

DROIT FONCIER EN POLYNESIE FRANCAISE: ET SI COMPARAISON ETAIT (UN PEU) RAISON?

*Yves-Louis Sage**

La question foncière reste encore aujourd'hui en Polynésie française une source de difficultés et de crispations. Par ailleurs, et le phénomène est nouveau, on observe qu'elle s'inscrit quasi-systématiquement dans un mouvement plus large de revendication culturelle et sociale, de telle sorte qu'il est désormais impossible de l'appréhender dans sa seule dimension juridique uniquement. Elargissant le champ d'étude de la problématique à l'ensemble des petits Etats insulaires et territoires de la région du Pacifique Sud, on s'aperçoit qu'ils partagent dans ce domaine avec la Polynésie française, de nombreux points communs qui pourraient servir de support pour la création d'un droit foncier original.

The field of land law in French Polynesia is a source of tension and difficulty; this tension is relatively new and is subsumed within a larger movement of social and cultural demands. Thus, it is nearly impossible to understand land in a purely legal sense. This article broadens the study to consider how the other small countries in the South Pacific, as a group, share this phenomenon with French Polynesia and suggests numerous commonalities that can serve to support the creation of a unique body of Polynesian land law.

En 1965, R Bonneau, alors magistrat en poste à Tahiti, observait que le système de la propriété foncière en vigueur en Polynésie française constituait une source majeure de préoccupation. Il prédisait également qu'en dépit des efforts entrepris par les autorités territoriales 'il n'y avait pas de véritable amélioration spectaculaire en vue'¹, prémonition qui devait être confirmée à intervalles réguliers, par de

* Maître de Conférences (Hdr) à l'Université de la Polynésie française, Teaching Fellow Massey University. L'auteur remercie la Direction des Affaires foncières de la Polynésie Française pour ses renseignements et observations, toutes les erreurs dans les développements qui suivent restant de l'unique responsabilité de l'auteur.

1 R Bonneau in Actes de la 6^e Conférence Judiciaire du Pacifique Sud (1965).

nombreux spécialistes des questions foncières, au premier rang desquels R. Calinaud en 1992², G Coppenrath en 2003³ ou encore C Vannier en 2009⁴.

Au moment où nous écrivons ces quelques lignes, la situation reste toujours aussi préoccupante à preuve les multiples et parfois violentes actions de revendications foncières qui font régulièrement la une de la presse polynésienne ou encore les laborieuses et inextricables sorties d'indivision toujours pendantes devant les juridictions locales.

Personne ne conteste que les conséquences mal maîtrisées de l'organisation de l'indivision en Polynésie française sont depuis bien longtemps source d'importantes difficultés, mais ce n'est pas pour autant une fatalité.

Champ privilégié d'études pluridisciplinaires, le droit foncier en Polynésie française offre un cadre qui se prête fort bien à l'analyse comparative. Ainsi prétendre cantonner l'étude de la 'question foncière' polynésienne dans sa seule composante juridique et locale, s'avérera un exercice d'une portée relativement limitée car parcellaire. C'est donc nécessairement dans un cadre d'analyse multiforme, 'catalyseur de questions théoriques'⁵ que nous devons placer les quelques observations qui suivent.

C'est sans surprise que l'on constatera alors que les multiples facettes de la question foncière mobilisent, toutes disciplines confondues et depuis bien longtemps, l'intérêt d'une grande partie de la communauté scientifique du Pacifique anglophone et francophone.

Ainsi sur le plan théorique, et pour ne s'en tenir qu'à la seule dimension juridique de la problématique qui a servi de fil conducteur aux différentes contributions de cet ouvrage, les travaux de R Crocombe, de S Farran et D Paterson ou encore d'A Angelo et de R Boast pour le Pacifique Sud anglophone⁶, font écho

-
- 2 Calinaud, R, La création des titres fonciers en Polynésie in Actes de la 9^e Conférence Judiciaire du Pacifique Sud, Papeete 21/24 Mai 1992 p 121. Notes sur l'indivision agraire en Polynésie; Papeete 1976 ;'Autonomie juridique et droit foncier' (1998) 4 Revue Juridique Polynésienne (HS) 201.
 - 3 G Coppenrath "La terre à Tahiti et dans les îles: Histoire de la réglementation foncière, Perspectives d'avenir" (Papeete: Haere po, 2003) p 7. L'auteur déplorait qu'il ne s'écoulait « pas de semaine à Papeete que ne soit évoqué ce qu'on appelle le 'problème foncier' ».
 - 4 Voir dans l'ouvrage, C Vannier "Les litiges fonciers à Tahiti: Examen critique des problèmes".
 - 5 O Pfersmann "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit" Revue internationale de droit comparé, Année 2001, Volume 53, Numéro 2 p 287.
 - 6 RG Crocombe (ed) *Land Tenure in the Pacific (rev)* (USP, Suva, 1987). S Farran and D Paterson *South Pacific Property Law* (Cavendish Publishing, Australia, 2004). A Angelo "South Pacific" in the *International Encyclopaedia of Private International Law* (Kluwer, 2010). Richard Boast

pour la Polynésie française, à ceux de R Brochet, R Cochin, J Roucaute, R Calinaud⁷. Plus récemment la 18^e Conférence Judiciaire du Pacifique qui s'est tenue à Papeete du 15 au 18 juin 2009, a retenu la question foncière comme thème central de ses réflexions⁸.

Une rapide synthèse de ces différentes études nous enseigne que la Polynésie française partage avec les autres petits Etats insulaires et territoires de la région du Pacifique Sud, non seulement un héritage colonial commun⁹, mais qu'elle se trouve aussi confrontée aux mêmes difficultés s'agissant d'organiser et d'assurer une bonne gestion de la propriété foncière¹⁰. Ils ont su y apporter des solutions novatrices dont la Polynésie française pourrait à bien des égards, utilement s'inspirer.

I LE DROIT FONCIER DANS LES PAYS DU PACIFIQUE SUD: UN DROIT RICHE MAIS EMPREINT DE COMPLEXITE

Conséquence de l'héritage colonial, le droit foncier aujourd'hui applicable dans les anciens territoires colonisés est, à des degrés divers, la résultante de strates normatives successives (droits coutumiers, droits importés, droits post-coloniaux) qui souvent s'entremêlent. Elles forment ainsi un ensemble de références aussi original que riche mais qui reste aussi la source de difficultés¹¹, la délicate tâche de la détermination du contenu et du champ d'application respectif de ces différentes normes (parfois concurrentes) incombant de plus bien souvent aux seuls tribunaux.

avec Richard Hill (eds) *Raupatu: The Confiscation of Maori Land* (Victoria University Press, Wellington, 2009).

- 7 R Brochet *L'introduction du droit civil et du droit pénal aux Iles Sous-le-Vent* (Thèse Droit, Paris 1956); Cochin, R *L'application du droit civil et du droit pénal français aux autochtones des Etablissements Français d'Outremer* (Thèse Droit, Paris 1949); J Roucaute, *La réglementation foncière dans les établissements français d'Outre-Mer de 1842 à nos jours* (1951 Papeete, dactylographié); R Calinaud "Les principes directeurs du droit foncier polynésien" (2001) 7 *Revue Juridique Polynésienne* 743.
- 8 Voir dans l'ouvrage les contributions respectives d'O Aimot et de R Clifton.
- 9 Voir notamment P De Deckker et J-Y Faberon (eds) *Custom and the Law* (Asia Pacific Press, Canberra, 2001), M Panoff, "Un demi-siècle de contorsions juridiques. Le régime foncier en Polynésie Française de 1842 à 1892" (1966) *Journal of Pacific History* 115; F Ravault "Land Problems in French Polynesia" (1982) 2 *Pacific Perspective* 31.
- 10 Naren Prasad "Régimes fonciers et développement économique dans le Pacifique in *Studies and Reports of the Section of Cultural Research and Management*" – No 9 / *Etudes et rapports de la Section de recherche culturelle et gestion* – No 9 <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001162/116284fo.pdf>>.
- 11 Naren Prasad, op cit; J Corrin "Customary Land in Solomon Islands: A Victim of Legal Pluralism", infra. De Deckker Paul (dir), *Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique* (Paris, UFP, L'Harmattan, 1995); RG Crocombe (ed), *Land Tenure in the Pacific (rev)*, (USP, Suva, 1987) R Crocombe et Meleisea Malama (ed) *Land Issues in the Pacific* (University of the South Pacific, 1994); J Corrin Care, T Newton Cain and D Paterson *Introduction to South Pacific Law* (Cavendish, London, 1999) 1-11 et 287 et s.

