



HAL
open science

**Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. –
Perspectives et enjeux du pluralisme juridique
calédonien ouverts par le transfert de la compétence
normative du droit civil**

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil. Journal du droit international (Clunet), 2014, doct. 3, pp.51-88. hal-03333140

HAL Id: hal-03333140

<https://hal.science/hal-03333140v1>

Submitted on 26 Sep 2024

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

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

Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie

*Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil **

Étienne CORNUT

Maître de conférences HDR en droit privé, université de la Nouvelle-Calédonie

Vice-président du Conseil d'administration

Laboratoire de recherches juridique et économique (EA 3329)

Résumé

Le 1^{er} juillet 2013 a marqué une étape majeure vers l'autonomie progressive de la Nouvelle-Calédonie que prévoit l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, avec le transfert de la compétence normative du droit civil, des règles relatives à l'état civil et du droit commercial. En ce domaine le législateur calédonien peut dorénavant édicter ses propres règles. Le droit civil métropolitain n'est plus, dès lors, le droit commun calédonien. Avec la coutume kanak qui régit les personnes de statut civil coutumier et abstraction faite de la loi étrangère, ce sont désormais trois normes de sources différentes qui, en droit civil, ont vocation à s'appliquer dans un contexte juridique calédonien. Ce transfert implique en effet, d'une part, la coexistence de plusieurs statuts civils – métropolitain, coutumier et calédonien – dont il faut déterminer le champ d'application personnel et spatial. Il renouvelle en cela la problématique des conflits internes de normes en Nouvelle-Calédonie jusque là cantonnés aux rapports entre la coutume kanak et le droit civil commun. La logique d'assimilation qui fonde aujourd'hui la gestion de ces rapports mixtes apparaît, à l'aune du transfert du droit civil, largement dépassée. Aussi il convient de rechercher de nouveaux outils de gestion des rapports interpersonnels qui prennent en compte les spécificités, complexes, du pluralisme juridique calédonien, et qui s'inscrivent dans une logique distributive, soucieuse d'égalité entre les statuts. Dans ce cadre, la coutume kanak pourrait trouver un champ d'application plus vaste dans la détermination de la norme applicable à un rapport mixte. Ce transfert du droit civil implique, d'autre part, de s'interroger sur le champ d'application spatial intrinsèque du droit civil calédonien. N'est-il qu'un droit local cantonné aux frontières du territoire où il trouve sa source, ou a-t-il une vocation extraterritoriale ? Aussi bien pour le droit civil calédonien de source écrite (loi du pays et délibération) que pour la coutume kanak, il nous semble que ces normes ont une vocation extra calédonienne. Il conviendra dès lors de définir le régime juridique de cette application « hors-sol » du droit civil calédonien, écrit comme coutumier, et corrélativement de son éviction potentielle.

Summary

July 1st 2013 marked a significant step forward in New Caledonia's gradual move towards autonomy as provided for by the Noumea Accord dated 5 May 1998, with the transfer of prescriptive jurisdiction in the areas of civil law, regulations in respect of civil status and commercial law. New Caledonian legislators may henceforth issue their own statutory regulations in these areas. New Caledonian common law is thus no longer equated with French civil law. Taking into account Kanak customary law, which governs individuals having customary civil status and, leaving foreign legislation out of the equation, there are henceforth three standards emanating from different sources which, in civil law terms, can be applied in a New Caledonian legal context.

* Cet article est issu de trois communications présentées lors du colloque « Les conflits de normes internes issus du transfert de la compétence législative en droit civil », organisé sous notre direction à l'université de la Nouvelle-Calédonie, 3 juill. 2013 : <http://tv.univ-nc.nc/podcast/conferences>.

In the first place, this transfer of powers implies the coexistence of several forms of civil status - French, customary and New Caledonian - the personal and spatial jurisdiction of which need to be determined. This once again raises the issue of internal conflicts between legal standards in New Caledonia, thus far limited to relationships between Kanak customary law and ordinary civil law. With the transfer of civil law powers, the assimilation principle currently underpinning the management of this dual legal system appears in need of serious review. New tools for the management of interpersonal relationships must therefore be sought and such tools must allow for the complex specificities of New Caledonia's legal pluralism and be consistent with the principle of distributive justice committed to ensuring equality of status. Within this context, Kanak customary law could be accorded wider jurisdictional scope in determining the standard applicable to mixed legal relationships. Furthermore, this transfer of civil law powers also raises the question of the intrinsic spatial jurisdiction of New Caledonian civil law. Is it an exclusively local legal system with no application outside territorial borders or does it have an extraterritorial dimension? As regards both written New Caledonian civil law (country laws and decisions) and Kanak customary law, it appears to us that these standards have a dimension reaching beyond New Caledonia itself. Subsequently, there is a need to define the legal status corresponding to this « exterritory » application of New Caledonian civil law, both written and customary, and in correlation to its possible exclusion.

