra e pa'a ia 'oia ho'i te 'apu ho'i to te mau mea ato'anei. »

En tradition polynésienne (*mā'ohi*), l'indivision est la possession familiale en commun : les biens indivis sont appelés biens communs ou collectifs (*faufa'a 'āmui*), terre de famille (*fenua fēti'i*).

Pour FENUA ORA le sujet foncier à l'épreuve de la parenté au sens de l'article 815 du Code civil est une source conflictuelle manifeste au sein des familles à l'instar de la

gestion collective des biens ancestraux. L'indivision fait émerger dans les familles (*'ōpū fēti'i*) une gêne de demeurer coindivisaire d'une terre et dans le même temps une quête de racines identitaires pour une récupération des droits ancestraux.

Jadis, la terre marquait le lien familial, aujourd'hui elle divise et devient le terrain d'opposition pour revendiquer une filiation à un ancêtre (*tupuna*) et des rattachements à une terre (*fenua*).

Pour promouvoir la gestion familiale des biens ancestraux, Fenua Ora pose deux actes.

Premier acte : la gestion communautaire des terres familiales par un conseil de famille.

Deuxième acte : la promotion d'une organisation sociétale refondée, ou réinventer notre modèle.

I. PREMIER ACTE : LA GESTION COMMUNAUTAIRE DES TERRES FAMILIALES PAR UN CONSEIL DE FAMILLE

A. La gestion communautaire des terres familiales ancestrales :
définition, esprit, administration

1. Définition

La gestion communautaire des terres, qu'est-ce que c'est ?

C'est la notion d'occupation immédiate par toutes nos familles des biens (tous les biens) laissés par le *tupuna*, l'ancêtre.

Quels sont ses bénéfices attendus ? Une occupation **immédiate**, dans la continuité de la transmission desdits biens à la communauté de vie dudit *tupuna*, sans aucun frais, ni de notaire, ni d'enregistrement, ni encore moins d'avocat et de tribunaux. Une occupation sur simple titrement (*tōmite*, titre de propriété, ou tout document équivalent et reconnu).

2. Esprit

L'esprit est le concept de l'occupation fraternelle et familiale des terres soit « Vivre en Paix sur ta terre *Mā'ohi* ». Comment occuper nos biens ?

En premier lieu, concrètement, justifier des liens familiaux à la terre par sa filiation, par sa généalogie ascendante, et être à jour de ses cotisations (avec des variantes si la famille à une structuration et un fonctionnement associatif).

En second lieu, disposer de registres ou recueils fiables de terre de famille *'ōpū fēti'i* (de préférence des plans normés des terres concernées avec la configuration de la parcelle, sa superficie, ses dimensions, etc.).

3. Administration de projet

Le Bénéficiaire doit avoir un projet précis, un projet de vie, d'installation, un projet d'activité (construction, agriculture, autres travaux) et doit expliquer ce projet.

Au sein du '*ōpū fēti'i*', il transmet son dossier de demande au conseil de famille, ou au bureau associatif de la famille si celle-ci est structurée en association.

Selon l'organisation de la famille, le dossier peut être transmis à une commission technique pour une étude approfondie sur, notamment, sa faisabilité par rapport aux règles du Code de l'aménagement de la Polynésie française, du Plan général d'aménagement, du Plan de prévention des risques naturels prévisibles (P.P.R.N.P.), des plans de délimitation du domaine public territorial (routier, fluvial, maritime), etc.

Dès vérification de sa conformité (note de renseignements d'aménagement à solliciter auprès du service de l'urbanisme) et de sa faisabilité, s'opère un retour au bureau avec les avis et propositions de la commission, après accord ou modification par les membres du bureau. Ce bureau est le conseil de famille. Il donne ou pas son accord, voire propose une autre solution, le refus n'étant pas la norme reconnue, mais l'exception très rare.

B. Le conseil de famille : composition, rôle, déontologie et valeurs

1. Composition

La base pour la composition des membres du conseil de famille est le nombre de souches présentes dans le '*ōpū fēti'i*'.

Qui peut être membre du conseil de famille ? Tous les '*fēti'i*' de filiation rattachés au *tupuna*. Si la communauté est organisée en une structure associative, l'appartenance au conseil de famille suppose la régularité des cotisations.

2. Rôle

Le conseil de famille a le rôle de maintenir la Paix, l'Amour, la Fraternité, la Solidarité dans la gestion collective des biens familiaux, soit à vivre la Famille. Il n'est donc pas question d'équité, de partage, de morcellement, avec soultes.

Le rôle du conseil de famille est de trouver des compromis consensuels de cœur sans esprit de favoritisme mais avec Amour : ainsi permettre l'installation d'un '*fēti'i*' « moins béni » au regard de la masse.

Ce rôle du conseil de famille amène à poser le choix (la sélection) des membres composants le conseil de famille. Ce choix de personne se fait dans chaque souche sur des critères de qualité.

Comment se fait le choix du ou des membres, sur quel critère ?

Pour les familles déjà structurées en association : tous les membres à jour de leurs cotisations peuvent prétendre être nommés ou élus au conseil de famille et ils prendront et arrêteront une (ou des) décision(s).

Il conviendra de choisir au titre de membre du conseil de famille des personnes matures, au doux caractère, lentes à la colère, toujours prêtes à discuter dans la paix et l'amour fraternel, et à trouver un compromis, sans esprit de favoritisme, mais avec justice. (Des perles rares, quoi !)

3. Déontologie et valeurs

Les membres du conseil de famille doivent toujours privilégier l'esprit communautaire, avec des valeurs qui viennent du cœur. Ils devront favoriser la réconciliation des familles déchirées et être des modèles de compassion, d'amour, de tolérance, de pardon, des sages, des *to'ohitu*.

On n'est plus dans un système métropolitain qui consiste à partager à valeur égale le ou les biens et qui mène souvent au tribunal. D'ailleurs après cinq ou six générations, on n'est plus en mesure de partager nos terres sans soultes.

La priorité sera donnée à celles et ceux qui n'ont pas eu beaucoup de chances dans la vie et ou qui connaissent des situations difficiles.

Les biens ancestraux ne sont pas partagés, ou morcelés, quand bien même les parcelles ou les lots pourront être sécurisés par des barrières ou des clôtures.

Chaque opération consiste à attribuer au demandeur en jouissance, une parcelle de terre en fonction de son projet, pour une durée variable (20, 30, 40 ans ou plus) en fonction de sa demande et de la décision du conseil de famille.

II. DEUXIÈME ACTE : LA PROMOTION D'UNE ORGANISATION SOCIÉTALE REFONDÉE, OU RÉINVENTER NOTRE MODÈLE

Notre statut d'autonomie interne est-il assez efficient pour permettre la promotion d'une gestion communautaire des biens ancestraux ? Au sein de Fenua ora, nous avons fait notre analyse : selon nous, ce modèle statutaire a atteint ses limites. Nous disons même que cela fait 180 ans que les familles polynésiennes *ōpū fēti'i* sont confinées.

Où les familles sont-elles représentées dans nos institutions ?

Les terres en Polynésie dans les grandes masses relèvent à plus de 70 % de la sphère du domaine privé et les 30 % restent dans la sphère du domaine public !

70 %, voici notre force à nous, les familles. Ne voyons pas le volume des masses successorales comme des problèmes, mais comme une force à organiser. La non-liquidation de nos successions, autrement dit notre maintien à demeurer co-indivisaires, a permis de conserver nos terres.

Certes, des études juridiques de professeurs de droit analysent l'implantation du Code civil comme source d'émancipation sociale et économique de l'individu polynésien au regard du groupe familial. Toutefois, aujourd'hui, après cinq ou six générations depuis le *tupuna*, le morcellement est complexe et conflictuel.

Dans le système actuel, dans quelle institution les *ōpū fēti'i* sont-ils représentés ? Les réformes du Code civil pour la Polynésie en 2019 ont-elles fait l'objet de consultation

des familles ? La loi du pays sur le titrement des terres sans maître aux Australes a-t-elle été débattue avec les familles ?

Alors que les aménagements des territoires (terres et mers) se font sur nos ressources, il en va de même pour les règlementations d'urbanisme, pour les développements économiques, pour l'exploitation de nos ressources : rivières, plantes, patrimoines... Il en va encore ainsi pour notre identité, notre culture, notre langue, pratiquées, vécues dans nos familles. Et pourtant, en aucun lieu institutionnel l'expression des *'ōpū fēti'i* n'est sollicitée !

Nous n'avons pas de représentativité au sein du Conseil économique social environnemental et culturel, institution de la société civile. En effet, la quatrième institution de Polynésie française, assemblée consultative, est textuellement composé de 48 conseillers issus de la société civile : représentants de groupes professionnels, d'organismes, d'associations qui participent à la vie économique, sociale, environnementale et culturelle de la Polynésie française. Si les groupes professionnels, les organismes en tout genre sont bien représentés, les *'ōpū fēti'i fatu fenua* semblent avoir été oubliés. Pourtant, ils sont le fondement de la société polynésienne. En effet, les familles souches terriennes, *'ōpū fēti'i fatu fenua*, sont la base de notre organisation sociétale, elles détiennent en grande majorité le foncier de la Polynésie sur lequel l'économie de la Polynésie se développe.

Car la gouvernance de la Polynésie a dévié vers la professionnalisation du pouvoir par les politiques, pour des intérêts bien éloignés de ceux des familles...

Rappelons ici un extrait du statut d'annexion de 1880 signé par Pomare V et les chefs de familles. Cet extrait écrit : « *Nous demandons à ce grand pays de continuer à gouverner notre peuple en tenant compte des lois et coutumes tahitiennes. Nous demandons aussi de faire juger toutes les petites affaires par nos conseils de district afin d'éviter pour les habitants des déplacements et des frais très onéreux. Nous désirons enfin que l'on continue à laisser toutes les affaires relatives aux terres entre les mains des tribunaux indigènes*⁸⁸. »

Pour Fenua Ora, il est temps de réinventer un modèle et une organisation sur le fondement du Pardon et de l'Amour. En effet, est-il mauvais ou « hors sujet » de promouvoir la gestion collective des biens ancestraux par l'Amour et le Pardon ? Au sein de Fenua Ora, nous ne le pensons pas. Au contraire ! Ces étapes de pardon et d'amour nous invitent à faire ressortir chez tout un chacun les meilleurs anges pour nous réinventer.

Car la promotion de la gestion collective de nos biens ancestraux est la quête du discernement des insuffisances du système actuel.

La légende de Ta'aroa ou le mythe de la Caverne de Platon nous enseignent d'évoluer au-delà des carapaces, des ombres, pour vivre.

Mai ia Ta'aroa ra e pa'a ia 'oia ho'i te 'apu ho'i to te mau mea ato'anei

De même que Ta'aroa avait des carapaces c'est-à-dire des coquilles, tout a une coquille.

88. Souligné par les auteurs.

LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE, UN NOUVEL HORIZON POUR L'USAGE DU FONCIER EN POLYNÉSIE ? RÉFLEXION À PARTIR DE L'EXEMPLE DES « COMMUNAUX » EN MÉTROPOLE FRANÇAISE

Jean-François Joye

Professeur à l'université Savoie Mont Blanc, Centre de recherche en droit Antoine Favre

I te fenua Farāni, i te pae'au mou'a, tē vai noa ra ā te tahi mau faufa'a 'āmui nō roto mai i te mau tupuna 'o tē vai noa ra ā, noa atu te topara'a o te terera'a faufa'a 'e tōtiare e 'itehia ra e piti hānere matahiti i teienei. Maoti teie mau fa'ahora'a faufa'a fatu 'āmui 'aore rā faufa'a vāhīhia, e nehenehe teie mau 'oire e fatu mai i te mau tī'ara'a fa'a'ohipa 'āmui i nī'a i te mau faufa'a e fatuhia vetahi ē. 'Ia fa'atū'atihia te tī'ara'a o te fatu 'āmui 'e te tī'ara'a o te fatu unuma, tē 'ite-fa'ahou-hia ra te mau rāve'a i fa'a'ohipa-a'ena-hia e teie mau 'oire. 'Ia ha'amaitā'ihia teie mau fa'ahora'a nō te fa'atū'ati i nī'a i te mau arata'ira'a tōtiare o teie tau, e riro te reira 'ei rāve'a nō te ha'amaitā'i 'aore rā nō te fa'aiho i te mau arata'ira'a e au ma te fa'ananea i te fa'a'ohipara'a o te fenua maoti tōna fatura'a. Nō te mea ho'i ē, 'ua tī'a i te mau nūna'a nō Porinetia i te fa'aherehere i tā rātou mau peu tumu, e nehenehe e parau ē, e fa'arī'i tōna mau huira'atira i teie ferurira'a ta'a'ē nō nī'a i te tī'ara'a fatu tāta'itahi nō te tī'a'au i tōna fenua. I roto i te tahi atu fenua e'ē 'e 'ia au i te huru o te mau fa'ahora'a, e riro te reira 'ei pāhonora'a i tō rātou hia'ai 'ia vāvāhīhia tō rātou mau fenua.

Si l'article 815 du Code civil dispose que « *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision [...]* », en miroir, à la propriété individuelle, nul n'est tenu non plus.

Dans certains territoires de la République française, la perception de la propriété n'est pas toujours culturellement celle du Code civil promulgué il y a plus de deux-cents ans. C'est le cas en métropole dans certains territoires ruraux de montagne, tout comme dans certains territoires ultra-marins en dépit de l'application du droit étatique dont les effets ont contribué à affaiblir les modèles propriétaires aux marges des catégories désignées comme étant bonnes pour la société. D'ailleurs, si le Code civil a glorifié le droit de propriété exercé dans le cadre de la propriété individuelle⁸⁹ et durablement

89. Notamment à l'article 544 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue,*

imprégné les esprits comme étant le seul qui vaille, il a également laissé subsister d'autres formes de rapports à la possession et à l'appropriation. Les communaux ou biens communaux⁹⁰ tels qu'entendus dans cette étude sont à ce titre des modèles ancestraux de propriété collective. Bien que cette dernière fut très critiquée à l'époque révolutionnaire, il n'a pas été possible de l'éradiquer car elle représentait une réalité encore forte dans les campagnes⁹¹. Pragmatiques, les rédacteurs du Code civil l'ont certes conservée mais en se gardant de la qualifier de véritable propriété. Elle est toujours mentionnée à l'article 542⁹².

En pratique, la propriété collective, que l'on pensait disparue des pays occidentaux, perdue malgré un déclin important que le législateur national n'a pas souhaité enrayer. Elle représente autant une manière particulière « d'habiter » les territoires qu'un patrimoine matériel (forêts, pâturages, terres cultivées, carrières, parfois des biens bâtis) et immatériel intergénérationnel (savoir-faire de gestion prudente des ressources naturelles ou d'élevage). C'est un régime de propriété en soi qui n'est ni la propriété commune aux habitants, ni le régime de la domanialité publique, ni l'indivision de l'article 815 du Code civil. Ces biens ne sont pas non plus à personne.

La question se pose aujourd'hui de savoir si les systèmes de propriété collective qui subsistent ou ceux que l'on pourrait créer de nouveau peuvent être en capacité de répondre à une série de défis sociaux et environnementaux. Certes, les systèmes dont nous rappelons l'existence ici ne sont pas toujours des modèles de simplicité au premier coup d'œil mais il s'agit d'alliances entre groupes humains garantissant un accès collectif pérenne aux ressources foncières. Il ne s'agit toutefois pas de dire que ces systèmes sont applicables tels quels aux territoires polynésiens. Dans le sillage de recherches précédentes ayant permis de réhabiliter les « communs »⁹³, nous les présentons comme des sources d'inspiration pour trouver des solutions de gestion durable du foncier sous réserve de les adapter aux cultures et identités des archipels. C'est aussi l'occasion de détourner un instant le regard du lecteur des questions de revendication de la propriété⁹⁴ pour se déplacer du côté des projets collectifs, sans tomber dans la naïveté ou la prétention que cela pourrait miraculeusement sortir la Polynésie de sa « complexité » foncière faite d'intrications multiples et dont on cherche la résorption en attribuant des titres individuels de propriété, notamment en prônant

pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

90. À ne pas confondre au plan de l'étymologie avec les biens de la collectivité territoriale qu'est la « commune ».

91. V. Le décret (loi) 10 juin 1793 de la convention nationale sur le mode de partage des biens communaux ; v. Y. Bosc, Loi du 10 juin 1793 sur le partage des biens communaux, dans M. Cornu, F. Orsi, J. Rochefeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, 2017, p. 766.

92. Elle est « planquée » non pas au sein du titre II « De la propriété » du Livre II du Code, mais juste avant au sein du confus chapitre III du titre I « Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent ».

93. E. Ostrom, *Governing the Commons : The Evolution of Institutes For Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, 291 p. - D. Bollier, *La Renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, éd. Ch.-L. Mayer, 2015, 191 p. ou B. Coriat (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les liens qui libèrent, 2015, 202 p.

94. Les fondements juridiques de l'accession à la propriété foncière en Polynésie, notamment depuis la colonisation française et l'exportation de son droit civil sont développés par ailleurs dans cet ouvrage. V. aussi G. Coppenrath, *La terre à Tahiti et dans les îles : Histoire de la réglementation foncière, Perspectives d'avenir*, Papeete : Haere po, 2003, 329 p.

la sortie de l'indivision⁹⁵. Or, d'une part, ce remède n'est pas aisé à appliquer ; il est même épuisant y compris en application des procédures prévues à cet effet. D'autre part, ce n'est pas toujours opportun. Des familles se querellent parfois pour des parcelles qui ont peu de valeur économique du fait d'un accès difficile (isolement, pente) ou de leur petite taille. Inscrites dans une autre optique que l'individualisation ou la privatisation, ces terres pourraient être utiles à la collectivité tout entière. En l'état, les indivisions sont des assiettes foncières unitaires, non encore accaparées à des fins purement personnelles, ce qui mérite réflexion avant de liquider tout héritage ancestral et de perdre l'irremplaçable. Dès lors, d'une complexité à l'autre, pourquoi ne pas étoffer la palette des outils juridiques afin d'appréhender les questions foncières sous un angle différent en privilégiant les droits d'usage plutôt que les droits de propriété ?

Nous allons tout d'abord faire un rapide tour d'horizon des communaux en reprenant certaines de nos précédentes publications sur le sujet⁹⁶ (I). Puis, nous rappellerons que la résurgence ou la création de communs fonciers ne peut s'envisager sans la présence d'un soubassement solide : une communauté qui porte un projet collectif et qui garantit la pérennité de la non-appropriation individuelle des terres (II).

I. DES SYSTÈMES FONCIERS MOINS CENTRÉS SUR L'INDIVIDU : LES FORMES POSSIBLES DE COMMUNAUX

Selon l'article 542 du Code civil (tel que rédigé depuis 1804), « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ». Derrière cette formule non accompagnée d'un régime juridique se niche encore en France – tout spécialement en montagne – des systèmes fonciers endémiques de propriété dite « partagée » ou « collective » (A). Cependant, l'article 542 n'épuise pas toutes les catégories de communaux si l'on entend cette notion au sens large. Dans son étude sur la forme des communaux en droit civil des biens, Flora Vern propose une description susceptible de s'appliquer tant aux communaux classiques de l'article 542 qu'à des biens soumis à une appropriation privative mais exploités dans l'intérêt d'une communauté (B). En effet, doivent être qualifiés de communaux des biens fonciers qui, « indépendamment de leur régime d'appropriation, font l'objet de droits de jouissance exercés collectivement par les habitants de la commune, qui organisent entre eux les

95. Y.-L. Sage, « Droit foncier en Polynésie française. Bref examen critique et propositions de réforme », in *Comparative Law Journal of the Pacific*, 2013, 254 p. - Y.-L. Sage, « Droit foncier en Polynésie française : et si comparaison était (un peu) raison ? », in Angelo et al. (dir.), *Droit Foncier et Gouvernance Judiciaire dans le Pacifique Sud : Essais Comparatistes/Land Law and Judicial Governance in the South Pacific. Comparative Studies*, New Zealand Association of Comparative Law, Faculté de droit de l'Université de Wellington, Hors-Série Volume XII, 2011, pp. 59-80 (en ligne). - R. Calinaud, « Les Principes directeurs du droit foncier polynésien », *Revue Juridique Polynésienne*, n° 7, 2001, pp. 741-749. - T. Bambridge, Ph. Neuffer, « Pluralisme culturel et juridique : le foncier en Polynésie française », in T. Bambridge, J.-P. Doumenge, O. Bruno, J. Simonin, D. Wolton (dir.), *La France et les Outre-Mers. L'enjeu multiculturel*, CNRS Éditions, revue Hermès, vol n° 32-33, pp. 307-315. - T. Bambridge (dir.), « Le foncier en Polynésie française » - *Comment réconcilier pratiques, légalité et légitimité ?*, Actes de colloque, Éditions Univers Polynésiens - AJPF 2009, 193 p.

96. La bibliographie proposée à la fin de ce texte permet au lecteur d'aller plus loin dans l'étude détaillée de ces systèmes.

modalités de cette jouissance⁹⁷ ». Dans tous les cas, au(x) propriétaire(s) du sol s'ajoute une communauté humaine détentrice de droits d'usage, généralement collectifs. Et quelle que soit la formule retenue, « le droit de propriété s'efface derrière la jouissance en commun qui impose à chaque ayant droit de composer avec les droits des autres⁹⁸ ».

A. Mise à distance de la propriété privée : le système de propriété collective ou les communaux « classiques »

Les montagnes de la France métropolitaine sont depuis des temps immémoriaux des terres de communs fonciers. De nombreuses études ont montré le sens de l'organisation collective qui prédomine en ces lieux, les contraintes climatiques ou de relief condamnant les populations à innover en matière juridique pour utiliser les ressources naturelles⁹⁹. Les formes juridiques connues remontent souvent à l'Ancien régime et notamment au droit féodal, période durant laquelle des seigneurs ou parfois des autorités ecclésiastiques ont permis aux habitants d'un hameau ou d'un village de disposer de droits d'usage sur leur domaine « éminent » (droit de faire paître les animaux, droit de cueillette, de puiser de l'eau, de couper du bois, de chasser, etc.)¹⁰⁰. Les communaux représentaient à l'époque une solide armature sociale. Même s'ils ont décliné en nombre comme en superficie à partir du XIX^e siècle du fait du désintérêt des populations séduites par les idées physiocratiques puis libérales, du fait de la modernisation des techniques de production agricole ou encore du fait de la volonté de l'État de supprimer les droits d'usage et les servitudes collectifs au profit du droit de propriété individuel, il en subsiste encore¹⁰¹. Toutefois, aucune statistique globale et précise ne peut être fournie au niveau national comme à l'étranger¹⁰². En France, la section de commune est toutefois la forme la plus répandue¹⁰³ en dépit de dispositions législatives qui lui sont peu favorables¹⁰⁴.

97. F. Vern, « La forme des communaux en droit civil des biens », dans J.-F. Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Presses de l'USMB, 2021, p. 297.

98. F. Vern, *Ibid.*, p. 295.

99. F. Mouthon, « La naissance des communs. Eaux, forêts, alpages dans les montagnes de Savoie (XII^e-XVI^e siècles) », Société savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, Chambéry, 2016, 165 p. - B. Palermo, « Usages et autorité du pâturage sur les montagnes Liguro-Piémontaises (XV^e-XX^e siècles) », in S. Berthier-Foglar, F. Bertrandy (dir.), *La montagne : pouvoirs et conflits de l'Antiquité au XXI^e siècle*, Université de Savoie, LLS coll. Sociétés, Religions, Politiques, 2011, pp. 229-249.

100. M. Bloch, *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, A. Colin, éd 1964, p. 172. - N. Vivier, M.-D. Demelas (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003, 387 p.

101. Certains communaux furent bel et bien supprimés : cas des parts de marais (loi no 67-6 du 3 janv. 1967, au moyen d'une procédure toujours en vigueur : art. L. 2421-1 à L. 2421-20, R. 2421-1 et R. 2421-2 du CGCT) ou des droits de bandite (loi no 63-645 du 8 juillet 1963).

102. V. par ex. A. Crosetti et J.-F. Joye (dir.), « La montagne et la gestion collective des biens : quelles influences ? Quelles interactions ? » (dossier), RGA, 2021, 109-1 (en ligne). – E. Cousins, R. Honey, H. Craddock, *Gadsden & Cousins on Commons and Greens*, 3^e ed., Sweet & Maxwell, 2020.

103. Il en reste des milliers. En 1999, la Direction générale des collectivités locales du ministère de l'Intérieur (DGCL) estimait leur nombre à 26 792 ; v. Rapport « Lemoine », *Rapport du groupe d'étude et de réflexion sur l'évolution souhaitable à court ou moyen terme du régime des biens sectionaux des communes*, IGA, La Doc. française, 2003, p. 7.

104. Notamment depuis la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune, RFDA, n° 4, 2013, pp. 775-783, comm. Marillia ; *Dr. Adm.*, 2014, n° 4, étude Rambaud n° 8.

Les communaux se caractérisent toujours par des droits réels d'usage ou de jouissance¹⁰⁵ exercés sur le fonds d'autrui : celui de personnes ou d'entités morales confondues avec la communauté d'ayants droit. Les modalités d'exercice collectif de ces droits sont organisées par les ayants droit eux-mêmes ou par l'entremise d'une personne morale. L'ensemble prend la forme d'un « club » mu par des buts collectifs pour le bénéfice de la communauté comme du territoire, le destin des humains et des éléments naturels étant indissociables. Hormis le cas, au demeurant de plus en plus fréquent, où des tiers sont autorisés à faire usage ou de jouir des biens ou des ressources, seule l'appartenance à la communauté donne accès aux droits, les membres n'étant pas rivaux dans l'exercice de ceux-ci¹⁰⁶, sauf exception¹⁰⁷. La qualité d'ayant droit n'est cependant pas universelle. Elle varie d'un système à un autre et dépend notamment de conditions personnelles (lieu de résidence, hérédité, qualité professionnelle). De surcroît, il peut exister plusieurs catégories d'ayants droit dans un même communal (éleveurs, affouagistes...). Il faut enfin préciser que le système est conçu pour que la communauté retire toutes les utilités de la terre tout en garantissant l'avenir. En théorie, les biens ne sont ni appropriables, ni partageables¹⁰⁸.

Au fil du temps, certains systèmes sont restés fidèles à leur nature historique d'institution sociale « privée » régulée par les coutumes ou usages locaux en dehors de l'emprise de l'État, tandis que d'autres ont été soumis au droit des personnes publiques en vue de mieux les contrôler, voire de les supprimer. Schématiquement, deux grandes catégories de systèmes fonciers de propriété collective existent à présent. L'une est la propriété collective « publique » du fait de sa soumission progressive à un régime de droit administratif¹⁰⁹. On trouve à ce titre les communaux à jouissance héréditaire, où des familles disposent de droits d'usage sur une propriété foncière qui est rattachée au domaine privé de la commune. On y trouve surtout les sections de commune où la propriété foncière ou immobilière relève du domaine privé d'une personnalité morale de droit public¹¹⁰ unique en son genre¹¹¹ distincte de la commune. Même si la place des usages locaux n'a pas totalement disparu dans les sections, notamment en vue de déterminer les conditions de jouissance des biens¹¹², leur régime juridique

105. Il ne s'agit pas d'obligations générées entre individus ou de servitudes établies sur un fonds servant.

106. Ch. Laviolle, « L'ayant droit d'un bien communal : figure archaïque ou pionnière ? », *Droit rural*, n° 487, 2020, comm. 169.

107. On trouve des cas d'exclusivité temporaire d'usage du sol dans les sections de commune, notamment pour l'attribution des terres aux agriculteurs (CGCT, art. L. 2411-10).

108. D. Mélédo-Briand, « Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée », dans *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 469. - W. Dross, « Peut-on usucaper les biens d'une section de commune ? », note sous Civ. 3e, 28 nov. 2019, n° 18-16.012, *RTD civ.*, 2020, p. 152.

109. J.-F. Joye, « Le profil juridique contemporain des communaux (et des sections de commune en particulier), dans *Les communaux au XXI^e siècle*, op. cit., pp. 338-354.

110. DC n° 2011-118, OJC, 8 avril 2011, M. Lucien Mongabour, *GDDAB*, 3^e éd., 2018, comm. 79, obs. Chamard-Heim.

111. Ph. Yolka, J.-F. Joye, « *Sui generis* : des personnes publiques spéciales aux "biens publics spéciaux" ? », *JCP A*, n° 14, 2021, Étude 2103.

112. À cet égard, par exemple, l'alinéa 1 de l'article L. 2411-10 du CGCT dispose : « Les membres de la section ont, dans les conditions résultant soit des décisions des autorités municipales, soit des usages locaux, la jouissance de ceux des biens de

relève aujourd'hui principalement de dispositions législatives extrinsèques à leur fonctionnement d'origine. Ces dispositions, qui les engoncent quelque peu, sont notamment regroupées dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT)¹¹³. Le législateur a d'ailleurs interdit en 2013 la création de nouvelles sections de commune et compliqué la possibilité de créer une commission syndicale chargée de les administrer¹¹⁴, ce qui fait qu'en pratique comme en droit la collectivité territoriale qu'est la commune – sur laquelle géographiquement se trouve une section – joue un rôle prépondérant d'administration des sections, pour le meilleur comme pour le pire. Tout en agissant pour le compte des sections, le conseil municipal peut affaiblir ou même supprimer les sections et ce d'autant plus légitimement que la communauté des ayants droit s'effrite et que ces derniers se détournent de la gestion ou de l'usage des biens¹¹⁵.

L'autre catégorie symbolise une propriété collective « privée » au sens où elle a été relativement épargnée par le phénomène de publicisation. Elle se caractérise par un entrelacement de biens appartenant à des « sociétés » ou des « proto-sociétés » foncières¹¹⁶ (non dotées de la personnalité morale) à une communauté d'habitants ou de professionnels (des éleveurs par exemple) disposant de droits d'usage ou de jouissance. Dans le respect du droit positif ou de leurs propres règles usagères, ces entités sont relativement souveraines pour faire évoluer leurs actions ou le fonctionnement de leurs organes de gestion. Elles ont plus de liberté pour réaliser ou financer des infrastructures et équipements (routes, pistes forestières, rénovations de gîtes ou de logements, etc.) à condition de disposer de revenus suffisants (locations diverses, ventes de bois, etc.).

Par exemple, en Chablais (Haute-Savoie) une « bourgeoisie » et plusieurs autres « sociétés » ou « indivisions » foncières disposent d'un important patrimoine. On trouve également en Haute-Savoie des consortages qui permettent l'usage estival collectif des hautes montagnes. Ailleurs, en pays de Soule (Pyrénées-Atlantiques), des cayolars suscitent encore un grand intérêt pour les bergers.

la section dont les fruits sont perçus en nature, à l'exclusion de tout revenu en espèces. »

113. CGCT, article L. 2411-1, rédaction depuis la loi de 2013 :

« Constitue une section de commune toute partie d'une commune possédant à titre permanent et exclusif des biens ou des droits distincts de ceux de la commune.

La section de commune est une personne morale de droit public.

Sont membres de la section syndicale, c'est-à-dire d'un « conseil » permanent dont les membres sont élus pour une durée

II. - Aucune section de commune ne peut être constituée à compter de la promulgation de la loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 modernisant le régime des sections de commune ».

114. La loi du 27 mai 2013 précitée a réduit les possibilités pourtant développées dans la loi du 9 janvier 1985 de doter la section d'une commission syndicale, c'est-à-dire d'un « conseil » permanent dont les membres sont élus pour une durée égale à celle du conseil municipal et pouvant agir de manière plus autonome par rapport à ce dernier avec des compétences élargies (v. CGCT, art. L. 2411-2 et s.).

115. Le conseil municipal peut souhaiter mettre en œuvre des procédures juridiques permettant de réduire ou de supprimer le patrimoine sectionnal : ventes, transferts, changement de destination des biens, autant de procédures multipliées par le législateur depuis 1985 auxquelles les membres des sections ou leurs électeurs ne peuvent pas toujours s'opposer. V. - Joye J.-F., « Biens des sections de commune », Fasc. 34-30, *Encyclopédie du Juris-Classeur Propriétés publiques*, 2020.

116. F. Vern, « La forme des communaux en droit civil des biens », *op. cit.*

Critères d'identification des « communaux »
Des ressources foncières (terres, alpages, forêts... « la montagne ») parfois immobilières (maison commune, édifices religieux...).
Des droits d'usage et/ou de jouissance collectifs des biens détenus par des ayants droit (ceux qui remplissent des conditions pour être membres du commun).
L'exercice collectif des droits est relié à une entité « propriétaire » des biens (entité morale non personnifiée ou personne morale imposée par la loi).
Une gouvernance destinée à garantir la pérennité du système et la prééminence de la communauté sur l'individu (fonction sociale).
L'administration relève d'organes décisionnels aux compétences et compositions variables d'un système à l'autre (démocratie interne).
La gestion s'opère en vertu de règles coutumières que la communauté se donne, ou de règles que le législateur lui impose.

B. Donner un supplément d'âme à la propriété privée : les communautés de propriétaires privés

Des communautés de propriétaires privés soucieuses de préserver le foncier peuvent aussi se former en vue de mener des actions d'intérêt collectif et jouir effectivement en commun de leurs biens. Ces derniers ont pu être par le passé les terres d'un « communal » classique qui fut divisé à des fins privatives, probablement à l'époque révolutionnaire où l'on vendit des « montagnes » aux habitants. Pour autant, les propriétaires ne sont pas allés au bout de la logique individualiste et ont coiffé leur territoire d'une gouvernance permettant de poursuivre des buts collectifs. C'est le cas par exemple des biens non délimités au cadastre (BND), c'est-à-dire des biens soumis à une appropriation privative, mais exploités dans l'intérêt d'une communauté, ce qui conduit à relativiser là encore fortement l'exclusivisme de la propriété du sol¹¹⁷.