Les contributions dans cet ouvrage de J-F. Weber sur la reconnaissance du droit coutumier calédonien par la Cour de cassation¹², celle de M. McMurdo sur l'influence des plus hautes juridictions australiennes dans la reconnaissance des droits coutumiers fonciers¹³ ou encore d'A. Tamole sur le traitement des litiges fonciers à Wallis¹⁴ en sont de parfaites illustrations.

La logique coloniale dominante impliquait tant pour les colonisateurs français qu'anglais que l'on ne se préoccupât pas outre mesure de la question de l'adaptation théorique des systèmes juridiques importés aux systèmes coutumiers fonciers déjà en vigueur¹⁵.

Par un raccourci intellectuel aussi simplificateur que radical, les puissances coloniales du Pacifique postulant que les peuples autochtones ne connaissant pas les subtilités des lois coloniales importées, ils se trouvaient alors placés dans une position de faiblesse dans d'éventuelles négociations foncières avec les Européens. Partant britanniques et français en déduisaient que le meilleur des cadres protecteurs était d'interdire purement et simplement tous les transferts immobiliers¹⁶.

C'est ainsi que la Grande-Bretagne passée une première période de totale liberté des transactions immobilières, a rapidement prohibé dans les petits territoires du Pacifique sous son contrôle, les transferts immobiliers au profit des non-autochtones, au premier rang desquels on retrouve du reste les colons¹⁷.

De son côté, l'action de l'administration française dans les Etablissements français de l'Océanie¹⁸ a elle aussi, consisté pendant longtemps à très strictement encadrer les transactions immobilières.

Il suffira de citer ici à titre d'exemples :

12 Voir dans l'ouvrage JF Weber "La Cour de cassation française et le droit coutumier de Nouvelle Calédonie".

13 Voir dans l'ouvrage M McMurdo "Traditional Pacific Land Rights and International Law: Tensions and Evolution".

14 Voir dans l'ouvrage A Tamole "Traitement coutumier des problèmes fonciers à Wallis".

15 L'Allemagne, le Japon, les Etats-Unis ont aussi influencé le droit foncier applicable dans quelques Etats et territoires du Pacifique Sud, voir Y-L Sage "Emergence et Evolution du droit dans les Petits Etats Insulaires du Pacifique Sud Anglophone" RJP (2001) 24.

16 J Corrin Care, T Newton Cain, and D Paterson *Introduction to South Pacific Law* (Cavendish Publishing Limited, London, 1999) 287 et s.

17 Y-L Sage "Emergence et Evolution du droit dans les Petits Etats Insulaires du Pacifique Sud Anglophone", op cit 23-46.

18 Ci-après les EFO.

- 1) Les deux arrêtés gubernatoriaux des 26 janvier 1844 et 13 octobre 1845¹⁹, entérinés par la Convention de 1847 et par le législateur tahitien²⁰.
- 2) Les deux arrêtés (n° 40 et n° 46) du 15 octobre 1851 portant le premier, règlement sur les 'contrats entre les indigènes et les Européens'²¹ et le second organisant le service de l'enregistrement et du domaine colonial dans les E.F.O²². Ce dernier arrêté posait clairement le principe du contrôle par l'administration coloniale française des "ventes, locations ou donations d'immeubles entre indigènes et français ou indigènes et étrangers". Il réglementait tant sur la forme que sur le fond les modalités de ventes, locations ou donations de terrains et s'appuyait sur la loi XII du Code Tahitien de 1848, lequel interdisait aux tahitiens de vendre, louer ou donner sa terre ou sa maison à un Français ou à étranger.
- 3) Le décret du 4 juillet 1932²³, qui établit l'autorisation administrative de transfert immobilier, dans l'objectif déclaré de sauvegarder la propriété indigène.
- 4) Et enfin le décret du 25 juin 1934²⁴.

Avec un peu de recul et toutes polémiques idéologiques mises à part, cette politique de protection devait sans doute avoir dans les EFO, quelques fondements lorsqu'on constate avec R Calinaud que la constitution des grands domaines

19 Arrêté n° 61 fixant le mode de vente, donation ou location à long terme des terrains appartenant aux indigènes et de cession à des français ou étrangers. B.O. 1843-1847 pp. 58 à 63. En 1844 par les arrêtés n° 10 du 26 janvier et n° 33 du 1^{er} octobre (B.O. 1843-1847) les ventes et locations de terrains avaient été réglementées sans toutefois apporter les mêmes garanties que celles édictées par l'Arrêté n° 61 de 1845.

20 Convention du 5 août 1847 entre la Reine et le Commissaire du Roi des Français - art. 29: "Toutes les lois publiées en 1842 et qui n'ont pas été abrogées par celles de 1845, ou auxquelles ces dernières n'ont apporté aucune modification, continuent à être en vigueur ainsi que les décisions prises dans l'Assemblée du 8 janvier 1845 qui donne force de loi à tous les arrêtés pris par le Commissaire du Roi antérieurement à cette époque".

21 Arrêté n° 40 du 15 octobre 1851 B.O. 1850-1852 p 253. Il réglementait principalement les conditions de forme des contrats entre français ou étrangers et indigènes.

22 Titre II section II de l'arrêté n° 46 du 15 octobre 1851 sur l'organisation du service de l'enregistrement et du domaine colonial dans les EFO, BO 1851 p 235.

23 Décret du 4 juillet 1932 réglementant le transfert des propriétés immobilières dans les établissements français de l'Océanie abrogé par Décret du 25 juin 1934 relatif au transfert des propriétés immobilières dans les établissements français de l'Océanie (JO 28-06-1934 p 6429-6430).

24 Ibid.

agricoles des colons s'est faite 'dans une période de libéralisme, alors que les dispositions des deux arrêtés des 26 janvier 1844 et 13 octobre 1845 ont été rendues caduques par l'effet de la promulgation locale du code civil en 1874'²⁵.

II COUTUMES FONCIERES ET DROITS COUTUMIERS FONCIERS DANS LES ETATS ET TERRITOIRES DU PACIFIQUE SUD: UNE RECONNAISSANCE ET UNE PRISE EN COMPTE VARIABLES ET INEGALES

Si comme l'écrit Jean Carbonnier, 'il y a plus d'une définition dans la maison du droit'²⁶, il n'en demeure pas moins que sur le plan théorique qu'une distinction reste de mise entre les termes de « coutume » et « droit coutumier » puisqu'ils ne recouvrent pas les mêmes acceptions.

Pour notre propos, nous ne retiendrons seulement que les définitions respectives qu'en donne Jacques Vanderlinden²⁷, évitant ainsi de prendre part aux divergences théoriques qui opposent sur ces deux notions²⁸ les anthropologues du droit d'une part et les sociologues aux juristes d'autre part.