Sommaire

I. – La coexistence des statuts personnels	5
A. – La situation actuelle : primauté et assimilationnisme	7
1° La logique assimilationniste de l'article 9 de la loi organique.....	7
a) La prééminence du statut civil de droit commun	7
b) La primauté du droit commun	8
2° Cette logique peut-elle survivre au transfert ?	9
a) Exercice de transposition	10
b) L'égalité entre les statuts personnels de Nouvelle-Calédonie	11
B. – L'application distributive des droits civils.....	12
1° Principe : à chacun son statut, à chacun son droit.....	13
2° Tempérament : L'unité de la norme applicable aux rapports mixtes.....	14
a) L'unité normative par l'option de compétence.....	14
b) Régime de l'option de compétence	15
II. – Le champ d'application spatial des droits civils.....	17
A. – L'application hors-sol du droit civil de la Nouvelle-Calédonie	18
1° L'application hors-sol de la coutume	18
2° L'application hors-sol du droit de la Nouvelle-Calédonie (loi du pays/ délibération).....	20
a) Principe	20
b) Mise en œuvre.....	21
B. – Le régime juridique de l'application hors-sol du droit civil calédonien.....	23
1° La mise en œuvre de l'application hors-sol du droit civil calédonien.....	23
a) L'application directe du droit civil calédonien.....	23
b) L'application indirecte de la coutume kanak.....	24
2° L'éviction du droit civil hors-sol.....	27
a) Principe de non-éviction.....	28
b) Éviction exceptionnelle.....	31
i) L'ordre public.....	31
ii) Autres causes d'éviction.....	33

1 – La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis*, régie par le Titre 13 de la Constitution du 5 octobre 1958. L'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, de valeur constitutionnelle, définit sur vingt ans un ensemble d'étapes à accomplir vers une plus grande autonomie de la collectivité, par le biais de transferts de compétences. À terme, à l'issue du dernier mandat du Congrès (2014-2018), la Nouvelle-Calédonie pourra décider de son devenir par référendum sur le transfert des compétences dites « régaliennes ». Un accord équivaldrait à une accession à la pleine souveraineté. C'est cette autonomie progressive prévue par l'Accord de Nouméa que met en œuvre la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

2 – Le 1^{er} juillet 2013 a marqué une étape majeure vers cette autonomie, par le transfert, de l'État à la Nouvelle-Calédonie, de la compétence normative du droit civil, des règles concernant l'état civil, et du droit commercial¹. La loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 organise ce transfert, en en définissant essentiellement le domaine matériel². La loi du pays exclut certaines matières et articles de droit civil³ – du Code civil ou d'autres lois – à raison de la compétence conservée par l'État en certains domaines (comme le droit de la nationalité) et en matière de garanties des libertés publiques⁴. Il s'agit, notamment, de l'article 9 du Code civil, des principes relevant du régime juridique du respect du corps humain tels que fixés aux chapitres II et III du titre Ier du Code civil (C. civ., art. 16 et s.), des dispositions du titre V et du chapitre III du titre II du livre Ier qui assurent le respect de la liberté matrimoniale⁵. Cette restriction du domaine du transfert du droit civil au titre de la garantie des libertés publiques est regrettable et peu conforme à la lettre de la loi organique⁶. La compétence conservée par l'État en matière de garanties des libertés publiques n'empêche pas, en effet, le transfert du droit civil mettant en œuvre ces libertés. Ainsi le fait que le droit d'agir en justice soit un droit fondamental⁷ n'a pas empêché que la Nouvelle-Calédonie soit compétente pour définir les conditions de l'action en justice dans son Code de procédure civile. De même les effets du mariage, droits et obligations entre les époux, qui sont transférés, sont encadrés par une liberté fondamentale prévue à l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

3 – Dès lors que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour édicter des règles de droit civil qui impactent des libertés et des droits fondamentaux (comme le droit au mariage, la propriété, le respect de la vie privée), elle ne peut le faire qu'en respectant ces droits et libertés fondamentaux dont l'État, par sa Constitution et ses engagements internationaux, doit assurer le respect par les voies de droit existantes. Par exemple, si la Nouvelle-Calédonie était compétente en matière de conditions du mariage, elle ne pourrait modifier ces conditions, ou y

¹ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 21, III, 4°.