Ces biens, qui ne sont pas placés sous le régime de l'indivision¹¹⁸, n'ont jamais fait l'objet d'un bornage et chaque propriétaire en détient privativement une surface déterminée, sans connaître l'emplacement exact de celle-ci. L'intérêt de procéder au bornage est en réalité très faible s'agissant de terres souvent situées dans des

117. Tout comme des systèmes de copropriété forcée. V. F. Vern, *ibid.*, p. 303 : « La copropriété forcée désigne des situations hétérogènes dans lesquelles la propriété du sol est relativement indifférente, puisque la jouissance en est nécessairement commune. » Leurs dénominations sont diverses et liées aux usages locaux : carraire et patecq en Provence, patus en pays occitan, quereux en Poitevin, etc. Voir aussi Ph. Yolka, « Provence toujours », *AJDA*, Tribune, 3 août 2020, 2020.1505.

118. Flora Vern, *ibid.*, p. 304, rappelle que les BND ne sont pas indivis : la part de chacun est une surface fixée par un titre dont la quotité ne fait pas débat. Les BND font ainsi l'objet d'une action en bornage, et non en partage (Cass., civ. 3e, 12 déc. 2019, n° 18-19291, inédit). V. Egal. R. Dupuis-Bernard et G. Lorisson, « Les biens non délimités », *RLDC*, 2018, n° 159.

zones difficiles d'accès et sans grande valeur vénale. Outre le coût (considérable surtout si l'on a affaire à des dizaines voire des centaines de propriétaires), opérer un bornage supprimerait l'avantage de jouir collectivement de droits ou de mettre en valeur collectivement le patrimoine (entretien des espaces, petits aménagements, etc.). La plupart des BND ne sont certes pas gérés par une instance spécifique de nos jours. Toutefois, sur certains, une gouvernance a été organisée par l'entremise d'une association regroupant les propriétaires¹¹⁹ de manière à répondre à des enjeux contemporains autrement que par les usages locaux. Un exemple emblématique se trouve dans la chaîne des Puys dans le Massif central sur la commune d'Orcines (Puy-de-Dôme). Il s'agit d'un BND de 450 propriétaires sur près de 850 hectares de terres¹²⁰. Ils jouissent selon leurs besoins du produit des carrières et se répartissent le droit au bois (toutefois les pâturages sont aujourd'hui concédés aux coopératives d'estive locales). Le territoire est par ailleurs confronté au tourisme de masse que l'association a aussi pour mission de réguler.

Ainsi, au croisement du droit privé et du droit public, de l'individuel et du collectif, les communaux sont susceptibles de générer des pratiques communautaires multiculturelles et constituent un patrimoine que rarement l'État prend en compte. Leur persistance démontre une fois de plus que le pluralisme juridique est logé dans la République française¹²¹, même si depuis plus de deux-cents ans on a tendance à le nier, tel un défaut qui offrirait des failles à la réalisation de l'unité nationale ou de l'égalité entre les citoyens. Sans compter qu'appartenir à la propriété collective est souvent un vecteur de dignité et d'identité en milieu rural. Cependant, cela ne joue que si l'implication des membres d'une communauté locale demeure effective au soutien du système de propriété collective.

II. LA CLÉ DE VOÛTE : LA COMMUNAUTÉ LOCALE

Aujourd'hui encore sur certains territoires ruraux, des communautés d'habitants (les ayants droit et leur famille) sont étroitement associées à la vie des systèmes fonciers dont nous venons de rappeler l'existence. Il faut cependant noter que ceux qui subsistent occupent des statuts politiques ou sociaux bien divers sur les territoires. Cela tient notamment à la manière dont les communautés locales actuelles, qui sont censées « tenir » ce foncier, sont impliquées dans la gestion des communaux. En métropole française,

119. Associations « Loi de 1901 » ou Associations Syndicales Libres de Propriétaires (ce type d'associations présente des avantages pour faciliter les relations avec les administrations lorsque des travaux ou aménagements d'intérêt collectif sont prévus, ou pour obtenir des subventions ou des avantages fiscaux. V. Dossier « Les associations syndicales de propriétaires », *Droit et Ville*, 2020/2, n° 90).

120. L'association Dômes Union (loi de 1901) réunit non seulement des associations de propriétaires du BND, mais aussi un groupement d'intérêt économique, des associations syndicales libres et des sociétés de chasse : <http://domes-union.com/qui-sommes-nous>

121. Voir dans cet ouvrage l'analyse complémentaire de Sandrine Sana. V. égal. Cl. Cuvelier, « Pluralisme juridique et communaux », dans J.-F. Joye (dir.), *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Presses de l'USMB, 2021, pp. 317-337.

on a pu remarquer que certaines propriétés collectives sont des entités assoupies et inactives : il s'agit de communaux qui, bien qu'existant en droit, ne sont plus soutenus par un collectif fort. En revanche, d'autres sont actifs mais comptent diversement aux yeux des autres acteurs institutionnels. Certains sont des « passagers clandestins » du territoire au sens où ils sont relativement invisibles (par exemple, les ayants droit ne sont pas consultés lors des procédures de planification urbaine ou d'aménagement). D'autres, en revanche, occupent une superficie importante, disposent de revenus non négligeables et leurs actions sont reconnues comme utiles pour le territoire¹²². Mais en ce cas l'implication des communautés locales est nécessaire (A). À cette aune, se pose la question du possible déploiement de néo-communs fonciers en Polynésie (B).

A. Le rôle déterminant des communautés locales pour mener le projet collectif

Avant toute chose, il faut se garder de regarder les communaux comme un modèle exemplaire d'altruisme. C'est d'abord un système d'arrangements utiles pour le « vivre ensemble » car il tend à articuler les intérêts privés (se loger, percevoir des revenus...) et les intérêts collectifs (s'approvisionner en ressources diverses, utiliser des équipements ou infrastructures, etc.). Il ne saurait non plus être question de les idéaliser au regard du rôle qu'ils ont pu jouer par le passé au sein d'une société agricole dont les inégalités sociales étaient fortes. Néanmoins, ils génèrent des valeurs de cohésion sociale du fait du rôle d'appui que jouent des groupes humains aux actions coordonnées. L'implication des individus dans la vie du commun conditionne les règles de gestion et le mécanisme de gouvernance de la propriété collective, qu'ils émanent des lois, des coutumes ou des usages locaux. De cette implication va dépendre le maintien dans le temps de la fonction sociale des communaux. Théoriquement, en toute circonstance il faut garantir que les intérêts individuels ne prendront pas le dessus sur les bienfaits collectifs du système. Il faut toujours que la communauté soit en capacité de maîtriser l'exercice des droits d'usage puisque ceux-ci lui ont été attribués. Qu'il s'agisse des habitants ou des élus du conseil municipal agissant pour le compte des communaux, tous ne sont que les administrateurs des biens communaux, car « ce n'est pas à tels ou tels individus que le bien commun appartient, mais à la communauté, corps immortel, composé de ceux qui n'existent pas encore comme des habitants actuels¹²³ ». Par exemple, les instances de gestion de la propriété collective doivent veiller à ce que les prélèvements effectués sur la nature par les ayants droit n'altèrent pas l'exploitation durable des ressources. Les règles de répartition des coupes de bois, du bétail susceptible de paître en commun sur l'alpage ou des terres à cultiver sont à appliquer en vertu de procédures ou d'usages anciens. Enfin, s'ajoutent en théorie des obligations « de faire » imposées aux ayants

122. A. Bonnemains, J.-F. Joye, « À la recherche de l'identité des communautés d'habitants à partir de la typologie des "communaux" en territoire de montagne. Étude de cas sur la Savoie et la Haute Savoie », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 50/1-2-3, 2020-2021, p. 65-97.

123. Henrion de Pansey, *Dissertations féodales*, t. 1, Paris, Barrois, 1789, pp. 449-450.

droit : par exemple, effectuer les « corvées » d'entretien des chemins, des bâtiments, etc., ce qui ne peut s'envisager sans un minimum d'implication des individus.

Il n'en demeure pas moins que dans un monde devenu très individualiste, l'émergence d'un destin foncier collectif est parfois délicat à susciter du fait de l'existence d'intérêts divergents entre potentiels ayants droit ou utilisateurs des biens (chasseurs, agriculteurs, affouagistes, promeneurs, habitants de toujours ou néo-ruraux...) ou du désintérêt que l'on peut parfois porter à certaines pratiques usagères (affouage, récoltes de certains fruits...), car la vie des membres du communal n'a parfois plus rien à voir avec celle qui prévalait au moment de la genèse de ce système foncier. Or, face aux nombreuses questions existentielles que peuvent se poser les ayants droit, les réponses ne manquent pas en théorie pour justifier la (re)formation d'un commun foncier. Outre la poursuite de fonctions fidèles à celles qui prévalaient à l'origine des communaux (exploitation agricole, affouage), les propriétés collectives peuvent contribuer à répondre à divers défis sociaux et environnementaux : création de lien social, offre de services aux populations, vivification de la démocratie locale, préservation des ressources naturelles, captation du carbone, entretien des paysages, attribution de terres pour l'élevage ou l'agriculture, gestion d'équipements et d'infrastructures (irrigation, prévention des risques naturels, tourisme...).

B. Des néo-communs fonciers en Polynésie ?

S'il est souvent question de droits coutumiers ou de droits d'usage collectifs dans les nombreux travaux scientifiques menés sur le foncier en Polynésie, la plupart des réflexions n'abordent pas frontalement le sujet de la propriété collective en dépit d'une volonté de « mobiliser l'arsenal disponible et envisager des solutions alternatives pour apurer la situation polynésienne¹²⁴ ». On promeut pour l'essentiel des recettes en droit civil qui consistent en l'accompagnement du mouvement d'individualisation des droits. Certes, des réflexions sur la fiducie sont en cours afin de faciliter la gestion des biens indivis à des fins économiques voire entrepreneuriales (permettre des investissements), mais il ne s'agit pas de propriété collective puisque le mécanisme contractuel permet d'attribuer à un fiduciaire des prérogatives temporaires de propriétaire exclusif sur le bien mis en fiducie tout en faisant en sorte que les indivisaires retrouvent à terme leur plein droit de propriété¹²⁵.

Pourtant, il n'est pas interdit de penser que la propriété collective, au sens de cette étude, existât jadis en Polynésie, à sa manière, du temps des royaumes ou du droit féodal. Il est cependant difficile de savoir quelles formes exactes prenaient les systèmes fonciers collectifs existants dans les archipels et les îles de la Polynésie avant

124. T. Mohamed Soihli, M. Darnaud et R. Laufoaulu, *Sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières. 30 propositions au service du développement des territoires*, Rapp. inf. Sénat, n° 721, 23 juin 2016, p. 35.

125. Un projet de loi du pays sur la fiducie pourrait être proposé en 2022 par le gouvernement et soumis à l'Assemblée de la Polynésie française v. <https://www.presidence.pf/un-seminaire-sur-le-theme-de-la-fiducie/> consulté le 29 décembre 2021.

l'application du Code civil français¹²⁶. Il est toutefois admis qu'existaient déjà des formes locales basées sur des pouvoirs familiaux de gestion des usages fonciers et des modes spécifiques de règlement des litiges au moyen des droits et institutions coutumières (dont les traces existent encore en droit comme dans les mentalités)¹²⁷. Comme les communaux dans le droit féodal européen, la société polynésienne ancienne était de surcroît « segmentée et hiérarchisée, mais conservait une forte connotation familiale¹²⁸ ». La terre a permis notamment de « situer la famille dans la société et, par les droits d'usage ou de propriété dont elle est l'objet, elle permet de compter tous les individus qui, à des degrés divers, participent à un même groupe ou gravitent autour de lui¹²⁹ ». Néanmoins, les recherches menées dans le cadre de cette publication – et qui méritent d'être prolongées – n'ont pas permis de déceler en Polynésie la trace de communaux au sens de cette étude, nonobstant la mention dans le CGCT de dispositions nationales relatives aux sections de commune susceptibles de s'y appliquer moyennant quelques adaptations au droit local¹³⁰. L'article L. 2573-58 du CGCT concerne ainsi les sections de commune de Polynésie. Cet article a été modifié par loi n° 2013-428 du 27 mai 2013 de modernisation des sections de commune laissant à penser qu'il y avait encore un enjeu en Polynésie¹³¹. La lecture des rapports parlementaires relatifs à la préparation de cette loi est décevante. Elle n'a pas pu révéler les éléments factuels permettant d'établir la présence ou la trace des sections de commune¹³². Il s'agit soit d'une référence à une réalité oubliée mais peut-être encore présente dans les anciens

126. La promulgation du Code civil dans les Établissements de l'Océanie résulte du décret du 18 août 1868. Plus tard, le décret du 5 avril 1945 a abrogé les lois indigènes applicables à ces îles et soumis l'ensemble de la population aux dispositions du Code civil.

127. A Angelo, Y-L Sage, « Des principaux modes de résolution des litiges fonciers dans les petits États insulaires du Pacifique anglophone », in *Land Law and Judicial Governance in the South Pacific*, op. cit., pp. 5-27

128. T. Bambridge, P. Neuffer, « Pluralisme culturel et juridique en Polynésie française : la question foncière », op. cit., p. 309.

129. M. Panoff, *La terre et l'organisation sociale en Polynésie*, Payot, 1970, p. 245.

130. Par exemple, les dispositions du Code forestier relatives aux sections ne sont pas applicables en Polynésie.

131. Article inscrit dans la Section 5 (Intérêts propres à certaines catégories d'habitants) du chapitre III : « Communes de la Polynésie française » du CGCT :

I. – Les articles L. 2411-1 à L. 2411-3 et L. 2411-4 à L. 2411-19 et les articles L. 2412-1 et L. 2412-2 sont applicables aux communes de la Polynésie française sous réserve des adaptations prévues du II au VI.

II. – Pour l'application de l'article L. 2411-5, les références aux articles L. 2113-17 et L. 2113-23 sont remplacées par la référence à l'article L. 2113-23.

III. – Pour l'application de l'article L. 2411-7, les mots : « par les articles L. 125-1 à L. 125-7 du Code rural et de la pêche maritime » sont remplacés par les mots : « par la réglementation applicable localement ».

IV. – Pour l'application de l'article L. 2411-10, les mots : « à l'article L. 481-1 du Code rural et de la pêche maritime » et les mots : « par les articles L. 331-2 à L. 331-5 du Code rural et de la pêche maritime » sont remplacés deux fois par les mots : « par la réglementation applicable localement ».

V. – Abrogé.

VI. – Pour l'application de l'article L. 2412-1, les mots : « et celles résultant de l'exécution des engagements approuvés en application des articles L. 212-1, L. 212-2 et L. 212-4 du nouveau Code forestier » sont supprimés.

132. Introduit en première lecture par la commission des lois de l'Assemblée nationale, un article de la loi assure l'extension et l'adaptation des dispositions de la proposition de loi au sein des collectivités situées outre-mer et régies par le principe de spécialité législative. Cet article applique la loi en Polynésie française avec les adaptations rendues nécessaires, modifiant à cet effet l'article L. 2573-58 du CGCT. V. Rapport de P. Morel-A-L'Huissier, au nom de la commission des lois sur la proposition de loi n° 294, adoptée par le Sénat visant à moderniser le régime des sections de commune, Assemblée nationale, 27 mars 2013, p. 95.

districts¹³³ ou qui ne perdurerait que sur certaines îles ou parties d'îles, soit d'une application inutile voire erronée de cette réglementation à la Polynésie¹³⁴. À noter que des dispositions juridiques concernant les sections de commune sont également maintenues dans le Code des communes de Nouvelle-Calédonie¹³⁵.

En réalité, comme en métropole, l'application du droit étatique (le droit civil en premier lieu) a affaibli ce qui subsistait des usages locaux et des droits coutumiers en matière foncière¹³⁶. Le droit étatique a été certes promu comme vecteur d'émancipation sociale et économique des individus et facteur de développement territorial¹³⁷. Mais, par exemple, les enregistrements des déclarations de propriété foncière individuelle à partir de 1852 (ou *tōmite*) ont réduit l'intérêt de conserver des droits d'usage et des instances de gouvernance coutumières. Sous l'effet de la colonisation et de l'uniformisation juridique qu'elle a engendrée, les pratiques ancestrales de gestion des ressources locales se sont évanouies, contribuant à rompre par la même occasion la confiance placée jadis en les communautés en tant qu'acteur pouvant gérer le foncier de manière responsable¹³⁸.

133. Deux communes (Papeete et Uturoa) ont été créées pendant la période coloniale, puis Pirae et Faa'a, en 1965. 44 autres ont été créées par la loi n° 71-1028 du 24 décembre 1971 relative à la création et à l'organisation des communes dans le territoire de la Polynésie française en remplacement des « districts » lesquels n'étaient pas dotés de la personnalité morale. Leur domaine (public et privé) a été progressivement constitué qu'il s'agisse de transferts de la gestion de biens provenant du territoire d'outre-mer (que prévoyait l'article 6 de la loi du 24 décembre 1971 puis explicitement l'art. 56 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française), de véritables transferts de propriété (loi organique n° 2011-918 du 1^{er} août 2011) ou de la constitution d'un domaine public en vertu du droit commun (l'ordonnance n° 2016-1255 du 28 septembre 2016 étendit l'application de l'article L. 2111-1 du CGPPP aux communes de Polynésie).

134. On note que l'article 3 de la loi n° 71-1028 du 24 décembre 1971 précitée avait prévu que lorsqu'une commune est composée de plusieurs districts, ceux-ci sont transformés en « sections de communes ». L'article 17 de la loi n° 77-1460 du 29 décembre 1977 modifiant le régime communal dans le territoire de la Polynésie française avait ensuite prévu que des « communes associées » instituées aux articles L. 153-1 à L. 153-8 de l'ancien Code des communes se substituent à ces sections « des » communes (sur ce sujet des communes associées en Polynésie v. Conseil d'État, 17 fév. 2021, n° 446767, Rec. t.). Mais ces dernières sont à entendre comme des portions de la commune pouvant disposer d'un maire délégué pour gérer certaines affaires locales eu égard notamment à la grande surface des communes polynésiennes et comme des sections électorales. Ce n'est pas du tout la section de commune propriété collective foncière étudiée ici.

135. Code des communes de Nouvelle-Calédonie, art. L. 151-1 et suivants.

136. B. Saura, « Les règles coutumières en Polynésie française », in P. De Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, 1995.

137. Y.-L. Sage, « Droit foncier en Polynésie française... », *op. cit.*, p. 37.

138. Ch. Ghasarian, *Rapa, île du bout du monde, île dans le monde*, Demopolis, 2014, (<https://books.openedition.org/demopolis/779>; consulté le 27 déc. 2021) : chap 6. « Terre et Mer : (in)dépendances des économies insulaires », n° 72 : « Dans sa stratégie coloniale, consistant à faire enregistrer les terres autochtones pour les acquérir (Bambridge et Neuffer, 2002), l'administration française a rendu possible des abus par l'application intégrale du droit français en matière foncière à Tahiti. La plupart des Polynésien-ne-s ont ainsi du jour au lendemain dû faire enregistrer des terres – sur lesquelles ils et elles n'avaient que des droits d'usage – pour en devenir propriétaires et pouvoir le prouver par un titre écrit. Pour la plupart, il s'agissait dans cette procédure de faire enregistrer les droits de propriété pour obtenir par écrit des droits d'usage dont ils et elles jouissaient déjà effectivement. La non prise en compte française des distinctions polynésiennes "droits d'usage/droits de propriété" et "droits potentiels/droits actualisés" rendit donc possible la réclamation de la propriété de terres sur lesquelles on ne travaillait pas. En d'autres termes, les anciennes conceptions polynésiennes ont été confrontées à celles qui, sur la base de principes juridiques français, regardent la terre comme une "marchandise" pouvant faire l'objet d'un commerce. C'est l'attachement des Polynésien-ne-s à une forme collective de tenure foncière qui a donné naissance à ce que les institutions françaises définissent comme le "problème de l'indivision" ; l'indivision étant dans la logique du droit français envisagée comme une "anomalie" à laquelle il n'est possible de mettre fin qu'à travers l'unanimité des ayants droit pour la vente de la terre ». (Panoff, 1970 ; Ringon, 1970 ; Ravault, 1972).

Cependant, la Polynésie pourrait bien posséder les caractéristiques nécessaires à la résurgence des communs fonciers. Tout d'abord, dans les îles des Tuamotu, des lagons auraient déjà fait par le passé l'objet d'une déclaration de propriété collective par leurs habitants, par ailleurs reconnue par l'assemblée délibérante compétente et pouvant avoir été maintenue par la suite lors du passage des districts aux communes¹³⁹. Ensuite, plus récemment, certains territoires comme l'île de Rapa se sont réinscrits dans une optique de gestion foncière locale et collective tout en décrétant la non-appropriation du sol (en l'absence de cadastre et de titres de propriété ; le sol étant réputé inaliénable et imprescriptible). La reformation en 1984 d'une institution coutumière (conseil des sages ou *tō'ohitu*, à la compétence consultative¹⁴⁰) en parallèle des compétences du conseil municipal et du maire, montre que la réhabilitation d'une entité morale tutélaire, faisant le lien entre l'usage du foncier et les besoins de la communauté locale, est possible¹⁴¹. Toléré par l'administration d'État, ce système permet un droit de regard de la communauté de l'île sur la gestion de ses ressources naturelles en référence à des coutumes ou des usages même si ces termes peuvent être discutés en tant que normes juridiques¹⁴².

Ailleurs, d'autres communautés prônent la mise en place d'une gouvernance familiale des « indivisions ». Le sens que donne le Code civil de ce terme et compris comme une agglomération de différents propriétaires exclusifs aux prérogatives concurrentes, n'est pas forcément le sens que les Polynésiens donnent aux « terres de famille ». La gestion de ces terres de propriété « collective » par un conseil tente de répondre aux projets des familles sans passer par l'accaparement privatif du sol, les biens ne devant plus être partagés. On prône l'étude des projets et le règlement des litiges au plan local en privilégiant l'esprit communautaire, une déontologie et des valeurs humanistes¹⁴³. Ces systèmes de gestion des biens familiaux ancestraux ne sont toutefois pas reconnus clairement en droit et leur action est encore peu considérée par les acteurs institutionnels. Des auteurs ont déjà suggéré de reconnaître une « véritable personnalité juridique aux familles élargies polynésiennes ou celles-ci se verraient dotées d'une capacité juridique qui leur permettrait d'accomplir des actes de gestion et d'administration pour le compte de leurs membres¹⁴⁴ ». D'autant que « Dans toutes

139. Cette déclaration aurait été reconnue par le Conseil général des Établissements français de l'Océanie par délibération du 11 mai 1888 : v. S. Bazile, *La propriété publique en Polynésie française : contribution aux rapports entre propriété publique et autonomie*, Villeneuve d'Ascq : ANRT, Université de Lille 3, 2010 (thèse 2008, Univ. Polynésie française), pp. 154-155 citant comme source L. Porlier, *Documentation sur les lagons des îles Tuamotu. Propriété communale des districts*, Imprimerie de l'Océanie, 1929.

140. Il remonterait au XIX^e siècle. L'administration étatique locale a admis sa compétence consultative (permis de construire, litiges fonciers...) sans reconnaître explicitement le statut coutumier local comme étant porteur d'effets juridiques dans l'ordre juridique national. V. S. Bazile, *La propriété publique en Polynésie française*, op. cit., pp. 150-151.

141. Ch. Ghasarian, *Rapa, île du bout du monde, île dans le monde*, op. cit. (notamment lire n° 68 : « Toohitu et la gestion collective des terres »).

142. Pour un auteur, ils s'analysent « plutôt comme de simples modes organisationnels ponctuels choisis par des co-individuels pour gérer un bien » : Y.-L. Sage, « Droit foncier en Polynésie française... », op. cit., p. 35.

143. V. dans cet ouvrage la contribution de N. Tumahai et F. Raouly, Représentants de Fenua 'Ora, « La promotion d'une gestion familiale des terres polynésiennes indivises ».

144. T. Bambridge, Ph. Neuffer, « Pluralisme culturel et juridique : le foncier en Polynésie française », op. cit., p. 313.

les îles et même à Tahiti, les groupements possèdent souvent leur propre structure d'autorité, de décision, avec des procédures administratives particulières de sanctions qui échappent à l'influence du droit étatique¹⁴⁵ ».

Il peut être enfin utile de prendre exemple sur d'autres territoires ultramarins, en sachant pertinemment qu'ils reflètent une culture différente de celle de la Polynésie. Notamment en Nouvelle-Calédonie, les terres coutumières sont une forme de propriété garantie au plan constitutionnel à côté de la propriété privée et de la propriété publique. Cette reconnaissance permet d'allier certaines souplesses de la propriété privée (les individus disposent seulement de droits d'usage et de superficie) à des principes de protection que l'on retrouve dans la propriété publique (incessibilité, inaliénabilité des terres)¹⁴⁶. S'agissant de Mayotte, un rapport parlementaire a proposé d'étudier la « création de certificats fonciers collectifs, permettant de formaliser une gestion de nature collective et de garantir certains droits d'usage pour les cas où le titrement individuel s'avèrerait impossible »¹⁴⁷.

La création de communs fonciers devra toutefois résulter de la volonté des communautés humaines de fonder des projets épousant les besoins territoriaux contemporains. Moins conscients de leur interdépendance à la nature tout en étant désireux de respecter la mémoire de leurs ancêtres, les habitants – en particulier les nouvelles générations – peuvent-ils être sensibles à ces systèmes et vouloir adhérer *mutatis mutandis* au « phénomène de participation juridique » comme dans la société féodale¹⁴⁸ ? Disposent-ils d'un pouvoir suffisant de négociation de leur « place » sur le territoire et de détermination de leur organisation afin d'être reconnus comme légitimes par les autres acteurs, l'État en premier lieu ?

Sous la pression des enjeux sociaux et environnementaux du XXI^e siècle et dans une économie post-agricole, un certain intérêt est désormais porté aux propriétés collectives, laissant présumer qu'elles pourraient de nouveau jouer un rôle territorial majeur, parfois au prix de fortes mutations fonctionnelles et juridiques. La rareté du foncier disponible pour l'appropriation individuelle ou la présence d'un foncier trop pixellisé condamnent les individus à s'entendre et être de nouveau créatifs afin de pouvoir utiliser le sol au mieux des intérêts personnels et collectifs. Une politique nationale ou territoriale peut offrir à la propriété collective un cadre d'action apte à

145. *Ibid.*, p. 312-313.

146. S. Bazile, *La propriété publique en Polynésie française*, op. cit., pp. 143 et s. – *Sur le droit civil coutumier v. A. Leca, Introduction au droit civil coutumier kanak*, 2^e éd., P.U. Aix-Marseille, 2016, 147 p.

147. Proposition n° 9 du Rapport d'information du Sénat, n° 721, 23 juin 2016, op. cit. p. 11 et lire p. 99 : « Sur une zone délimitée, l'ensemble des occupants dont on ne parvient pas à établir les droits individuels se regrouperait à leur initiative en association ou en société. Cette personne morale bénéficierait d'un certificat foncier, délivré par la commission, qui ne serait pas un titre en bonne et due forme, mais garantirait certains droits d'usage sur le bien à défaut de permettre son aliénation ou de pouvoir le gager contre un emprunt. En outre, le certificat foncier collectif ne pourrait être opposable à un tiers présentant un titre immatriculé au livre foncier. Ce serait une manière de réserver des cas particuliers en stabilisant et en formalisant une forme de gestion collective. »

148. M. Bloch, *La société féodale*, Albin Michel, op. cit., p. 174.

permettre le concours des groupes humains aux actions d'intérêt collectif sans les placer en situation de subordination ou de pure exécution vis-à-vis de l'administration¹⁴⁹. En Polynésie, des textes de loi récents ont déjà permis d'innover en matière foncière, qu'ils émanent de l'Assemblée de la collectivité d'outre-mer¹⁵⁰ ou de l'Assemblée nationale¹⁵¹. Répondre aux défis sociétaux contemporains en s'inspirant par endroits des propriétés collectives ne serait pas rompre avec le Code civil, puisque ce dernier les mentionne. Il ne s'agit pas non plus de revenir à l'ère précoloniale et de verser dans le fantasme du retour à des droits coutumiers souvent idéalisés¹⁵². Il est question de définir la voie idoine qui siérait à la culture de la Polynésie¹⁵³, s'articulerait avec les acquis du droit foncier en place et donc avec son histoire pour gérer certaines parties du *fenua*, ce « domaine éminent », qu'il relève aux temps modernes de la propriété privée, de la propriété publique ou d'une tierce propriété.

Références bibliographiques

Bourjol M., 1989. *Les biens communaux, voyage au centre de la propriété collective*, LGDJ, 452 p.

Crosetti A., Joye J.-F. (dir.), 2021. Dossier thématique : « La montagne et la gestion collective des biens : quelles influences ? quelles interactions ? », *Revue de Géographie Alpine*, 109-1 (en ligne).

Joye J.-F., 2020. « Biens communaux », Fasc. 34-20 et « Biens des sections de commune », Fasc. 34-30, *Encyclopédie du Juris Classeur Propriétés publiques*.

—(dir.), 2021. *Les « communaux » au XXI^e siècle. Une propriété collective entre histoire et modernité*, Presses de l'USMB, 801 p.

—(à paraître). « Les communautés foncières en territoire de montagne », 3 notices, dans l'*Encyclopédie des communautés et des pratiques communautaires*.

Joye J.-F., Ph. Yolka, 2021. « *Sui generis* : des personnes publiques spéciales aux "biens publics spéciaux" », *JCP A*, n° 14, étude 2103.

Lavialle C., 2020. « L'ayant droit d'un bien communal : figure archaïque ou pionnière ? », *Droit rural*, n° 487, comm. 169.

Locher F. (dir.), 2020. *La Nature en Commun. Ressources, environnement et communautés (France et Empire français XVII^e-XXI^e siècle)*, Ceyzérieux : Champ-Vallon.

149. N. Perlo, « Le principe de subsidiarité horizontale : un renouvellement de la relation entre l'administration et les citoyens, Étude comparée franco-italienne », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2014, pp. 983-1000. Egal. v. J.-F. Joye, « La coopération intra-communale. Réflexion sur la (ré)inscription des propriétés collectives dans l'action territoriale », dans *Les communaux au XXI^e siècle*, op. cit., pp. 500-516.

150. Elle jouit de pouvoirs importants en matière de droit civil, de droit de l'environnement ou de droit de l'aménagement dans le cadre de son statut d'autonomie, renforcé notamment depuis la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004. Par ex. v. la loi du pays n° 2017-37 du 30 novembre 2017 portant réglementation de la profession de médiateur foncier.

151. Par ex., le Tribunal foncier de la Polynésie relève de l'article 23 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit (mais il avait été institué par l'art. 17 de la loi n° 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie). V. égal. la loi n° 2019-786 du 26 juillet 2019 relative à la Polynésie française et ses dispositions dérogatoires propres à l'indivision. Sur ces questions, se reporter aux analyses publiées dans cet ouvrage.

152. N. Rouland, « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », dans A.-M. Le Pourhiet (dir.), *Droit constitutionnel local. Égalité et liberté locale dans la Constitution*, Economica, P.U. Aix-Marseille, 1999, pp. 147-226. - R. Calinaud et C. Domingo-Neti, « Droit coutumier et coutume dans la jurisprudence en Polynésie », in P. De Deckker (dir.), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique Sud*, L'Harmattan, 1995, p. 159.

153. S. Bernard, F. Mury, « Le *fenua*, entre renouveau culturel et retour à la terre : vers une revalorisation des marges insulaires en Polynésie française », CIST 2020 - Population, temps, territoires, Collège international des sciences territoriales (CIST), 2020, Paris-Aubervilliers, pp. 39-42 (hal-03114112).

- Marillia G.-D.**, 2015. *La section de commune*, éd. La Vie Communale et départementale, 6^e éd., 258 p.
- Mériaudeau R.**, 1986. *À qui la terre ? La propriété foncière en Savoie et en Haute-Savoie*, Thèse, IGA, USTM de Grenoble, 480 p.
- 1989. « La spécificité foncière de la montagne française », *Revue de Géographie Alpine*, tome 77, n°1-3, pp. 203-210.
- Mouthon F.**, 2016. *La naissance des communs. Eaux, forêts, alpages dans les montagnes de Savoie (XII^e-XVI^e siècles)*, Société savoisienne d'Histoire et d'Archéologie, Chambéry, 165 p.
- Vivier N.**, 2003. « Les biens communaux en France », dans M.-D. Demelas, Vivier N. (dir.), *Les propriétés collectives face aux attaques libérales (1750-1914). Europe occidentale et Amérique latine*, Presses Universitaires de Rennes, p. 139.

Sixième partie

LA PARENTÉ ET LA TERRE : PERSPECTIVES EXTÉRIEURES

L'IMPACT DES INFLUENCES JURIDIQUES EXOGÈNES SUR LES RELATIONS TRADITIONNELLES À LA TERRE LE CAS DE SAMOA

Serge Tcherkézoff,
Professeur émérite EHESS

Te fenua i fenua Hāmoa i te matahiti 2021

Tei Pōrīnetia to'o'ā-o-te-rā te Hau o Hāmoa, e hau tī'amā mai te matahiti 1962, 'o tei 'ere i te faufa'a repo fenua, 'o tei fāna'o rā i te tahi tuha'a fenua rārahi (3000 kiromētera tuea). Mai te matahiti 1980, tē pī'ihua nei te hau fenua (Hau mana mai te fa'aterera'a a Westminster) ē aita atu e faufa'a nō te « fa'amāhiera'a » maoti rā te fenua. Terā rā, tē fa'aara ato'a nei te hau fenua i nā fifi e piti e vai nei nō te ha'amau i te tahi 'avei'a : Nā mua roa, e 80% o te fenua tei raro a'e i te « fa'anahora'a tupuna » oia ho'i 'e fenua « fatu-'ore-hia ». I muri iho, te piti o te fifi, tei roto te fenua tupuna i te tī'a'aura'a a te hō'ē pupu ta'ata aore ra 'āti. I roto i te reira, aita e tī'amana e fa'ata'ahia nō te tu'urima i te parau fa'aau e te mau 'ona e hia'ai nei e tarahu aore rā e tītau i te tahi parau fa'aho'i (hipotate) ia hina'aro e tarahu i te tino moni.

Tē fa'ahiti nei teie 'api parau i te mau ravera'a mana nō te tātā'i i terā fifi o te fa'ahu'ahu'ara'ahia te fenua 'ia au i « te fa'aterera'a Torrens ». Tē fa'ahiti ato'a nei i te nu'ura'a i roto i te tau a 2 tenetere i teie nei 'e i te hi'ara'a o te fa'aterera'a hau inaha 'ua fa'ahapahia 'e 'ua parihia 'oia i te fa'atura-'ore-ra'a i te aura'a o te fenua « tupuna ».