Selon cet auteur, la coutume représente 'les droits pré-coloniaux tels qu'ils continuent à être pratiqués par les populations » en marge des institutions formelles, le droit coutumier s'entendant quant à lui comme l'ensemble des règles qui régissent ce comportement, c'est-à-dire des 'droits pré-coloniaux reconnus par le législateur'.

Sur la base de cette distinction et si le droit coutumier foncier est encore présent à des degrés très divers dans chaque système juridique du Pacifique Sud y compris en Polynésie française, on lui a cependant assigné des valeurs normatives et des fonctions différentes.

Dans les petits Etats et territoires insulaires du Pacifique Sud anglophone, l'application de la doctrine dite de la 'reconnaissance des droits coutumiers aborigènes' a permis à la Common Law a permis de légitimer les droits des

25 R Calinaud "L'autorisation administrative de transfert immobilier" (1994) 1 Revue Juridique Polynésienne p 2.

26 Cité par C Chêne, Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité: Permanence d'un vieux débat? P 3. <www.courdecassation.fr/IMG/File/3-intervention_chene.pdf>.

27 J Vanderlinden (2005) "A la rencontre de quelques conceptions du pluralisme juridique" (2007) 7 Revue de la Common Law en Français 303.

28 Ni la très intéressante discussion sur la définition entre les définitions juridiques "formelles" et "substantielles" du droit, sur cette question voir Boaventura de Sousa-Santos, « Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », dans Droit et Sociétés, no 10, 1988. Voir également le numéro spécial « Définir le droit » de la revue Droits. Revue française de théorie juridique, 11, 1989.

premiers occupants d'une terre colonisée ainsi que l'existence des coutumes notamment foncières²⁹.

On remarque également que d'une manière générale, les termes 'coutumes' et 'lois coutumières' sont indifféremment utilisés dans les petits Etats et territoires insulaires du Pacifique sud anglophone et que leur champ d'application respectif reste inégalement reparti. Par exemple aux îles Solomon et au Vanuatu, il est fréquent de trouver une grande variété de coutumes qui diffèrent d'une communauté à l'autre, même au sein de la même île, alors qu'aux Samoa et au Tonga, nombre d'entre elles sont remarquablement similaires sur l'ensemble des territoires concernés³⁰.

De plus, dans les petits Etats et territoires insulaires du Pacifique Sud anglophone, la politique législative retenue tant par la Grande-Bretagne que par les gouvernements indépendants qui lui ont succédé, a eu pour résultat d'officialiser mais aussi de pérenniser les coutumes ou les usages fonciers³¹.

Pendant la période coloniale, les Britanniques ont le cas de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande mis à part³², généralement respecté les coutumes foncières dans les pays et territoires dont ils prenaient le contrôle³³ lesquels, exception faite de Tonga, ont lors de leur accession à l'indépendance expressément prévu, le plus souvent dans leurs constitutions³⁴, la place dorénavant conférée aux coutumes dans leurs nouvelles hiérarchie des normes. Dans certains cas, leur droit positif va même

-
- 29 Elizabeth Kingdon, and Gerard R Ward (eds) *Land, Custom and Practice in the South Pacific* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995). 'Doctrine of aboriginal titles'. Sur la "doctrine of aboriginal titles", voir notamment PM McHugh "Aboriginal Rights and Sovereignty: Commonwealth Developments" [1986] NZLJ 57.
- 30 Sur cette question voir J Corrin Care, T Newton Cain, and D Paterson, op cit. p 24-46. Y-L Sage, "Emergence et Evolution du droit dans les Petits Etats Insulaires du Pacifique Sud Anglophone" (2001) RJP 32.
- 31 Y-L Sage "Emergence et Evolution du droit dans les Petits Etats Insulaires du Pacifique Sud Anglophone" op cit.
- 32 R Lafargue *Le Traité de Waitangi: Le symbole et le droit de la fondation d'une colonie à la naissance d'une nation*, RJPIC, 1999, n° 2, p 218. *Wallis v Solicitor-General* (1903) NZPCC 23, 34; *Te Weehi v Regional Fisheries Officer* [1986] 1 NZLR 680 et *Re the London and Withaker Claims Act 1871*(1892) 2 NZCA 41.
- 33 Voir notamment Cook Islands Act 1945 (NZ), ss 421 et 422, aussi applicable à Niue jusqu'en 1946; *Giibert and Ellice Islands Order* 1915 (UK), cl VIII; *Laws Repeal and Adopting Ordinance* 1922-36 (Nauru), ss 9 and 40; *Tokelan Amendment Act* 1 967 (NZ), s 20 et pour les îles Solomon placées sous le régime du Protectorat par les autorités britanniques, il était impossible à ces dernières de se déclarer propriétaire du sol.
- 34 Voir par exemple, les constitutions des Samoa (Constitution of Samoa, art 141), des îles Solomon (Constitution of Solomon Islands, Sched 3, para 3) et du Vanuatu (Constitution of Vanuatu, art 95(3))

plus loin puisqu'il opère (sauf au royaume de Tonga³⁵) une totale assimilation de la coutume ou des lois coutumières à la loi et à la Common law³⁶ comme en témoignent les dispositions législatives du Kiribati³⁷, de Nauru³⁸, de Samoa, des îles Solomon³⁹, de Tuvalu⁴⁰ et de Vanuatu⁴¹.

Dans pareil contexte, et ce n'est pas l'un des moindres paradoxes de l'histoire coloniale du Pacifique Sud anglophone, les populations concernées acceptent aujourd'hui sans trop de réticence de reconnaître la Common Law comme formant leur "fond juridique commun et général"⁴².

Il reste qu'un système normatif reposant sur une multiplicité de règles (coutumières, importées, étatiques) porte le ferment d'une insécurité juridique que l'on cherchera à minimiser⁴³.

Si les moyens que prend la sécurisation du droit foncier dans le Pacifique Sud anglophone varient considérablement, tous obéissent néanmoins à une logique et à une finalité communes : Il s'agit, pour paraphraser le titre d'un des derniers ouvrages collectifs de R Calinaud⁴⁴ (mais en retenant toutefois un ordre différent) de réconcilier pratiques coutumières d'une part et d'autre part légitimité et légalité.

La situation reste cependant bien différente s'agissant de la Polynésie française où l'écueil majeur rencontré ne se ramène pas à la détermination de l'existence ou non d'un droit coutumier foncier polynésien lequel comme l'observe R Calinaud⁴⁵

35 J Corrin Care, T Newton Cain and D Paterson, op cit p 25-28.

36 Aux Cook, le Cook Islands Act 1915 (NZ) ss 421, 422 précise que l'existence d'un titre de propriété sur une terre coutumière, doit être établie selon les usages et coutumes des habitants des Cook.

37 Laws of Kiribati Act 1989, s 5.

38 Custom and Adopted Laws Act 1971, s 3.

39 Pour les Samoa et les Iles Solomon voir note 35 supra.

40 Laws of Tuvalu Act 1987, s 5.

41 J Corrin Care, T Newton Cain and D Paterson, op cit p 28.

42 G Powles "The Common Law as a source of Law in the South Pacific: Experiences in Western Polynesia" (1988) 10 University of Hawai'i Law Review 105. J Corrin "Customary Land and the Language of the Common Law" (2008) 37 Common Law World Review 305.

43 Voir dans l'ouvrage Y-L Sage "Litiges fonciers dans les petits Etats Insulaires du Pacifique anglophone: Aperçu des principaux modes de résolution en vigueur et de l'influence de la coutume".

44 R Calinaud "Le foncier en Polynésie française – Comment réconcilier pratiques, légalité et légitimité?" Sous la direction de T Bambridge, Editions Univers Polynésiens – AJPF 2009.