² JO NC, 26 janv. 2012, p. 571. – La loi du pays est une disposition, de nature législative, adoptée par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, dans certaines matières qui relèvent de la compétence de la Nouvelle-Calédonie : V. L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 99 et s. Sur la loi du pays, V. C. David, *Essai sur la loi du pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français* : éd. L'Harmattan, 2008.

³ Pour la suite des développements, l'accent sera mis sur le seul transfert du droit civil.

⁴ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 21, I, 1°.

⁵ Cette dernière exclusion est moins large qu'elle n'y paraît et ne concerne en réalité que les conditions du mariage, qui restent de la compétence de l'État, alors que les effets du mariage sont, eux, transférés à la Nouvelle-Calédonie.

⁶ É. Cornut, « Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? Le périmètre matériel du droit civil transféré », in S. Sana Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Larje, Unc, Nouméa, 29 sept. 2011, Presses universitaires de l'UNC, 2011, p. 31 et s.

⁷ Conv. EDH, art. 6.1.

ajouter des obstacles, dans un sens qui restreindrait la liberté du mariage. Elle ne pourrait non plus porter atteinte au droit de propriété, ou restreindre le droit à la vie privée.

4 – Néanmoins, malgré ces contraintes, la compétence de la Nouvelle-Calédonie a une signification : elle pourra améliorer le droit civil mettant en œuvre ces droits et libertés fondamentaux. Elle aurait pu, si l'article 9 du Code civil n'avait pas été exclu du transfert, améliorer la protection réservée à la vie privée et à l'image en écartant des restrictions jurisprudentielles. Là se trouve le sens de la compétence de l'État pour la « garantie » des libertés publiques, et non pour les seules libertés publiques. La compétence de l'État consiste à veiller à ce que le transfert du droit civil ne conduise pas à une moindre protection des droits et libertés fondamentaux des personnes régies par ce droit civil calédonien.

5 – Ce transfert du droit civil ouvre, on le voit, des problématiques intéressantes en termes de hiérarchie des normes, lesquelles sont plus complexes qu'elles n'y paraissent en raison de l'originalité du statut juridique de la Nouvelle-Calédonie⁸.

6 – Mais il en ouvre surtout en termes de pluralisme juridique et renouvelle la question des conflits internes de normes, jusque-là cantonnée aux rapports entre la coutume kanak, régissant les personnes de statut civil coutumier⁹, et le droit civil dit « commun »¹⁰. La question qui se pose ici est de savoir à qui ce droit civil de compétence de la Nouvelle-Calédonie s'applique-t-il ? Aux seuls citoyens calédoniens¹¹ ou à toute personne domiciliée sur le sol de la Nouvelle-Calédonie ? Ce faisant, le droit de la Nouvelle-Calédonie n'a-t-il qu'une vocation territoriale ou peut-il s'appliquer au-delà du seul territoire de la collectivité ? Sur ces points, l'Accord de Nouméa comme la loi organique de 1999 sont silencieux, autant que la loi du pays du 20 janvier 2012. Si la question se pose de la « compétence de la compétence », c'est-à-dire de savoir qui est compétent pour définir le champ d'application personnel du droit civil calédonien (État, Nouvelle-Calédonie, voie conventionnelle ?)¹², il convient également de s'interroger sur la résolution concrète de ces conflits de normes et de la place de la norme de source calédonienne (du droit écrit calédonien autant que de la coutume kanak) dans le pluralisme juridique français.

7 – Deux grandes problématiques seront abordées, qui permettront de poser les premiers jalons du droit des conflits de normes internes entre la France et la Nouvelle-Calédonie. La première sur la coexistence des statuts civils personnels (I), la seconde sur le champ d'application spatial du droit civil de Nouvelle-Calédonie (II).

⁸ Sur cette question, en ce qui concerne la coutume kanak, v. É. Cornut, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », in Ch. Chabrot (dir.), *Le droit constitutionnel calédonien* : Politeia n° 20 (2011), p. 241 et s.

⁹ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 7 et s.

¹⁰ Sur lesquels, V. notamment, R. Lafargue, *La coutume face à son destin – Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques* : LGDJ, 2010. – V. Parisot, *Les conflits internes de lois* : éd. IRJS, 2013, t. 46. – É. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak » : *Dr. et cultures*, 2010/2, p. 151 et s.