Le cas de Samoa mérite d'être présenté ici, non seulement car il s'agit, après la Polynésie française, d'une des plus vastes étendues territoriales et des plus peuplées de la Polynésie (au sens régional), mais surtout parce que son évolution historique, depuis les premiers contacts avec les Occidentaux jusqu'à la crise politique qui a secoué le pays en avril-juillet de l'année 2021, est un condensé des transformations qui peuvent toucher un système de tenure foncière¹⁵⁴ établi dans un espace limité comme l'est par définition celui de toutes les îles, que l'on soit en Océanie ou ailleurs – et *a fortiori* dans

154. J'utilise cette expression au sens le plus large : examen des diverses catégories de terres différenciées dans une entité sociopolitique donnée, dans le discours commun-quotidien et dans la loi, et examen de toutes les manières dont les droits et les intérêts sur ces diverses catégories de terres sont créés ou déterminés, attribués et font l'objet de jouissance et donnent lieu à transmission.

les « petites îles ». Samoa fait officiellement partie du groupe des 38 pays, aux Nations unies, dénommé *Small Island Developing States* (SIDS), formalisé par l'ONU en 1992 ; et, en 2014, Samoa a accueilli le troisième congrès des SIDS¹⁵⁵. Parler de Samoa, c'est à la fois être dans les *Pacific Studies* et dans les *International Small Islands Studies*¹⁵⁶. Cela dit, et même si nous adhérons tous au slogan « *small is beautiful* », je parlerai plutôt, à propos de la tenure foncière, d'espaces limités ou simplement d'espaces insulaires.

La place prise récemment dans les débats entre Samoans sur la régulation législative de la tenure foncière a eu une conséquence notable : le parti politique qui dirigeait le pays depuis quarante ans, qui avait construit une majorité parlementaire écrasante, qui pouvait tout se permettre, s'est vu éliminé en quelques mois cette année 2021 pour avoir osé toucher à la sacro-sainte législation sur la terre. Nous y reviendrons en dernière partie, après avoir retracé brièvement une longue histoire qui nous permet de comprendre les particularités de la tenure foncière à Samoa.

Je précise que, lorsque je parle de « Samoa » comme pays, il s'agit de l'État de Samoa (deux grandes îles et quelques petites, environ 3 000 km², portant 200 000 habitants sur place et lieu de naissance d'autant d'émigrés¹⁵⁷), indépendant depuis 1962, dénommé « Samoa occidental » depuis les partages coloniaux au début du XX^e siècle (puis il s'est renommé « Samoa » tout court au milieu des années 1990), en distinction du « Samoa oriental » dit aussi « Samoa américain » (plusieurs petites îles, totalisant à peine 200 km²) lequel est, depuis la même époque et jusqu'à ce jour, un territoire sous tutelle partielle des États-Unis¹⁵⁸.

155. <https://www.un.org/ohrlls/content/about-small-island-developing-states>

<https://www.un.org/french/ga/special/sids/trouble.htm>

<https://unohrlls.org/lonu-ohrlls-15-ans-de-soutien-aux-pays-vulnerables-vers-un-avenir-soutenable/>

156. <https://www.pacific-studies.net/>

<https://www.isisa.org/>

157. Officiellement : surface : 284,2 km² (îles hautes ; par conséquent, seule une partie peut être effectivement entretenue en plantations ; estimations variables entre 12 % et 30 % de la surface totale selon le mode de calcul ; plus de 50 % sont un espace « forestier ») ; population : 196 000 habitants en 2018. Pour le chiffre des émigrés, et sans même parler de ceux nés en immigration mais se considérant « samoan », une estimation des Nations unies en 2013 chiffrait déjà à 130 000. Voir :

https://www.ilo.org/suva/areas-of-work/WCMS_407378/lang-en/index.htm

<https://www.sbs.gov.ws/population>

<https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL?locations=WS>

<https://www.stats.govt.nz>

<https://tradingeconomics.com/samoa/arable-land-percent-of-land-area-wb-data.html>

<http://www.fao.org/3/x6900e/x6900e.htm>

<https://knoema.fr/atlas/Samoa/topics/Utilisation-de-la-terre/Superficie/Land-area>

<https://www.ceicdata.com/en/samoa/land-use-protected-areas-and-national-wealth/ws-surface-area>

158. Tutelle partielle car ce territoire est « *unorganized* » et « *unincorporated* ». Un territoire américain est « organisé » seulement si son système de gouvernement a été défini par un *organic act* du Congrès américain. Des cinq territoires américains habités de façon permanente (Guam, Îles Virgin, Îles Mariannes du Nord, Porto-Rico, Samoa américain), seul le Samoa américain est « inorganisé » ; entre autres conséquences, ses habitants ne sont pas des « citoyens américains (*non-citizens*) » par naissance mais des « nationaux (*nationals*) » ; par exemple, ils n'ont pas besoin de visa pour se rendre aux États-Unis mais ne votent pas aux élections présidentielles ; ils ont un « représentant » au Congrès, mais dépourvu de droit de vote.

D'autre part, ce territoire est « non-incorporé », ce qui signifie que la Constitution fédérale ne s'y applique pas. Cette non-application entraîne une conséquence fondamentale pour la tenure foncière : 90 % des terres ont pu rester en régime coutumier (le système « traditionnel » dont nous parlons ci-dessous pour tout l'archipel samoan), car le territoire a pu interdire la moindre vente de terre à un étranger (toute personne non « nationale du Samoa américain »), y compris par

Les étapes qu'il faut retracer sont celles qu'on peut désigner comme (1) le système « traditionnel », puis (2) celui de la période ouverte par l'arrivée et l'installation d'Européens mais avant qu'on puisse parler de colonisation (tout le XIX^e siècle ; pendant cette période, il y a un « archipel des Samoa » qui n'est pas encore divisé par la colonisation) ; ensuite (3) la période 1889-1914 : les grands partages coloniaux tracés à coups de règle sur une carte dans les chancelleries européennes, la division de l'archipel samoan en un territoire allemand à l'ouest et un territoire américain à l'est, et, à l'ouest (« Samoa ») la courte période coloniale sous l'autorité allemande (1899-1914) ; ensuite, en restant constamment à « Samoa » au sens des îles occidentales : (4) la longue période du mandat international donné à la Nouvelle-Zélande après la Première Guerre et prolongé par les Nations unies après la Deuxième Guerre, jusqu'en 1962 ; (5) c'est alors l'indépendance, avec l'établissement d'une Constitution nationale incluant des dispositions fondamentales concernant la terre, puis (6) les évolutions politiques et les débats touchant à des « aménagements » de ces dispositions fondamentales, jusqu'à (7) la crise d'avril-novembre 2021¹⁵⁹.

I. LE SYSTÈME « TRADITIONNEL »

Ce qui suit pour cette section et la suivante est valable aussi bien pour l'État de Samoa que pour le Samoa américain, ces deux entités politiques ayant été pendant des siècles, depuis le premier peuplement il y a quelque trois mille ans, simplement des îles d'un archipel dont l'unité était une origine commune de peuplement et une remarquable unité linguistique (« la langue samoane », appelée *faaSamoa*)¹⁶⁰ qui perdure jusqu'à aujourd'hui. La description de ce système dans le mode du présent ethnographique repose évidemment sur ce qui a pu être observé et raconté par les premiers visiteurs et résidents étrangers, durant la première moitié du XIX^e siècle.

Les histoires de fondations sont comme partout en Polynésie, à ceci près que la première étape, l'arrivée d'un ailleurs lointain, a disparu de la mémoire collective et n'est une évidence que pour les archéologues et les linguistes. Les premiers occupants sont avant tout des défricheurs qui créent un espace que la lumière (notion tout autant cosmologique) peut inonder, et sur laquelle on plante les poteaux des maisons (non pas tant au sens d'abri que de fondation d'un enracinement et de l'établissement d'une autorité qui va rayonner à partir de ces points). Les premiers visiteurs européens (rencontres brèves et violentes fin XVIII^e, premiers aventuriers installés au début du XIX^e, premiers comptoirs et premiers missionnaires dans les années 1830 – soit bien plus tard que dans d'autres archipels polynésiens) constatent que, partout où

conséquent à tout citoyen américain. Si le territoire était « incorporé », donc sous le régime de la Constitution américaine, interdire la vente de terre à un citoyen américain serait impossible car anticonstitutionnel.

159. Sur toutes ces périodes et les évolutions sociopolitiques, de nombreuses références bibliographiques sont disponibles, essentiellement en anglais hormis mes propres publications qui furent en majorité francophones. Le lecteur intéressé trouvera à la fin de ce papier une bibliographie indicative.

160. Par commodité, je n'utilise pas les signes diacritiques utilisés par les linguistes (occlusion glottale et macron : on écrirait « fa'aSāmoa »), suivant aussi en cela l'usage des Samoans dans la presse et les publications locales.

ils prennent pied, ils se trouvent dans une « aire de pouvoir » *itumalo*, disons une chefferie, avec des limites territoriales, comprenant de nombreuses « communautés regroupées » *nuu* (que les visiteurs appellent trop simplement « villages », mais il s'agit de « cités politiques » et non d'un habitat défini par une géographie).

Chaque village (conservons le terme par commodité) regroupe une série de familles étendues *aiga* (on dira clan pour simplifier), et vit en « communauté » *nuu* au sens où la vie de chaque clan *aiga* est déterminée par les décisions collectives du village prises par le conseil du village. Le conseil est constitué par la réunion des chefs de chaque clan. En effet, chaque clan doit avoir, à tout moment, un chef (*matai*)¹⁶¹ en activité : un homme (parfois, mais rarement une femme)¹⁶², choisi plus ou moins par consensus par les aînés, parfois – mais pas du tout nécessairement – un enfant du chef précédent. Ce chef, dès son intronisation, prend comme nom personnel le « titre » du clan (le nom de l'ancêtre fondateur). Le clan a des droits sur des terres : la terre principale qui est censée être le lieu fondateur du clan (le premier défricheur), et d'autres terres où le clan a essaimé au cours des générations (des aînés de lignage installés ailleurs, pionniers ou conquérants ou « adoptés »). L'identité du clan est son « titre », porté à chaque génération par l'un des membres choisi comme « chef », et sa terre principale. Il ne peut y avoir de « titre » sans terre associée, il ne peut y avoir une terre identifiée par un nom sans qu'elle soit dite aussi « la terre du titre Untel ». On peut comparer avec la noblesse de l'Ancien régime européen, à l'immense différence près qu'il n'y avait et qu'il n'y a, à Samoa, aucun clan (et donc aucune famille restreinte qui ne soit pas partie d'un clan) qui ne soit pas ainsi « noble », c'est-à-dire qui ne soit pas liée de façon indéfectible à une histoire ancestrale de terre-et-de-titre. Chaque clan, aussi petit numériquement soit-il, aussi restreinte que soit sa terre, est, dans le principe, comme un duché ou une baronnie de l'ancienne féodalité européenne : des personnes regroupées par une appartenance revendiquée à une histoire généalogique liée à un titre-et-une-terre, histoire rendue présente à chaque génération par une personne qui porte le nom fondateur (le « titre »).

Tout individu appartient par sa généalogie à plusieurs clans (la parenté se compte de tous côtés) mais a le plus souvent une appartenance principale. C'est le clan où il est né ou celui où il est venu habiter le plus régulièrement, mais surtout celui où, par son travail dans les plantations et à la pêche, il contribue le plus régulièrement à donner sa part aux dons que chaque clan et/ou chaque village doit constituer et donner, pour toutes les étapes du cycle de vie du chef principal, des chefs secondaires et tout événement collectif. La transmission de la chefferie de clan se fait par choix consensuel des aînés et ne suit pas des règles unilinéaires intangibles.

161. Malgré les apparences, il s'agit bien de la notion transpolynésienne de chef *ali'i*, *ariki*, etc. Une histoire particulière au cours du XIX^e siècle a fait que ce mot particulier au samoan, *matai*, qui était celui du chef de maisonnée sous l'autorité du chef principal *alii* (cf. les mots polynésiens *ari'i*, *ariki*) est venu prendre la place linguistique de la catégorie générale de chef de clan alors que, auparavant, la hiérarchie des titres reposait sur l'*alii* (entouré de chefs « orateurs » *tulafale*), au-dessus des chefs de maisonnée *matai* qui eux n'avaient pas de terre-et-titre en propre.

162. Il y a là une vaste discussion qu'on ne peut ouvrir ici, sur le partage des autorités et leur évolution.

Dans tout cet univers sociopolitique, la notion occidentale de propriété individuelle-privée de la terre n'existe pas du tout. Chaque terre « est celle de l'ancêtre fondateur » et le chef et son clan n'en sont que les usufruitiers, les héritiers-du-droit-d'usage (*suli*). Mais l'usage et la résidence ne sont pas inaliénables : un individu, ou une famille restreinte partie d'un clan, ou même un clan entier peuvent être bannis par le conseil du village où le clan d'appartenance a sa racine principale. Jadis, il pouvait aussi être chassé, ou même décimé, avec d'autres de la même aire de chefferie, dans les guerres entre chefferies qui ont duré jusqu'à la fin du XIX^e siècle.

II. L'ARRIVÉE ET L'INSTALLATION DES EUROPÉENS AU XIX^e SIÈCLE

À la suite des « premiers contacts » au hasard des routes suivies par les expéditions européennes d'exploration (contacts brefs et en mer avec les Hollandais en 1722, avec les Français en 1768, puis premiers contacts sur terre avec les Français en 1787, puis les expéditions commerciales qui commencent à fréquenter l'archipel à partir des années 1820), quelques Européens ouvrent de petits comptoirs, introduisent les biens nouveaux dans leurs échoppes (les « maisons des richesses » *fale oloa*), et, comme partout en Polynésie et même en Océanie, cherchent à s'installer en se donnant l'illusion d'acquérir des droits sur une terre en échange de produits importés. Commence alors l'immense malentendu dont on ne connaît que trop l'histoire : des accords où l'étranger pense avoir « acheté une terre », alors que le clan autochtone croit avoir octroyé un droit d'usage (puisqu'il ne connaissait aucune autre notion caractérisant le lien des hommes à la terre). Ce qui conduit assez rapidement à la confrontation, quand les Européens n'entendent pas bouger d'un pouce. C'est alors l'arrivée des canonnières face aux révoltes autochtones qui refusent l'usurpation : 1845-1870 entre Maoris et occupants britanniques, la « guerre franco-tahitienne » des années 1840, les années 1878 en pays kanak, le débarquement des « marines » américains à Hawaï'i en 1897, etc.

Pendant cette période et en comparaison de ces autres situations de spoliation foncière dans les archipels voisins, l'archipel samoan reste épargné de toute occupation militaire et coloniale. Les aventuriers et commerçants installés sont d'origines européennes et américaines diverses, rivalisent pour tenter d'asseoir une autorité unique sur le comptoir principal (la zone d'Apia, côte nord d'une deux grandes îles de l'ouest), font appel, par l'intermédiaire de leurs « consuls » à leurs pays respectifs pour les persuader d'établir une main-mise coloniale. Mais aucune richesse suffisamment tangible et aucune perspective suffisamment solide de profits ne peut être démontrée, et chaque nation occidentale fait la sourde oreille, ne voulant pas de conflits de rivalité pour un archipel de peu d'importance. Ainsi, l'archipel samoan traverse tout le XIX^e siècle sans connaître la moindre colonisation formelle.

Mais, pendant ce temps, les « achats » de terre établis sur le malentendu qu'on connaît ont continué. Certes, ce n'était que des bouts de papier avec toutes les imprécisions possibles sur les surfaces concernées. Mais peu importait, tant que chaque

côté y trouvait un profit provisoire, le clan alimenté en richesses importées et n'ayant accordé de fait qu'un droit d'usage, le futur colon croyant s'être installé pour toujours et utilisant la terre (surtout pour la production de coprah). Parmi les aspirants colons, les Allemands travaillant le coprah commençaient à dominer la scène et alimentaient une grande firme allemande qui opérait déjà dans de nombreux territoires du Pacifique.

III. 1889-1914 : CRÉATION LIMITÉE DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET D'UN « TRIBUNAL DES TERRES ET DES TITRES »

Finalement, à l'ombre des grands partages coloniaux dessinés et signés en Europe, le sort de Samoa fut décidé par les accords de Berlin (1889 puis 1899). Un premier accord installa un condominium allemand-américain-anglais, en consultation avec les aspirants colons sur place mais évidemment sans aucune concertation avec la population autochtone. Un second accord entérina une véritable prise de possession coloniale et de fait, un partage. Les Allemands voulaient et obtinrent les îles samoanes de l'ouest, grandes plaines propices aux plantations. Les États-Unis voulaient et obtinrent les îles de l'est, très petites mais ayant un port abrité, l'immense baie de Pago-Pago offrant une protection remarquable contre les tempêtes et idéalement située à mi-chemin pour refaire le plein – de charbon – entre la côte ouest américaine et l'Australie. Le troisième partenaire européen des premiers accords de Berlin de 1889, la Grande-Bretagne, accepta de se retirer des discussions sur Samoa en échange d'avoir à elle seule l'autorité sur l'archipel des Tonga. Ainsi, jusqu'en 1899, donc durant tout le XIX^e siècle, l'archipel samoan avait échappé à la colonisation formelle.

Désormais, avec la colonisation (allemande à l'ouest, américaine à l'est), la spoliation de la terre aurait pu avoir libre cours. Ce ne fut pas le cas. À l'est, les États-Unis géraient l'activité portuaire mais n'avaient pas de vue sur une mise en valeur des terres, ce qui était de toute façon pratiquement impossible, l'archipel oriental étant des îles hautes très étroites et de très faible dimension. La situation continua, les États-Unis ayant simplement ajouté à l'activité portuaire une immense base militaire qui demeura en activité jusque dans les années 1950. À ce jour, la tenure foncière au Samoa américain est restée « coutumière » à 90 %, le reste étant de régime privé (mais fermé à toute convoitise étrangère : ci-dessus note 160).

Pour les îles de l'ouest, désormais allemandes, la spoliation des terres fut évitée par les hasards de l'histoire. La colonisation, une fois installée par l'Allemagne, ne put durer et imprimer sa marque, l'Allemagne perdant ses possessions à l'issue de la Première Guerre, donc, pour Samoa, à peine quinze ans après avoir débuté. Mais encore une autre chance fut que le traité de Berlin de 1889 instaurant le condominium tripartite visait à imposer la fin des guerres locales et les rivalités entre colons (et, moins officiellement, la composante allemande du condominium préparait l'installation d'un pouvoir allemand durable et promouvait une vision de grandes plantations commerciales pour le coprah). C'est pourquoi le traité institua une commission

coloniale des terres chargée d'examiner tous les prétendus titre de propriété détenus par les petits colons. Elle en rejeta la grande majorité (90 %), laissant *de facto* (et, en sous-main, volontairement ?) le champ libre au rêve allemand d'immenses plantations unifiées¹⁶³. La commission ne valida donc qu'un petit nombre de titres de propriété, ce qui constitua, pour la première fois dans l'histoire samoane, un vivier de propriétés « privées » au sens occidental (*freehold lands* avec une tenure « *in private property* »). Ce furent environ 14 % de la surface totale de l'archipel, le reste étant la « terre coutumière » (*customary lands*, dites aussi alors *Samoan ancestral lands, held in common property*, ou simplement *communal lands, native lands, fanua o Aiga* en samoan et *Aiga lands* en anglais, c'est-à-dire, les « terres des clans » ; la terre d'un clan peut être dite *o le fanua tau le suafa o le aiga Sa X*, « la terre qui relève du nom-de-titre du clan X »).

La présence allemande eut aussi le temps de procéder à une création juridique demeurée active jusqu'à nos jours. Connue aujourd'hui comme étant le « Tribunal des terres et des titres » (*The Land and Titles Court*), elle fut d'abord appelée une « commission » : *Land und Titel Kommission (Land and Titles Commission)* sous l'époque allemande puis néo-zélandaise jusqu'en 1937. À l'époque allemande : trois commissaires nommés dans la communauté européenne assistés par des « conseillers » samoans, sous la présidence du gouverneur allemand de la colonie. À l'époque néo-zélandaise : le juge suprême de la Haute Cour de Samoa, un Européen bien entendu, deux assesseurs issus de la communauté européenne, et plusieurs conseillers samoans. Les membres samoans n'avaient qu'un rôle consultatif et ne votaient pas pour la décision finale. Ensuite des juges samoans firent leur entrée.

Là encore, l'histoire de cette création coloniale est riche et complexe. Mais, en résumant à l'extrême on peut dire ceci. Il s'agissait de mettre fin juridiquement (sous peine de sanctions militaires allemandes) aux guerres locales dues à des conflits sur l'autorité sur des terres et sur la succession à un titre (titre de chef, comme nous l'avons expliqué). Désormais, tout conflit serait jugé par cette cour, où siégeaient des autorités coutumières samoanes, des savants en généalogie, bien entendu sous l'autorité allemande, et très directement celle du gouverneur. Toute contestation concernant la détention d'un droit sur une terre et un titre ne pouvait plus se régler par la guerre et devait obligatoirement être plaidée devant cette cour. Pour l'autorité coloniale allemande, il s'agissait à la fois d'éviter le désordre des guerres, peu propice au travail sur les plantations de coprah, et de superviser la hiérarchie des chefferies. En effet, outre le fait que chaque clan a un chef portant le titre, les rivalités entre clans, au sein d'une même grande aire de pouvoir, étaient nombreuses. Il s'agissait de

163. L'histoire fut complexe : rivalités exacerbées entre groupes de colons résidant à Samoa, appels à leurs nations d'origine pour imposer une colonisation, guerres locales entre chefferies alimentées en partie par les rivalités entre colons ; décision commune, signée à Berlin en 1889, entre l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les États-Unis d'imposer dans l'archipel samoan un ordre qu'il faut qualifier de précolonial, avec comme outil principal la création d'une commission tripartite ayant autorité à légiférer sur tous les conflits, et particulièrement sur les droits sur la terre là où il y avait contestation, c'est-à-dire les milliers de prétendus contrats de « vente » de terre par des clans à des colons (près de 4 000), avec le résultat, non surprenant mais qui fut un argument pour tout invalider, que le total des surfaces indiquées dans ces contrats qui furent établis « à vue d'œil », une fois comptabilisé par la commission, dépassait de loin la surface totale de tout l'archipel !

clarifier et de rigidifier, afin de bien identifier les « grands chefs », dont l'intronisation sera surveillée (l'autorité allemande étudia de très près la structure sociale, le circuit des dons cérémoniels, édicta des règles pour la distribution des dons, etc.), et de créer une sorte de grande hiérarchie ordonnée des clans, dont l'apex serait évidemment le pouvoir allemand, et très nommément le Kaiser.

IV. 1914-1962 : UN TERRITOIRE « SOUS MANDAT »

L'histoire politique de cette période demanderait de nombreux développements, mais pour ce qui concerne les transformations de la tenure foncière, il y eut peu de bouleversements. Dès le début de la Première Guerre, l'Angleterre demanda au pays allié situé géographiquement le plus proche de Samoa (il se trouve que c'est la Nouvelle-Zélande) de débarquer à Samoa pour évacuer le pouvoir allemand. L'enjeu n'était pas la terre de Samoa, mais le fait que les Allemands y avaient installé un poste de radio-télécommunications qui était vital pour la flotte allemande du Pacifique. Un petit bataillon y suffit, sans devoir ouvrir le feu. À la fin de la Première Guerre, la Société des nations nouvellement créée, qui deviendra trente ans plus tard les Nations unies, devait confier en « mandat » (*trusteeship*) les anciennes colonies allemandes, et, pour Samoa, ce fut évidemment l'autorité déjà établie au plan militaire, celle de la Nouvelle-Zélande, qui fut désignée en 1919. Point fondamental, un « mandat » n'était pas et n'autorisait pas une colonie de peuplement. De toute façon, la Nouvelle-Zélande ne recherchait aucunement de nouveaux espaces géographiques où exporter une partie de sa population, laquelle dépassait à peine le million d'habitants (et ne sera que 2 millions trente ans plus tard, à la fin de la Deuxième Guerre, pour parvenir à 5 millions aujourd'hui en 2020). Le seul fait notable est que l'ensemble des terres « acquises » sous l'autorité allemande (« acquéreurs » privés ou le gouvernement colonial) fut gelé, sous le statut de « domaines de la couronne [de Grande-Bretagne] *Crown Estates* ».

Le principe d'une marche vers l'indépendance fut posé très tôt après la Deuxième Guerre, facilité d'une part par l'absence de richesses (minières ou autres) qui susciteraient des convoitises et des rivalités, d'autre part avec la présence d'un gouvernement travailliste en Nouvelle-Zélande qui était acquis par avance au droit des peuples à l'autodétermination et soucieux de ne pas être listé aux Nations unies parmi les puissances demeurées coloniales. Une coopération sans conflits majeurs (du moins sur la question des terres)¹⁶⁴ entre les commissaires des Nations unies qui étaient venus évaluer la situation locale à Samoa durant de nombreuses visites au cours de toute la décennie 1950, les experts juridiques et politologues délégués par la Nouvelle-Zélande et l'Australie, et une « assemblée constituante » samoane composée des

164. Les débats furent plus âpres concernant la représentation populaire, c'est-à-dire les définitions du droit à être éligible d'une part, électeur d'autre part, aux futures élections parlementaires. Au désespoir des commissaires de l'ONU, les Samoans exigèrent que seuls les chefs (*matai*) soient électeurs (et donc éligibles). Le pays fut divisé en une quarantaine de « circonscriptions électorales *districts* », opérant une fragmentation, selon des lignes traditionnelles de chefferies secondaires, dans la dizaine des grandes « aires de pouvoir » traditionnelles.

principaux chefs de toutes les aires de pouvoir du pays, tous parvinrent à un consensus pour dessiner les grandes lignes de la Constitution du futur État indépendant.

V. LES ANNÉES 1960 : L'INDÉPENDANCE ET UNE CONSTITUTION NATIONALE

Samoa devenait le premier territoire du Pacifique sud qui accédait à l'indépendance (1962). La situation des terres était alors la suivante, et est demeurée ainsi de nos jours.

- 80 % des terres ou un peu plus sont sous le régime coutumier ; elles sont interdites à la vente, et, nous l'avons souligné, l'idée même de vente était impensable dans ce régime coutumier ;

- 14 à 15 % des terres, provenant surtout des plantations allemandes (conservées ensuite comme *Crown Estates* sous la Nouvelle-Zélande), sont des terres « de l'État » ; elles sont également interdites à la vente ;

- 4 à 5 % des terres sont en « régime privé », celles dont l'acte de propriété avait été reconnu à telle ou telle période ; ces terres concernent surtout la ville et ses environs. Elles sont les seules qui peuvent être vendues, avec cette clause fondamentale que l'acquéreur privé doit obligatoirement être un « citoyen » dûment enregistré du nouvel État.

Cette notion de « citoyenneté », évidemment attendue quand il s'agit de la fondation d'un État indépendant, fut inclusive, en permettant la multiple nationalité. Tout résident, quelle que soit son origine, même s'il n'avait pas d'ascendance samoane mais était enregistré (ne serait-ce que comme « *alien* ») dans le pays durant la période du mandat, et même s'il voulait conserver sa nationalité étrangère, pouvait devenir « citoyen » s'il le demandait.

Point fondamental pour notre sujet : la Constitution rendit intouchable la terre coutumière. En 1889 déjà, pour geler les conflits locaux, le condominium tripartite avait posé le principe de l'inaliénabilité de la terre coutumière, en plus d'avoir annulé 90 % des prétentions des petits colons à la propriété. De 1899 à 1914, les Allemands n'eurent que le temps de commencer leurs projets de mise en valeur. En 1919, l'autorité néo-zélandaise avait restauré le principe de 1889, soucieuse de maintenir l'ordre sur place en évitant toute fluctuation, et donc tout conflit local entre chefferies à propos de terres (et de titres). Il n'est donc pas étonnant de constater que le principe se soit retrouvé en toutes lettres dans la Constitution du nouvel État (à l'article 102), et même, avec le soutien des commissaires des Nations unies et conseillers juridiques australiens et néo-zélandais, qu'il devienne juridiquement cadencé à double tour. Non seulement cette Constitution pose le principe que toute modification, sur n'importe lequel des articles, demandera un vote aux deux tiers du futur parlement national, mais que, pour cet article-là portant sur l'inaliénabilité de la terre coutumière, le moindre

changement exigerait de surcroît un référendum national, avec là aussi, une majorité des deux tiers. Le seul amendement fut, en 1964, un acte parlementaire permettant au gouvernement (mais non à des entreprises privées) d'établir un bail sur une terre coutumière « pour une raison d'exigence publique » (*public purposes*). À l'époque, on pensait à des cas évidents et peu nombreux : construction d'une route, d'un aéroport, etc. Mais il permettait à un gouvernement d'intervenir lourdement, dans la mesure où la définition de l'exigence publique restait dans les mains du gouvernement, et il y eut, jusqu'à nos jours, de nombreux abus.

Cet amendement mis à part, Samoa continuait au début de ces années 1960 de constituer une exception. On l'a dit, l'absence de richesses minières ou autres a permis d'éviter toute rivalité internationale pour une main-mise imposée. Il faut ajouter la représentation des « îles Samoa » dans l'imaginaire intellectuel et politique européen depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle. En comparaison des bouleversements accélérés à Hawaï, en pays maori, dans l'Océanie française, etc., la « disparition » des « traditions polynésiennes » paraissait programmée et Samoa fut très tôt considéré par l'ethnographie et la muséographie européenne, particulièrement allemande, comme un « trésor » culturel qu'il fallait préserver, car on le voyait être à court terme le seul témoin qui resterait vivant de « la Polynésie authentique ». L'autorité coloniale allemande puis l'autorité administrative néo-zélandaise ont adhéré aussi à cette vision. Une conséquence plutôt dramatique fut leur souci constant de « préserver la pureté de la race samoane » et, dans ce but, l'interdiction de mariages mixtes ou l'empilement d'obstacles juridiques à ces unions (avec le mépris plus général de toute « mixité », la dévalorisation des « Métis », que l'on connaît bien dans toute l'attitude coloniale occidentale depuis le début et jusqu'aux indépendances les plus récentes) ; autre exemple : la déportation forcée (même sous couvert de « rapatriement ») par l'autorité néo-zélandaise des nombreux « coolies » chinois qui avaient été « importés » et employés par divers petits colons (surtout britanniques) depuis le XIX^e siècle.

VI. LES ANNÉES 1970-2010 : LE « DÉVELOPPEMENT » CONTRE L'INALIÉNABILITÉ

Une telle situation de la tenure foncière pouvait paraître stable. C'était sans compter avec l'influence grandissante de l'idéologie du « développement », tenue mais présente dans les années 1970, forte puis dominante à partir des années 1980-1990. Si les parlementaires samoans des premières quinze années furent des chefs de clan dévoués à la tradition, opposés à l'ouverture du pays au changement, au tourisme, à la globalisation, la situation changea rapidement. Le renouvellement des générations amena dans les années 1980 un personnel nouveau qui rapidement prit le contrepied : entre autres, ouvrir le pays aux investisseurs.

En même temps, le paysage politique vit la création de partis politiques pour

les élections parlementaires. Le parti disons le plus « moderniste », fondé en 1982, joua très habilement sur plusieurs plans. D'abord il se prénomma le parti « des droits de l'homme » (*Human Rights Protection Party* HRPP) et introduisit ainsi au plan des valeurs déjà une individualisation. Ensuite il s'appuya massivement sur la population péri-urbaine qui grandissait constamment. Par exemple (même si ce fut plus tard) : introduire l'obligation d'un enregistrement matériel pour voter aux élections (photographie, donc trouver un atelier et payer le coût), ce qui créa une difficulté pour les villageois éloignés, surtout ceux résidents dans la deuxième grande île (Savaï), mal desservie par un service de ferrys vieillissant.

Une autre stratégie fut particulièrement efficace, la profonde modification du corps électoral. De 1962 à 1989, non seulement les éligibles mais aussi les électeurs étaient seulement les « chefs » *matai*. Pour avoir un électorat bien plus facilement manipulable, ou disons bien plus enclin à intégrer des discours simples (et démagogiques), il fallait pouvoir ramasser les voix de tout le monde, surtout que les jeunes adultes de la zone péri-urbaine étaient tous acquis à l'idée du « développement ». Le parti moderniste, qui avait la majorité au Parlement, trouva le moyen en 1990 de faire voter cette modification de la loi électorale sans la faire apparaître toucher à la Constitution, et donc sans devoir réunir une majorité des deux tiers. Il savait que cela lui apporterait une grande victoire aux prochaines élections législatives (1991). Certain du succès, il se dit qu'il faudrait pouvoir profiter plus longtemps des bénéfices de la victoire, et il ajouta à la modification du corps électoral le changement de la durée d'une législature, passant de trois ans à cinq ans. Depuis ce moment (élections de 1991) et à travers toutes les cinq élections parlementaires suivantes jusqu'à celle de 2016 incluse, le parti renforça sa majorité, jusqu'à détenir les 9/10^e des sièges. Le dirigeant de ce parti (Tofilau Eti Alesana) fut Premier ministre depuis 1982 (avec une brève interruption quand le parti perdit l'élection de 1985 avant de regagner en 1988) jusqu'à sa démission pour maladie en 1998 (il décéda un an plus tard). Il fut immédiatement remplacé par celui qui fut son second à la tête du parti et du gouvernement et qui, ensuite, régna (si l'on peut dire) sans interruption jusqu'à l'élection d'avril 2021 qui vient d'avoir lieu – et qu'il vient de perdre, après quarante ans de suprématie de ce parti et vingt-trois ans de règne personnel ininterrompu comme Premier ministre.