45 R Calinaud "Les principes directeurs du droit foncier polynésien" (2001) 7 Revue Juridique Polynésienne 743-744.

ne fait pas véritablement débat. La difficulté apparaît véritablement lorsque l'on veut en déterminer son contenu puisqu'en 'Polynésie Française, les coutumes foncières, phénomène évolutif, n'ont pas été codifiées ni même recensées précisément et leur contenu supposé demeure incertain et nébuleux'⁴⁶.

A cela s'ajoute qu'en Polynésie française, la notion de droit coutumier est encore très souvent utilisée (quelquefois volontairement) de manière très ambiguë car elle tend à opérer indistinctement un amalgame entre ce qui relève du domaine de la coutume et du droit coutumier à proprement parler, de telle sorte que 'la coutume est aujourd'hui une sorte de nébuleuse mythique. On y réfère, parce qu'on pense vaguement qu'elle fait partie du patrimoine mais sans savoir ce qu'elle disait, en l'entremêlant de citations bibliques et en fonction d'intérêts personnels immédiats'.⁴⁷

R Calinaud avait toutefois réussi en dépit de ces incertitudes, à 'dégager quelques grands traits caractéristiques de la propriété foncière traditionnelle' indiquant que 'les îles étaient divisées en lots de terres dont chacune appartenait à une lignée familiale'. Il ajoutait 'ce que nous appelons le droit de propriété, procédait de l'appartenance à une généalogie, rattachée à un ancêtre fondateur du *marae* ou géniteur du *'Ati*. Un corollaire qui est extrêmement important, était que ce droit de propriété se transmettait quasi exclusivement dans la lignée familiale. Son expropriation par fait de guerre pouvait se produire, la donation était possible dans certains cas, par contre la vente d'un terrain ou son appropriation par prescription était impossible. Par ailleurs, l'usage de la propriété familiale était régi par deux traits principaux. D'une part, celui que l'on distinguait en fait entre le droit de principe au titre de propriété, et la faculté pratique de cultiver et habiter un terrain, les deux pouvant être dissociés. D'autre part, celui que cette exploitation était organisée d'une façon hiérarchisée. En bref, c'étaient les aînés et les anciens qui la dirigeaient, non pour eux-mêmes mais pour le compte de la lignée'⁴⁸.

Le droit coutumier foncier polynésien considéré en tant que l'ensemble de 'droits pré-coloniaux reconnus par le législateur' n'est quant à lui, apparu que tardivement.

46 Ibid p 742.

47 Calinaud – Domingo-Neti "Droit coutumier et coutume dans la jurisprudence en Polynésie" in *Coutume autochtone et évolution du droit dans les territoires français du Pacifique*, Nouméa 1994; l'Harmattan Paris 1995, p 162. Voir également des mêmes auteurs "Customary law and custom in Polynesian jurisprudence" R Calinaud and C Domingo-Neti. P De Deckker et J-Y Faberon (eds) *Custom and the Law* (Asia Pacific Press, Canberra, 2001).

48 Ibid, p 743-744.

En effet, les premiers recueils de dispositions légales tahitiennes, à commencer par celui de 1819⁴⁹ puis ceux de 1824, 1826, 1829, 1834 et 1838, ne font pas mention de règles spécifiques relatives au droit foncier. Il en va de même aux îles Sous-le-Vent où le Code '*E Ture No Raiatea e no Tahaa e no Porapora e no Maupiti*' (le 'Code Tamatoa') du 11 Mai 1820⁵⁰ comme son successeur promulgué en 1823⁵¹, ne contenaient aucune règle relative à l'organisation du régime foncier.

En fait, il faudra attendre l'article X du Code Pomare en 1842⁵² interdisant les cessions des terres d'apanage (les terres '*fariihau*') et ensuite les lois XII et XIII du 13 octobre 1845, reprises par la suite (sous une numérotation identique) dans le code Pomare de 1848 pour que l'on puisse véritablement parler de droit coutumier foncier à Tahiti et ses dépendances.

Se pose alors pour la Polynésie française, la question centrale du maintien de l'existence de ce droit coutumier foncier une fois le Code civil promulgué dans les Etablissements de l'Océanie par le décret du 18 août 1868⁵³, lequel ayant seulement été publié par arrêté du 27 mars 1874⁵⁴.

Une règle de droit public, posée dès la fin du 19^e siècle par la Cour de Cassation, fait que les lois d'un pays annexé continuent à y être appliquées tant que les lois du pays annexant n'y ont pas été promulguées.

-
- 49 L-J Bouge "Première législation tahitienne, le code Pomare 1819: Historique et traduction" in Journal de la Société des Océanistes, Tome 8, 1952, pp 5-26. Improprement appelé 'le code Pomare de 1819', c'est en fait un code missionnaire imposé par les premiers colonisateurs, les pasteurs de la London Missionary Society Sur l'action des missionnaires de la LMS, voir notamment CW Newbury *The Administration of French Oceania 1842-1906* (PhD Thesis, Australian National University 1956). Morenhout, op cit p 425; Panoff, op cit p 17.
- 50 Aussi appelé "*Tamatoa e te hua Arii no Raiatea*". Archives Territoriales de la Polynésie Française, ATPF 3543, B/4/44/341.
- 51 Rédigé par les missionnaires et promulgué par la reine de Huahine, Teri'itaria fille de Tamatoa roi des îles-sous-le-vent et belle-sœur et concubine de Pomare et qui forme le premier véritable code de lois de l'île de Huahine. C Raybaud, Commentaires sur le premier code des lois de Huahine: *E Ture No Huahine (1822-1823)* (2001) 32 VUWLR, p 767-803.
- 52 Code Pomare de 1842, BA, BR, 8, 60, p 227, Archives de la Polynésie française (APF). Sur les codes missionnaires antérieurs voir B Gille, Histoire des Institutions publiques à Tahiti du XVIII^e siècle à nos jours, CRDP.
- 53 Après quelques tentatives en 1866 et 1868, voir la loi du 28 mars 1866; Loi du 28 mars 1866 sur l'organisation judiciaire tahitienne – BO 1866 n° 4 p. 40.
- 54 Arrêté du 27 mars 1874 (BO des EFO de 1874 n° 3 p 141) portant promulgation des codes, lois, décrets, ordonnances, arrêtés, décisions et avis du Conseil d'Etat dont les dates et les titres sont cités (suivis d'une liste des arrêtés locaux portant promulgation des lois dans les Etablissements depuis avril 1845 jusqu'en mars 1870).

Dans les EFO, ce principe a sans doute prévalu. On citera à l'appui de cette thèse les dispositions de l'article 2 de l'arrêté du 27 mars 1874 qui prend soin de préciser que 'sont et demeurent exécutoires les lois, décrets, ordonnances, arrêtés, décisions en vigueur dans la colonie en tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions des lois, ordonnances et décrets qui précèdent'.

Il demeure néanmoins que la promulgation du Code civil, puissant instrument d'uniformisation juridique⁵⁵, alliée à la délivrance de *'tomite'*⁵⁶, ont eu pour effet mécanique d'amenuiser singulièrement le droit coutumier foncier polynésien mettant ainsi un terme à l'application des dispositions du dernier Code Pomare, seul fondement juridique concurrent du droit français⁵⁷.

Si une exception avait été aménagée pour les litiges fonciers qui de principe restaient encore soumis aux usages et aux lois tahitiennes, leur champ d'application s'est trouvé toutefois limité aux seules actions fondées sur des droits acquis postérieurement à la publication de l'ordonnance du 14 décembre 1865⁵⁸. Sa disparition était donc inexorablement programmée.