¹¹ La citoyenneté calédonienne est en effet une citoyenneté originale, qui ne bénéficie pas à tous les Français, en vertu de l'article 188 de la loi organique. V. notamment, M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie* : éd. CDP NC, 2011, p. 33 et s. – H. Fulchiron, « Citoyenneté statutaire, citoyenneté électorale et citoyenneté politique. Réflexion sur la citoyenneté comme critère d'appartenance », communication présentée lors du colloque *Les conflits de normes internes issus du transfert de la compétence législative en droit civil* : université de la Nouvelle-Calédonie, 3 juill. 2013 (non publiée).

¹² Sur cette question, V. S. Sana-Chaillé de Néré, « Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil » : *JDI* 2014, doct. 2, p. 33.

I. – LA COEXISTENCE DES STATUTS PERSONNELS

8 – Avant le transfert de la compétence en droit civil, coexistent en Nouvelle-Calédonie deux statuts civils : le statut civil de droit commun, de droit métropolitain, et le statut civil coutumier kanak. Avec le transfert, se pose la question d'un troisième statut civil que l'on pourrait dénommer « statut civil calédonien ». Ce statut naît *ipso facto* du transfert du droit civil au 1^{er} juillet 2013 dans la mesure où, d'une part, les Français de métropole installés en Nouvelle-Calédonie conservent leur statut personnel de droit commun, et que des questions en découlant se poseront nécessairement, en particulier celle la reconnaissance de leur situation juridique déjà créée en France.

9 – Ce statut civil calédonien naît d'autre part du fait que le statut civil coutumier n'est en aucune manière affecté par ce transfert : la coutume kanak conserve son empire pour régir le droit civil des personnes de statut civil coutumier. Dès lors, même si le critère de la citoyenneté ou du domicile était retenu, cela n'annihilerait pas la question de la détermination de la norme applicable aux relations mixtes « Calédonien non-kanak – Kanak » et « métropolitain – Kanak ».

10 – Les relations mixtes envisageables sont de deux ordres.

Elles sont purement *internes* lorsqu'elles mettent en relation des personnes dont le statut personnel relève de l'article 75 de la Constitution : Calédonien-Kanak ; Kanak-métropolitain ; Calédonien-métropolitain. S'y ajoutent également les relations mixtes incluant un Wallisien-Futunien, voire un Mahorais. À l'heure actuelle, la loi organique du 19 mars 1999, en son article 9, donne la règle de conflit de normes qui permet de déterminer celle qui s'appliquera au rapport juridique en cause. On parle de conflit *interne* de normes parce que toutes les normes en conflit sont internes au système juridique français.

Les relations sont *internationales* dès lors que la situation comporte un élément d'extranéité pertinent. On parle alors de conflit international de normes. Dans ce cas, la loi organique n'est plus compétente pour définir la loi applicable. Les règles de conflit de lois du droit international privé prennent le relais.

Cette distinction de base doit être rappelée car si les mécanismes du droit international privé jouent à plein lorsque le conflit de lois est international, ils ne peuvent déployer toute la mesure de leurs effets lorsque le conflit de lois est interne.

11 – Une seconde distinction doit être faite, selon que le conflit de normes est territorial ou personnel. Et la difficulté est que la Nouvelle-Calédonie, du fait du transfert du droit civil et de l'existence, non mise en cause par ce transfert, du statut civil coutumier, est le témoin de ces deux types de conflits internes de normes :

- le conflit de normes internes est dit *personnel* lorsque des normes sont applicables à une catégorie de personnes, déterminée en fonction d'un critère ethnique, religieux ou statutaire. L'autonomie normative n'est pas ici accordée à un territoire, elle est accordée à un groupe de personnes. C'est le cas en France avec le statut civil coutumier kanak ou wallisien-futunien ;
- le conflit de normes est dit *territorial* lorsqu'un État admet, en son sein, qu'une partie de son territoire soit dotée d'une autonomie normative à l'intérieur de son ressort territorial. C'est le cas par exemple des États-Unis, du Canada sous la forme de fédération, ou encore de

l'Espagne et de ses provinces. C'est le cas en France avec les trois départements d'Alsace-Moselle.