Revenons à l'enjeu d'ouvrir le pays aux investisseurs. En plus des incitations habituelles (exemption d'impôts les premières années, etc.), il fallait trouver un moyen de répondre à la demande de « garantie foncière ». Que ce soit une infrastructure touristique ou industrielle (il y eut le cas d'une grande firme japonaise de tressage de fils électriques pour les automobiles, une autre pour gérer et développer la plus grande structure hôtelière, rejoints ensuite par des Américains, Australiens, Néo-Zélandais, etc.), les promoteurs voulaient une stabilité garantie sur le sol où ils s'installaient. Puisqu'ils ne pouvaient acheter en propriété privée la moindre parcelle, ils exigeaient

au moins la création de baux de longue durée. En conséquence, les dirigeants samoans promurent des comités de réflexion sur les aménagements possibles de la tenure foncière. D'autre part, les banques internationales d'investissements exigeaient, pour accorder de gros prêts, à l'État ou à une entreprise locale, une garantie par la terre sous forme d'hypothèque (*land mortgage*).

Le bail (*lease, licence*) fut et est l'immense piège tendu par la globalisation aux régimes de terres inaliénables. Une location ne remet pas en cause l'interdiction de vendre et peut donc contourner tous les articles constitutionnels qui garantissent l'inaliénabilité. Mais elle apporte avec elle deux corollaires. Le premier est que la durée n'est pas limitée dans le principe mais définie au cas par cas. On pense souvent qu'un bail n'a de sens pour le propriétaire-bailleur qu'à l'intérieur d'un intervalle qui ne dépasse pas une génération. Mais l'investisseur peut exiger bien davantage ; récemment une entreprise chinoise a tenté (heureusement sans succès) d'obtenir à Samoa, pour construire des hôtels et des casinos, un bail de 160 ans¹⁶⁵ ! Le second corollaire est encore plus pernicieux car souvent mal compris ou caché dans un recoin des clauses. Pour récupérer sa terre à l'issue du bail, le propriétaire coutumier doit compenser au locataire sortant la valeur des biens édifiés sur la terre et qui ne peuvent être déplacés. Comme il s'agit le plus souvent de structures touristiques, on parle de centaines de milliers sinon de millions de dollars, et donc l'impossibilité pour toujours d'un rachat du bail. Ainsi, par la force des choses, devenu un accord qui ne peut être terminé, le bail se transforme en un quasi-acte de propriété perpétuelle. On connaît bien, au Vanuatu par exemple, l'activité dense et lucrative d'agences immobilières qui vendent et revendent (souvent entre Australiens) des baux portant sur des terres côtières transformées en « *resorts* ». Alors que cela paraissait à jamais impossible il y a un demi-siècle, les étrangers peuvent finalement s'enrichir par la spéculation sur des terres « coutumières » pourtant invendables car « inaliénables » selon la Constitution nationale de ces pays insulaires. Mais, quand il s'agit non plus de bail mais d'hypothèque, la proposition de garantie par la terre n'a de sens que si cette terre est ensuite monnayable, donc peut être vendue par le prêteur si l'emprunteur fait défaut. Là il y a blocage et c'est contre ce blocage que, à Samoa, le parti moderniste au pouvoir a tenté de lutter discrètement, sans y parvenir. Nous allons voir cette évolution.

Revenons en 1992. On pouvait lire dans le Plan national n°7 annoncé cette année-là : « 81 % de la terre du Samoa Occidental est sous le régime coutumier, ce qui a donné dans le passé un contrôle sans aucune entrave de l'usage de la terre. Désormais, ce n'est plus une option réaliste. » (GWS 1992 : 67)¹⁶⁶

Le texte continue en mentionnant un problème qui a déjà suscité une législation : l'agglomération urbaine a un réseau d'adduction de l'eau, et il a fallu récemment protéger les zones de captage contre la pollution (insecticides ou présence de bétail), le réseau

165. Cité par Ilati (2016 : 213).

166. "81% of the Western Samoa's land is under customary ownership which in the past has meant unfettered control over land use. That is no longer realistic."

n'employant pratiquement pas de filtrage. Ce fut une première incursion de l'État dans le droit des terres coutumières. Mais la visée est plus large : « 81% de la terre est en régime de propriété coutumière. C'est un moyen efficace d'assurer que la terre soit accessible pour produire les moyens de subsistance et c'est un élément indispensable du système social samoan et de l'économie rurale. Cependant, appliqué à la lettre, le système de la tenure coutumière est une contrainte pour certains types d'activité économique. Cela concerne particulièrement l'agriculture extensive, l'élevage et l'exploitation de la forêt. Et cela concerne toute activité pour laquelle, l'investissement immobilisé étant lourd, l'investisseur, individu ou société, recherchera un contrat garantissant à long terme son droit d'usage ou accordant une autorité conjointe sur cette terre. De plus, la législation actuelle empêche de louer une terre auprès de quelqu'un d'autre qu'un Chef (matai). [Or, seuls] 15% de la population adulte possèdent un titre de Chef, et le recensement agricole le plus récent révèle que l'exploitation agricole est de plus en plus une activité individuelle plutôt que celle d'une famille étendue aiga [le clan comme nous avons dit]. Aussi cette restriction légale apparaît-elle aujourd'hui comme dépassée et comme un obstacle inutile à l'usage productif de la terre coutumière. Un Comité gouvernemental ad hoc s'apprête à faire des recommandations à ce sujet et sur les autres contraintes qui freinent l'utilisation efficace de la terre coutumière. » (GWS 1992 : 43 ; ma traduction).

On voit l'argument principal : comment donner à un investisseur une sécurité à long terme ? Jusqu'à la fin des années 1960, l'argument n'avait pas de sens. Samoa vivait tant bien que mal sur l'exportation (dérivés de la noix de coco, et graines de cacao), sur les envois d'argent des émigrés et sur l'aide internationale. Ensuite, les prix internationaux ont chuté¹⁶⁷, la Nouvelle-Zélande a connu une forte récession économique et a donc limité fortement l'immigration ; la crise dans ce pays a mis au chômage nombre de Samoans. En outre, et au prix d'un lourd déficit, Samoa a massivement importé et un certain nombre d'habitants, particulièrement ceux de la zone urbaine et péri-urbaine (qui a connu une extension accélérée depuis l'indépendance), ont pris des habitudes, elles aussi souvent récentes.

Aussi, le gouvernement se mit à afficher nettement, avec publicité faite à l'étranger, le slogan selon lequel Samoa devrait devenir à son tour un paradis pour l'investisseur étranger, du moins celui qui entend fournir du travail. Le gouvernement offrait cinq ans d'exemption de taxes pour l'importation des matériaux de construction, quinze ans d'exemptions d'impôts sur les bénéfices exportés réalisés sur des marchandises non vendues localement et le droit d'utiliser le salaire minimum local. Le montant de ce dernier était et est ridicule au plan international (environ 1 euro de l'heure en 2020) et ridicule au plan local : cette somme permet d'acheter un panier

167. Et le cacao est très aisément détruit par la tempête ; les deux cyclones, 1990 et 1991, ont tout détruit. Cependant, une autre exportation a pris de l'ampleur récemment (mis à part la chute temporaire due aux cyclones) : le taro, à destination de l'importante communauté samoane (50 000 personnes) en Nouvelle-Zélande.

de taro, et encore (en 1980, le salaire minimum, déjà très faible permettait d'acheter environ cinq fois plus : 5 petits paniers de taro, ou 3 lignes de petits poissons (de 6 à 10 par ligne), ou 2 boîtes de corned-beef, ou de payer un petit repas dans un « truck »).

On lisait encore dans le texte cité sur les projets du Plan national que le gouvernement trouvait contraignant la loi qui limite aux Chefs le droit de donner en location une terre coutumière. Il ne s'agissait pas tant de la question d'être un « chef », mais surtout le fait que, dans la structure sociale traditionnelle du clan, le chef ne peut rien décider sans le consensus exprimé par la « réunion en cercle de tout le clan » (*aigapotopoto*).

Commence alors l'idée, soufflée par les experts en développement, que, à défaut de pouvoir juridiquement privatiser la terre coutumière, il faut trouver le moyen d'individualiser la source de l'autorité, bref d'avoir un nom et un seul ayant l'autorité juridique de signer le bail d'une mise en location d'une terre coutumière. L'un des grands responsables est l'énorme machine financière régionale qu'est la Asian Development Bank ADB, fonds monétaire très influent dans toute la région Asie-Pacifique, qui, à partir de 1998, menaçait de ne plus accorder de prêts à Samoa tant qu'il n'y aurait pas la possibilité légale de faire entrer la terre coutumière dans la catégorie des garanties offertes pour un prêt (*mortgage*)¹⁶⁸.

Commence alors un redoutable glissement de la notion de « titre ». Le titre est le nom du clan, le nom de l'ancêtre fondateur, l'identité d'une terre et la composante pour ainsi dire spirituelle et éternelle installée symboliquement dans le corps même de tous les chefs de clan qui se succèdent et se succéderont à la chefferie de clan. Ce titre, ce « *title* » (en anglais) était le *suafa matai*, le « nom-de-chefferie ». Il va venir côtoyer une tout autre notion de « *title* », celle qui identifie une terre comme lorsqu'on parle d'un « titre de propriété », même si l'on demeure en deçà de la « propriété privée ».

VII. LES LOIS DE TROP : 2008-2020 ET LA CRISE POLITIQUE DE 2021

A. Le « système Torrens »

L'idée fit son chemin à travers un outil juridique bien connu dans le monde anglophone : le « *Torrens system* ». C'est un autre piège, doté d'une perfidie extraordinaire, et l'on ne s'étonnera pas de savoir qu'il doit son origine à la colonisation anglaise en Australie, même si ce ne fut pas un outil de spoliation de terres aborigènes mais un outil limité aux transactions sur les terres déjà privatisées (et donc déjà spoliées – même si la colonisation anglaise entretenait le mythe de la *terra nullius*). On cite souvent le nom de « système Torrens », dans les contrats ou les débats juridiques, comme s'il s'agissait d'une notion neutre de droit. Illusion déjà pour de nombreux

¹⁶⁸. <https://www.samoaoobserver.ws/category/columns/3821> (article du 11/04/2018).

concepts, à commencer par la notion *a priori* simple de « propriété », tant qu'on ne se pose pas les questions adjacentes : propriété individuelle ou collective, propriété en tant qu'usufruit invendable ou propriété aliénable, etc. Bref, on parle du « système Torrens » comme d'une modalité juridique parmi tant d'autres.

Mais il y eut un Sir Robert Richard Torrens, en 1858, en Australie du sud. Irlandais d'origine, né en 1812, devenu officiel civil délégué par Londres en 1820 pour la « Colonie d'Australie du sud », il fit carrière sur place jusqu'à devenir (brièvement) le gouverneur (*Premier*) de cette colonie en 1857 et établir en 1858 un nouveau système « d'enregistrement des terres ». Ce nouveau système visait les terres « ouvertes à une liberté d'occupation », si l'on peut traduire ainsi littéralement l'expression juridique *freehold lands*, c'est-à-dire ouvertes à la propriété privée (à la différence des terres « publiques » et, quand cela existe, des terres « coutumières »).

Devant une transaction territoriale contestée, il faut consacrer les moyens et un temps long à l'enquête historique, réunir les éventuels contrats signés il y a longtemps, en discuter la validité, devoir conserver des documents sur un siècle, écouter ou retrouver des témoignages, s'y retrouver comme, par exemple si l'on quitte l'Australie pour revenir à Samoa, dans des cas de terres samoanes « vendues » plusieurs fois de suite par le clan à différents colons au XIX^e siècle (ce qui n'était pas frauduleux pour le vendeur, puisque celui-ci ne faisait qu'octroyer des droits d'usage et sans clause explicite d'exclusivité – et c'est l'une des raisons qui explique que le total des actes examinés par la commission de 1889 dépassait la surface totale du pays). Comment éviter tout cela ? En imaginant un système où l'autorité politique en place serait la garante d'un registre écrit qui remplacerait le débat historique. Bref, la garantie ne porterait plus sur une vérité historique, difficile à établir, impossible à être irréfutable, mais sur un registre où le simple fait de voir écrit un nom suffirait à établir la garantie de la non remise en cause d'un nom de propriétaire – une fois ce nom enregistré. Le conflit ne porterait plus sur un passé toujours impossible à faire revivre et vérifier mais uniquement sur l'accès à l'enregistrement.

Tout ceci est également valable même en dehors de transactions contestées. Dans le système ancien, il faut toujours un volumineux dossier historique pour pouvoir indiquer son droit à opérer une transaction. Dans le système nouveau (« Torrens »), il suffit de consulter le registre. Si le nom s'y trouve, cette personne a le droit d'opérer la transaction sur la terre en question. Le premier et ancien système est appelé en droit anglais (*common law*) celui de « l'évidence » (*deed*, de l'ancien anglais *evidence*), une évidence écrite qui fait le point sur tout ce qui établit historiquement l'existence d'une relation de propriété ou simplement d'intérêt. Le second est le système « Torrens ». Ce système est assez répandu dans le monde aujourd'hui. Il satisfait les juges dont le travail est grandement facilité : consulter un registre ; il désole les avocats qui se voient privés d'une partie de leur travail : organiser une « évidence » à partir de données éparses et complexes.

Tout ceci est anecdotique pour nos discussions tant que l'on reste dans la sphère de la propriété privée individuelle. Ce ne l'est plus du tout quand on applique cette idée d'un registre garanti par l'autorité politique à la question de la terre coutumière collective, car cette application fait soudain passer de – sinon la propriété, du moins la responsabilité – collective à celle individuelle pour décider de l'utilisation éventuelle d'une terre coutumière, en particulier pour la signature d'un bail. Le « registre » consigne un nom et non plus des centaines de pages avec une histoire de dizaines de noms.

B. La loi de 2008

C'est ce que le gouvernement samoan a fait en 2008, par un acte législatif (*Land Titles Registration Act 2008- LTRA 2008*) qui permet la création d'un registre pour la responsabilité nominative d'une terre coutumière, ce qui ouvre alors la possibilité de signer une transaction de bail. Cet acte de 2008 n'obligeait pas toute la population à choisir, dans chaque clan, un représentant local – c'eût été un tollé dans tout le pays – mais il permettait de le faire. Ce faisant, en créant un tel registre, il introduisait un redoutable « cheval de Troie » dans la tenure coutumière, comme l'a qualifié un politologue samoan bien connu, universitaire en Nouvelle-Zélande, Iati Iati (2018 : 2 [en ligne]). En effet, dans tout clan, la possibilité est désormais donnée à ce qu'une personne jugée « représentative » (en général le chef) aille enregistrer son nom comme étant le propriétaire-responsable au sens du système Torrens. L'acte est passé, dans un parlement godillot depuis quarante ans.

Devant les critiques locales qui se sont rapidement élevées, le gouvernement a produit un amendement, un acte *LTRA 2015* qui prétendait « ne pas mettre en danger la terre coutumière en général », en permettant de distinguer ce qui serait la « mention » (*recording*) des terres coutumières et « l'enregistrement » (*registration*) d'une terre coutumière seulement dans le cas d'une location par bail à un investisseur. Peu importe, tous les spécialistes savent que l'esprit du système Torrens est de créer « l'impossibilité de défaire » (*undefeasibility*) ce qui a été écrit.

Il fallut quelque temps pour que se manifeste sous une forme sérieuse et grave une opposition : à partir du début de 2018. Des plaintes ont été déposées, par une « association » regroupant des figures de la politique et du monde judiciaire local, devant la Cour suprême de Samoa, assorties d'une demande de condamnation à de lourdes amendes (plusieurs millions) visant nommément le Premier ministre pour « *Grand Corruption* » (« tentative par une autorité publique ou privée de priver une partie de la population d'un État d'un droit fondamental »), au sens où la *LTRA 2008* violait les articles de la Constitution qui empêchaient de modifier la tenure coutumière par un acte législatif acquis à la majorité simple. De plus, les plaignants appelaient ouvertement à la démission du gouvernement.

C. Le tribunal des terres et les décrets de 2020

Pendant ces années, disons depuis la *LTRA 2008*, des enregistrements ont eu lieu mais ont été contestés. Car si le principe du système Torrens est de laisser le dernier mot à l'autorité politique, le gouvernement avait quelque peu négligé le rôle que continuait à pouvoir jouer le Tribunal des terres, la *Land and Titles Court LTC*, cet organe créé par les Allemands au tout début du XX^e siècle, et qui n'avait cessé de continuer à être l'organisme devant lequel des contestations sur la terre et les titres pouvaient être présentées. Rapidement le Tribunal LTC se retrouva avec la perspective de vingt années de procès à conduire, des contestations émanant dans chaque clan où un chef ou « le » chef avait enregistré son nom. Les efforts du gouvernement pour permettre l'utilisation financière de terres coutumières étaient bloqués pour des années, même si de nombreux projets avançaient du moment qu'ils pouvaient être dits « pour cause publique » (dans ce cas, le chef de l'État, figure plutôt cérémonielle à la manière anglaise, a néanmoins le pouvoir donner une décision finale).

C'est alors que le gouvernement commit son erreur fatale. Il voulut faire passer au Parlement trois décrets : c'est l'affaire des « *Three Bills* ». Derrière un texte qui semblait ne promouvoir que le bien public, mais avec toute la complexité d'un vocabulaire juridique, et en noyant le cas du Tribunal des terres LTC dans d'autres sujets, un projet aussi astucieux que machiavélique était avancé : en finir avec l'autonomie du Tribunal LTC et soumettre ce dernier au gouvernement. Bien entendu, le texte ne disait rien de semblable et même pouvait donner l'impression inverse.

Jusque-là, le Tribunal des terres était une juridiction à part, la seule à pouvoir examiner tout ce qui concerne la tenure de la terre coutumière et les titres de chef. Elle était saisie non seulement en cas de contestation au sein d'un clan, d'un village, d'un district, mais elle avait également en charge d'enregistrer – et ce faisant de valider – toute nouvelle intronisation, donc la nomination d'un chef *matai* dans un clan. Ses décisions étaient finales, à ceci près que la Cour suprême pouvait être saisie si les droits constitutionnels de l'individu (en résumé les droits de l'Homme) avaient été bafoués. Mais sur la question même du droit de la tenure foncière, le tribunal était indépendant et ses décisions finales.

Le nouveau décret élargissait la compétence du Tribunal à toute question concernant « la coutume de Samoa » (*aganuu faaSamoa*), mais, par une autre disposition, il créait pour le pays un double système judiciaire, de rang égal, l'un en charge du droit et des procès relatifs à tout le civil et le pénal, l'autre en charge de tout le droit de la terre coutumière et des titres, tout en ôtant à un plaignant devant le Tribunal des terres et des titres la possibilité de saisir la Cour suprême en cas d'atteinte aux droits individuels. En outre, caché parmi les nombreux articles, une modification cruciale annulait la présence des « assesseurs » (chefs de haut rang, considérés experts en tradition généalogique sur tout le pays) dans le Tribunal des terres LTC, pour ne

laisser en place que quelques juges (dont la nomination, comme auparavant, est le fait du pouvoir : le chef de l'État qui lui-même est élu par le Parlement). En prétendant ainsi autonomiser et renforcer le Tribunal des terres, le gouvernement en faisait un instrument judiciaire intégré à l'organisation judiciaire-politique, qui en somme n'avait plus à répondre de ces décisions devant la Constitution et le peuple entier (la disposition qui oblige un referendum national avec majorité des deux tiers pour tout changement du statut de la terre coutumière) – et donc n'avait comme autorité de contrôle que le gouvernement. Bref, le tribunal des terres devenait un instrument qui pouvait implémenter les demandes du gouvernement, et donc faciliter l'usage de la terre coutumière dans les contrats commerciaux.

Si le gouvernement s'était entouré de juristes et d'avocats expérimentés depuis les années 1980-1990, il avait négligé que la même passion pour le droit et ses manipulations se retrouvait chez bien d'autres juristes dans le pays. Le gouvernement croyait avoir le contrôle puisque nous sommes dans ces systèmes où le procureur de l'État (*Attorney General*) est nommé par le pouvoir. Il n'avait pas prévu que la perspective d'une mise en danger du statut « *faaSamoa* » de la terre coutumière pourrait amener une partie influente des sphères politiques et professionnelles à envisager soudain, très sérieusement, la nécessité d'un soulèvement, du moins par la voix des urnes. Certains créèrent en 2020 un nouveau parti d'opposition bien résolu à gagner des sièges aux élections parlementaires prévues pour avril 2021. Et, début de la fin, en septembre 2020, une grande figure du parti, et ayant alors la fonction de vice-Premier ministre, Fiame Naomi Mataafa (l'une des femmes les plus connues dans la politique locale), démissionna avec fracas du parti au pouvoir en expliquant clairement que la ligne rouge (ne pas toucher à la terre coutumière) avait été franchie. Elle rejoignit le nouveau parti d'opposition.

Le gouvernement prit tout cela avec mépris, devenu aveugle après quarante ans de règne, et fut totalement abasourdi de voir ensuite la force et la virulence d'une campagne pour les législatives d'avril 2021 et surtout de voir, au soir de l'élection, que cette nouvelle opposition remportait (même si d'un siège) la majorité. Cette nouvelle opposition, par certains côtés, renouait avec la mise en avant des valeurs « de la coutume » *faaSamoa* comme le furent les premiers parlements de 1962 à 1982.

D. La crise d'avril-novembre 2021

S'ouvre alors une autre histoire, celle de la crise d'avril-novembre 2021. Le gouvernement conteste les élections dans certains districts. Il trouve le moyen, à nouveau par des astuces juridiques, d'acquiescer provisoirement un élu supplémentaire. Mais cela ne suffisait pas à inverser le résultat. En outre les élections locales contestées et rejouées (processus qui vient de s'achever fin novembre) confirment une majorité au nouveau parti d'opposition. Entretemps, en avril-mai, le gouvernement sortant (mais ne se considérant pas comme tel) cadenasse le bâtiment du Parlement pour empêcher

une ouverture de session parlementaire qui consacrerait la victoire du nouveau parti. Finalement, fin juillet, après bien des péripéties (mais sans jamais que la violence physique ne prenne le dessus), le Parlement entre en session et consacre la victoire du nouveau parti et la défaite pour le parti sortant (défaite encore élargie fin novembre à la suite de sept élections rejouées).

Il y aurait beaucoup à dire sur tout cela, sur les deux partis, leurs idéologies, leurs membres, leurs arguments. C'est un autre sujet. Ils s'agit simplement de souligner ici qu'une chute politique qui paraissait totalement impensable il y a dix ans, et même encore aux élections de 2016 où le parti qu'on peut appeler « moderniste » remportait 44 sièges sur les 49 que comptait alors le Parlement, s'est produite quand le sentiment d'une mise en danger du statut de la terre coutumière, bien conscient chez les spécialistes depuis la *LTRA 2008* et même depuis les plans de développement des années 1990, est devenu partagé par une partie de la population. C'était la ligne rouge à ne pas franchir.

Combien de temps restera-t-elle infranchissable ? On peut compter sur l'Asian Development Bank et la Banque mondiale, en partenariat avec le monde samoan des « affaires », pour continuer à imaginer des stratégies à propos de la tenure foncière de la terre coutumière.

Post-scriptum : une brève comparaison avec la Polynésie française

On peut relever quelques différences fondamentales, mais aussi une conclusion commune, avec ce qui est au centre des discussions concernant la Polynésie française.

Dans le clan samoan, la notion de *suli* héritier ignore la distinction faite en Polynésie française entre enfants légitimes et enfants *fa'aamu*, ou entre enfants adoptés selon le droit français (qui peuvent hériter) et les enfants seulement *fa'aamu* qui *a priori* ne sont pas héritiers des biens (sauf testament, mais encore le droit des enfants descendants biologiques réservataires doit être préservé). Aussi on peut comparer les problèmes de sortie d'indivision, avec les lois récentes de 2019 en Polynésie française qui permettent d'aménager avec des transmissions de droits par souche (donc un groupe de parents) et pas seulement « par tête ».

Pensons aussi au métier de « généalogiste » en Polynésie française, permettant d'affiner une liste d'héritiers, alors qu'à Samoa l'entrée est par accord collectif et reconnaissance-persuasion d'un lien de descendance (par tous les chemins possibles de parenté), les « généalogistes » officiels étant les « chefs-orateurs », censés être savants dans de nombreuses généalogies. Surtout, des générations plus tard, la « preuve » d'être un héritier repose non sur des archives mais sur l'évidence par nombreux témoins d'une participation continue de l'individu à toutes les obligations de dons cérémoniels dans les cérémonies du cycle de vie. A-t-il constamment apporté

sa part dans les cadeaux pour naissance, mariage, funérailles ? Son statut d'être un « serviteur (*tautua*) du clan » est-il connu de tous, même si avec des commentaires sur le degré d'investissement dans ce service ? Les Samoans disent que, si quelqu'un arrêta et persistait plusieurs années de suite de faire ces dons, il casserait *ipso facto* son lien « généalogique » et ne serait plus un héritier *suli* (cas imaginaires évoqués, mais pas d'exemples concrets) ; c'est pourquoi d'ailleurs des émigrés partant travailler à l'étranger seront constamment très attentifs à revenir, avec des dollars, à ces fêtes familiales, et au minimum, à envoyer de l'argent en demandant à leurs plus proches de faire ces dons dans la cérémonie en proclamant bien haut son nom.

Mais au-delà des profondes différences, reste cette évolution comparable : les solutions aux débats et conflits sur la transmission, l'héritage et la mise en valeur, ne sont envisagés par les autorités ou les spécialistes que par le moyen d'une meilleure individualisation des responsabilités, une nomination de représentants de la collectivité. Bref, comme on le sait bien en Polynésie française, l'indivision est vue comme un manque, un problème, et on discute des modalités de « sortie de l'indivision ». À Samoa on discute des modalités de la sortie d'une autorité collective (clanique et donc portant sur la terre coutumière) qui est indivisible, celle unissant tous les héritiers, les *suli*. Reste une question fondamentale : l'indivision est-elle vraiment uniquement un défaut dans le fonctionnement social ? La propriété collective est-elle nécessairement un obstacle qu'il faut toujours tenter de réduire ?

Références bibliographiques

Pour la LTC : archives des décisions :

<https://archives.govt.nz/search-the-archive/researching/research-guides/land/searching-samoan-land-records>

(anon.), « Samoa PM in \$5 million lawsuit over land Act », Bulletin des *Pac News* publié dans *Fiji Times* 22 août 2018.

Aiono, Fanaafi-Le Tagaloa, 2009. « 'Sua le Lea - toto le Ata'. The Land and Titles Court of Samoa, 1903 -2008 : Continuity amid Change », Ph. D. in Law, University of Otago, Dunedin.

Buchanan, Kelly, 2021. « Samoa: Controversial Constitutional Reforms Passed », *Global Legal Monitor* (13 janvier 2021).

Fiu Mata'ese, Elisara, 2018. « Amendments to Customary land laws in Samoa show insincerity of P.M. and H.R.P.P. Government », *Samoa Observer* 11 avril 2018.

Iati, Iati, 2016. « Is New Zealand Foreign Policy in the Pacific Playing into the Hands of China? Customary land issues », (avec résumé en français), in *L'Océanie convoitée*, Al Wardi Semir, Jean-Marc Regnault et François Sabouret (eds.), Paris and Papeete : CNRS Éditions et 'Api Tahiti, pp. 210-215.

—2018. « Customary Land Rights and Pacific Islands Security & Stability », *Asia Pacific Bulletin* 419 (19 avril 2018).

Meleisea, Malama et Penelope Schoeffel, 2020. « Culture, constitution and controversy in Samoa : What's behind the proposed bills to codify Samoan customs in law? », *The Interpreter*, 23 Juin 2020 (journal du Lowy Institute, Sydney).

Olson, M. D. 1997. « Regulating Custom: Land, Law and Central Judiciary in Samoa », *The Journal of Pacific History*, Vol. 32, N° 2 (Dec., 1997), pp. 153- 179.

Tuimavava, Lagi. 2017. « A Response to the Report of the Special Inquiry Committee's on matters pertaining to the Land and Titles Court » (mémoire universitaire), Wellington, Victoria University of Wellington (ref. Law S 545).

Wilson, Soli. 2021. « Assessors removed in reformed Lands and Titles Court », *Samoa Observer* (21/02)Ye, Ruiping, 2009. « Torrens and Customary Land Tenure : a Case Study of the Land Titles Registration Act 2008 of Samoa », mémoire universitaire, Wellington, Victoria University of Wellington (ref. 40 VUWLR 827).

On trouvera également des analyses et une bibliographie étendue sur l'histoire politique (et générale, en remontant jusqu'aux « premiers contacts ») de Samoa, sur le régime de gouvernement, sur la tenure foncière et l'économie, dans mes publications suivantes :

Ouvrages

1997. *Le Pacifique sud aujourd'hui : identités et transformations culturelles*, S. Tcherkézoff et F. Douaire-Marsaudon (éds), Paris, Centre National de la Recherche Scientifique Press : chap. 12 (80 pages) consacré à Samoa. (en ligne mais en traduction anglaise) *The Changing South Pacific: identities and transformations*. Canberra, Australian National University, ANU Press, 2008
<https://press.anu.edu.au/publications/changing-south-pacific>

2003. *FaaSamoa, une identité polynésienne (économie, politique, sexualité). L'anthropologie comme dialogue culturel*. Paris, L'Harmattan, E-book accès en ligne (commercial)/ on-line (with fee)
<http://www.editions-harmattan.fr/index.asp?navig=catalogue&obj=livre&no=15701>

2004. *First Contacts in Polynesia: the Samoan Case (1722-1848). Western misunderstandings about sexuality and divinity*. Canberra/ Christchurch, /Journal of Pacific History Monographs / Macmillan Brown Centre for Pacific Studies.

E-book en ligne accès libre /on-line free access : republished (same title) : 2008 (b)—Canberra, ANU E-Press.

<https://press.anu.edu.au/publications/first-contacts-polynesia>

2022. (co-éd avec E.Conte et G. Molle eds.) *À la croisée des vagues, Océaniens et Occidentaux : anthropologie historique de la violence (XVI^e-XIX^e siècles)*. Papeete, Éd. de la MSH-P. : chapitre sur les premiers contacts à Samoa au XVII^e siècle.

Articles

2019— « Le chef océanien et la terre », Postface à Simonne Pauwels éd., « Chefs du Pacifique » (section thématique), *Anthropologica*, vol. 61, n°2, pp. 251-260.

2017— « Chinese in Samoa: recent threats at the village level », in *L'Océanie convoitée*, Al Wardi Semir, Jean-Marc Regnault et François Sabouret (eds.), *L'Océanie convoitée*. Paris and Papeete : CNRS Éditions et 'API Tahiti, pp. 123-126.

2017— « The Samoan Village, the Brother-Sister Relationship and the Rule of Exogamy », *Journal of Samoan Studies*, Volume 7 N° 2, pp. 6-36 (special issue : *The Sāmoan Village: Past and Present. 'O le Nu'u Sāmoa: Anamua ma Onapō nei*)
<http://journal.samoanstudies.ws/2017/05/04/volume-7-no-2-2017/>

2016— « Genèse et thème de la première conférence PIURN », in coll. *Appartenance vs. Propriété / Belonging vs. Property* (actes de la 1^{re} conférence du PIURN 3-7 novembre 2014) : 13-14. Nouméa : Presses de l'UNC (CD distributed to PIURN Members)

2000— «Multiculturalism and Construction of a national Identity: The Historical Case of Samoan / European relations», *The New Pacific Review* (special issue «Pacific Identities»): 1 (1): 168-186. // Multiculturalisme et construction d'une identité nationale : le cas historique des rapports Samoans / Européens », *La Nouvelle Revue du Pacifique* (numéro spécial : « Les identités du Pacifique »), 1 (1): 182-201.

2000— «The Samoan category *matai* ('chief'): a singularity in Polynesia? Historical and etymological comparative queries », *Journal of the Polynesian Society*, vol. 109, n°2 (juin), pp. 151-190.

2000— «Are the Samoan Chiefs Matai "out of time"? Tradition and democracy : contemporary ambiguities and historical transformations of the concept of chief », in Elise Huffer et Asofou So'o (eds), *Governance in Samoa*. Canberra / Suva, Australian National University (National Centre for Development Studies, "Asia-Pacific" Series) / University of the South Pacific (Institute of Pacific Studies), pp. 113-133.

1998— «Identités en mutation aux Samoa » [le développement acceptable et la tenure foncière], pp. 111-157 in Darrell Tryon et Paul de Deckker (eds), *Identités en mutation dans le Pacifique à l'aube du 3e millénaire*. Talence, Université Bordeaux-3, Centre de recherches sur les espaces tropicaux CRET (« Îles et archipels », 26) [Actes du Colloque franco-australien « Les identités dans le Pacifique », Paris, 29-30 mai 1997, Ambassade d'Australie].

1998— «Is aristocracy good for democracy? A contemporary debate in Western Samoa », p. 417-434 in Jürg Wassmann (ed.), *Pacific Answers to Western Hegemony: Cultural Practices of Identity Construction*. Oxford, Berg («Explorations in Anthropology Series»).

L'IMPACT DES INFLUENCES JURIDIQUES EXOGÈNES SUR LES RELATIONS TRADITIONNELLES À LA TERRE LE CAS DE VANUATU

Marc Tabani

Anthropologue, Centre de Recherche et de Documentation sur l'Océanie (CREDO)
Maison Asie-Pacifique (CNRS, EHESS, Aix-Marseille Université).

Te mau huru ravera'a a te fa'aturera'a nō rāpae mai i nī'a i te parau mau o te fenua i Vanuatu. I te fenua Vanuatu, 'ua riro te parau nō te fa'aho'ira'ahia te fenua i 'eiāhia i te tau o te 'aihu'arā'au i roto i te rima o te « fatu fenua tumu » 'ei 'arora'a faufa'a nō te mau tī'a poritita i turu na i te tī'amāra'a e 'o tei fa'atī'amā roa i teie fenua. Terā rā, 'ua hau i te maha 'ahuru matahiti i teienei o te tauuiira'a o te ture tī'a'aura'a fenua, tē mau noa ra te tahi ui-maere-ra'a i nī'a i te arata'ira'a o teie fa'aho'ira'a fenua. Noa atu ē 'ua ha'apae noa te mau mā'imira'a ihi ta'ata i te parau o te 'ohipa fenua, i teie mahana, 'ua riro roa te mau mā'imira'a, haruharura'a parau ānei, titorotorora'a ānei 'ei faufa'a putu tumu mau.