Une autre conséquence de la promulgation du Code civil associée aux procédures (mêmes imparfaites) d'enregistrement des terres, doit être observé. On peut en effet soutenir que ce double phénomène a certainement été à l'origine d'un réel mouvement d'émancipation économique et sociale dont devait bénéficier l'immense majorité de la population des Etablissements d'Océanie en ce qu'il leur a permis de non seulement accéder à la propriété foncière mais aussi de s'affranchir de dispositions coutumières dont la principale raison d'être avant la promulgation du Code civil, était de perpétuer le pouvoir d'une classe dominante⁵⁹.

55 N Roulland *l'Etat Français et le Pluralisme* (Ed, Odile Jacob, 1995) 332/333.

56 Premiers titres de propriété délivrés en vertu de la loi tahitienne du 24 mars 1852 et du décret du 24 août 1887.

57 F Ravault "L'Origine de la Propriété foncière des Iles de la Société (Polynésie Française): Essai d'interprétation géographique" in Cah ORSTOM, sér Sc hum, vol IX, n 11-1, 1972; 21-24. VanderLinden, J "Le juriste et la coutume un couple impossible?" Actes du Cinquantenaire du Actes du Cemuba (Cemubac, Bruxelles, 1988) 249.

58 Ordonnance du 14 décembre 1865 BO 1865 n° 12 p 22: art 1 et 2 – Loi du 28 mars 1866 art 1 et 2 – L'arrêté du 27 décembre 1865 portant organisation du service judiciaire dans les États du Protectorat prévoyait également dans son article 3 al 5: "Toutefois, les contestations entre les indigènes des États du Protectorat relative à la propriété des terres, seront soumises à la juridiction spéciale maintenue par l'ordonnance de la Reine en date du 14 décembre 1865". Voir notamment: Tribunal Supérieur de Papeete, 27/10/1898 Établissements Français de l'Océanie c. Hérité Pomaré IV et les mineurs Pomaré V. Tribunal civil de Première Instance de Papeete, 5/09/1979, n° 1454-813, aff Fuller/Monsieur le Haut Commissaire de la République.

59 Les nobles (*ari'i ou ra'atira*) sur le peuple (*manahune*) E de Bovis *Etat de la société tahitienne à l'arrivée des Européens* (Ed, Société des études océaniques, Papeete, 1978) 59.

A cela s'ajoute, même si le phénomène est relativement récent, qu'il est aujourd'hui indéniable que la problématique du foncier en Polynésie française s'inscrit aussi dans un large mouvement de reconnaissance identitaire et culturelle, les dispositions du statut d'autonomie de la Polynésie française de 2004 officialisant cet 'enchâssement social des droits et politiques publiques'⁶⁰. Il est désormais possible pour les autorités locales polynésiennes 'dans le but de préserver l'appartenance de la propriété foncière au patrimoine culturel de la population de la Polynésie française et l'identité de celle-ci, et de sauvegarder ou de mettre en valeur les espaces naturels ..' d'exercer un droit de préemption sur les propriétés foncières ou les droits sociaux qui y sont attachés⁶¹. Dans la même logique, la création d'un collège d'experts fonciers qui '...peut être consulté par le Président de la Polynésie française, le président de l'assemblée de la Polynésie française ou le haut-commissaire de la République sur toute question relative à la propriété foncière en Polynésie française...' porte la marque d'une volonté clairement affichée de conférer un régime différencié applicable aux terres en Polynésie française par rapport aux règles du droit français⁶².

Ce nouveau cadre conceptuel et théorique se rapproche de ce que l'on observe aussi dans les nouveaux Etats indépendants du Pacifique Sud⁶³. Il offre ainsi une grille d'analyse novatrice des conventions internationales sur les Droits de l'Homme ou des règles du droit international public y compris en matière de protection de l'environnement⁶⁴ comme l'illustrent les contributions respectives d'A Randerson⁶⁵, de R Boast et L Black⁶⁶ pour la Nouvelle-Zélande, de M McMuro pour l'Australie⁶⁷ ou encore celle de J-F Desramé pour la Nouvelle-Calédonie⁶⁸.

60 Expression empruntée au titre du colloque international 'Les frontières de la question foncière' organisé à Montpellier par l'ENSAM-INRA les 17, 18, 19 mai 2006.

61 Art 19 de la loi organique 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JOPF du 12 mars 2004, n° 2 NS, page 102.

62 Art 58, ibidem et Délibération n° 2009-61 APF du 18 août 2009 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du collège d'experts en matière foncière et modifiant la délibération n° 99-56 APF du 22 avril 1999 relative aux experts judiciaires.

63 S Farran "Land as a Fundamental Right: A Cautionary Tale" (2009) 40 VUWLR 387.

64 Sur cette question en general voir J Corrin "From Horizontal and Vertical to Lateral: Extending the Effect of Human Rights in Post Colonial Legal Systems of the South Pacific" (2009) 58 (1) International and Comparative Law Quarterly 31-71.

65 Voir dans l'ouvrage A Randerson "The Effect of Human Rights on Traditional Land Rights: The New Zealand Experience".

66 Voir dans l'ouvrage R Boast et Black "The Native Land Court and the Ten Owner Rule in Hawke's Bay, 1866-1873: An Analysis".

67 Voir dans l'ouvrage M McMurdo "Traditional Pacific Land Rights and International Law: Tensions and Evolution".

Il ne fait pas de doute que la Polynésie française s'inscrit elle dans une logique similaire puisque la mise en œuvre des compétences qui lui sont dévolues en matière de droit de propriété par le statut d'autonomie de 2004 doit notamment être elle aussi, conforme aux dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

Partant l'entreprise qui consisterait à vouloir faire revivre aujourd'hui en Polynésie française les très rares règles coutumières foncières qui ont pu être codifiées, manquerait singulièrement de pertinence en ce qu'elle marquerait un net recul des libertés fondamentales de nombre de polynésiens de souche ou d'adoption notamment en ce qu'elle s'analyserait comme une atteinte au droit de propriété et à son corollaire la liberté de disposer d'un bien.

V *QUELQUES SUGGESTIONS COMPARATISTES POUR L'ELABORATION EN POLYNÉSIE FRANÇAISE D'UN DROIT FONCIER ORIGINAL*

Le régime foncier en vigueur en Polynésie française n'est pas condamné à uniquement suivre les règles posées par le Code civil. En fait on notera sous réserve de satisfaire à un préalable que les instruments d'une future adaptation de ce droit pour qu'il réponde aux aspirations de la population polynésienne existent d'ores et déjà. D'autres pourront s'inspirer des mesures mises en œuvre par les petits Etats et territoires insulaires du Pacifique Sud anglophone pour, le cas échéant, envisager leur transposition en Polynésie française.

A *La Nécessaire Réconciliation de la Population avec les Règles du Code Civil Préalable au Succès des Réformes du droit Foncier en Polynésie Française*

Il est parfois de bon ton chez la majorité de ceux qui militent pour un droit foncier original, d'accuser le Code civil soit par méconnaissance soit par simple calcul purement démagogique, d'être à l'origine de toutes les difficultés rencontrées ou pire encore d'un vaste mouvement de dépossession des terres⁶⁹. Or, la réalité est nettement plus contrastée surtout si l'on veut bien se souvenir que le mouvement

68 Voir dans l'ouvrage J-F Desramé, *La Nouvelle-Calédonie face aux exigences du droit de l'environnement: un lagon inscrit au patrimoine mondial de l'UNESCO, une industrie minière en plein développement*.

69 C Vannier "Les litiges fonciers à Tahiti: Examen critique des problèmes" *infra*. Spoliation foncière aux Iles Marquises, Tahiti Pacifique, avril 2011, 15-18.

d'incorporation des règles du Code civil dans le droit applicable s'est faite à la demande des autorités tahitiennes lors du Protectorat⁷⁰.