12 – Le transfert de la compétence du droit civil, dans l'esprit de l'Accord de Nouméa, est de substituer au droit civil métropolitain le droit civil calédonien. Ce dernier a donc vocation à devenir le droit civil commun de Nouvelle-Calédonie. Il en est ainsi des matières de droit privé déjà transférées : droit du travail, droit des assurances, procédure civile notamment. Le droit civil a, en ce sens, une assise territoriale : il s'applique sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie comme droit de principe, comme le droit civil métropolitain s'applique sur le territoire français.

13 – Mais cette assise territoriale ne signifie pas, d'une part, que le droit civil calédonien s'applique nécessairement à toutes les personnes qui se trouvent sur le sol de Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, qu'il ne s'applique que lorsque ces personnes se trouvent sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, notamment pour tout ce qui relève du statut personnel.

14 – Afin de déterminer la loi applicable en fonction de la nature des droits en cause, le droit international privé raisonne en grandes catégories de rattachement : statut personnel, statut réel, actes et faits juridiques, procédure. Ces catégories sont tout à fait transposables au conflit interne de normes et elles offrent un schéma connu des praticiens et commun en droit comparé. Elles sont d'autant plus transposables qu'elles peuvent se réduire à deux catégories en fonction justement de leur assise personnelle ou territoriale : le statut personnel d'un côté, et les trois autres catégories de l'autre.

15 – La réalité en Nouvelle-Calédonie est cependant plus complexe, d'une part du fait qu'elle voit coexister les deux types de conflit – personnel et territorial – et, d'autre part, que le statut civil coutumier ne se réduit pas au domaine généralement assigné au statut personnel tel que la notion est entendue en droit international privé. Le domaine matériel du statut civil coutumier dépasse en effet le seul état et capacité des personnes (sens du droit international privé), pour concerner également le statut réel (notamment avec les terres coutumières et plus largement la propriété, en vertu de l'article 18 de la loi organique) et les actes et faits juridiques. C'est en effet pour « l'ensemble du droit civil » que les personnes de statut civil coutumier sont régies par la coutume kanak¹³.

16 – En ce sens il convient, pour la gestion des relations mixtes, de concilier autant que possible ces deux aspects. L'axiome posé est alors que ce qui relève de la catégorie statut personnel au sens du droit international privé doit être considéré comme établissant un conflit de normes personnel, et que les catégories statut réel, acte et fait juridiques établissent un conflit de normes territorial. Dès lors, pour ce qui relève du statut personnel, le droit civil calédonien ne peut avoir une compétence de principe pour la gestion des rapports mixtes, parce qu'il est d'essence personnelle, à égalité avec les autres statuts personnels. Dans le second cas, pour le statut réel et les actes et faits juridiques, le droit civil calédonien peut avoir une compétence de principe aux rapports mixtes internes.

¹³ Cass. avis, 16 déc. 2005, n° 005 0011 : JurisData n° 2005-031453 ; Bull. civ. 2005, avis n° 9, p. 13 ; BICC n° 637, 1^{er} avr. 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2006/1, n° 7, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; LPA 17 oct. 2006, n° 207, p. 11, note C. Pomart. – C. cass., 15 janv. 2007, avis n° 007 0001 : JurisData n° 2007-037020 ; Bull. civ. 2007, avis n° 1, p. 1 ; BICC 1^{er} avr. 2007, n° 658 ; Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2007/1, n° 9, p. 68, note L. Sermet ; Dr. et culture, 54, 2007/2, p. 203, note P. Frezet.

17 – Pour prendre en compte ces différents principes directeurs, les règles relatives aux rapports mixtes telles qu’elles découlent de l’article 9 de la loi organique ne semblent pas appropriées à l’aune du transfert du droit civil. Elles sont en effet empreintes d’une logique d’assimilation par le droit commun qui, dans cette nouvelle étape de l’Accord de Nouméa, n’a plus guère de sens (A). Il convient dès lors, en réaffirmant l’égalité entre les statuts personnels, d’accorder plus de place à une application distributive des droits (B).

A. – La situation actuelle : primauté et assimilationnisme

18 – Les relations mixtes sont, dans la loi organique, gouvernées par un principe de prééminence du statut civil de droit commun et, par conséquent, d’assimilation par le droit commun (1°). On peut dès lors se demander si ce principe, *en l’état*, est transposable dans le cadre du transfert de la compétence du droit civil (2°).