E hī'ohi'o mai tātou i te mau arata'ira'a ture i orahia mai i nī'a i te 'ohipa fenua i Vanuatu, i nī'a ihoā rā i te motu nō Tanna, 'o tei tui te ro'o nō tōna mau-pāpū-ra'a i tāna peu pī'ihia nā roto i te reo bislama kastom.

Ia au i teie mau ha'amāramaramara'a, e tuatāpapa mai au i te huru fa'a'ohipara'a i te mau parau tahito nō te tātarara'a 'e te tī'a'aura'a i te parau o te 'ohipa fenua. Te aura'a, e tītauhia te tahi hī'opo'a-māite-ra'a i te mau fa'atū'atī'atira'a rau i te parau o te fenua, 'ia ra'ara'a maita'i te hī'ora'a.

I. POLITIQUES DE L'IDENTITÉ ET ANTHROPOLOGIE DE LA TENURE FONCIÈRE À VANUATU : APERÇUS SUR LA GOUVERNANCE COUTUMIÈRE DES TERRES DANS L'ÎLE DE TANNA

A. Présentation

Au cours d'enquêtes ethnographiques menées à Vanuatu depuis plus de vingt-cinq ans, en particulier sur l'île de Tanna, mes activités de recherche n'ont jamais suscité la moindre hostilité parmi mes hôtes insulaires. À Tanna, la renommée de mes

prédécesseurs sur le terrain, dont Jean Guiart, Joël Bonnemaïson, Lamont Lindstrom, et l'intérêt pour leurs travaux sont demeurés intacts. J'ai par la suite pu bénéficier à mon tour de l'aura positive du rôle d'ethnologue, généralement compris par la plupart de mes informateurs, comme une recherche désintéressée, au service de la *kastom* – la coutume en *bislama*, le pidgin-*english* de Vanuatu. C'est là une responsabilité non négligeable, sachant que Tanna est unanimement considérée par l'ensemble des Vanuatais comme l'île où la *kastom* semble la plus respectée, se montre la plus solide. Les gens de Tanna se plaisent à rappeler que si leur île, à l'échelle du globe, n'est pas plus grande qu'une tête d'allumette, leur *kastom* tire de puissants pouvoirs de leurs terres, et leur procure une force qu'ils savent exercer bien au-delà de leurs rivages. Pour avoir longuement travaillé sur le thème des politiques de l'identité, il est moins évident pour moi d'admettre que mes résultats se résumeraient à une collecte de données ayant pour vocation la préservation du patrimoine culturel local. Que l'anthropologie se soit vue utilisée par des idéologies traditionalistes et nationalistes est toutefois une évidence. La question, à laquelle j'aimerais apporter ici des éléments de réponse, est : quels éléments d'anthropologie peuvent servir à préciser les règles de la coutume dans le domaine de la politique des terres ? Et par ailleurs, quels agents sociaux au juste, individuels, collectifs ou institutionnels, se servent de la coutume à des fins de normalisation de la tenure foncière.

B. Une anthropologie détournée des questions foncières

Pour une anthropologie scientifique, en voie de professionnalisation, les ex-Nouvelles-Hébrides, actuel Vanuatu, ont été un terrain de prédilection. Codrington, Speiser, Rivers, Deacon, Layard, Auber de la Rüe furent avant-guerre des témoins privilégiés de réminiscences d'un temps d'avant la venue des Blancs dans cette partie du Pacifique, et rapportaient de ces îles de riches et précieux matériaux ethnographiques. L'urgence était pour eux l'observation de sociétés considérées comme promises à disparaître. Ces précurseurs pratiquaient une ethnographie de sauvetage, archivaient des survivances, collectaient des vestiges d'un présent en passe d'être révolu. Il transparait de leurs écrits le même pessimisme qu'exprimait Malinowski à cette époque, sur d'autres terrains mélanésiens, à propos de la « situation tragique » dans laquelle se trouvait l'ethnologie : « À l'heure même où elle commence à s'organiser, à forger ses propres outils et à être en état d'accomplir la tâche qui est la sienne, voilà que le matériau sur lequel porte son étude s'évanouit avec une rapidité désespérante » (1922 : xv). Les traces et reliquats de leur culture, le souvenir de leur identité se devaient d'être préservés. La conséquence la plus directe fut un désintérêt marqué pour la question de la tenure foncière. Peu ou prou de matériaux ont été collectés sur ce sujet. Quel intérêt d'ailleurs en considération de populations vouées à disparaître, ou au mieux à rompre avec leur culture en se convertissant ? *A fortiori* quand la gestion de terres indigènes revenait aux autorités coloniales, qui dans le meilleur des cas leur accordaient un statut administratif très faiblement protecteur, celui de réserve indigène.

C. L'accaparement des terres indigènes au temps des Nouvelles-Hébrides

Sur un plan historique, Vanuatu s'est illustré par la domination coloniale exercée sur l'archipel par une double tutelle franco-britannique. La création d'un condominium amena à freiner leurs ambitions réciproques en modérant le rythme jusqu'à lors effréné d'accaparement de terres. Ces acquisitions étaient spéculatives pour la plupart, rarement accompagnées d'opérations de mise en valeur ou de développement. Depuis les prolégomènes de sa période coloniale et jusqu'à aujourd'hui, l'histoire de Vanuatu reste marquée par une vaste et interminable accumulation de conflits fonciers. Jusqu'aux réformes sur les terres qui ont accompagné l'indépendance en 1980, ces conflits ont pour l'essentiel opposé entre eux des représentants ou ressortissants des deux puissances coloniales rivales. L'aliénation des terres profitait exclusivement aux intérêts français ou britanniques. L'identité des individus ou des groupes qui occupaient et vivaient jusqu'à lors ces terres, ou la façon dont elles étaient réparties et gérées importait peu. Seul comptait l'identification des vendeurs, une claire description des limites des surfaces cédées pour valider une transaction. Dans le système Torrens employé pour l'enregistrement des terres et la validation de leur acquisition, la légitimité coutumière du vendeur apparaissait secondaire. L'établissement d'un cadastre rendu possible par la création d'un tribunal mixte ne concernait que les terres déjà aliénées et dont l'action de validation de l'enregistrement des parcelles se poursuivait jusqu'à l'indépendance en 1980, date à laquelle elles couvrirent 20 % de l'espace utile de l'archipel. En 1980, concernant la pression foncière, moins de 70 000 Ni-Vanuatu se répartissaient sur 40 îles et îlots habités. Aujourd'hui ils sont plus de 300 000, dont près du tiers vivent dans les deux zones urbaines du pays. Dans certaines îles, la pression démographique est devenue énorme. En soixante-dix ans, la population de Tanna, par exemple, a été multipliée par dix.

D. Vision nationaliste des terres indigènes à l'indépendance

À Vanuatu, jusqu'à la structuration au cours des années 1970 d'un mouvement nationaliste, l'étude des identités ethnoculturelles restait l'apanage des anthropologues et la gestion de la tenure foncière celui de l'administration coloniale. À l'approche de l'indépendance, la revendication foncière devint un thème central de l'accession à la souveraineté. En perspective des enjeux d'une édification nationale, l'importance donnée aux politiques de l'identité vint faire écho aux volontés d'indigénisation de la terre, allant parfois jusqu'à les confondre. Les terres indigènes devaient être restituées à leurs propriétaires coutumiers, non pas tant pour leur valeur marchande, mais en tant que source d'identité pour tout citoyen ni-Vanuatu indigène. Comme l'écrit Barak Sope, un des pères de l'indépendance, dans son livre programmatique *Land and politics in the New Hebrides* paru six ans avant l'indépendance, « toutes les activités d'un homme tournent autour de sa terre. Sa terre lui est aussi chère que ses propres

enfants» (1974 : 4). Sethy Regenvanu, ministre en charge des premières réformes foncières, surenchérisait dans la métaphore filiale, « la terre est pour un Ni-Vanuatu ce qu'une mère est pour son bébé » (*in* Van Trease 198: xi). Ce rapport émotionnel d'une intensité comparable au lien entre un enfant et ses parents vise à distinguer la vision qu'un ni-Vanuatu aurait de son environnement de l'idée que se font les Occidentaux de la terre, lesquels réduisent sa valeur à celle d'une bien marchand. Ce sentiment demeure idéalement partagé par l'immense majorité des ni-Vanuatu, même par ceux, jeunes urbains de plus en plus nombreux, sans preuve ou garantie d'un accès à la terre garantie par leur *kastom*. Depuis l'indépendance jusqu'à ce jour, la longue suite de réforme foncière n'a jamais réussi à préserver le patrimoine foncier des propriétaires coutumiers de Vanuatu. Après quarante ans de souveraineté, plus de 10 % des terres ont de nouveau été accaparées par desdits « investisseurs étrangers ». Ces terres concernent pour beaucoup les littoraux, pour des investisseurs massivement attirés par le développement touristique et se concentrent en grande partie sur les îles d'Efate et de Santo. La valeur commerciale de ces 10 % de terres est incomparablement plus élevée que celle attendue des 20 % de terres aliénés au cours de la colonisation, et nulle politique de restitution ne semble désormais envisageable.

E. La politique des terres à l'épreuve du droit

Que les hommes appartiennent à la terre et non l'inverse est une formule qui fit date dans la rhétorique nationaliste, mais elle fut de peu d'utilité pratique à Vanuatu lorsqu'il s'est agi de restituer leurs terres à des « propriétaires coutumiers » dépossédés et d'accorder plus généralement à toute revendication coutumière justifiée sur des terres dites indigènes un droit de propriété perpétuelle. Dès les débuts de la réforme foncière à l'indépendance, les questions de propriété devinrent étroitement associées aux statuts de citoyenneté. *De facto*, la population du pays se trouvait répartie en trois catégories : des citoyens dits indigènes et propriétaires coutumiers, des citoyens indigènes ne disposant pas ou plus de terres, et des citoyens non indigènes, anciens colons disposant de vastes superficies de terre, devenues publiques ou coutumières à moins d'en avoir renégocié l'usage sous la forme d'un bail d'une durée théorique maximale de 75 ans.

Dans les faits, ne fut restituée que la moitié des 20 % de terres aliénées de l'archipel à l'époque coloniale, enregistrée et cadastrée. L'autre moitié, 10 % des terres devinrent des terres publiques, dont la majeure partie se concentrait dans les deux agglomérations urbaines qui furent développées après-guerre, Port-Vila sur l'île d'Efate et Luganville sur celle de Santo. Ces terres publiques sont réputées depuis l'indépendance être une intarissable source de corruption. Au total, ce sont donc près de 90 % des terres qui auraient dû trouver leurs propriétaires coutumiers légitimes. Des subdivisions de vastes plantations de l'ère coloniale dans les îles du centre furent

toutefois attribuées par le jeu des réseaux clientélares à d'anciens cadres politiques du parti nationaliste reconvertis en maîtres de la manipulation des traditions (Rodman, *Masters of Tradition. Consequences of customary land tenure in Longana, Vanuatu*), notamment aux endroits où les populations locales avaient été décimées.

S'est ajoutée à la difficulté généralisée à normer les conditions d'attribution d'une propriété coutumière, l'absence flagrante de toute alternative juridique permettant d'échapper au seul système d'enregistrement des terres institué, à savoir le modèle Torrens. Ce cadastre foncier se voit garanti par l'État comme l'unique cadre fiable d'une propriété foncière effective. Ainsi, paradoxalement, toute terre déjà enregistrée par le tribunal mixte du condominium, qui se voit restituée à ces propriétaires coutumiers reconnus, demeure dans le registre des terres privées, des terres commercialisables, non coutumières. De même, les occupants dits indigènes des terres coutumières ne se voient reconnaître par la loi leur qualité de « propriétaires coutumiers » qu'en cas de conflits avec d'autres prétendants propriétaires. La reconnaissance de leur droit de propriété coutumier les oblige là encore à cadastrer, enregistrer ces terres, et à perdre ainsi le statut de terre coutumière. Accorder un bail ou poser une hypothèque sur sa terre coutumière abouti au même résultat. Les terres passent alors sous contrôle des tribunaux et de l'État et ne sont plus régies par les usages de la coutume. En somme la masse indistincte des terres coutumières sont des surfaces agraires réparties selon des usages sociaux très diversifiés, souvent aléatoires, supposés être détenus collectivement selon des principes garantis par des autorités coutumières, devant elles-mêmes trouver les moyens d'affirmer leur légitimité. Une situation qui ne se prête guère au pluralisme juridique. Poursuivons donc notre interrogation quant aux sources possibles de la validation d'une légitimité coutumière, de l'usage de données de la tradition orale, et des acteurs ou agents de la production de données ethnographiques. Le cas de l'île de Tanna me servira d'exemple pour replacer les problèmes du foncier à un niveau local.

II. À CHACUN SON ETHNOGRAPHIE DU FONCIER À TANNA

À l'indépendance, la question de la restitution des terres aux « propriétaires coutumiers » s'est posée à Tanna de manière purement formelle, puisque l'aliénation effective de terres, c'est-à-dire leur exploitation ou utilisation à des fins productives marchandes ou pour des besoins en infrastructures, y demeurait très marginale (Gregory 2003). Aujourd'hui encore, par rapport aux graves problèmes d'accaparement des terres que connaissent les autres grandes îles du pays, la tenure foncière à Tanna ne connaît qu'un taux minimal de baux, lesquels concernent pour l'essentiel des sites accueillant les équipements collectifs ou administratifs, des églises et, pour le secteur privé, des installations touristiques. La mauvaise réputation parfois prêtée aux gens de Tanna contribue aussi à dissuader toute tentative d'aliénation de leurs terres par de

nouveau venus. Des investisseurs étrangers, souvent dans le domaine du tourisme, se retrouvent accusés d'outrepasser les règles coutumières et se voient infliger de lourdes sanctions. Parfois, ils sont simplement chassés de l'île sans aucun ménagement ni dédommagement pour la destruction de leurs biens, sans que le gouvernement central ou provincial n'y puisse grand-chose. Et ce, au grand dam d'investisseurs potentiels, peu rassurés par la multiplication de ce type d'affaires.

Ces vingt dernières années, les convoitises grandissantes suscitées par les terres ont ainsi conduit à attiser à Tanna les conflits entre natifs de l'île. Qu'ils opposent des groupes, des organisations ou des individus qui s'en réclament, les points sur lesquels se focalisent les différends se réfèrent encore, dans la plupart des cas, à des situations et des règles antérieures à celles introduites par la colonisation. D'anciennes pratiques coutumières restent en vigueur pour régler des problèmes fonciers à Tanna, même lorsque les enjeux actuels de ces conflits portent sur des enjeux financiers.

Les principaux acteurs dans les règlements de ces conflits sont depuis l'origine les tribunaux des terres (*land tribunal*). Des juges en provenance d'autres îles, se voulant neutres et le plus souvent parfaitement ignorants de la *kastom* de Tanna, y officient en tant qu'arbitres entre natifs de Tanna qui, à ces occasions, présentent leurs propres preuves ethnographiques et plus rarement historiques de leur statut de propriétaires. L'exposé des faits y prend invariablement la même tournure : les parties s'y réclament systématiquement de la descendance de deux jumeaux mythiques dont les terres proviennent du corps de l'ogre Semo Semo, après avoir tué et dépecé ce dernier. On y évoque les pierres de magie agraire héritées du héros culturel Mwatiktiki, conservées à proximité des places de danses Yimwawyim, inspirées des *marae* polynésiens. On y énumère les groupes qui sont venus danser sur ces places lors des grands cycles cérémoniels connus sous le nom de Nekowiar. Certains mentionnent des échanges entre leurs ancêtres et le capitaine Cook, il y a 250 ans, ou des déplacements forcés suite à des guerres encore plus anciennes. À l'issue de ces procès, il arrive que des insulaires ayant migré depuis les *outliers* polynésiens qui bordent Tanna, Aniwa et Futuna, se voient sommés de rendre les terres mal acquises depuis le XV^e siècle, de retourner chez eux à Tonga ou Samoa. Lors de ces procès, c'est surtout la performance orale des parties, leur talent oratoire pour exposer leur argumentaire ethnographique qui entraîne la conviction du juge, et l'amène à convertir un cadastre mythique en des titres de propriété. L'extrême méfiance des gens de Tanna envers ces tribunaux, leur grande ignorance du système judiciaire légal, le coût financier dissuasif d'y avoir recours, et dont les décisions ne pourront être garanties dans la pratique, tout cela concourt au constat d'un échec persistant de la justice depuis quarante ans à identifier des propriétaires coutumiers.

III. DES AGENCES ÉTATIQUES AU SERVICE DE LA COUTUME ET DU DÉVELOPPEMENT

Cet échec est analysé par les bailleurs de fonds de Vanuatu (en particulier par l'Australie ou la Banque Asiatique de Développement, la Chine dissuadant ses ressortissants à investir dans la terre) comme une fondamentale inadaptation des règles coutumières aux besoins économiques contemporains. Ces quinze dernières années, sous couvert de l'aide au développement, orchestrée conjointement par des agences diplomatiques et par des ONG, la volonté d'harmoniser, voire de standardiser les règles de tenure foncière à l'échelle du pays est devenue leur priorité. La sécurisation de la tenure foncière a donné lieu à une succession de programmes aux noms évocateurs tels que « Justice for the Poor », « Making Land Work », « Mama Graon », et « Kastom Governance » pour le dernier d'entre eux. Ces programmes copilotés par l'agence gouvernementale d'aide australienne (AusAID) présentent la particularité de s'appuyer sur leur propre ethnographie et d'aboutir à leurs propres interprétations anthropologiques. Toujours plus de jeunes enquêteurs sont recrutés à cet effet. Issus des classes sociales privilégiées de Port-Vila où ils ont fait leurs études, ces jeunes cadres se voient impliqués dans des opérations de mappage culturel (*cultural mapping*) et d'enregistrement des terres (*land titling*). Quelle que soit la sincérité de leurs intentions, leur conception de l'exploitation du foncier et plus généralement leurs modèles économiques tendent irrémédiablement à s'éloigner de la vision utopique d'un développement au service de la coutume et des valeurs mélanésiennes, telle qu'elle fut portée à l'indépendance par les générations antérieures. Dans l'utilisation de la *kastom* à des fins non coutumières, il semble qu'ils aient parfois franchi un cap par rapport à leurs aînés. La coutume dans leur perspective doit faire l'objet d'une évaluation critique quant à des stratégies paysannes devenues trop traditionalistes. Dans les rapports d'AusAID auxquels ils contribuent (Cox *et al.* 2007) la définition donnée à *kastom* est celle d'« un mélange hybride de connaissances et pratiques traditionnelles, de christianisme et de structures locales d'autorité (incluant les chefs) », ou encore un « mélange hybride de croyances, pratiques et structures sociales perçues comme traditionnelles ».

Appliqué au problème des terres, cette anthropologie sauvage générée par des programmes d'aide au développement n'a pour l'instant guère connue davantage de réussite que les tribunaux pour encourager et soutenir le développement. La nomination d'une jeune anthropologue australienne (Siobhan McDonnell) ayant travaillé pour son doctorat sur les questions foncières à Efate, en tant que première conseillère du ministre des Terres pour la préparation d'une nouvelle étape de la réforme foncière (2013) ne semble pas non plus avoir permis de lisser les contradictions inhérentes à des mesures visant à faciliter l'accès de la terre aux investisseurs étrangers et, en même temps, à protéger des propriétaires coutumiers d'inévitables abus.

Parmi ces programmes d'analyse des aspects efficaces de la coutume en regard d'enjeux contemporains, la mise en œuvre d'une réflexion sur la gouvernance coutumière (programme «Kastom Governance», voir Westoby et Brown 2007) s'est montrée particulièrement inventive à Tanna. En plus de la réticence des gens de Tanna à identifier des propriétaires coutumiers, leur société est connue en anthropologie pour ne laisser que peu d'autorité aux «chefs coutumiers». À Tanna, la difficulté à identifier des chefs coutumiers disposant du moindre pouvoir sur les terres et à faciliter la réalisation de projets économiques fut contournée en exigeant des gens de Tanna qu'ils s'attèlent à leur propre codification écrite de leur coutume, et à défaut d'y identifier des propriétaires, de fixer des territoires coutumiers sur lesquels certains groupes et autorités auraient le contrôle. Dans cette perspective, les intéressés furent invités à revenir à des sources anthropologiques moins sommaires, autrement dit plus académiques.

IV. ANTHROPOLOGIE ET TERRES COUTUMIÈRES À TANNA

Le programme *kastom* governance offre une bonne illustration de la sélectivité avec laquelle peut s'opérer l'utilisation des matériaux de l'ethnologue, par ceux chez qui ils ont été collectés, une réappropriation de ses données pour en retirer des avantages politiques ou économiques. Jean Guiart fut parmi les premiers à alerter sur les utilisations fallacieuses possibles d'un patrimoine ethnographique initialement transcrit selon la vision occidentale de chercheurs étrangers. Il critiquait le traitement essentialiste appliqué à certaines sociétés par les ethnologues, qui ressurgit dans la période postcoloniale, sous la forme de discours sur l'attribution d'identités collectives transhistoriques porteuses de valeurs ancestrales. Des discours dont un prolongement particulièrement évident a trait aux velléités d'individus ou de groupes pour justifier la distribution et le contrôle de la tenure foncière. D'après Guiart :

« [Le discours sur l'identité culturelle et ses valeurs] nous ramène inévitablement à la tenure foncière, qui est l'un des facteurs actuels les plus discutés au niveau officiel et souvent si peu informé, d'une manœuvre venant des milieux du business, rêvant de nouvelles formes d'accaparement des terres, au moment même où ces mêmes terres connaissent une forte pression exercée par une population grandissante. Le changement de régime foncier comme condition préalable au développement est un thème constant pour les experts extérieurs, qui agissent ici de la manière la plus dangereuse. En fait, tous ceux qui tentent d'insister sur la nécessité de cette condition préalable au développement économique jouent avec le feu (2009 : 29). »

Dès les premières années de l'indépendance, les pouvoirs publics à Vanuatu se méfièrent de l'autorité narrative exercée par des observateurs étrangers. Avant même le moratoire décrété à l'échelle nationale de 1985 à 1994 par le Centre Culturel de Vanuatu, le Conseil régional de Tanna se plaignit par voie officielle des torts que créaient à la culture de cette île les informations tronquées que pouvaient colporter

les écrits de «journalistes, d'anthropologues ou d'écrivains voyageurs» (Lindstrom, 1990 : 195). Entraîné par ses persistantes critiques envers le travail de Bonnemaison sur Tanna, Guiart suggéra, avec quelque exagération, que c'était sans doute le travail de ce dernier qui avait suscité le courroux des autorités (2009 : 20).

Il reproche à ce dernier son traitement essentialiste de l'organisation de la société tannaise, présentée comme fragmentée en une multiplicité de groupes-pirogues (*niko*) porteurs d'identités et de valeurs transhistoriques. Chacun de ces 115 groupes locaux, alternativement qualifiés de «tribus», recensés par Bonnemaison, aurait pour vocation le contrôle d'un territoire, délimité par des frontières fixées une fois pour toutes par le mythe au commencement des temps, et au sein duquel s'exercent de manière exclusive et absolue l'usage et la distribution de la tenure foncière. Bonnemaison a de plus transposé l'inventaire sociologique établi par Guiart dans les années 1950 en une représentation cartographique, en un tableau erroné de groupes d'habitats non lignagers fallacieusement identifié à des groupes de descendance plus ou moins étendus. Ce «territoire tribal» à Tanna, Bonnemaison aurait le tort de l'affubler d'une «personnalité politique» dont l'existence géographique préfigurerait la réalité sociale. Guiart ne voit dans ce tableau, rien de plus qu'une fraude intellectuelle, car sa vérification empirique ne résiste pas à l'examen des données : « Soit on ne publie pas une telle carte, soit on dit à l'avance comment elle a été construite exactement, et avec quels informateurs pour quelles données. La prétention d'être la carte valable est inacceptable » (2009 : 25).

Guiart oppose à cette personnalisation géopolitique la fluidité territoriale entre groupes que permettent les routes d'alliance, interreliées par des portes, servant d'aiguillages métaphoriques à ces voies d'échange et de communication. Il préfère voir dans l'organisation sociale une toile de relations, une grille totalisante, un canevas d'intersections : «traiter de la tenure foncière dans la région ne consiste pas à traiter de frontières, mais de points dans l'espace (22).» C'est à Lindstrom que Guiart concède d'avoir décrit «de manière pertinente et en termes non équivoques» l'une des principales clés de l'ordre social à Tanna :

«Il n'y a pas de territoires [à Tanna], seulement des noms de lieux, parfois organisés en un ensemble plus ou moins cohérent géographiquement, parfois dispersés dans l'espace. Des dizaines de milliers de noms de lieux qui doivent d'abord être mémorisés par chaque insulaire [...]. Certains sont petits, accueillant une pierre ou un arbre, d'autres plus larges où l'on peut planter des tubercules, des parcelles plus petites pour le taro, plus grandes pour les ignames, des bosquets d'arbres fruitiers, des bosquets sacrés comme demeures d'êtres divins, des noms de lieux dans la brousse, des noms de lieux le long des rivières ou sur la côte, etc. [...] Ces milliers de noms sont partagés entre propriétaires légaux, la liste des noms (un nombre variable de noms de lieux et de noms d'ancêtres) étant attribuée aux nouveau-nés mâles avec le ou les noms individuels qui leur ont été donnés à la naissance. Les futurs adultes les apprendront lentement en allant rendre visite à chacun d'eux sous la direction de leurs parents,

ou s'il est encore en vie, de la personne de la génération de leur grand-père, ou de leur grand-père lui-même, dont ils portent aujourd'hui le nom et dont découle leur propre régime foncier et leur statut social (1990 : 27). »

N'en déplaise à Guiart, c'est pourtant bien la représentation de Bonnemaison qui s'est vue officiellement retenue, ou du moins elle est celle que les autorités du pays tentent d'imposer sur un plan légal aux gens de Tanna. Il serait fastidieux d'entrer ici dans les détails, relevons simplement que ce coup de force de valider des données ethnographiques contestées (par Guiart comme par de nombreux *man Tanna*) devient évident à l'occasion d'une énième révision de la réforme foncière engagée à partir de l'indépendance. Dans le cadre du programme *kastom* governance, le Conseil des chefs de Tanna (Nikoletan, institution légale comprise à l'échelle nationale sous l'autorité du Conseil National des Chefs, le Malvatumauri) (voir Tabani, 2019) a tacitement repris la carte établie par Bonnemaison, répartissant la population de Tanna en 115 tribus représentées par sept « Conseils d'aires coutumières » (*kastom area Council*), au sein desquels seraient identifiés les « propriétaires coutumiers » réellement légitimes. Dans le cadre du volet de cette réforme concernant les structures politiques locales, les Conseils des aires coutumières de Tanna ont été sollicités pour rassembler près de 500 dignitaires coutumiers à l'occasion d'une manifestation intitulée « Première retraite des chefs de Tanna » (*Fes Tanna jifs ritrit*), qui fut organisée à Lenakel (chef-lieu de l'île), du 24 au 29 mars 2019.

Les rapports de ces journées d'étude qui m'ont été communiqués par mes informateurs montrent clairement les modifications intervenues depuis l'inventaire de Guiart dans les années 1950. Un document de 26 diapositives intitulé *Nafe Erea Ritrit Ripot* projeté aux participants permet de mesurer la reconfiguration d'un « paysage politique traditionnel » selon les enjeux du présent, dans le district méridional de l'île, dit Nafe en référence à son unité linguistique. La reprise de la présentation cartographique de groupes territoriaux y est parfaitement assumée. La délimitation de l'aire Nefe recouvre les trois districts administratifs dessinés à l'époque du condominium, puis repris à l'indépendance (Whitesands/South/Southwest-Tanna), mais également les deux aires coutumières reconnues à l'indépendance par le Nikoletan. Le troisième jour des débats se voient affirmées les « frontières coutumières » (*kastom baondri*) de cette aire, frontières données par Dieu en accord avec un trajet emprunté par le héros culturel Kumesan, entre deux pierres ancestrales (Karimasanga sur la côte sud-ouest et Nafe-Narak sur la côte est). La justification mythologique de cette « structure coutumière » (*kastom straktja*) s'accompagne de certaines revendications : cette grande aire et sa population nombreuse disposent originellement (depuis des milliers d'années dit le texte de la diapositive 18) la vocation d'être le capitaine (*kaptén*) des autres aires coutumières de Tanauta (du nom dont Tanna a officiellement été rebaptisée selon des considérations coutumières par le Nikoletan en cette occasion) ; sa taille impose qu'elle soit divisée en trois sous-régions, tout en sachant qu'il revient à celle du milieu le rôle « d'administration centrale pour l'aire Nefe ».

La notion de territoire coutumier, regroupant un nombre de tribus, administré par des instances coutumières centralisées, un Conseil disposant d'un droit de contrôle exclusif sur les terres et sur les projets de développement, paraît bien éloignée de l'organisation sociale et politique observée par Guiart. Le titre de la carte de l'aire Nefe l'affirme clairement : elle montre les *kastom baondri* (*nakwan*, c.-à-d. limite, intérieur, contenant) des *traebs* (*kusen*, c.-à-d. paquet, botte, contenu). Les tribus sont au nombre de neuf (Yasur Mene, Nahapao mene, Nuanipteu, Rarkermene, Neiai mene, Yahao mene, Kasipi mene, Sao mene, Nawasu/kamanatuan) là où Guiart en identifiait sept et Bonnemaison quinze. Trois d'entre elles (Nuanipteu Kasipi mene, Sao mene) n'ont été répertoriées par aucun de ces deux auteurs. L'auto-ethnographie menée à des fins politiques et économiques contemporaines revient à un dépassement des legs des ethnologues du passé. Elle s'en inspire à sa convenance et selon ses besoins. Pour ces raisons, une identité essentialisée et des valeurs transhistoriques telles que dépeintes par Bonnemaison paraît plus adaptée : « La gouvernance coutumière est un puissant système, connecté à la terre, à la langue, il fonctionne et ne saurait mourir. La *kastom* est toujours vivante dans nos *nakamal*, elle est un bon système, car elle est d'ailleurs proche d'autres systèmes, comme ceux que les Blancs appellent républicains ou Westminster. »

Références bibliographiques

- Bonnemaison Joël.** 1987. *Les fondements d'une identité. Territoire, histoire et société dans l'archipel de Vanuatu (Mélanésie) : Tanna, les hommes lieux.* Paris : ORSTOM.
- Cox Marcus,** Alatoa Hannington, Kenni Linda, Naupa Anna, Rawlings Gregory, Soni Nikunj, Vatu Charles. 2007. *The Unfinished State : Drivers of Change in Vanuatu.* Canberra : AusAid.
- Gregory Robert J.** 2003. An Early History of Land on Tanna, Vanuatu. *The Anthropologist* 5 (2) : 67-74.
- Guiart Jean.** 1956. *Un siècle et demi de contact culturels à Tanna (Nouvelles-Hébrides).* Paris : Société des Océanistes.
—2009. *Tanna Revisited II.* Nouméa : Le Rocher-à-la Voile.
- Huffman Kirk** 2012. Making Land Work? *Explore* 34 (3) : 30-32.
- Lindstrom Lamont.** 1990. *Knowledge and Power in a South Pacific Society.* Washington DC : Smithsonian Institution Press.
- MacClancy Jeremy.** 1981. *To Kill a Bird with Two Stones: A Short History of Vanuatu.* Port-Vila: Vanuatu Cultural Centre.
- McDonnell Siobhan.** 2013. Exploring the Cultural Power of Land Law in Vanuatu: Law as a Performance that Creates Meaning and Identities. *Intersections: Gender and Sexuality in Asia and the Pacific* 33 : 1-15.
—2016. *My Land my Life: Property, Power and Identity in Land Transformations in Vanuatu.* Canberra : Australian National University (PhD Thesis).
—2017. Urban Land Grabbing by Political Elites: Exploring the Political Economy of Land and the Challenges of Regulation. In Siobhan McDonnell, Matthew G. Allen, Colin Filer (ed.). *Kastom, Property and Ideology: Land Transformations in Melanesia.* Canberra: ANU ePress, 283-304.
- Nefe** Kastom Erea Kaonsil, 2019. *Nafe erea ritrit ripot.* Lenakel, Tanna (archives personnelles).

Rodman Margaret C. 1987. *Masters of Tradition: Consequences of Customary Land Tenure in Longana, Vanuatu*. Vancouver : University of British Columbia Press.

Sope Barak. 1974. *Land and Politics in the New Hebrides*. Suva : South Pacific Social Sciences Association.

Tabani Marc. 2008. *Une pirogue pour le Paradis : le culte de John Frum à Tanna (Vanuatu)*. Paris : Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme.

—2019. Tannese Chiefs, State Structures, and Global Connections in Vanuatu. *The Contemporary Pacific*, 65-103.

—2022. Clés pour l'ethnologie de Tanna. Lindstrom L. & M. Tabani (Dir), « Jean Guiart. L'ethnographie comme marathon d'une vie », numéro spécial du *Journal de la Société des Océanistes* 154, 47-61.

Van Trease Howard. 1987. *Politics of land in Vanuatu*. Suva, Fiji : *Institute of Pacific Studies* of the University of the South Pacific.

Westoby Peter, **Brown** M. Anne. 2007. Peaceful Community Development in Vanuatu: A Reflection on the Vanuatu Kastom Governance Partnership. *Journal of Peacebuilding and Development* 3(3): 77-81.

L'IMPACT DES INFLUENCES JURIDIQUES EXOGÈNES SUR LES RELATIONS TRADITIONNELLES À LA TERRE LE CAS DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Sandrine Sana-Chaillé de Néré
Professeure à l'université de la Polynésie française
Centre de recherche Gouvernance et Développement Insulaire

Te fa'ahope'ara'a o te mau ture tipe'e i ni'a i te parau o te fenua 'e te ta'ata tumu: te hi'ora'a i te fenua Taratoni.