Dans ces circonstances, il faut admettre que le Code civil fait partie de l'héritage juridique commun dont peut se prévaloir aujourd'hui la Polynésie française. Il conviendra donc par rigueur intellectuelle, mais aussi par souci d'efficacité, d'en tenir compte avant d'entreprendre une quelconque réforme de l'édifice juridique des règles foncières applicables en Polynésie française à commencer par l'adaptation aux spécificités de la Polynésie française des dispositions du Livre II du Code civil⁷¹, notamment celles applicables aux successions vacantes⁷² (qui sont la source d'importants contentieux).

Volet incontournable d'une politique de bonne gouvernance foncière, les autorités locales seraient sans doute bien inspirées, à l'instar des rapports qui existent entre la Common law et les règles du droit foncier dans les petits Etats et territoires insulaires du Pacifique Sud anglophone, d'initier un mouvement de réconciliation de la population polynésienne avec les dispositions du Code civil notamment celles relatives à la gestion de l'indivision.

S'inspirant de l'expérience de ses voisins anglophones en matière d'information des justiciables sur les rapports qu'entretient la Common law avec la coutume foncière, une des clefs du succès de l'entreprise en Polynésie française pourrait s'organiser autour de la mise à disposition à titre d'information auprès des usagers d'une traduction (certifiée) en langue tahitienne⁷³ des quelques dispositions légales susceptibles d'être mises en œuvre en matière foncière.

Seraient ici principalement concernées les règles du Code civil relatives au partage, à la manière dont on acquiert la propriété, aux règles de prescription,

70 Ordonnance du 14.12.1865 portant réorganisation du service judiciaire tahitien (ratifiée par une loi de l'Assemblée Législative tahitienne du 28 mars 1866; Loi du 28 mars 1866 sur l'organisation judiciaire tahitienne – BO 1866 p 40).

71 Chapitre I, 'Des immeubles'; Chapitre II, 'Des meubles'; Chapitre II 'Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent'. Domaine de compétence de la Polynésie française.

72 Les articles nouveaux 809 à 811-3 du code civil ne sont pas applicables en Polynésie française, mais les dispositions antérieures à 2004 qui n'ont que valeur réglementaire continuent à s'appliquer.

73 M Debene "Les langues de Polynésie française et la Constitution. Liberté, égalité, identité" in *Droit et langue – Essais comparatistes – Law and Language – Comparative studies*, CLJP-RJP Hors série XIII (2011), Mamari Stephens (Ed).

accompagnées d'une traduction des dispositions du code de procédure civile qui intéresseraient leurs mises en œuvre respectives⁷⁴.

Sur le plan pratique, la tâche est loin d'être insurmontable compte tenu du nombre de sommes toutes limitées, des dispositions concernées et on peut légitimement augurer que les justiciables dûment renseignés pourront alors engager un dialogue éclairé et dépassionné avec les professionnels du droit ou avec ceux qui font profession de s'entremettre dans les affaires foncières.

Corollaire naturel de cette initiative, un projet plus ambitieux serait de s'atteler à la rédaction de ce qui pourrait former à terme un véritable 'Code foncier polynésien', dont l'élaboration relève là encore du domaine de compétence statutaire du Pays.

B Assurer une Meilleure Sécurisation de Titres Fonciers

Comme le souligne J. Corrin⁷⁵, l'existence dans le Pacifique Sud de titres fonciers stables conditionne non seulement l'instauration et le maintien de la démocratie, mais une cohésion sociale, condition préalable à tout développement économique durable dans cette région du monde⁷⁶. La Polynésie française n'échappe pas à cette incontournable réalité.

Cette sécurisation repose sur deux conditions nécessaires et suffisantes : L'instauration d'un mécanisme fiable d'individualisation et de titrisation des droits fonciers d'une part et une meilleure sécurisation des titres fonciers d'autre part.

1) S'agissant de l'individualisation et de la titrisation des droits fonciers, plusieurs modèles sont apparus depuis le 19^e siècle ou au début 20^e siècle. Deux techniques ont prévalu dans le Pacifique Sud, répondant à des objectifs spécifiques fruits du contexte initial de la colonisation: le système de la publicité foncière, instauré dans les pays qui ont connu la colonisation française et le système de l'immatriculation fortement influencé par la colonisation britannique.

On peut donc alors que les Etats et territoires insulaires du Pacifique anglophone ont tous opté pour le système de l'enregistrement des titres fonciers, s'interroger dans une logique comparatiste, sur le bien-fondé du maintien du

74 Ces traductions pourraient être disponibles gratuitement auprès des services publics territoriaux, des mairies et accessibles en ligne sur le site web du service de la Direction des Affaires foncières.

75 Voir dans l'ouvrage J Corrin "Customary Land in Solomon Islands: A Victim of Legal Pluralism".

76 L'exemple de Fidji illustre le propos, John Crosetto "The Heart of Fiji's Land Tenure Conflict: the law of tradition and Vakavanua, the customary 'way of the land'" (2005) 14 Pacific Rim Law and Policy Journal 71.

système de la publicité foncière (domaine de compétence territoriale) qui est en vigueur en Polynésie française.

Comme le souligne R Calinaud, l'idée de recenser les terres en Polynésie est ancienne puisqu'on en trouve trace dès 1826, mais sa mise en oeuvre de fait s'est étalée dans le temps, les premières inscriptions étant opérées dans la période 1852-1856 mais sur quelques districts seulement, et les dernières dans les années 1930 – 1932⁷⁷. Les modalités de mise en oeuvre de ces opérations ont depuis longtemps cristallisé nombre de critiques et fondent encore aujourd'hui nombre de récriminations de beaucoup de plaideurs en matière foncière.

A titre de comparaison aux îles Cook, aux Fidji, au Kiribati, à Nauru, à Tuvalu, les terres coutumières furent durant toute la période coloniale systématiquement enregistrées⁷⁸. Ce fut un long et coûteux processus étalé sur plusieurs décennies qui présupposait que les terres aient été correctement cadastrées.

On s'aperçoit maintenant avec le recul que, comme dans les EFO, des erreurs ont été commises et que les chefs coutumiers considèrent encore aujourd'hui que l'enregistrement des terres interfère à la fois avec les modes traditionnelles d'utilisation des terres coutumières mais aussi avec l'autorité du chef, deux éléments fondamentaux de la coutume foncière. Ainsi aux Samoa, aux Solomon et au Vanuatu, s'il est toujours possible d'enregistrer volontairement une terre coutumière, leur enregistrement systématique n'a pas été entrepris. On ne l'exigera que lorsque la terre coutumière fera l'objet d'un bail ou d'une exploitation commerciale.

On observera que si le système 'Torrens' tout comme celui de l'immatriculation auraient pu être retenus par le colonisateur français en 1880 par application de la théorie du domaine éminent, c'est cependant le système de la publicité foncière français (qui est en vigueur en Polynésie française) qui lui a été préféré. Système à la fois personnel et réel, il répond d'abord à un objectif fiscal puisqu'il fournira sur la base du cadastre, les informations sur les propriétés (lieu, identité des propriétaires, leur usage et leur valeur).

Cependant et c'est le défaut majeur de la publicité foncière, dès lors que le bornage n'est pas obligatoire, l'inscription au cadastre n'est pas en soi un titre de propriété⁷⁹; l'inscription peut alors être facilement remise en cause par un

77 R Calinaud "Les principes directeurs du droit foncier polynésien" op cit 744.

78 J Corrin Care, T Newton Cain and D Paterson "Introduction to South Pacific Law" op cit p 250-251.

79 Seuls les propriétaires apparents sont pris en compte.

revendiquant. Il appartiendra à ceux qui veulent faire valoir leurs droits de propriété de se conformer aux règles de droit commun, posées par le Code civil, dont la prescription acquisitive.