I te fenua Taratoni, e tā'amura'a ta'a'ē tō te nūna'a nō Meranetia i tō rātou iho fenua. Nō te nūna'a kanaki, 'e'ere te fenua i te tahi faufa'a e fatuhia. E hono te fenua i te ta'ata, 'e riro 'ei ha'apūra'a o te iho tumu. I teie mahana, tē ora noa ra teie hi'ora'a, e mea ta'a'ē maita'i i te hi'ora'a farāni, i roto i te nūna'a kanaki. 'Oia mau, 'ua ha'amauhia te tahi mau ture ta'a'ē nō te tu'u-'ore-ra'a i te fenua. Tē fa'ahiti nei 'e te pāruru nei te tahi mau parau pāpa'i rahi i taua fenua ho'o-'ore-hia ra i mua i te ture. Parau mau, 'ua ha'aturori te fa'aterera'a 'aihu'a-rā'au 'e te ha'amaura'a o te ture tivira i Taratoni i teie tā'amura'a i te fenua.

Teie rā, maoti te ture farāni i fāri'i i te mau fa'aturera'a tupuna, nō te mau ta'ata 'o tei mā'iti i te fa'aea noa i roto i te fa'anahora'a tupuna, i roa'a ai te pāruru i te iho tumu kanaki. I teie mahana, tē vai nei te mau mauha'a ture nō rātou, 'ia tāmau i te hono nati i tō rātou fenua nā roto i te fa'a'apu, i te ha'a nō te mahana tāta'itahi 'e nā roto ato'a i te mau 'ohipa fa'arava'ira'a faufa'a.

'Ua ha'amauhia te tahi mau mauha'a ture nō te fa'a'ohie i te fa'ahotura'a faufa'a 'e te fa'aturara'a i te tā'amura'a e te fenua. 'Ua roa'a i te ture farāni i te 'āpe'e i teie tītaura'a 'e 'o 'oia atu ra te raupe'a o te tahi hi'ora'a tumu nō te tā'amura'a i te fenua i teie mahana.

LE LIEN À LA TERRE, ARCHÉTYPE DE LA RÉSILIENCE NORMATIVE

Pour débiter cette évocation des relations à la terre en Nouvelle-Calédonie, je voudrais citer ce qu'écrivait le pasteur Maurice Leenhardt en 1937, faisant le récit de ses rencontres au sein de la société kanak : « Un jeune, une fois, m'indiquait au milieu d'une caférie de Koné, un renflement de terre : - Tu vois, dit-il, c'est là que je suis né. » Et le

pasteur Leenhardt d'expliquer : « Le tertre, pour ces gens qui n'ensevelissaient pas les morts, ne signifie point une tombe, mais un berceau. Et dans ces paysages où nous ne voyons que la nature, ils lisent avec précision les noms de leurs parents. Leur état civil est inscrit sur le sol¹⁶⁹. » Ce que décrit le pasteur Leenhardt en 1937 est parfaitement significatif de ce qu'est, aujourd'hui encore, pour le peuple kanak, le « lien à la terre ».

En Nouvelle-Calédonie, en effet, l'expression « lien à la terre » n'est pas une simple idée soulignant un attachement particulier de la société mélanésienne à son territoire. Elle n'est pas seulement une formule rappelant l'affection d'un peuple à l'égard de sa terre d'origine. Le lien à la terre, tel qu'il est évoqué par les Kanak, est bien plus que cela : il est l'expression d'une identité à la fois collective et individuelle, et l'expression d'une appartenance à un environnement naturel et culturel, mythique et spirituel, qui définit l'homme et lui donne une place dans l'histoire plus large de son clan. Le lien à la terre exprime donc aussi un rapport au temps, puisqu'il positionne l'individu dans la lignée continue de ses ancêtres. Dans le monde kanak, le lien à la terre ne relève donc pas de *l'avoir* mais de *l'être*. Il est une façon d'être au monde.

On pourrait imaginer, bien sûr, que cette perception de l'identité correspond à une approche traditionnelle, ancestrale... dépassée, donc, s'empresserait de penser l'étranger ignorant. Il n'en est rien, tant s'en faut ! Le lien à la terre est aujourd'hui aussi puissant qu'hier au point d'être mis en exergue dans les grands textes qui traduisent juridiquement la reconnaissance par l'État de l'identité kanak. Ainsi, l'Accord de Nouméa¹⁷⁰ rappelle-t-il, en son article 1.4 que « *l'identité de chaque Kanak se définit d'abord en référence à une terre* »¹⁷¹. La Charte du Socle commun des valeurs kanak énonce, elle, en son tout premier chapitre, Point 2 : « *Le nom donné en langue kanak lie la personne à son clan et à la terre* » puis, au Point 4 : « *Le lien à la terre traduit la relation charnelle et spirituelle d'un clan avec l'espace naturel où se situe son tertre d'origine [...]. Plus largement, le lien à la terre traduit la relation affective liant la famille et le clan à la terre qui l'a vu naître et grandir.* »

Ces grands principes, affirmés par la société kanak contemporaine, ne sont pas seulement des proclamations politiques. Ils se traduisent juridiquement par l'application des règles coutumières sur les terres ancestrales. En effet, ce ne sont pas les règles du Code civil qui régissent les terres coutumières mais bien des normes

169. M. Leenhardt : *Gens de la Grande Terre* (1937), 2^e édition, Gallimard, Paris, 1953, p. 27, cité par R. Lafargue in *La coutume face à son destin*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2010, p. 211.

170. Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998. Dans ce même article 1.4 est évoqué le rôle de l'Agence calédonienne de développement rural chargée de restituer des parcelles foncières « *pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre* » (c'est nous qui soulignons).

171. Dès son préambule, l'Accord de Nouméa explique également, sur le plan historique, que lors de la prise de possession par la France, « *la Grande Terre et les îles étaient habitées par des hommes et des femmes qui ont été dénommés kanak. Ils avaient développé une civilisation propre, avec ses traditions, ses langues, la coutume qui organisait le champ social et politique. Leur culture et leur imaginaire s'exprimaient dans diverses formes de création. L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. Chaque individu, chaque clan se définissait par un rapport spécifique avec une vallée, une colline, la mer, une embouchure de rivière, et gardait la mémoire de l'accueil d'autres familles. Les noms que la tradition donnait à chaque élément du paysage, les tabous marquant certains d'entre eux, les chemins coutumiers structuraient l'espace et les échanges* » (Accord de Nouméa, Préambule, Point 1).

autochtones qui expriment la substance de ce lien à la terre. C'est ce qui résulte de l'un des textes les plus élevés de l'ordre juridique français : la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. Son article 18 tire d'ailleurs la conséquence de ce rapport si particulier qu'entretiennent les Kanak à leurs terres : « *Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.* » Elles n'appartiennent donc pas, à proprement parler, à ceux qui les occupent.

Les terres coutumières n'ont donc rien de commun avec les terres que connaît le Code civil, des terres qui ne sont que des biens et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'appropriation individuelle, c'est-à-dire du « *droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*¹⁷² ». On le perçoit déjà, la conception civiliste des droits sur la terre est aux antipodes de la conception coutumière *relationnelle* de l'homme et de la terre.

La question qui vient immédiatement à l'esprit est alors de savoir si l'établissement du droit étatique colonial a perturbé, dénaturé, voire étouffé, la relation de la société kanak à la terre. Pour le dire autrement, l'application du Code civil en Nouvelle-Calédonie a-t-elle asphyxié la conception coutumière du lien à la terre, et l'évocation de celui-ci dans de grands textes n'a-t-elle aujourd'hui qu'une vocation symbolique ? La réponse est assurément négative.

À l'évidence, l'application du droit civil français en Nouvelle-Calédonie, et, plus largement, l'action du colonisateur ont historiquement considérablement troublé le rapport de la société kanak à la terre. Mais, peut-être pas autant que l'on pourrait l'imaginer. Plus exactement, le lien à la terre est un élément si puissant de la conscience collective kanak que la présence et l'influence du droit étatique n'ont jamais eu véritablement de prise sur lui. Elles en ont, certes, entravé l'expression. Mais elles ne l'ont jamais fait disparaître de la normativité kanak. Aussi bien, aujourd'hui, en Nouvelle-Calédonie, ces deux manières si opposées de concevoir le rapport à la terre coexistent juridiquement. L'une, autochtone, n'a donc pas disparu sous l'autorité de l'autre, étatique. Mieux encore, en réalité, la norme étatique cantonne son propre champ d'application pour laisser place à la norme coutumière et permettre ainsi au lien à la terre de s'exprimer juridiquement. Autrement dit, de se traduire, *en droit*, dans les relations sociales relatives à la terre.

Il y a donc, s'agissant du lien à la terre, une forme spectaculaire de résilience normative. Car, l'ébranlement provoqué par le processus colonial aurait pu anéantir cette relation si particulière à la terre (I). Mais, au contraire, le lien à la terre est aujourd'hui juridiquement reconnu, et sa soumission aux règles coutumières est garantie par l'ordre juridique étatique (II).

172. Article 544 du Code civil.

I. LA DÉSTABILISATION DU LIEN À LA TERRE PAR LE PROCESSUS COLONIAL

La prise de possession de la Grande Terre, en 1853, au nom de la France¹⁷³, s'est accompagnée d'une déstabilisation très forte de la société kanak, déstabilisation de son mode de vie, bien sûr, mais aussi déstabilisation de ses structures sociales, de ses rapports hiérarchiques, et, plus que tout, de son lien à la terre. Car la présence française, à la fois dans le cadre de la colonisation pénitentiaire et dans le processus d'une colonisation de peuplement, a conduit à des déplacements de populations très importants. Or, déplacer les clans kanak, c'était, en réalité, les couper de leur lien à la terre, autrement dit, les priver de leur identité de clan, celle-ci étant liée, on l'a dit, à un tertre d'origine, centre symbolique du territoire clanique. En outre, ces clans, considérés comme des gardiens de leurs terres et non pas comme des propriétaires, avaient des fonctions sociales attachées à ces terres, comme le fait, pour les clans de la mer, d'assurer la protection du lagon et d'en autoriser l'usage, ou, pour les clans terriens, de garantir l'approvisionnement en nourriture dans leur vallée et de faire respecter des lieux tabous. L'occupation autoritaire par la population européenne d'immenses parcelles de terres, dans les vallées ou en bord de mer, a provoqué l'exil de clans entiers qui ont dû se faire accepter sur des terres qui n'étaient pas les leurs. C'est ce qui explique l'existence, aujourd'hui encore, de ce que l'on appelle les *clans accueillants* et les *clans accueillis*. Et bon nombre des relations sociales sont encore, à ce jour, marquées par cette qualification dont découlent des rapports de pouvoir et de sujétion, des rapports de dépendance, et, bien entendu, une frustration ancrée dans la mémoire collective d'avoir été privé, en même temps que de sa terre, de son statut social. Le déplacement des populations a donc été vécu comme une souffrance matérielle et affective, mais plus encore comme une souffrance identitaire car le lien à la terre a été rompu, fragilisant considérablement l'assise sociale des uns et des autres.

Naturellement, ce processus de déplacement forcé a donné lieu, par la suite, à des actions en revendication au nom du lien à la terre. Historiquement, ces revendications ont été collectives et de nature identitaire. Elles existent encore aujourd'hui mais ne sont pas dépourvues de desseins économiques, ce qui n'enlève rien, d'ailleurs, à leur légitimité. Les actions sont aujourd'hui davantage portées par des familles plutôt que par des clans. Sans doute parce que, dans une mesure assez large, les revendications historiques ont été satisfaites.

Aujourd'hui, la Nouvelle-Calédonie connaît ainsi trois régimes fonciers différents : les terres privées, au sens du Code civil, les terres soumises à la propriété publique de l'État, du pays et des collectivités territoriales, et les terres coutumières. Celles-ci sont composées des anciennes Réserves indigènes (c'est-à-dire les terres qui avaient été laissées à la disposition de la population autochtone dans une perspective

173. Le 24 septembre 1853, le contre-amiral Febvrier-Despointes prend possession de la Nouvelle-Calédonie au nom de Napoléon III.

de cantonnement), des terres attribuées aux Groupements de droit particulier local¹⁷⁴ et des terres restituées par les collectivités publiques au titre du lien à la terre¹⁷⁵. Ces terres coutumières occupent 27 % du territoire de la Nouvelle-Calédonie. Elles forment une troisième catégorie, ni soumise à la propriété du Code civil ni à la propriété publique, mais aux règles coutumières et à elles seules.

Sur ces terres, on le verra, le lien à la terre peut juridiquement s'exprimer. Mais, en dehors de cet espace, les règles coutumières n'ont pas leur place. Le droit civil de l'État s'applique sur les terres privées et le droit administratif régit les propriétés publiques. Si on laisse de côté ces dernières, pour nous concentrer sur les relations entre les personnes privées et les terres, on comprend donc, qu'en dehors des terres coutumières, les Kanak sont soumis, comme le reste de la population calédonienne, aux règles du Code civil¹⁷⁶.

Sur les terres privées, en effet, le droit de propriété énoncé à l'article 544 du Code civil s'épanouit pleinement. En d'autres termes, les Kanak qui veulent exercer des droits sur ces terres doivent le faire selon les règles du droit commun, même s'ils sont de statut coutumier¹⁷⁷. Le lien à la terre n'y trouve aucune expression puisqu'il n'est pas connu du Code civil. Tout au contraire, dans le Code civil, le droit sur la terre ne peut résulter que d'un contrat, d'une transmission successorale ou d'une décision judiciaire. Il n'est jamais le fruit d'une origine mythique et, surtout, sa nature est totalement différente : la propriété privée est le droit de jouir d'une chose de la manière la plus absolue, là où le lien à la terre coutumière établit une responsabilité bien avant de conférer des droits.

La mise en place du droit civil français en Nouvelle-Calédonie a donc, elle aussi, considérablement perturbé la perception des liens à la terre. Tout autant que les déplacements de population, elle a malmené la manière d'exprimer le lien à la terre dans les rapports sociaux quotidiens. Aujourd'hui, alors même que les deux protagonistes d'une relation juridique sont de statut coutumier, les actes qu'ils passent au sujet d'une terre sont soumis au droit civil, dès lors que la terre en question est une terre de droit privé¹⁷⁸. Cela ne signifie pas, d'ailleurs, que les personnes concernées n'y trouvent pas leur compte. Elles peuvent parfaitement se satisfaire, selon leurs intérêts, de l'application du droit civil. Mais, s'agissant de ce que nous étudions ici, on ne peut que constater que, sur ces terres-là, la conception coutumière ne peut pas s'exprimer juridiquement.

174. Voir *infra*.

175. Article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 sur la Nouvelle-Calédonie.

176. Article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée, *a contrario*. Depuis le 1^{er} juillet 2013, ces terres non coutumières peuvent également être soumises aux lois du pays adoptées en la matière puisque depuis cette date, les autorités légiférantes de Nouvelle-Calédonie ont compétence en matière de droit civil. Voir Loi du pays n°2012-02 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles relatives à l'état civil et de droit commercial. Mais, à notre connaissance, aucune loi du pays n'a été adoptée à ce jour sur ces questions.

177. CA Nouméa, Ch. Coutumière, 12 décembre 2013, RG 12/00486 et CA Nouméa, Ch. Coutumière, 30 août 2014, RG 13/180 : « Le statut du bien n'est pas affecté par le statut personnel de son détenteur [...]. Le *de cujus*, en dépit de son statut de droit coutumier, n'a pas acquis cette terre au titre du "lien à la terre" ».

178. La seule exception concerne la dévolution successorale d'un bien non coutumier qui, en vertu d'une délibération du 8 septembre 1980, peut être soumise, par choix du *de cujus*, soit aux règles coutumières, soit au droit commun. Mais une fois la dévolution successorale opérée et le partage réalisé, le bien retrouve son statut civil et continue d'être soumis aux règles de la propriété privée.

On le comprend donc, le processus colonial a indiscutablement déstabilisé l'union des hommes et des terres en Nouvelle-Calédonie¹⁷⁹. Que ce soit physiquement par les déplacements de populations ou juridiquement par la sujétion à des normes fondamentalement différentes des normes autochtones, il a brisé sur de nombreux espaces le lien à la terre, ou, à tout le moins, en a empêché l'expression. Pour autant, ce lien n'a pas disparu. On peut même dire, sans grand risque de se tromper, que c'est au contraire ce lien, indéfectible malgré les vicissitudes, qui vivifie aujourd'hui encore la coutume. Et parce que celle-ci a désormais une place dans l'ordre juridique français, le lien à la terre peut, par elle, s'exprimer juridiquement.

II. LA RECONNAISSANCE DU LIEN À LA TERRE PAR L'ORDRE JURIDIQUE ÉTATIQUE

Le lien à la terre, chacun l'a compris, est au cœur de la représentation du monde dans la société kanak. Il porte l'identité des clans et celle des individus, il leur donne une place sociale et structure les relations. Pour cette raison, ce que l'on appelle « la coutume », c'est-à-dire l'ensemble des normes coutumières, tire les conséquences de ce lien dans les relations inter-individuelles, comme dans les relations inter-claniques. Or, la coutume n'est pas seulement un ensemble de règles traditionnelles. Elle est un corpus normatif qui a sa place dans l'ordre juridique français. En d'autres termes, elle est un corps de règles qui confèrent des droits, qui dictent des conduites, qui pose des interdits, et qui établit des sanctions¹⁸⁰. Et ce corps de règles est officiellement reconnu par la loi française. La loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie affirme en effet, en son article 7, que « *les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak, sont régies en matière de droits civils, par leurs coutumes* ». Pour toutes les questions qui relèvent du quotidien des individus : le droit du mariage, de la filiation, les successions, la responsabilité civile, les contrats et le droit des biens (qui comprend la question des terres), c'est obligatoirement la coutume qui s'applique, dès lors, en tout cas, que les personnes concernées sont toutes de statut coutumier. L'ordre juridique français reconnaît donc une place juridique à la coutume et il en garantit l'application dans le domaine qu'il lui a accordé.

L'État en tire d'ailleurs une conséquence très forte en prévoyant l'existence, au sein des juridictions françaises, de chambres statuant en formation coutumière, c'est-à-dire des juridictions composées d'un magistrat de carrière et d'assesseurs coutumiers,

179. Expression empruntée à Étienne Cornut : « La valorisation des terres coutumières par celles du droit coutumier. Le principe coutumier de l'union des hommes et de la terre », in C. Castets-Renard, G. Nicolas (dir), *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie. Aspects juridiques*, L'Harmattan, 2015, p. 125.

180. On ne parle ici que de sanctions civiles (sanction de l'inexécution d'un engagement, sanction du non-respect de gestes coutumiers, remèdes au dommage causé...) car seul le champ du droit civil est ouvert à la coutume. Le droit pénal lui est totalement fermé. Voir V. Malabat : « La question du droit pénal », in *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque du 29 septembre 2011, PUNC, 2011, consultable sur <https://larje.unc.nc/fr/le-transfert-du-droit-civil-et-du-droit-commercial/>

chargées de dire le droit *au regard de la coutume*¹⁸¹. Ce sont donc des solutions issues des normes autochtones qui sont mises en œuvre par ces juridictions et non pas des solutions résultant de l'application du droit civil. Ces décisions de justice, il est important de le souligner, sont rendues au nom du peuple français, comme toutes les décisions de justice de France. La coutume kanak a donc, dans l'ordre juridique français, une pleine compétence dans le domaine qui lui est reconnu¹⁸² : elle est aujourd'hui une composante de l'ordre juridique étatique. De cette règle fondamentale découle la conséquence que le régime des terres coutumières est dicté par la coutume. Il en résulte que les terres coutumières ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une appropriation privée. L'article 18 de la loi organique l'exprime d'une manière puissante : « *Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables*¹⁸³. »

L'affirmation de ce principe est la conséquence directe et logique de ce qu'est le lien à la terre. La terre est un patrimoine social et culturel, elle appartient à chacun et à tous, les membres du clan en sont les dépositaires ou plus exactement les responsables, les gardiens. La terre est source de la vie physique et spirituelle, elle est le lien entre le monde visible et le monde invisible, et, plus que tout, elle est le fondement de l'identité. Pour toutes ces raisons, dans le monde kanak, la terre n'est pas à vendre.

Et même s'il est aux antipodes de la conception métropolitaine du rapport à la terre, ce principe est aujourd'hui garanti par l'État.

Alors, bien sûr, au-delà de cette affirmation très forte, très étonnante pour les personnes de culture occidentale, on perçoit des conséquences complexes pour la vie juridique sur ces terres, et, naturellement, des contraintes considérables pour le développement économique des espaces coutumiers. Le nier serait ridicule. L'ignorer serait désinvolte. Et les Kanak ne l'ignorent nullement. Ils savent au contraire parfaitement le prix d'une telle affirmation. La « règle des 4 i¹⁸⁴ » telle qu'affirmée dans la loi organique est une règle adoptée en parfaite conscience. Elle est donc, au premier chef, un choix politique, au sens plein du terme. Est-ce à dire, alors, que les terres coutumières de Nouvelle-Calédonie sont vouées à une sorte de sclérose économique, ne pouvant être ni vendues, ni échangées, ni apportées en hypothèque pour obtenir du crédit ? Est-ce à dire que les terres coutumières sont inaccessibles à toute valorisation économique ? La réponse est, assurément, négative.

D'abord, les opérations juridiques qui n'impliquent pas de se déposséder de la terre, ou qui n'exposent pas au risque d'en être dépossédé, sont possibles. Des baux

181. Les juridictions en formation coutumière sont une spécificité de la Nouvelle-Calédonie. Instituées au début des années quatre-vingt par l'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982, leur mise en place véritable ne s'est faite que dix ans plus tard, au prix d'un combat contre l'inertie judiciaire. En modifiant l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Calédonie, une loi du 13 juin 1989 créa les conditions pour rendre effectives les juridictions en formation coutumière. Ce texte, en apparence purement organisationnel, permit de rapprocher la justice étatique des citoyens de statut coutumier kanak en implantant deux sections détachées du tribunal de première instance au cœur des régions coutumières : l'une au nord de la Grande Terre, l'autre dans les îles Loyauté.

182. Avis n°005 0011 du 16 mars 2005 : *RJPENC* n°7, 2006, note P. Frezet ; *RTDciv.*, 2006, p. 516, obs. P. Deumier. Avis n°007 0001 du 15 janvier 2007 : *RJPENC* n°9, 2007, note L. Sermet ; *Droit et Cultures*, n°54, 2007, note P. Frezet. Cass.

183. Article 18 alinéa 3 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

184. Les 4 « i » de inaliénable, incommutable, incessible et insaisissable.

peuvent ainsi être conclus, ou toute autre convention d'occupation des sols. Des autorisations de construire peuvent être accordées dès lors qu'elles n'impliquent pas l'aliénation du sol. Des autorisations d'exploiter peuvent également être consenties, dès lors, toujours, que l'exploitation respecte les principes coutumiers¹⁸⁵. L'exploitation peut d'ailleurs concerner le sol et le sous-sol, ce qui présente une importance considérable dans le domaine minier dont chacun connaît l'enjeu pour la Nouvelle-Calédonie.

Tous ces droits accordés sur les terres coutumières peuvent l'être, bien sûr, à des personnes de statut coutumier. Mais ils peuvent l'être aussi, sans aucune difficulté, à des personnes de statut civil. Les bénéficiaires de ces droits peuvent exercer des activités agricoles, artisanales, commerciales ou même industrielles dès lors qu'elles ne contreviennent pas à la règle des 4i.

Ensuite, des outils juridiques inédits ont été mis en place pour permettre l'épanouissement d'une activité économique dans le respect des principes coutumiers. Parmi d'autres¹⁸⁶, on peut citer les fameux GDPL, ou Groupements de droit particulier local¹⁸⁷. Il s'agit de personnes morales originales, ressemblant, sur le plan de la structure, à des sociétés ou à des associations. Ils sont composés de personnes liées par la coutume, soit des personnes physiques, soit des clans, soit d'autres GDPL, tous appartenant au monde coutumier. Ils sont destinés à porter des projets de nature économique, mais aussi culturelle, ou bien sûr de nature foncière. Ils sont gérés par un mandataire, précisément identifié, qui peut être une personnalité dotée d'une autorité coutumière, mais pas nécessairement. Ce mandataire représente le GDPL dans les relations avec les tiers, entreprises, partenaires économiques, administrations, collectivités territoriales... Ces groupements fonctionnent selon des règles qui leurs sont propres, et les décisions peuvent être prises soit selon un mode majoritaire, soit d'une manière consensuelle conformément aux pratiques traditionnelles. Ils sont aujourd'hui un instrument éprouvé de gestion des terres. Les GDPL consentent ainsi de nombreux baux en matière agricole mais aussi en matière commerciale, pour l'exploitation de stations-service, de superettes ou d'agences bancaires, par exemple. Ils accordent également des baux à construire pour de l'habitat familial, voire de l'habitat collectif. Des projets de plus grande ampleur encore ont été ou sont portés par des GDPL. Je pense à la construction de l'hôtel Méridien de l'île des Pins, par exemple, à celle du complexe hôtelier du Koulnoué Village à Poindimié, ou encore aux réalisations industrielles autour des mines en Province Nord. Autant d'exemples qui fondent la conviction que le respect du lien à la terre n'est pas exclusif du développement économique.

185. Ce qui peut induire des exigences fortes en termes de respect de l'environnement naturel par exemple.

186. Outre les GDPL, les actes coutumiers, les procès-verbaux de palabre, le cadastre coutumier ou encore le livre foncier sont des outils juridiques au service de l'activité économique sur les terres coutumières. Voir, sur ces différents points, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, dir. E. Cornut et P. Deumier, Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018.

187. Ces groupements prennent leur assise juridique, d'une part, dans la loi référendaire n°88-1028 du 9 novembre 1988 et, d'autre part, dans le décret n°89-570 du 16 août 1989.

Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance de la personnalité morale aux clans kanak¹⁸⁸ est aussi un élément de facilitation de la gestion économique des terres. Car sans personnalité morale, le clan ne peut que difficilement entrer en relation avec des partenaires économiques, surtout s'ils ne sont pas eux-mêmes de statut coutumier.

Sans faire preuve d'un angélisme béat, ni minimiser les difficultés, car évidemment la règle des 4i reste une incongruité dans le monde économique, on peut donc néanmoins observer que des outils juridiques existent pour concilier les exigences du lien à la terre et celles de la vie économique. Plus largement, c'est la preuve que l'imagination juridique mise au service des principes coutumiers est une voie vers la valorisation maîtrisée des terres et, plus largement, elle est un pont entre la normativité coutumière et la vie économique.

En Nouvelle-Calédonie, la terre est donc comprise par le peuple kanak d'une manière bien différente de ce que le droit métropolitain envisage. Cette différence culturelle peut être perçue comme un choc, ou comme une incompatibilité irréductible. Et pourtant ! En reconnaissant à la coutume kanak une place dans notre ordonnancement juridique, la France a admis une forme de pluralisme dont, peut-être, elle ne se croyait pas capable¹⁸⁹. Et il faut s'en réjouir. Car, en laissant place à l'expression du lien à la terre, le droit français joue son rôle de ciment social¹⁹⁰. Il accueille et respecte l'identité de ceux dont « l'état civil est inscrit sur le sol¹⁹¹ ».

188. Délibération de l'Assemblée territoriale n°116 du 14 mai 1980.

189. Article 1^{er} de la Constitution française : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

190. S. Sana-Chaillé de Néré : *Les espaces lointains de la République. Réflexion sur la règle de conflit de lois comme instrument du pluralisme juridique*, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Pierre Laborde, Des liens et des droits, Dalloz, 2015, p. 203 ; *Les conflits internes de normes ou les quêtes d'appartenance*, Travaux du Comité français de droit international privé, 2016-2018, p. 287.

191. M. Leenhardt : *Gens de la Grande Terre* (1937), 2^e édition, Gallimard, Paris, 1953, p. 27, cité par R. Lafargue in *La coutume face à son destin*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2010, p. 211.

Septième partie

LA PARENTÉ ET LA
TERRE : PERSPECTIVE
POLYNÉSIENNE

QUE DISENT DE LA SOCIÉTÉ POLYNÉSIE NNE LES CONFLITS RÉCURRENTS SUR LES TERRES ? INTERPRÉTATION SOCIOLOGIQUE DES RAPPORTS CONTEMPORAINS ENTRE LES PERSONNES ET LES TERRES

Tamatoa Bambridge
Sociologue
Directeur de Recherches (CNRS-CRIOBE)

E aha tã te mau fifi fenua e 'ite-pinepine-hia nei e fa'a'ite ra i ni'a i te orara'a va'a mata'eina'a mã'ohi ? Tãtarara'a i te pae o te ihi tõtaiete i ni'a i te fa'aaura'a i rotopũ te ta'ata 'e te fenua. E riro te mau fifi fenua i Põrinetia farãni nei i teie mahana 'ei tãpa'o fa'a'ite nõ te tahi mau huru hi'ora'a 'ãpi i ni'a i te parau fenua tei ha'amata i te mau ãrea matahiti 1820. E riro ato'a te ha'amaura'a o te mau tõmite fenua, tei ia rãtou rã te mana rahi mai te matahiti 1852 ra, e fa'atupura'a i te tahi mau 'aitaurira'a 'ãpi i te pae tõtiare 'e te tahi mau fifi e au i te papara'a tupuna, 'a õ roa mai ai hõ'ẽ huru ferurira'a 'ãpi iõ te mau fatu fenua e tae noa atu i te fa'ature-marũ-noa-ra'a i te mau mea nõ te orara'a va'a mata'eina'a mã'ohi.

Définition du problème

Les conflits sur les terres dans la société polynésienne ne sont pas une réalité nouvelle. Conflits de territoire, alliance et guerre entre les chefferies sont déjà des faits attestés par l'histoire. En revanche, à partir de la période des contacts, l'évolution politique, juridique, sociale et culturelle de la société polynésienne a induit des conflits fonciers plus spécifiques.

Je souhaiterais développer deux niveaux de conflit. Le premier concerne l'instauration d'un cadre politique à partir de années 1820 générateur de nouvelles logiques qui vont structurer les conflits fonciers. Le second niveau a trait au fait que depuis la mise en place des titres de propriété (*tõmite*), ceux-ci ont induit de nouveaux rapports sociaux et des conflits fonciers inédits.

Après un bref cadrage méthodologique et un rappel des déterminants de la conflictuosité des rapports sociaux dans la société ancienne, j'aborderai la question des revendications foncières et l'apparition de nouvelles logiques de conflits fonciers.

Nous analyserons ainsi comment la mise en place des *tōmite* va induire une nouvelle approche territoriale et va impliquer différents niveaux de groupements. Ces éléments nous permettront d'insister sur le jeu et les conflits considérables qui se nouent aujourd'hui à partir de la filiation. Nous soulèverons également la question de la mobilité, l'apparition d'une nouvelle logique propriétaire et la judiciarisation de la société polynésienne.

I. CADRAGE, DÉFINITION, MÉTHODOLOGIE

Si, comme l'affirme Chauveau, le droit foncier n'existe pas disjoint des « structures sociales », alors ce que l'on entendrait par « droit foncier » pourrait bien être le point d'arrivée d'une étude et non son point de départ, car l'attention doit se focaliser en premier lieu sur les « structures sociales »¹⁹².

Dans l'acception générale de cette dernière notion, des études sociologiques et anthropologiques menées dans le Pacifique ont permis de préciser les éléments les plus fondamentaux de la structure sociale, notamment les spécificités du système de la filiation indifférenciée. Depuis et à leur lecture, notre compréhension de la structure sociale, en matière de parenté et de terre, s'est considérablement accrue.

Le travail que je me propose d'exposer s'appuie sur des enquêtes menées dans différents archipels de la Polynésie française. Une précision concernant ma posture dans le champ de l'anthropologie juridique : ce qui m'importe ici est moins le fait de connaître l'état du droit (même si cela demeure important) que de savoir ce que les personnes et les groupes font de ce droit. Chemin faisant, il nous sera peut-être possible de comprendre les normes générées par la société qui interagissent avec les normes officielles sous différentes formes. Cette situation d'interaction entre différentes normes et la production de nouvelles normes issues de cette interaction sont précisément l'objet de l'anthropologie juridique. Les situations de pluralisme juridique mise en évidence me conduisent d'ailleurs à préciser la définition du PJ : « la présence dans un champ social de plus d'un système normatif » (Griffith 1986).

192. Chauveau (1996). D'un point de vue étatique, le droit foncier est l'ensemble des principes qui stipulent les règles concernant l'accès à la terre et à son administration, déterminé par la législation étatique. Dans une acception sociologique, le droit foncier est également l'ensemble des pratiques locales instituant des droits et des devoirs pouvant largement s'écarter du droit foncier étatique et même s'opposer à lui aussi bien substantivement que procéduralement. En ce qui concerne la double acception, juridique et sociologique de la notion de *droit foncier*, voir en particulier : Chauveau (1982, 1996), Le Roy, Karsenty, Bertrand (1991), Le Roy (1999, 2001).

II. CONFLIT HISTORICO-INSTITUTIONNEL : LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE EST GÉNÉRATEUR D'UNE NOUVELLE LOGIQUE (PROPRIÉTARISTE) QUI STRUCTURE DÉSORMAIS LE CADRE DES CONFLITS

A. La société avant les revendications

1. Cosmogonies et pluralisme juridique

Les sociétés polynésiennes pré-européennes ne connaissaient pas la centralisation du pouvoir sous un ordre légal unique. La chefferie polynésienne n'était pas centralisée, mais apparaissait comme une société ramifiée, ce que Raymond Firth (1965) appelle des sociétés à ramage. La filiation n'obéissait ni à un principe patrilinéaire, ni matrilinéaire mais était au contraire indifférenciée ou bilinéaire (Oliver 1974) ou encore cognatique¹⁹³.

Dans ces sociétés, la compréhension des structures sociales, des mythes qui fondent l'ordre juridique est fondamentale. Dans ces sociétés ramifiées et non centralisées, le potentiel de conflit, ce que Michel Naepels (1998) nomme « la conflictuosité des rapports sociaux », est importante. De ce fait, les régulations des conflits dans les chefferies polynésiennes s'inscrivaient dans une sociologie politique complexe où chefferies alliées et/ou indépendantes entretenaient des relations continues, où les processus de pacification des relations sociales obéissaient à des principes coutumiers et des institutions essentielles fondées sur l'échange (de nom, de biens, de services).

Non seulement les chefferies polynésiennes n'obéissaient à aucun principe centralisateur, à aucune norme tendant à la centralisation, mais en plus, les cosmogonies polynésiennes, à l'inverse des mythes unitaires, révèlent trois caractéristiques principales qui sous-tendent le pluralisme de la société.