L'effet limité du système de la publicité foncière dans le mode de création des titres de propriété conduit par ailleurs à s'interroger sur le bien-fondé de la création en Polynésie française à l'instar de l'Établissement public foncier de Corse⁸⁰, d'un établissement public territorial polynésien dont l'objet serait de reconstituer les titres de propriété. Deux réserves majeures peuvent être avancées contre cette initiative.

Tout d'abord si l'une des missions du GIRTEC est de prendre financièrement en charge à la place des héritiers, les frais les plus lourds nécessités par la reconstitution des titres de propriété (généalogistes et les géomètres), on imagine difficilement que la Polynésie française ait une capacité de financement suffisante pour accepter la création de pareille structure et ce d'autant plus qu'elle concurrencerait le travail de la Direction des Affaires foncières. Ensuite, le GIRTEC ne peut pas être saisi par les particuliers et il n'établit pas les titres de propriété de telle sorte que le problème de la titrisation demeure entier. Ainsi son introduction en Polynésie française risque fort de se limiter à un rôle de généalogiste agréé et subventionné.

Le système de l'*Act Torrens*, instauré au 19^e siècle en Australie du Sud par Sir Robert Torrens⁸¹ puis transposé dans nombre d'Etats et de territoires du Pacifique anglophone (dont la Nouvelle-Zélande)⁸², repose quant à lui sur un système relativement simple d'immatriculation des terres ou d'enregistrement des titres dans un contexte initial de colonisation où la Couronne britannique considère à l'origine qu'il est propriétaire de l'ensemble des terres⁸³. Dans le système 'Torrens', seuls les droits des propriétés immatriculés sont garantis, l'inscription au Registre Foncier ayant une force probante absolue. En pratique, il appartient à la personne qui requiert l'immatriculation⁸⁴ de faire établir par des géomètres à la fois un procès-verbal de bornage et un plan à la même échelle que le plan cadastral.

80 Groupement d'intérêt public pour la reconstitution des titres de propriété en Corse (GIRTEC) créé par la loi du 23 juin 2006 relative aux successions et aux libéralités.

81 Real Property (or Torrens) Act (Act 15 of 1857-58).

82 DE Paterson "Some Thoughts About Customary Land" (2001) 5 Journal of South Pacific Law. J Corrin Care "Wisdom and Worthy Customs: Customary Law in the South Pacific" (2002) 80 Reform, pp 31-36. Voir dans l'ouvrage Ruiping Ye "Torrens and Customary Land Tenure".

83 S Farran, and P Paterson *South Pacific Property Law* (Cavendish, London, 2004).

84 En fait chaque fois que l'on veut établir ou modifier des limites de propriété.

Le système de l'immatriculation foncière qui pourrait présenter un intérêt pour la Polynésie française, est très proche du système 'Torrens', en ce qu'il s'articule autour d'un régime d'immatriculation des terres.

Système essentiellement juridique, il ne garantit que les droits des propriétés immatriculées et constitue une preuve absolue des droits de la personne qui l'a requise, L'immatriculation est facultative mais une fois opérée, elle est restée définitive. En pratique, elle correspond à la publication sur les livres fonciers, à un compte ouvert pour chaque immeuble, des droits de propriété et de tous les autres droits réels qui s'y rapportent ainsi que des modifications de ces mêmes droits.

La procédure d'immatriculation est caractérisée par de nombreuses étapes assurées par l'administration dont une enquête de constatation des droits qui tend à révéler ceux qui peuvent affecter l'immeuble, y compris les droits coutumiers, et un bornage obligatoire.

A la différence du système 'Torrens', le système de l'immatriculation foncière où l'administration prend en charge la réalisation de l'ensemble des opérations de bornage et d'enquête de constatation et présente l'avantage de protéger l'ensemble des droits réels immobiliers (y compris les droits coutumiers dans les pays où ils sont en vigueur). Son introduction en Polynésie française devrait sans doute être précédée de la mise en place à la conservation des hypothèques, d'un fichier réid en remplacement ou en complément du fichier personnel déjà existant.

2) L'obligation de sécurisation des titres fonciers, corollaire naturel de la condition de la titrisation, devrait être satisfaite en Polynésie française par une application systématique des règles du code civil relatives à l'usucapion (trentenaire ou décennale⁸⁵), mécanisme d'accession à la propriété qui n'est pas sans rappeler celle du '*aitau*' ('acquérir par prescription' en tahitien⁸⁶) en vigueur dans les usages coutumiers avant l'application du code civil.

A ce propos C Vannier, souligne que si la 'prescription acquisitive est largement critiquée' elle ajoute que 'pourtant, elle est fondamentale. Outre le fait qu'elle est l'unique moyen d'acquérir la propriété dans les îles où la procédure de revendication des terres n'a pas eu lieu (Rurutu, Rimatara par exemple), elle permet aussi à des descendants ne pouvant démontrer qu'ils sont les ayants droit du

85 Voir articles 2258 et 2272 du Code civil. Tout aussi important est que les juridictions veillent à ce qu'il n'y ait pas de renversement de la charge de la preuve de l'occupation de mauvaise foi, laquelle conformément à l'article 2274 du Code civil incombe toujours à celui qui l'allègue.

86 Y Lemaitre *Lexique du tahitien contemporain* (Editions de l'ORSTOM, Institut français de recherches scientifique pour le développement en coopération, Paris, 1995) 29.

revendiquant de rapporter la preuve qu'ils ont toujours occupé la terre en qualité de propriétaire pendant plus de trente ans⁸⁷.

Par ailleurs, la sécurisation des titres fonciers passe autant par l'obtention aussi rapide que possible de décisions de justice que par une prompt exécution des mesures d'expulsion qui les accompagnent généralement. On constate en effet que dans ce domaine, les considérations de l'administration d'Etat pour octroyer le concours de la puissance publique sont bien souvent en total décalage avec les attentes des usagers du droit dont la patience a d'ores et déjà été bien éprouvée par un long parcours judiciaire.

C La Mise en Place d'institutions et de Juridictions Spécialisées en Matière Foncière Dotées de Véritables Pouvoirs Décisionnaires

Toujours dans la seule perspective comparatiste, on notera que le collège d'experts en matière foncière et le tribunal foncier, tous deux prévus par la loi statutaire de 2004⁸⁸ devraient à terme s'acquitter en Polynésie française de tâches qui seront à bien des égards, semblables à celles dévolues aux différentes formes de juridictions foncières dans les Etats et territoires anglophones du Pacifique ('Land Tribunal' or 'Customary Land Tribunal') et de 'commissions' ('Law Commission')⁸⁹.

On peut cependant augurer que ces deux institutions vont être en Polynésie française certainement confrontées aux mêmes difficultés que celles rencontrées par leurs équivalents dans le Pacifique anglophone, telles que la question du recrutement de ses membres et de leur formation⁹⁰ (par exemple la maîtrise de la langue tahitienne sera-t-elle un prérequis obligatoire?⁹¹) et de leur indépendance.

S'agissant plus particulièrement du tribunal foncier, il conviendra aussi de déterminer avec précision l'étendue des pouvoirs juridictionnels qui lui seront attribués, pouvoirs sans lesquels il risque fort de n'être qu'une mauvaise copie de la

87 C Vannier, Les litiges fonciers à Tahiti: Examen critique des problèmes, op cit.

88 Article 58 de la loi organique 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et délibération n° 2009-61 APF du 18 août 2009 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement du collège d'experts en matière foncière et modifiant la délibération n° 99-56 APF du 22 avril 1999 relative aux experts judiciaires. Pour le tribunal foncier, voir article 17 de la loi organique 2004-193 du 27 février 2004 complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française.

89 Voir dans l'ouvrage A Angelo and Y-L Sage "Principaux modes de résolution des litiges fonciers dans les petits Etats Insulaires du Pacifique anglophone".