Tout d'abord, la *fondation* (plutôt que *l'origine*, pour rester fidèle à une image océanienne) de l'univers est envisagée comme un processus continu de croissance et d'expansion où les dieux, les demi-dieux et les humains sont eux-mêmes les produits de ce développement cosmique. Les cosmogonies polynésiennes sont polythéistes. Point de « dieu créateur » à l'origine de l'univers. On y rencontre au contraire une myriade de dieux et de demi-dieux qui ne sont pas eux-mêmes à l'origine du monde (Rigo 2004).

En second lieu, les chants mythiques polynésiens fondent un *principe de continuité* entre les entités humaines et non humaines, entre les dieux et les humains. Principe de continuité verticale descendante et ascendante entre le monde invisible

193. R. Firth (1936, 1957), Fortes (1953), E. R. Leach (1962), B. Finney (1965), W. Goodenough (1955, 1970), Panoff (1965, 1966 b, 1970), P. Ottino (1972). Remarquons que pour les théoriciens de l'anthropologie de la parenté, les termes « filiation cognatique » constituent une hérésie car le terme cognatique désigne des critères d'affiliation et non de filiation. Les termes de « filiation bilinéaire ou indifférenciée » semblent alors plus appropriés.

des dieux et des ancêtres et le monde visible des humains et des non-humains. Les humains ne sont pas coupés du monde invisible mais y participent et partagent avec lui une part de sacré plus ou moins importante. Que l'on se réfère comme R. Firth à la structure sociale en ramage chez les Tikopia ou comme chez D. Oliver à la structure sociale bilinéaire chez les Tahitiens, le constat est finalement le même : les liens de parenté entre les plus hautes hiérarchies sociales et les plus basses ne sont envisagés que comme une extension du monde idéal.

Chaque famille élargie rattachée à un *marae* [espace politique et religieux à ciel ouvert à Tahiti ; place publique de réunion à Samoa] semble disposer de ses propres « manières de faire » qui, elles-mêmes, sont plus ou moins en adéquation avec le contexte social plus large. L'ordre social polynésien est construit par les réseaux d'alliances et les singularités de chaque chefferie. Si en Polynésie toutes les hiérarchies sociales partagent une part de sacré et communiquent avec le monde invisible, elles ont par ailleurs le pouvoir de générer des règles et de définir des sanctions. La hiérarchisation de la société n'implique pas la centralisation du pouvoir.

Ainsi, le pluralisme fondé par les cosmogonies océaniques est entretenu par des *interactions* incessantes entre entités humaines, déifiées et non humaines. Oiseau, requin, plantes, vent d'ouest ou du nord-est, pluie fine, tour à tour, sont des messagers, personnifient l'intervention des dieux et des ancêtres qui communiquent avec le monde des vivants.

Un tel continuum entre le monde visible et invisible n'implique pas l'idée que ces sociétés vivent entièrement dans la sphère du mythe mais au contraire, que cette continuité est sans cesse actualisée, déformée et retravaillée par les humains : un dieu devenu moins efficace ou ne répondant pas aux injonctions des prêtres est provisoirement écarté.

Le champ juridique ne peut donc être envisagé comme un corpus de règles défini à l'avance. Les cosmogonies permettent des changements de référence à tel ou tel dieu ou ancêtre, des modifications de normes dans le contexte d'une interaction continue entre les entités divines, humaines et non humaines. C'est là un univers mouvant et flexible où les cosmogonies comme les généalogies apparaissent comme une ressource pour l'action et la décision.

Sur un plan idéal, ces trois caractéristiques des cosmogonies polynésiennes (polythéisme, continuité, interactionnisme) souligne l'importance de la sociologie des conflits dans la dynamique sociale et l'enchevêtrement des sphères légales qui donne sa cohérence aux mythes juridiques.

2. Dimension juridique de l'organisation sociale

Depuis les travaux de D. Oliver (1974), il est admis que les *marae* (temples à ciel ouvert) étaient répandus au sein de toutes les hiérarchies sociales de la société polynésienne. Mentionnons le *marae tupuna* (dans la terminologie d'Oliver) approprié

par toutes les familles élargies, les *'ōpū*, et le *marae* de chefferie qui pouvait à la fois servir de *marae* familial du chef et de *marae* de la chefferie. Parfois, un *marae* distinct était construit.

Sur le plan de la tenure foncière, les droits et les obligations se superposaient en quelque sorte en fonction des hiérarchies sociales formant des sphères légales enchevêtrées. Chacune des classes (*Ari'i nui*, *Ari'i*, *Ra'atira*, *Manahune*)¹⁹⁴ avait un droit exclusif sur son territoire familial y compris sur les lagons adjacents. Mais le *ari'i*, comme le *ra'atira* et le chef des familles élargies (*'ōpū*), le *matahiapo*, disposaient de droits solennels sous la forme des premières prises de pêches, des premières récoltes agraires ou des premières cueillettes, qui leur était réservées.

Les noms de familles et des dieux qui n'appartenaient qu'à une famille élargie quelle que soit la hiérarchie sociale considérée. Quiconque s'en appropriait sans autorisation ou sans le consentement du chef du groupement était susceptible d'être puni de mort ou autre sanction comme le bannissement. L'importance accordée au nom, leur dissimulation, le *tapu* (interdit sacré) entourant l'octroi des noms, ne se restreignaient pas, comme certains témoignages de chefs l'ont laissé entendre à l'époque des revendications foncières, à une simple affaire d'accès à la terre d'usage du groupement familial. Car les noms étaient bien un des liens directs permettant d'accéder au monde invisible construit en continuité verticale avec le monde visible. L'octroi d'un nom d'ancêtre était souvent scellé par la parole sur le *marae* du groupement. La découverte par des étrangers des noms ou des dieux de famille devenait une ressource supplémentaire pour combattre efficacement un groupement familial en cas de conflit.

B. Les revendications foncières et l'apparition de nouvelles logiques foncières

À partir des années 1820, le contact des Polynésiens avec les Européens va provoquer des bouleversements importants. Des États centralisés vont se développer et la situation coloniale qui s'instaure dès 1840 va générer une nouvelle logique propriétaire. C'est dans le cadre de ces évolutions politiques que de nouvelles formes de conflits fonciers vont se développer.

1. Réduction du pluralisme juridique (1820-1840)

Avec l'ordre missionnaire qui se constitue parfois à l'invitation des chefs eux-mêmes, le pluralisme juridique va être réduit par l'imposition d'une structure pyramidale du pouvoir, tout en laissant une grande autonomie dans le champ juridique des relations foncières.

194. Pour plus de détail, se référer à D. Oliver (1974), Bambridge (2009).

L'ordre théologique et aristocratique qui se met en place en Polynésie à partir des années 1820 est marqué par l'effondrement de la société dans un contexte dramatique : chutes démographiques drastiques, commerce de l'alcool faisant d'énormes ravages parmi la population, ouverture croissante des sociétés insulaires au monde européen.

Le premier code de loi, succinct et simple, qui se met en place en 1819 à l'instigation de Pomare II conseillé par les missionnaires Davies et Nott, réduit le pluralisme juridique de la période antérieure de plusieurs manières. Désormais, la procédure fait obligation de soumettre le litige au procès judiciaire. Il est interdit au « demandeur » d'agir directement contre un « défendeur », ce qui apparaît comme une suppression radicale de la coutume du *harura'a*. Un tribunal indigène est créé par le code révisé en 1824 dans chaque district : le *To'ohitu*, composé des principaux chefs de district, est censé rendre la justice¹⁹⁵.

Qu'il s'agisse du code Pomare plusieurs fois modifié, du code Tamatoa de Raiatea (1820), du code de Huahine (1822) ou bien plus tard des codes de Rurutu (1889) et de Rimatara (1900), la centralisation du pouvoir s'accompagne dans de nombreux domaines d'une réduction de celui des chefs secondaires. Les anciens *ari'i* deviennent des *tāvana* (chef administratif)¹⁹⁶, subordonnés du monarque. Autre révolution majeure, l'autorité du *ari'i* ne s'exerce plus seulement par l'intermédiaire des chefs mais également sur toutes les personnes du royaume. Dans tous les codes cités plus haut, les *tāvana* conservent néanmoins l'autonomie de choisir les différents fonctionnaires dans leurs villages respectifs : les juges (*ha'avā*), les juges enquêteurs (*ha'avā-īmīroa*), etc. Les *ari'i* et les *tāvana* sont en principe eux-mêmes soumis aux codes de loi. On sait avec quelles difficultés cette règle trouvera à s'appliquer avec les conduites jugées éhontées de Ari'ipaea, régent de Pomare IV.

En dépit de la centralisation du pouvoir, de l'adoption de la religion chrétienne et de l'abandon des *marae*¹⁹⁷, la gestion et l'administration du patrimoine foncier sont laissées aux mains des familles élargies (*ōpū*) plutôt qu'entre celles des fonctionnaires du pouvoir centralisé.

Contrairement à l'organisation du pouvoir et des statuts auparavant, le *tāvana*, quant à lui, est complètement intégré à l'appareil de coercition administratif établi par les codes de loi. Désormais, ces codes énumèrent de manière exhaustive la liste des chefs – *tāvana* – et des membres des *to'ohitu* officiellement subordonnés au *ari'i*, les sanctions en cas de non-obéissance des *tāvana*.

2. La situation coloniale (1842-1900)

Jusqu'au XVIII^e siècle, le foncier relevait soit de la chefferie, soit des familles élargies polynésiennes (les *ōpū*), les droits et obligations des personnes dérivait

195. En outre, comme l'ont déjà remarqué d'autres auteurs [Voir notamment W. Tagupa (1994), B. Saura (1996)], ce code vise plus à asseoir une moralité chrétienne et aristocratique qu'à officialiser les coutumes juridiques de l'époque.

196. *Tāvana* vient de l'anglais *governor*.

197. Processus que A. Babadzan (1982) nomme le « syncrétisme religieux ».

de leur appartenance à un *marae* (temple polynésien à ciel ouvert) de famille. Au XIX^e siècle, deux principaux textes vont permettre (pour la loi de 1852) ou obliger (dans le cas du décret de 1887 et de ses avatars), l'enregistrement de la propriété, aboutissant aujourd'hui à environ 60 000 titres de propriété et au maintien de grandes indivisions familiales.

L'ordre missionnaire comme la situation coloniale vont aboutir au même résultat : la centralisation du pouvoir étatique et le dénigrement des lois et des coutumes anciennes (Bambridge 2005)¹⁹⁸. Ces dynamiques ne mèneront pas nécessairement à une pacification de la société et à une meilleure régulation des conflits.

Sous la contrainte, et après que l'Angleterre eut refusé de la secourir, la reine Pomare acceptera de signer le protectorat de Tahiti avec la France en 1842. Ce régime de protectorat a été présenté comme une quasi-annexion par certains auteurs car l'administration militaire française et les quelques Européens désormais installés à Tahiti ont joué un rôle majeur pour faire adopter une série de mesures destinées à enregistrer les terres autochtones permettant de les acquérir.

Les relations entre la reine et les *to'ohitu* étaient également sensibles. Les *to'ohitu* avaient remplacé les *ari'i* en tant que source du pouvoir judiciaire¹⁹⁹. Ils ont même tenté de proclamer une république en 1852 pour contester directement le pouvoir des Pomare²⁰⁰. Cette fois, c'est le gouverneur qui a restauré les prérogatives des Pomare en tant que *ari'i* suprême sur les îles de Tahiti et dépendances.

• La loi de 1852

Une nouvelle politique coloniale d'enregistrement foncier s'est heurtée à une sociologie déjà complexe du régime foncier au milieu du XIX^e siècle. La loi de 1852 sur l'enregistrement des terres avait le ferme objectif de créer une propriété privée. Cette politique avait débuté avec les politiques missionnaires introduites avec les articles sur le vol dans la Constitution de 1819 à Tahiti environ trois décennies plus tôt. Puis, la nouvelle législation de 1852, promulguée par le gouverneur, donna à la législature tahitienne le pouvoir de voter cette loi sans la signature contradictoire de Pomare IV²⁰¹.

Au cours de la décennie qui a suivi le traité de protectorat, le statut des terres autochtones est resté du ressort des tribunaux autochtones, les *to'ohitu*. Cependant, peu de temps après la signature du traité de protectorat, le « protecteur » a émis des ordres qui contredisaient ouvertement les arrangements convenus lors de la signature du protectorat en matière de partage du pouvoir.

La loi du 24 mars 1852 sur l'enregistrement des terres sera appliquée dans onze districts de Tahiti. L'enregistrement se fondait sur les rapports reçus dans chaque

198. C'est un processus d'assimilation juridique qui a été en partie décrit par M. Panoff et d'autres auteurs. M. Panoff (1966, 1970), J. F. Baré (1987), B. Saura (1996). Voir aussi les tenants du centralisme étatique qui décrivent chronologiquement cette évolution.

199. C. Newbury, « Aspects of cultural change in French Polynesia: the decline of the *ari'i* », *op. cit.*

200. E. Caillot, *History of Eastern Polynesia*, Paris, Ernest Leroux Publisher, 1910, p. 290.

201. G. Coppenrath, *La terre à Tahiti et dans les îles : Histoire de la réglementation foncière, Perspectives d'avenir*, Papeete, Haere Po, 2003, p. 34.

district par le conseil de district, qui comprenait désormais le chef, le juge, le *mūto'i* (police), deux propriétaires élus (loi électorale du 22 mars 1852) et le *to'ohitu*. La loi prévoyait deux types de terres : les terres *fari'ihau* (apanages) détenues par les chefs en raison de leurs charges et les terres privées. Curieusement, la loi ne mentionne pas le concept de « propriété », mais uniquement le « propriétaire » dont une liste doit être établie dans chaque district.

Examinons la manière dont des terres, des portions de lagons au large et la mer au-delà des récifs ont été revendiquées lors de l'établissement des listes de « propriétaires fonciers » des onze districts conformément à la loi de 1852. Dans certains cas, ce sont les dirigeants d'un *'ōpū fēti'i* ou du *'ōpū* (famille élargie comprenant 4 à 7 générations) qui ont fait la déclaration sans préciser si celle-ci était faite au nom d'un clan, d'une famille élargie ou d'un individu. Dans d'autres cas, des propriétaires individuels ont revendiqué en leur nom propre. Dans tous les cas, l'affiliation au *marae* familial a servi de point de départ à la légitimité de chaque candidat à revendiquer des terres et une partie du lagon.

Même si les concepteurs de la loi tahitienne de 1852 ainsi que de la loi codifiée des îles Sous-le-Vent en 1898 n'ont pas forcément prévu d'inclure les territoires marins dans les revendications de propriété, de nombreux territoires marins ont été revendiqués à Tahiti (Vaimeho 2008) et aux îles Sous-le-Vent (Calinaud 1993, Huguenin 2005). Ces revendications s'inscrivent dans la vision polynésienne du territoire, s'appropriant à la fois les espaces terrestres et marins qui leur sont contigus. Un certain nombre de caractéristiques de paysages terrestres et marins ont en effet servi de base aux revendications : *marae*, grottes, sources, rivières, parcs à poissons, passes de récifs frangeants, pentes extérieures du récif, coraux, etc. Par exemple, dans le district de Papeari sur la côte ouest de Tahiti, les revendications formulées en 1856, 200 zones distinctes du lagon ont été revendiquées, ainsi que 839 parcelles de terres. Cette richesse toponymique locale témoigne de la pertinence continue de la coutume pour les communautés locales de cette première génération.

Autre exemple concernant le district de Mataiea, le lac Vaihiria avait fait l'objet de plusieurs revendications dans le cadre de la loi tahitienne de 1852. Concernant le lac Vaihiria, la cour des *to'ohitu* (la plus haute juridiction tahitienne statuant en cassation) avait rendu un arrêt le 19 janvier 1854 attribuant le lac Vaihiria (ou Papehiria) à Uvira, père de Poheraapa, qui contestait les droits de son père. Ce jugement n'ayant pas été exécuté, la Haute cour tahitienne, sous la présidence de Louis-Joseph Longomazino, le fit exécuter en ordonnant à deux *to'ohitu* de procéder aux opérations de délimitations, le 27 juillet 1866. Le 5 octobre 1866, les *to'ohitu* se rendaient sur les lieux, en compagnie des descendants du propriétaire, Tiihiva Fanaue dit Pahuhu et Terahitiari'i, petite-fille de Tetua et procédaient à la délimitation d'une partie du lac, laquelle sera homologuée par la Haute cour tahitienne réunie en audience le 8 novembre 1866.

Ces exemples, loin d'être exhaustifs, témoignent des potentiels de conflits qui seront générés par l'insécurité juridique provoquée plus tard par l'autorité politique qui méconnaîtra les droits des premiers revendiquants. Pourtant, comme l'écrivait R. Calinaud (1993) dans un souci de cohérence : « Cette jurisprudence tahitienne est homogène, conforme à ces principes généraux de notre système juridique, que sont le respect des droits acquis et la non-rétroactivité des lois, et en parfaite harmonie avec la jurisprudence française qui a suivi. »

• *Le décret de 1887*

Après de multiples échecs, le décret du 24 août 1887 relatif à l'organisation des terres à Tahiti et à Moorea a ensuite mis fin aux instances néo-traditionnelles. Ce fut peut-être l'événement le plus significatif de cette période, car il marqua le remplacement définitif de l'autorité des chefs au pouvoir par les institutions du pouvoir colonial.

De la complexité des statuts aux périodes précédentes, l'administration coloniale ne retiendra que deux éléments simplifiés : l'idée d'un chef et son conseil. Désormais, l'administration habilitait le chef et son conseil (le conseil de district) à parler souverainement et à organiser les opérations relatives à la propriété des terres occultant par la même occasion les statuts fondamentaux de *matahiapo* et des *ra'atira*.

Ce décret a profondément modifié les relations de la population avec son territoire. À partir de ce moment-là, toute terre était considérée comme appartenant au gouvernement colonial au titre de la doctrine du domaine éminent. Chaque individu devait donc faire une déclaration de propriété pour légitimer son contrôle et son accès aux ressources et au territoire. Chaque demandeur, qui était officiellement reconnu comme propriétaire par la colonie, pouvait se voir attribuer un titre de propriété ou *tōmite* (du terme *commettee* en anglais), tandis que les parcelles non revendiquées devenaient temporairement des « terres de district ». Si ces terres de district n'étaient pas réclamées après une période d'un an, elles devenaient des terres domaniales, considérées comme des terres vacantes sans propriétaire légitime. Le décret de 1887 a également établi le principe selon lequel, après un certain délai, toutes les réclamations futures et toutes les objections seraient examinées conformément aux procédures du Code civil. Ce fut à mon avis la première spoliation des terres autochtones, organisée par l'appareil d'État.

Nous noterons à ce titre que le décret de 1887 n'était pas un simple dispositif déclaratif, comme dans la loi de 1852 ; en fait, ce décret de 1887 imposait cette fois-ci une sanction : la perte des terres non revendiquées. L'absence de réclamation signifiait être dépossédé de la terre.

En outre, *a fortiori* avec le décret de 1887, la revendication de propriété a eu pour effet juridique de transformer les droits d'usage et solennels associés aux branches des *'ōpū* en droits de propriété.

III. LES TRANSFORMATIONS DU CADRE DE LA PARENTÉ, NOUVELLES LOGIQUES, NOUVEAUX CONFLITS

Le cadre politique et juridique, tel que nous le connaissons aujourd'hui, va induire cinq types de conséquences : des catégories de la parenté toujours structurantes depuis le *tōmite* ; un jeu et des conflits considérables sur la filiation ; une logique propriétaire désormais à l'œuvre ; une judiciarisation croissante de notre société ; et une mobilité liée à la structure sociale qui complexifie l'approche du foncier.

A. Les catégories culturelles de la parenté

Les '*ōpū*, '*ōpū fēti'i* et '*ōpū tamari'i* sont devenus des catégories culturelles structurantes depuis la mise en place des *tōmite*. Le *tōmite*, lui-même élément fondateur de la vie insulaire, paraît s'être substitué au *marae* car il est devenu la marque visible des ancêtres principaux dont on tire son identité : les ancêtres dont on hérite par opposition aux ancêtres dont on n'hérite pas²⁰².

Les groupements sont segmentés en '*ōpū*, '*ōpū fēti'i* et '*ōpū tamari'i* élargis et restreints. Précisément, dans le cadre de ces groupements de parenté, la question essentielle posée est celle du statut de l'unité des frères et sœurs qui est au cœur de la définition du '*ōpū tamari'i*.

En effet, la notion d'« *unité des frères et sœurs* » n'est pas un concept de référence²⁰³ au même titre que les termes de la parenté, mais constitue plutôt une catégorie manipulable par les acteurs, dont l'usage plus flexible, vient se superposer aux catégories précédentes²⁰⁴. Non seulement des coalitions, des alliances ou des conflits permettent aux individus de se référer à l'un ou l'autre des niveaux de groupement segmenté, selon les avantages escomptés ou les objectifs poursuivis, mais la prise en compte de

202. Goodenough (1961). Rechercher son *tōmite* se confond de plus en plus avec une quête de sens identitaire. Aujourd'hui, les revendiquants originels ont acquis le statut de *tupuna* (ancêtre) parfois déifié et sont tenus pour des *tupuna mau* (vrais ancêtres) par leurs descendants directs. De multiples associations se sont créées, surtout en zone urbaine, pour regrouper les différents membres des groupements de parenté. Ces « corporations » – au sens de Goodenough –, tentent aujourd'hui de retrouver les terres de leur ancêtre, mises de côté depuis plusieurs générations, pendant un temps successoral correspondant à l'extension maximale du '*ōpū*. Ce n'est pas vraiment un hasard si les descendants des revendiquants originels se manifestent précisément aujourd'hui après 7 ou 4 générations (durée de vie d'un '*ōpū* ou d'un '*ōpū fēti'i*) puisqu'avec le décès des dernières générations aînées et l'émergence de nouveaux groupements, le schéma successoral s'inverse. Une logique de l'ascendance prend le pas sur celle de la descendance. Voir T. Bambridge (2009).

203. Au sens de Murdock (1972).

204. Le professeur Raymond Firth (1962 : 65-66) résume bien ce problème : « Il y a au moins quatre définitions possibles de la notion d'unité des germains. La première se confond, à l'instar de Radcliffe-Brown, avec celle de solidarité dans la mesure où les relations entre les germains sont caractérisées par des relations de coopération, d'amitié et de substitution facile en termes de relations. [...] La seconde possibilité est que les germains eux-mêmes sont unis par rapport à leurs relations extérieures, et quelles que soient leurs querelles et leurs disputes, ils se considèrent comme unis par rapport au monde extérieur. [...] La troisième possibilité est l'inverse de la précédente. Dans la société au sens large, c'est le monde extérieur qui considère les germains unis par rapport à certains objectifs sociaux, et les considèrent en tant que tels. Leur unité est alors traitée comme un facteur donné, comme une caractéristique première de la famille et de la parenté dans un type particulier de société [...] Dans cette perspective, l'unité des germains constitue alors une hypothèse juridique (*jural assumption*). [...] Enfin, il reste une quatrième possibilité. L'unité du groupe des germains peut être considérée non comme un fait juridique mais comme un idéal moral. »

la loi d'obédience étatique permet un jeu considérable de manipulation de la filiation. L'examen des revendications au tribunal montre qu'elles sont principalement mises en œuvre par trois niveaux distincts de corporations : le 'ōpū, le 'ōpū fēti'i, le 'ōpū tamari'i.

En effet, égo fait à la fois partie d'un 'ōpū (grand groupement qui tire son origine depuis l'ancêtre ayant revendiqué au XIX^e siècle), d'un 'ōpū fēti'i (groupement prenant son origine depuis un *tupuna* ou un grand parent, dont la profondeur généalogique maximale est de 4 générations) et d'un 'ōpū tamari'i (ensemble des frères et sœurs y compris les enfants *fa'a'amu* adoptés sans nécessairement de reconnaissance légale). Il tire des droits fonciers notamment à partir de ces trois niveaux de groupements.

B. Un jeu et des conflits considérables sur la filiation

C'est justement cette « unité » que le contexte de pluralisme sociologique et juridique rend aujourd'hui problématique puisque le droit étatique de la filiation introduit des distinctions entre les différents enfants (naturel, reconnu, légitime), qui rentrent en conflit avec la structure de l'unité des frères et sœurs chez les Polynésiens.

Dans un contexte où les relations d'ascendance ont désormais pris le pas sur les relations de descendance, et si l'on considère que les catégories culturelles de la parenté sont avant tout des références mobilisables par les acteurs plus qu'une structure s'imposant à tous, il est désormais aisé de comprendre que les conflits de filiation dans le cadre de la question de « l'unité des frères et sœurs » au sens d'Ottino et Firth, peuvent se poser au niveau de la filiation :

- du *tupuna mau* : celui dont on hérite ;
- des *tupuna mau* successifs directs et collatéraux ;
- du 'ōpū tamari'i proprement dit ;
- de la descendance depuis le 'ōpū tamari'i.

Si les changements de nom était une coutume ancienne et correspondait à un changement de statut, la mise en place des *tōmite* a amplifié le jeu sur les identités. Autrement dit, la présence d'une régulation étatique transforme la nature de la dynamique identitaire et induit des conflits de filiation et d'affiliation²⁰⁵.

De quelles manières ? L'état civil fixant officiellement les noms, les revendications foncières du siècle précédent ont amené les personnes à opter pour un des noms qu'elles portaient. Or, la mobilité des noms a continué même après les revendications si bien que les descendants aujourd'hui éprouvent le plus grand mal à rétablir leur chaîne généalogique.

205. Rappelons que les îles polynésiennes sont toutes soumises officiellement aux règles du Code civil à partir de 1946. Dès la fin du XIX^e siècle, des séries de mesures étaient prises aux îles du Vent (Tahiti et Moorea) en matière d'enregistrement des terres (1852), de vente et de location de terre entre les étrangers et les Tahitiens (1854), d'état civil (1866). Mesures qui ne furent pas très efficaces par rapport aux objectifs qu'elles se proposaient d'atteindre. Une des raisons de l'insuccès des revendications foncières issues du décret de 1887 était justement la mise en place très imparfaite de l'état civil (article 14 du décret). Voir Panoff, 1966.

Jusque dans les années 1900, l'état civil était très imparfaitement tenue. Cette dernière situation est sans doute une de celles qui génère le plus de ressentiment à l'égard de l'administration et de l'état civil français.

Dès lors, ce jeu identitaire en rapport avec la filiation se noue, au départ, à partir de l'individu. Par exemple, les enfants nés avant ou hors mariage sont parfois inscrits comme des enfants naturels parce qu'ils n'ont donné lieu à aucune reconnaissance quelconque. La pratique de l'enfant *fa'a'amu* (adoption locale), courante entre *'ōpū fētī'i*, est ignorée dans le cadre du droit étatique lorsqu'il ne donne lieu à aucune procédure formelle. On perçoit alors plusieurs types de dynamiques sociales internes :

(a) Conformément à la thématique de l'accueil, l'enfant *fa'a'amu* est intégré dans le cadre de la circulation des personnes à l'intérieur des groupements segmentés. La déclaration à l'état civil de l'enfant *fa'a'amu* se faisait comme s'il s'agissait d'un enfant légitime, pratique totalement illégale à l'égard du droit étatique et pourtant en accord avec les conceptions polynésiennes les plus ancrées.

(b) En raison des processus classiques de fission des groupements de parenté dans le temps et en fonction de leur pondération démographique, ce jeu qui porte sur la filiation a des conséquences sur les descendants puisque ces derniers (descendants d'enfants naturels du point de vue officiel) ne peuvent plus prétendre aux mêmes droits d'héritages que leurs cousins au 1^{er} et 2^e degré (descendants d'enfants légitimes)²⁰⁶.

(c) Lors des revendications foncières, des réunions familiales sont organisées avec plusieurs représentants de *'ōpū*. À cette occasion, le statut des ancêtres (*tupuna*) par rapport à leur filiation est parfois reconsidéré de manière à ce que leurs descendants puissent acquérir les mêmes droits fonciers. Inversement, le fait que les enfants légitimes revendiquent des droits fonciers alors que leurs arrière-grands-parents ont cessé de résider dans une île, implique une attitude de défiance des résidents.

C. La mobilité

Les processus pré-européens de régulation des conflits sont progressivement devenus obsolètes alors que les problèmes liés à la dualité de la structure sociale sont toujours opérants : l'ancrage dans un espace de résidence des groupements et la très grande mobilité individuelle ou collective de ses membres.

L'exemple de Rapa nous permet d'évoquer des principes juridiques anciens qui structuraient la mobilité et la résidence dans le cadre du fonctionnement du système foncier.

206. Nous n'ignorons pas qu'il existe une procédure assez simple en droit français (la possession d'état) pour réexaminer les liens de filiation qui se posent. Le problème est que les pratiques individuelles et collectives que nous observons ne servent assez peu de ces outils juridiques, sauf s'ils bénéficient des conseils d'un avocat éclairé. Le problème qui nous intéresse est moins de faire un « état du droit » que de comprendre la « pratique du droit » par les usagers, en Polynésie française. Pour ces deux définitions, voir E. Le Roy, 1999. Pour une illustration de cette différence aux îles Sous-le-Vent, voir Rousselin, 1989.

À Rapa, deux concepts juridiques traditionnels organisaient à la fois la résidence et la mobilité des membres des groupements. Les individus détiennent deux sortes de droits : l'*araka* et le *moekopu*. L'*araka* est un droit accordé par le chef à tout membre sur une parcelle du territoire. Une fois attribuée par le chef, l'*araka* se transmet de manière indifférenciée tant aux enfants biologiques qu'aux enfants adoptés de telle sorte que « chaque individu administrait son *araka* comme il l'entendait au cours de sa vie et pouvait même le prêter à un autre membre du clan » (Hanson 1973 : 16-17). À la mort de l'individu, l'*araka* devient la propriété de ses enfants et s'il n'en avait pas, la parcelle revenait au chef qui pouvait la réassigner à un autre membre.

Le droit *moekopu* découle directement du principe indifférencié du système de filiation. Stokes écrit à ce propos :

« Les descendants de parents de clans différents héritaient conjointement des deux parents. Ce droit s'appelle *moekopu*... Le *moekopu*, le droit à un *araka*, était reconnu tant que l'héritier n'entrait pas en guerre contre le clan qui lui cédait l'*araka*. Sinon, il était automatiquement supprimé. Apparemment, les liens de sang étaient plus puissants que l'injonction car il était dit que le descendant d'un clan pouvait briguer du chef un *araka* dans tous les clans auxquels il était légitimement affilié²⁰⁷. »

Ainsi, si l'*araka* était un droit d'usage réel, le *moekopu* constituait un droit d'usage latent²⁰⁸.

Or actuellement, la délimitation précise de l'origine foncière (par le *tōmite* ou le cadastre), favorise le caractère conflictuel des rapports sociaux car elle oblige les personnes et les groupes à abandonner des droits latents qu'ils avaient toujours conservés jusqu'à présent.

À l'inverse aujourd'hui, le droit étatique permet à des descendants de revendiquer même si un principe de résidence n'a pas été maintenu par une partie de la descendance.

Conséquemment, les non-résidents ont pris une importance sociologique grandissante. Avant, les absentéistes partis depuis plusieurs générations n'avaient plus aucun droit sur les terres. Aujourd'hui, les droits ne se sont pas complètement éteints tout en étant soumis à un contrôle social moindre.

D. Une nouvelle logique propriétaire

Une logique propriétaire est désormais à l'œuvre depuis les *tōmite*. Les conflits sont induits par cette logique propriétaire : le droit de propriété s'est substitué aux droits d'usage anciens : obstruction des passages coutumiers, demande

207. Stokes John F.C, p. 794, dans Hanson (1973 : 16).

208. Hanson (1973), p. 17 : « Chaque clan avait ainsi un "halo" de membres latents. [...] Ceux-ci pouvaient actualiser leurs droits latents et exploiter les terres d'un clan mais à condition d'habiter sur son territoire. Dès lors, c'est leur appartenance au groupe précédent qui devenait latente. Notons que certains Rapa n'ayant pas d'ascendant dans un clan et ne lui étant par conséquent pas affilié pouvaient, malgré tout, y habiter et exploiter des terres. C'était le cas entre autres des époux alliés. Enfin, les fugitifs des groupes vaincus dont les terres avaient été prises pouvaient, sans doute, demander et recevoir des parcelles dans des clans auxquels ils n'étaient nullement affiliés ».

de déguerpissement de membres de la famille qui relèvent d'un même 'ōpū, non-reconnaissance d'un enfant *fa'a'amu*, etc.

Les *tōmite* (titres de propriété) issus des revendications foncières initiées par le gouverneur durant la période coloniale ont un statut ambigu aujourd'hui. Les *tōmite* sont à la fois : « moment fondateur de la vie insulaire²⁰⁹ » et manifestation du pouvoir colonial en tant que moyen de « presser les Polynésiens hors de chez eux²¹⁰ ». Paradoxalement, même si toutes ces interprétations sont cumulatives, elles révèlent cette nouvelle logique propriétaire.

E. Judiciarisation de la société

Les conflits judiciaires fonciers reflètent la judiciarisation de notre société, processus au cours duquel un traitement juridique ou judiciaire se substitue à un autre mode de régulation sociale. Autrement dit, les normes étatiques occupent une place croissante dans la société, en lieu et place d'autres normes et d'autres acteurs.

Il convient de souligner que la logique propriétaire a eu tendance à judiciariser les conflits et à mettre en sommeil le rapport culturel des populations à leur terre.

En outre, nous noterons que l'intervention de l'État dans l'organisation locale, rendant les processus d'intégration des chefferies obsolètes, a favorisé la concentration des tensions foncières dans les groupements de parenté, qu'il s'agisse d'un 'ōpū *tamari'i*, d'un 'ōpū *fēti'i* ou d'un 'ōpū.

CONCLUSION

Les pratiques locales témoignent d'une dualité croissante entre le droit officiel et les pratiques non officielles. Cette tendance est paradoxalement partagée dans d'autres pays du Pacifique. L'intervention d'un acteur extérieur dans la tenure foncière a inévitablement transformé la nature même de cette tenure. Dans des pays comme Tonga, le Samoa occidental, Fidji et le Vanuatu, la codification des coutumes, censée réguler les transactions foncières, a changé la nature du système. Ce qui est considéré comme une coutume officielle est, en fait, un modèle simplifié et réducteur de la réalité. Cela a encouragé le développement de pratiques locales, d'arrangements beaucoup plus flexibles que ce qui est défini comme coutumier de manière officielle²¹¹. C'est une constatation que le Doyen Pierre Vérin résume d'une formule plutôt pertinente : « *Le verbe contre la coutume*²¹². » Autant de pièges à prendre en compte le jour où l'on discutera d'un droit foncier *ad hoc*.

209. J. F. Baré (1985).

210. G. Tetiarahi (1987).

211. Ward R. G. et Kingdon E. (Eds) (1995) ; Larmour (1997).

212. P. Vérin (2000).

Références bibliographiques

- Babadzan** A., 1982. *Naissance d'une tradition : changement culturel et syncrétisme religieux aux îles Australes (Polynésie française)*, ORSTOM, 313 p.
- Bambridge** Tamatoa, 2009. *La terre dans l'archipel des îles Australes. Étude du pluralisme juridique et culturel en matière foncière*, Institut de Recherche pour le Développement (IRD) et Au vent des îles, 412 p.
- Baré** Jean-François, 1987. *Tahiti, le temps et les pouvoirs. Pour une anthropologie historique du Tahiti post-européen*. Travaux et documents ORSTOM, n°207, 545 p.
- Caillot** A., C. Eugène, 1909. *Les Polynésiens orientaux au contact de la civilisation*. Paris: Ernest Leroux. 291 p.
- Calinaud** René L., 1993. « La situation juridique des lagons polynésiens », *Bulletin de la société des Études Océaniques*, Tome XXII, N°12, n°260, pp. 47-53.
- Chauveau** Jean-Pierre, 1982. « Introduction aux enjeux fonciers », in Le Bris E., E. Le Roy, F. Leimdorfer : *Enjeux fonciers en Afrique Noire*, Bondy: ORSTOM ; Paris: Karthala, 425 p.
—1996. « Quelle place donner aux pratiques des acteurs ? », in Lavigne-Delville Ph. (Ed.), *Quelles politiques foncières pour l'Afrique rurale ? Réconcilier pratiques, légitimité et légalité*, Paris, Karthala/Coopération française, 744 p., pp. 36-39.
- Finney** Ben R., 1965. "Polynesian Peasants and Proletarians", *Journal of the Polynesian Society*, Wellington, vol. 74, n° 3, pp. 269-328.
- Firth** R., 1936. *We the Tikopia: A Sociological Study of Kindhip in Primitive Polynesia* (2nd édition, 1957), London.
—1965. *Essays on social organization and values*, University of London, London school of economics, Monograph on social anthropology n° 28, The Athlone Press.
- Fortes** Meyer, 1953. "The Structure of Unilineal Descent Groups", *American Anthropologist*, Vol. 55, pp. 17-41.
- Goodenough** Ward, 1961. *Property, Kin and Community on Truk*, New Heaven: Yale University Publications in Anthropology, 190 p.
- Griffiths** John, 1986. "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 24, pp. 1-53.
- Hanson** Allan, 1973. *Rapa, une île polynésienne hier et aujourd'hui*, Paris: Société des Océanistes, n°33, 257 p.
- Huguenin** P., 2005 (1^{re} édition 1902). *Raiatea la sacrée*, Papeete, Édition Haere Po, 260 p.
- Larmour** Peter, 1997. *The governance of common property in the Pacific Region*, Publication: Canberra, National Center for Development Studies, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University; Resource Management in Asia-Pacific, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University, Series: Pacific policy papers ; no. 19, 223 p.
- Leach** E. R., 1962. "On certain Unconsidered Aspects of Double Descent Systems", *Man*, London, vol. 62, pp. 130-134.
- Le Roy** E., 1999. *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du droit*, Paris, L.G.D.J, Série anthropologique, n°28, 415 p.
—2001. « Retour au foncier », *Bulletin de liaison* n°26, sept. 2001, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris.
- Murdock** George P., 1972. *De la structure sociale*. Paris: Payot, 357 p.
- Naepels** Michel, 1998. *Histoires de terres Kanakes. Conflits et rapports sociaux dans la région de Houailou (Nouvelle-Calédonie)*, Paris: Éditions Belin, 380 p.
- Newbury** C., 1966. "Aspects of cultural change in French Polynesia: the decline of the Ari", Eleventh Pacific Science Congress, Tokyo, 20 p.
- Oliver** Douglas, 1974. *Ancient Tahitian Society*, 3 vol. The University Press of Hawaii, Honolulu, Hawaii.

- Ottino** Paul, 1972. *Rangiroa : parenté étendue, résidence et terres dans un atoll polynésien*, Paris : Éditions Cujas, 530 p.
- Panoff** M., 1965. « La terminologie de la parenté en Polynésie, essai d'analyse formelle », *L'Homme, Revue Française d'Anthropologie*, Paris, vol. V, n° 1, 3 et 4, pp. 60-87.
 –1966. « Un demi-siècle de contorsions juridiques : le régime foncier en Polynésie française de 1842 à 1892 », *The Journal of Pacific History*, vol. 1, Oxford University Press, pp. 115-128.
 –1970. *La terre et l'organisation sociale en Polynésie*, Paris, Payot, 282 p.
- Rigo** B., 2004. *Altérité polynésienne et conscience occidentale*, Éditions CNRS, 350 p.
- Rousselin** Philippe, 1989. *Étude au sujet de la dévolution successorale en faveur des collatéraux ordinaires à l'époque des lois codifiées des Iles sous le vent*, Uturoa, Service des Affaires de Terres, Raiatea.
- Saura** B., 1996. « Les Codes missionnaires et la juridiction coutumière des TOOHITU au Iles de la Société et des Australes (1819-1945) », *Revue de la recherche juridique de droit prospectif*, n° XXI, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Tagupa** William, 1994. « Les crises des concepts légaux à Tahiti (1819-1838) », *Bulletin de la Société des Études Océaniques*, Tome XXIII, n° 1 et 2, pp. 82-94.
- Tetiarahi** G, 1987. « Squeezing out the Polynesians », in Crocombe R. (Eds), *Land Tenure in the Pacific*, University of the South Pacific, 420 p., pp. 45-58.
- Vaimeho-Peua** E., 2008. *La toponymie des terres de Faaa et les représentations foncières tahitiennes*, Thèse de civilisation polynésienne, Université de la Polynésie française.
- Vérin**, Pierre. 2000. *Archives de la révolution comorienne - 1975-1978, le verbe contre la coutume*, L'Harmattan 3 mai 2000, Collection Sciences humaines & sociales.
- Ward** G. Kingdom E., 1995. *Land, Custom and Practice in the South Pacific*, Cambridge University Press.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

RAPPORT DE SYNTHÈSE²¹³

Par Michel Grimaldi
Professeur émérite à l'université Paris II, Panthéon-Assas

Mesdames, Messieurs,

Les deux journées que nous venons de vivre ont été tout à la fois riches d'informations, foisonnantes d'idées et souvent teintées d'une réelle émotion. Elles l'ont été grâce à plus de vingt orateurs qui ont réussi à capter et à retenir notre attention par la lucidité de leurs constats, l'acuité de leurs interrogations et la force de leurs convictions comme de leur espérance.

Remercions donc ceux auxquels nous les devons. L'Université de la Polynésie Française et son président. Et surtout celle au cou de laquelle nous devrions glisser de multiples colliers de fleurs, tant elle a réussi par son enthousiasme et sa persévérance à concevoir et à réaliser ce colloque contre vents et marées sanitaires : Sandrine, vous avez parfaitement illustré la devise de Guillaume d'Orange suivant laquelle « *il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre ni de réussir pour persévérer* ». Bravo et merci ! Et, à ces remerciements, je voudrais associer les étudiants qui ont contribué à la préparation de ces Journées et qui nous ont offert une saynète absolument délicieuse, toute d'intelligence et d'humour, mettant en scène les chicanes foncières : ce fut un très bon moment.

La synthèse n'est pas facile. Car, durant ces deux jours, les chemins les plus divers nous ont menés au travers des différentes branches du droit : nous avons touché au droit public, notamment au droit constitutionnel, et à presque toutes les branches du droit privé, au droit de la famille, au droit des personnes, au droit des successions, au droit des biens et accessoirement au droit des sûretés qui garantit le crédit souvent nécessaire à l'exploitation des terres... Au-delà même des différentes branches du droit

213. Ce texte est la transcription du rapport présenté oralement par le professeur Grimaldi en clôture du Colloque des 23 et 24 septembre 2021. Le style oral de la communication et les références faites aux deux jours de colloque ont été volontairement conservés.

positif, nous nous sommes interrogés sur les systèmes juridiques : non seulement, sur les rapports entre le droit coutumier et « l'autre droit », si l'on peut désigner ainsi le droit écrit, légiféré, d'origine étatique, mais aussi sur les approches respectives du foncier par le droit continental et la common law, que l'on ne saurait ignorer lorsque l'on évoque certaines îles comme le Vanuatu. De plus, nous avons souvent franchi les frontières du droit pour parler sociologie, anthropologie et technologie (à l'ère du numérique)... Ce matin, il a même été question d'amour... qui (propos inhabituel dans un colloque de juristes) permettrait de régler les litiges. Enfin, ajoutant encore à la diversité de nos réflexions, nous nous sommes largement plongés dans le passé et projeté dans l'avenir : nous avons exploré un passé qui n'est pas facile à connaître en Polynésie, parce que souvent chaotique et divers selon les îles ; nous nous sommes interrogés sur la question si délicate du futur statut de la terre en Polynésie. Tout cela explique l'indulgence que je vous demande pour ces quelques propos sans rigueur.

Notre sujet était admirablement formulé : *la propriété foncière à l'épreuve de la parenté*. Dans ce libellé, trois mots : la propriété, la terre et la parenté. Reprenons-les, mais en suivant un ordre différent : commençons par la terre.

LA TERRE

Nos débats l'ont montré (mais on s'en doutait) : la terre n'est pas un bien comme un autre. Elle est un bien exceptionnel, primordial. Elle l'est partout sans doute, mais en Polynésie plus qu'ailleurs. L'explication s'en trouve dans deux de ses caractères qui ont été soulignés.

D'abord la terre est nourricière. Elle l'est par les ressources naturelles qu'elle offre à la chasse, à la pêche, à la cueillette ; elle l'est par les richesses qu'elle produit travaillée par l'homme, cultivateur ou éleveur. C'est pourquoi tant de peuples vouent à la terre qui les fait vivre le culte dont on honore les dieux. Il existe des collines, des plaines, des montagnes, des ruisseaux qui sont sacrés. Cette fonction nourricière et cette sacralité de la terre ont été évoquées avec émotion et talent par Madame Flora Devatine et Madame Simone Grand. La première nous a dit et chanté des chants-poèmes à la terre, des chants d'exaltation et de supplication par l'effet desquels les paniers de la pêche s'emplissent de poissons. La seconde nous a rappelé que la terre nourricière n'appartient pas à l'homme, et que c'est au contraire l'homme qui appartient à cette terre : expression d'une culture ancestrale, traditionnelle, que l'on retrouve dans la pensée écologique contemporaine où nous sommes simples dépositaires d'une terre dont nous devons prendre soin dans l'intérêt des générations futures.

Ensuite, la terre est identitaire. Le lien entre la terre et l'identité a été amplement souligné. Il n'existe pas d'État ni de nation sans territoire acquis ou revendiqué. Voyez le conflit qui oppose depuis tant d'années le peuple juif et le peuple arabe au sujet de la Palestine : chacun de ces peuples ne peut concevoir son existence ailleurs que sur cette terre. Voyez aussi les revendications sur leurs terres ancestrales des peuples aborigènes d'Australie, des Maoris de Nouvelle-Zélande et des Indiens des Amériques. Voyez encore les pays où l'acquisition de terres par un étranger est interdite ou surveillée : comme à Rapa, je crois, mais aussi... en Suisse. Conscient de cette fonction identitaire, on ne s'étonnera pas du lien qui existe entre la terre et le nom. Il a été maintes fois souligné au cours de ces Journées qu'en Polynésie la terre a un nom et que l'identification de la personne se fait ainsi par une terre. Par où l'on voit que la cause des paysans sans terre rejoint celle des enfants sans nom...

Simplement cette fonction identitaire se conçoit à plusieurs niveaux :

- Au niveau de l'individu qui s'identifie à sa maison ou à sa terre, et qui, en la léguant, en la plaçant sous l'empire de sa volonté *post mortem*, croit lui emprunter son éternité ;
- Au niveau de la famille, comme l'illustrent les fameux tomités qui, en Polynésie, relient la terre aux descendants d'un ancêtre commun (étant observé qu'il a existé en France des « biens de famille » – mais qui n'ont connu aucun succès – dont le propre était de n'être ni aliénables ni saisissables) ;
- Au niveau d'un clan, comme dans la coutume calédonienne ou à Samoa ;
- Au niveau d'une nation enfin, comme cela a déjà été dit.

Ce particularisme de la terre explique que la terre puisse avoir son juge, comme la famille peut avoir le sien. Ainsi en va-t-il en Polynésie, où il existe un juge de la terre : un juge qui est au plus près du citoyen, qui accueille, écoute, concilie, conseille, sait prendre quelque distance avec la lettre de la loi pour en faire prévaloir l'esprit et parfois même donne le pas à l'intelligence du cœur... Madame Ellul-Curetti, Présidente du Tribunal foncier, nous l'a bien fait comprendre, de même que Monsieur Joly, qui nous a conté les audiences foraines en des termes qui nous ont donné l'envie de joindre notre voix à celle de ce maire qui lui dit un jour : « *Juge I love you !* »

Ce même particularisme de la terre explique la pertinence en matière foncière – et c'est une analogie supplémentaire avec la matière familiale – des modes alternatifs de règlement des conflits : médiation, conciliation ou procédure participative. Ces procédures devraient se développer comme nous l'ont montré Madame Fong et, pour les îles de Rurutu et Rimatara, Madame Paoletti.

LA PARENTÉ

La parenté se définit en droit comme le lien qui unit celles et ceux qui descendent d'un auteur commun : celles et ceux qui ont des ancêtres en partage. Et l'on sait que cette parenté par le sang se double d'une parenté par la volonté, qui est la parenté adoptive. Or la parenté, par le sang ou adoptive, produit de nombreux effets juridiques, dont la succession : elle est une cause de transmission des biens. C'est là qu'elle croise la propriété foncière. Or il ressort de nos travaux que la parenté en Polynésie pose des problèmes particuliers.

D'abord les structures familiales n'y sont pas les mêmes qu'en métropole : la famille y est agencée autrement. Maître Temanava Bambridge l'a très bien expliqué en nous disant ce que sont les *Opu fetii* : structures qui réunissent quatre ou cinq générations et où domine le principe (de prime abord bien mystérieux) d'unité des frères et sœurs.

Ensuite, la preuve de la parenté, qui est une question universelle, pose en Polynésie des problèmes particuliers liés à la mutabilité des noms, aux lacunes de l'état civil et aussi (et surtout ?) à la nécessité de reconstituer des généalogies sur de multiples générations faute que l'on n'a pas procédé aux partages de successions ouvertes au fil de plusieurs décennies. Certes, la Cour de cassation décide que la preuve de la généalogie est libre, qu'elle peut être rapportée par tous moyens, ce qui est de nature à faciliter les choses. Mais, généralement, il faut pour y réussir recourir à la science des généalogistes, dont Madame Pere nous a montré les ressorts.

Enfin, il existe en Polynésie ce que l'on pourrait appeler une parenté par les œuvres : celle des enfants *Fa'a'amu*, si bien évoqués par Maître Bambridge. La situation des enfants *Fa'a'amu*, inconnue du Code civil, me fait penser à la célèbre maxime de Loysel : « Boire, manger et coucher ensemble, c'est mariage ce me semble ». Transposée du mariage à la filiation, elle donnerait ceci : « Nourrir, accueillir et élever un enfant, c'est paternité ou maternité ce me semble ». Mais, si l'on y adhère, encore faut-il la mettre en musique juridique : nous avons tous été sensibles aux différentes partitions qui nous ont été proposées.

LA PROPRIÉTÉ

La propriété est un droit, et, comme telle, une création des juristes, un fruit de leur imagination. Elle se sépare en cela de la possession, qui est un pur fait et un fait universel. Ainsi, des peuples peuvent se concevoir sans propriétaire mais non sans possesseur ; une terre habitée est nécessairement une terre usagère mais n'est pas nécessairement une terre appropriée.

Il nous a été expliqué comment le concept de propriété privée était apparu puis s'était ancré en Polynésie : d'abord discrètement avec la venue des missionnaires anglais, puis solennellement avec l'introduction du Code civil français.

Or la propriété du Code civil français est fondamentalement une propriété *individuelle*. De la définition qu'en donne l'article 544 du Code civil, il ressort qu'elle est non seulement un élément de richesse, mais aussi un faisceau de pouvoirs, et des pouvoirs les plus absolus sur la chose. Elle est ainsi une propriété qui permet d'*exclure* autrui de son bien. Certes, le Code civil connaît avec l'indivision une forme de propriété commune. Mais, comme cela a été rappelé, cette propriété est perçue comme un état subi par les héritiers et, pour cette raison, temporaire : nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Le Code civil a été écrit en haine des propriétés collectives ou simultanées de l'Ancien droit.

Pourtant, les réalités océaniques, et pas seulement polynésienne, sont tout autres. Il a été souligné que quantité de terres font l'objet d'une appropriation plurale. Tantôt la terre est l'assiette d'indivisions successorales qui se sont superposées au fil du temps faute de partage ; se trouvent alors empilés les droits de générations successives qui forment ce maquis inextricable qu'évoquait le Professeur Hugues Fulchiron. Tantôt la terre appartient à un clan, à une tribu, à une chefferie aux contours plus ou moins définis ; et peut-être est-ce alors que l'on peut parler d'une terre coutumière. Mais, dans un cas comme dans l'autre, cette propriété collective (indivise ou coutumière) est très difficile à gérer dès lors qu'elle réunit un nombre important de personnes dont certaines – ceci a été amplement développé – ne sont pas même identifiées.

Ainsi apparaissent l'intérêt et la difficulté du thème qui nous a réuni ces deux journées : que faire pour que la propriété foncière, mise à l'épreuve d'une parenté *lato sensu* qui la rend collective, ne soit ni un obstacle au développement économique ni un lieu de conflits permanents ?

À cette question cruciale, nos échanges ont schématiquement proposé deux réponses possibles, qui ne sont pas exclusives l'une de l'autre dès lors que les biens concernés ne sont pas les mêmes : l'éradication des propriétés collectives ou l'organisation des propriétés collectives.

L'éradication des propriétés collectives.

L'éradication des propriétés coutumières ne semble pas concerner la Polynésie (encore que ce point semble faire débat). À Samoa, en revanche, le Gouvernement n'a pas survécu lorsqu'il a tenté l'entreprise. En Nouvelle-Calédonie, on ne s'y est pas risqué : tout au contraire, les terres coutumières y sont dotées d'un statut juridique

particulier qui, comme nous l'a expliqué le Professeur Sandrine Sana, est intégré dans l'ordre juridique français.

Mais parlons à présent des propriétés indivises. Comment – à supposer qu'on le souhaite – sortir de ces indivisions complexes ? Trois moyens ont été évoqués et débattus : l'adaptation du droit successoral, la prescription acquisitive, la revendication au sens où on l'entend ici, en Polynésie.

- S'agissant de l'adaptation du droit successoral, la loi n° 2019-726 du 26 juillet 2019 relative à la Polynésie française a été fort bien présentée et fermement défendue par les magistrats. Elle m'a semblé susciter quelques réserves ou craintes du côté du barreau et du notariat. Laissons de côté les aménagements apportés au droit de retour légal des frères et sœurs, à l'attribution préférentielle et à la sanction de l'omission d'un héritier qui visent à assurer l'intégrité et la stabilité de la propriété immobilière. Quelques mots sur l'admission, d'une part, d'un partage *judiciaire* par souches lors même que tous les indivisaires ne sont pas comparants à l'instance, et, d'autre part, d'un partage *amiable* à la majorité des deux tiers moyennant l'autorisation du tribunal. Quant au partage judiciaire, la nouveauté n'est pas d'introduire dans le Code civil un partage par souche : un tel partage est prévu depuis 1804 lorsque la succession est déferée à des descendants ou à des collatéraux privilégiés qui y viennent par représentation. La nouveauté est d'admettre qu'au sein d'une souche un indivisaire puisse représenter tous les autres et qu'ainsi un partage puisse intervenir en l'absence d'un indivisaire auquel il sera opposable dès lors que l'on aura fait ce qu'il fallait pour l'en prévenir. Quant au partage amiable, il incombera au notaire de prêter leur concours à celui qui est décidé à la majorité des deux tiers, alors même que l'acte ne porterait la signature que d'un seul indivisaire, titulaire des deux tiers des droits indivis...

- S'agissant de l'usucapion, on l'a longuement évoquée ce matin comme un facteur pacificateur de la propriété immobilière. Dans tous les systèmes autres que ceux où il faut et il suffit d'être inscrit sur un registre pour être propriétaire, là où le titre ne constitue pas une preuve irréfragable de la propriété, la prescription acquisitive est nécessaire à la sécurité foncière.

Mais il appartient naturellement à celui qui se prévaut de l'usucapion d'en apporter la preuve. Cette preuve est libre. Et les notaires sont là pour la faciliter en dressant des actes dits de *notoriété acquisitive*. Ils ne doivent pas hésiter à remplir cette mission de service public en surestimant leur responsabilité. En effet, ils ne sont pas garants de la véracité des témoignages qu'ils reçoivent : il leur est simplement demandé de ne pas prêter leur ministère à l'établissement d'une notoriété au bénéfice de celui dont ils savent qu'il n'est pas propriétaire, et de prendre quelques précautions élémentaires lorsqu'ils relatent des actes matériels de possession. En outre, la possession constatée

par une notoriété acquisitive peut être contestée par tous moyens : l'acte ne vaut jusqu'à inscription de faux que de la réalité des déclarations des témoins, et non de leur véracité. C'est seulement passé un certain délai et en l'absence de contestation que la possession, et donc la propriété, peut devenir incontestable.

- S'agissant de la revendication, au sens polynésien, elle consiste, sous diverses modalités, à donner un titre de propriété, un *tomité*, à quelqu'un qui se déclare propriétaire. Il existe certes des particularités prévues par les lois de 1852, ou encore par la loi de 2020 qui est spécifique à Rurutu et Rimata. Mais au fond l'idée est toujours la même : quelqu'un fait une déclaration unilatérale de propriété ; on laisse un certain temps aux tiers pour s'y opposer ; à défaut d'opposition, la propriété est acquise au déclarant. Bien entendu, cette revendication a des limites qu'ont montrées les intervenants : la conservation des *tomités* n'est pas toujours assurée ; certains *tomités* contiennent une désignation collective (une personne et ses héritiers) qui ne permet pas l'identification du ou des propriétaires actuels ; et puis il existe des *tomités* spoliateurs... Plus gravement, le *tomité* paraît heurter le principe suivant lequel nul ne peut se constituer un titre à soi-même. C'est dire qu'il n'est un procédé de titrement acceptable que moyennant certaines précautions...

Au-delà des trois voies qui viennent d'être explorées pour sortir d'indivisions complexes, peut-on imaginer des solutions plus radicales qui permettraient de partager en laissant sans lot des indivisaires inaccessibles ? Il faudrait à tout le moins prendre garde, comme cela a été rappelé, aux garanties constitutionnelles et conventionnelles de la propriété, qui est un droit protégé par le bloc de constitutionnalité et par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais d'un autre côté, le droit de demander le partage a aussi valeur constitutionnelle : le conseil constitutionnel l'a dit dans sa décision du 9 novembre 1999 sur la loi du 15 novembre 1999 instituant le pacte civil de solidarité. Il y aurait donc lieu de concilier deux droits de valeur constitutionnelle : le droit de propriété et le droit de demander le partage. Au législateur d'arbitrer !

L'organisation des propriétés collectives

On peut parfaitement tenir la propriété coutumière ou indivise comme une composante de l'ordre familial et de l'ordre social : considérer notamment l'indivision, non comme une malédiction, mais comme une protection. J'ai été très sensible à ce qui a été dit hier : dans la langue polynésienne, le mot partage désigne aussi la destruction...

Mais si l'on prend ce parti, et donc celui de l'organisation de la propriété collective, on doit se préoccuper de la bonne exploitation des terres, qui implique que l'on puisse conférer à des tiers qui y travaillent ou qui les prennent en garantie des

droits certains. Et l'on doit aussi prendre en compte le risque de conflits, de dissensions entre les membres de la communauté...

Alors comment, donc, organiser durablement une propriété collective ? Nous avons envisagé quatre solutions.

- La première est celle de la *convention*. N'attendons pas tout de la loi. Il existe en droit français un principe de liberté contractuelle qui permet aux parties d'organiser leurs relations comme elles veulent pourvu qu'elles ne contreviennent pas à l'ordre public. Et cette liberté a été solennellement reconnue en droit des biens : la Cour de cassation, dans ses deux arrêts *Maison de poésie* rendus les 31 octobre 2012 et 6 octobre 2016, a jugé, contrairement à ce que certains soutenaient, que les droits réels n'étaient pas en nombre limité et que les particuliers pouvaient créer ce qu'on appelle des droits réels de jouissance spéciale : par exemple, le droit de pêcher dans un étang la première semaine du mois d'août ou le droit pour des copropriétaires d'accéder à la piscine située dans l'enceinte de de la copropriété. Qui ne voit que ces droits sont de nature à permettre d'organiser la jouissance partagée de biens appartenant à une communauté ?

- La deuxième est celle de la *personnalité morale*. Quel que soit le nombre de ceux qui y concourent, la création de la personne morale fait passer du pluralisme à l'unité : *e pluribus unum*. L'action du groupe sur la scène juridique s'en trouve facilitée. Certains intervenants ont expliqué les avantages qu'ils trouvaient à la constitution de sociétés ou d'associations dotées de bureaux et précisément réglementées. Et Sandrine Sana nous a dit ce qu'il en était, en Nouvelle-Calédonie, de ces groupements de droit particulier local qui, dotés de la personnalité morale, ont en charge la gestion de terres coutumières.

Mais, la personnalité morale n'est pas un remède miracle. D'abord, la constitution d'une personne morale suppose d'en connaître les membres, et l'on peut donc achopper sur le problème des terres appropriées par des personnes dont on ne connaît avec certitude ni le nombre ni l'identité. Ensuite, la personnalité morale ne confère la sécurité au tiers, nécessaire à l'activité économique du groupement, que si des dispositions très particulières les protègent contre la violation des statuts du groupement : notamment contre le détournement de pouvoir ou la prise de décision contraire à l'intérêt collectif. Enfin, il existe des conflits entre associés ou sociétaires qui sont aussi redoutables que des conflits entre indivisaires. Société de famille et indivision de famille : la paix n'est pas plus garantie dans l'une que dans l'autre. Et si toute personne peut demander à sortir de l'indivision, tout associé peut exercer un droit de retrait de la société. Bref, si le recours à la personnalité morale est certainement une solution, il n'est pas une panacée.

• La troisième est l'aménagement de la loi sur l'indivision. Il s'agit de réglementer l'indivision polynésienne compte tenu des spécificités locales, de manière qu'elle puisse tourner de manière satisfaisante. Le législateur s'est déjà engagé dans cette voie. Ainsi la gestion des biens indivis obéit ici à règles particulières : des décisions d'aliénation peuvent être prises à la majorité simple, alors qu'en métropole elle doivent l'être à la majorité des deux tiers.

• La quatrième est la fiducie. On y réfléchit ici, a-t-on dit... La fiducie repose sur la dissociation des deux composantes majeures de la propriété que sont la richesse et les pouvoirs. Une personne, qui en est le bénéficiaire, est riche des biens qui en forment l'objet, cependant qu'une autre, le fiduciaire, assure la gestion de ces mêmes biens : une gestion exclusive, mais qui se mesure aux pouvoirs que lui confère l'acte de fiducie. On voit bien le parti qui pourrait être tiré de la fiducie pour définir le régime juridique des terres d'appropriation plurale : la gestion en serait confiée à un fiduciaire ou à plusieurs fiduciaires, qui pourraient être ces structures familiales que l'on a déjà évoquées.

Mais, là encore, ne nous faisons pas trop d'illusions. D'abord, il faut trouver des fiduciaires. Or on ne se bouscule pas, en métropole, pour être fiduciaire : les banques et les compagnies d'assurance ne se portent guère candidates ; quelques avocats le sont, mais qui restent bien peu nombreux. Ensuite, il faut toujours assurer un contrôle efficace de l'activité du fiduciaire, car nul ne gère discrétionnairement la fortune d'autrui.

Toujours est-il que si la Polynésie devait s'engager dans cette voie, elle trouverait à ses côtés ceux qui, en métropole, militent pour un élargissement du domaine de la fiducie, qui reste excessivement limité. Et, sous cette réserve, une loi de pays pourrait s'inspirer du régime de la fiducie du Code civil.

Pour conclure, une ultime réflexion sur la propriété collective. Dès lors qu'elle est collective, l'appropriation est assurément de nature à entraver l'exploitation économique des biens, à ralentir leur gestion et à diminuer leur rentabilité. Il a été dit qu'en Nouvelle-Calédonie, on avait trouvé des remèdes efficaces, notamment avec les groupement de droit particulier local, qui peuvent consentir des baux de longue durée grâce auxquels des investisseurs vont, par exemple, édifier un complexe hôtelier sur des terres coutumières. Mais la question que je me pose est de savoir si le lien à la terre qui caractérise la propriété coutumière peut demeurer lorsque la terre est ainsi exploitée : le lien à une terre qui est mienne parce que j'y vis, que je la parcours, que

j'y trouve un abri et les moyens de vivre, et que donc je m'y reconnais, peut-il subsister lorsque cette même terre est exploitée par un tiers qui, titulaire d'un bail de 75 ans, y construit un complexe hôtelier où se succèdent d'éphémères occupants venus de lointains horizons et porteurs de cultures tout étrangères ? La sagesse ne serait-elle pas plutôt du côté de Rapa, où la terre coutumière reste affectée au bien-être quotidien de ceux auxquels elle appartient et ne se transforme pas en une manne financière qui aiguise l'appétit d'argent et trouble la raison ?



Achévé d'imprimer : septembre 2022
Directeur de publication : Éric Conte
Impression : PacificPress, Papeete, Tahiti
ISBN 978-2-49361-603-6
© Maison des Sciences de l'Homme du Pacifique

Déjà paru aux éditions de la Maison
des Sciences de l'Homme du Pacifique :

- *Migration & Memory. Arts and Cinemas of the Chinese Diaspora*, edited by Quiao Li and Richard Conte, 150 p. 2019.
- *Towards a History of Pacific Prehistory. Historiographical approaches to Francophone Archaeology in Oceania.* Emilie Dotte-Sarout, Anne Di Piazza, Frédérique Valentin & Matthew Spriggs, 336 p. 2021.
- *A Fish Named Tahiti. Myths and Power in Ancient Polynesia (Tahiti, Ra'iatea, Hawai'i, Aotearoa New Zealand).* Bruno Saura, 306 p. 2021.
- *À la croisée des vagues, Océaniens et Occidentaux. Anthropologie historique de la violence (XVI^e-XIX^e siècles).* Éric Conte, Guillaume Molle et Serge Tcherkézoff, 364 p. 2022.

En Polynésie française, la question foncière est l'objet d'une préoccupation ancienne et continue qui n'a pas trouvé, à ce jour, d'issue juridique complètement satisfaisante. La raison en tient principalement à l'histoire du territoire qui a vu se confronter deux corps de règles applicables à la terre : d'une part, les règles traditionnelles essentiellement fondées sur des liens entre les groupes familiaux et des droits d'usage de la terre et, d'autre part, les règles imposées par l'État fondées sur l'appropriation privée indépendamment des liens de parenté, et consacrée non par l'usage de la terre mais par des titres formels. Ces titres formels, parfois viciés au regard même des règles juridiques, et souvent privés de sens au regard des liens sociaux et familiaux polynésiens, ont été et sont encore contestés au point d'avoir considérablement fragilisé la sécurité des patrimoines et le rapport à la terre en Polynésie. La question est, bien sûr, patrimoniale. Mais elle est aussi, profondément, une question d'identité en raison de l'importance des liens de parenté dans les conflits fonciers. Revendiquer une terre, c'est en effet affirmer sa place dans une généalogie. C'est, d'abord, dire qui l'on est au sein d'une histoire familiale. Parler de sa terre, c'est donc parler de soi.

La ligne scientifique de ce colloque a eu pour ambition de ne pas oublier cet élément essentiel pour la compréhension juridique des questions foncières en Polynésie. Il s'est donc appuyé sur des analyses sociologiques et historiques pour expliquer la complexité juridique contemporaine qui affecte ici le rapport à la terre. Il s'est agi, aussi, de comprendre comment l'institution d'une juridiction spécifique à la terre, unique dans l'ordre juridique français, peut apporter des réponses appropriées aux conflits fonciers. Parallèlement, la recherche d'autres voies, non juridictionnelles, pour apaiser ou même prévenir les conflits fonciers est un axe essentiel de ce travail. Un regard extérieur a également été porté sur des territoires étrangers et sur d'autres régions de l'outre-mer français confrontés à des questions semblables.

Ces travaux rassemblent l'analyse de chercheurs et l'expérience de praticiens du foncier. Ils éclairent d'une lumière attentive les spécificités des structures sociales et familiales que l'on ne peut ignorer pour aborder les difficultés qui perdurent en matière de terre. Ils disent aussi les possibilités qu'offre la technique juridique pour y faire face en respectant les fondements culturels du rapport à la terre en Polynésie Française.

Sandrine Sana-Chaillé de Néré est professeur de droit à l'Université de la Polynésie Française. Spécialiste des conflits de normes internes et internationaux, elle travaille notamment sur les rapports entre normes culturelles et normes étatiques au sein de l'espace juridique ultra-marin.

ISBN 978-2-49361-603-6

AVEC LE SOUTIEN DE