90 Voir à ce propos dans l'ouvrage Miguel S Demapan "Training of Judicial Administrators in the Pacific" et celui R Mondonniex et K Lequeux "Formation des greffiers dans les collectivités françaises du Pacifique".

91 Voir dans l'ouvrage B Robertson "Judicial Independence in the Pacific".

Commission de Conciliation Obligatoire en Matière Foncière⁹², institution dont on peut par ailleurs, d'ores et déjà contester l'utilité réelle. Il suffira ici de rappeler qu'elle est improprement qualifiée 'd'obligatoire' alors que les parties peuvent non seulement renoncer expressément au bénéfice de la procédure qu'elle organise⁹³ mais que de surcroît la juridiction de droit commun saisie se verra contrainte de statuer, sans possibilité de renvoi devant la CCOMF, lorsqu'elle constate qu'aucune conciliation n'est possible⁹⁴.

En fait, le principal objet de cette commission semble se ramener à soulager les audiences des juridictions civiles, opération qui se fait inmanquablement au détriment de l'encombrement du rôle d'audience de la Commission elle-même et qui aboutit à rallonger inutilement les délais de procédures foncières ajoutant ainsi à la frustration des plaideurs.

Une autre piste de réflexion prometteuse permettrait de faire l'économie de modifier ou d'adapter le Code de l'organisation judiciaire français pour conférer des pouvoirs juridictionnels au futur tribunal foncier. Il s'agirait d'envisager la création d'un tribunal arbitral foncier, institution qui pourrait être mise en place par le biais d'un aménagement relativement simple des dispositions du livre VII (articles 967 et suivants) du Code de procédure civile de la Polynésie française.

D L'introduction dans le Droit Foncier Polynésien de Nouveau mode de Gestion de l'indivision: l'exemple de l'institution du 'Trust'

Par ailleurs, l'étude des modes d'administration de l'indivision dans les Pays et territoires anglophones du Pacifique révèle le recours régulier à la constitution de 'trust'⁹⁵, dispositif de participation mieux adapté à la gestion foncière traditionnelle.

Institution caractéristique de la Common law, ce mécanisme fiduciaire s'est imposé en droit anglais comme l'outil privilégié permettant de concilier libre

92 Loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant dispositions diverses relatives à l'outre-mer (JOPF 8 août 1996 p. 1353). R Calinaud, Un organisme "sui generis" propre à la Polynésie française: La commission de conciliation obligatoire en matière foncière" (2004) 10 RJP 477.

93 Les dispositions de la loi du 5 juillet 1996 ne sont pas d'ordre public.

94 Au demeurant, le seul fait d'engager directement une procédure devant une juridiction démontre si besoin est, l'existence *ab initio* d'une très forte présomption que les chances d'une conciliation sont d'ores et déjà bien minces...

95 Sur la notion de 'trust', voir notamment A Butler (ed) *Equity and Trusts in New Zealand* (2nd ed, Thomson Reuters, Wellington, 2009); N Richardson *Nevill's Law of Trusts, Wills and Administration in New Zealand* (9th ed, LexisNexis, Wellington, 2004). DB Walters "Analogues of the Trust and of its Constituents in French Law, Approached From the Standpoint of Scots and English Law" in A Wilson *Trusts and Trust-Like Devices* (British Institute for International and Comparative Law, United Kingdom National Committee of Comparative Law, London) vol 5, 117.

aliénabilité du sol d'un côté, et fragmentation des intérêts fonciers de l'autre, c'est-à-dire de libéraliser le marché foncier tout en maintenant, au moins formellement, l'existence de mécanismes patrimoniaux visant à préserver les patrimoines familiaux⁹⁶. Schématiquement, l'institution du 'trust' permet la création d'un patrimoine d'affectation par les co-indivisaires au profit d'une entité qui devient alors le propriétaire de tout ou partie des droits qui lui ont été transférés

Si elle n'a pas d'équivalent dans le droit français, cette institution s'approche néanmoins de notions civilistes telles que le contrat, le prêt à usage ou le dépôt, le mandat ou la représentation, le pouvoir de désignation, l'administration des successions, le legs ou la donation avec charge, la stipulation pour autrui, le fideicommiss et la fiducie. Si rien dans les dispositions de la loi statutaire de 2004⁹⁷ n'interdit de concevoir son introduction dans les règles de droit applicables en Polynésie française, cela présupposerait toutefois qu'avant sa transposition que l'on compare d'abord les bénéficiaires escomptés avec ceux d'ores et déjà conférés par les articles 815 à 815-18, 815 à 832-1 du Code civil notamment grâce à la constitution de groupements fonciers agricoles⁹⁸.

Au demeurant, cette transposition s'inscrirait sur le plan théorique aussi dans l'évolution doctrinale et législative française contemporaine de la théorie du patrimoine où depuis 2007⁹⁹ 'la consécration d'une fiducie à la française a ouvert une véritable brèche dans le dogme de l'unicité, offrant aux praticiens férus d'ingénierie juridique un pendant prometteur au *trust* de *common law*'.¹⁰⁰

96 M Galey "La typologie des systèmes de propriété de CR Noyes; Un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune" Paru dans Christoph Eberhard (dir) *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens* (Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007) 89-125.

97 Voir article 31 et 140 de la loi organique 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

98 Cela demanderait une étude approfondie mais tout porte à penser que l'exercice n'est pas totalement dénué d'intérêt.

99 La loi du 19 février 2007. JO n° 2007-211. Les articles 2011 à 2031 du Code Civil définissent la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaire qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans le but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Mais la fiducie-libéralité étant prohibée par les dispositions du code civil, cette institution ne présente que très peu d'avantage pour gérer les indivisions foncières en Polynésie Française. Grimaldi M., "L'introduction de la fiducie en droit français" in *Les transformations du droit civil français*, Universidad externada de Colombia et Revue de Droit Henry Capitant, n° 2, 1^{er} mai 2011.

100 P Dupichot "Le fabuleux destin de la théorie de l'unicité du patrimoine" Revue de Droit Henry Capitant, n° 2, 1^{er} mai 2011.

VI OBSERVATIONS FINALES

Une dernière observation en guise de conclusion. S'il n'est pas douteux que la propriété foncière reste encore en Polynésie française un élément de rattachement sociologique, elle est maintenant devenue par sa nature patrimoniale, d'abord et surtout un enjeu économique et de développement.

Si l'adaptation des règles du droit foncier applicables en Polynésie française est sans doute une nécessité, ce ne sera pas tant en raison de l'inadaptation de quelques unes des règles du Code civil mais surtout parce qu'elle s'inscrira dans un processus d'évolution plus large de la réforme de la théorie du patrimoine, semblable à celui qui a d'ores et déjà été opéré en France.

Ce faisant, il se rapprochera du système de la Common law qui n'attache pas les prérogatives attachées à l'appropriation du sol à une définition juridique positive mais qui se caractérise comme le souligne M Galey citant HLA Hart¹⁰¹, 'par sa *texture ouverte*, c'est-à-dire qu'il laisse ouvert un espace d'interprétation où peut se nouer le dialogue entre plusieurs valeurs opposées¹⁰². S'inspirant de cette logique, le futur droit foncier en Polynésie française devrait alors apparaître comme une contribution originale à la théorie moderne du patrimoine et des maîtrises foncières¹⁰³ ouvrant ainsi de futurs champs de recherches et d'analyses prometteurs.

101 HLA Hart *The Concept of Law* (2nd ed, Clarendon Press, Oxford, 1994) 128.

102 M Galey, op cit.

103 O Barrière et C, *Un droit à inventer: Foncier et environnement dans le Delta intérieur du Niger, Mali* (IRD éd, Paris, 2002).