1° La logique assimilationniste de l’article 9 de la loi organique

19 – L’article 9 de la loi organique donne la règle de conflit de normes interne en cas de rapport juridique mixte. Deux situations sont envisagées, selon que la situation en cause met en relation ou non une personne de statut civil de droit commun. Dans les deux cas la primauté est donnée au droit commun. La loi organique répond ici à une logique assimilationniste, par la prééminence du statut civil de droit commun, d’une part, et la primauté du droit commun, d’autre part. Les relations mixtes ici envisagées sont celles qui existent à l’aube du transfert. En ce sens, le « droit commun » est le droit civil métropolitain tel qu’il est applicable en Nouvelle-Calédonie à la veille du transfert. Nous reviendrons plus loin sur le sens de la notion « droit commun » en se plaçant après le transfert.

a) La prééminence du statut civil de droit commun

20 – L’article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique dispose que « Dans les rapports juridiques entre parties dont l’une est de statut civil de droit commun et l’autre de statut civil coutumier, le droit commun s’applique ». Dans les travaux préparatoires de la loi organique, la primauté du droit commun ainsi affirmée est pleinement assumée, elle serait même « classique »¹⁴ et reprend les solutions jurisprudentielles dégagées – avant 1999 – en matière de mariage mixte¹⁵. De fait, en matière de mariage mixte, la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l’état civil coutumier¹⁶ ne soumet à la coutume que les seuls mariages entre personnes de statuts civils particuliers¹⁷, alors que les mariages mixtes doivent être célébrés par l’officier de l’état civil¹⁸. Il en est de même de l’adoption coutumière qui n’est ouverte qu’entre personnes de statut civil particulier¹⁹. La primauté se retrouve également, de façon peut-être plus radicale, en ce qui concerne les règles d’attribution du statut civil coutumier. L’enfant né d’un couple mixte, marié ou non, est de statut civil de droit commun dès lors qu’un seul de ses parents est de ce statut²⁰. Ce n’est pas ici la logique du droit international privé français, qui attribue à

¹⁴ Rapp. AN, n° 1275, R. Dosière, 1998, T.1, ss. art. 8.

¹⁵ Rapp. Sénat, n° 180, 1999, J.-J. Heyst, ss. art. 8.

¹⁶ Délibération n° 424, 3 avr. 1967 : JO NC 27 avr. 1967, p. 360.

¹⁷ Art. 40.

¹⁸ Art. 42.

¹⁹ Art. 37.

²⁰ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 10.

l'enfant le statut de la mère (C. civ., art. 311-14), à tout le moins celui du parent qui l'a reconnu en premier²¹.

21 – Cette solution est classique en droit colonial, c'est-à-dire lorsqu'est clairement assumé le principe de la primauté du statut civil étatique. C'est ce qui explique notamment que les relations mixtes à Mayotte sont régies par le droit commun. Là-bas l'assimilation est un objectif affirmé par l'État²². La loi organique généralise ici, de façon un peu brutale, la primauté du droit civil étatique, ce en toute matière de droit civil et, partant, donne compétence à la juridiction civile, sans assesseur coutumier. Ainsi les intérêts civils sont régis par le droit civil étatique dès lors que l'une au-moins des parties n'est pas de statut civil coutumier ; la désunion d'un couple mixte relève du Code civil et de la compétence du juge aux affaires familiales, et ne suppose pas l'accord préalable des clans.

22 – Pour certains auteurs, cette primauté du droit étatique se justifie par l'article 75 de la Constitution, qui voit dans le statut civil particulier une exception au statut civil de droit commun²³. Cette opinion ne convainc pas, dans la mesure où l'article 75 n'a que pour finalité de déterminer ceux des citoyens français qui relèvent d'un statut particulier²⁴, et non de définir les rapports mixtes entre ces différentes catégories de citoyens. La détermination du champ d'application personnel des normes – françaises ou de droit local – relève en effet d'une règle de conflit propre, en l'occurrence les articles 7 et 9 de la loi organique. Dissociées dans leur source, les règles relatives aux rapports mixtes pourraient prévoir une solution moins brutale. C'est ce que montre en partie l'alinéa 2 de l'article 9.

b) La primauté du droit commun

23 – L'article 9 alinéa 2 de la loi organique dispose que « Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire ». Cette règle de conflit entre statuts personnels autres que commun relevant de la mise en œuvre de l'article 75 de la Constitution, les « statuts personnels différents » envisagés ne peuvent être que ceux reconnus par ce texte²⁵. Sont donc exclusivement visés, à l'aube du transfert du droit civil : le statut civil coutumier kanak, le statut civil particulier wallisien-futunien, le statut civil mahorais²⁶. Cette règle a, semble-t-il, un double sens.

²¹ Sur ce point, il existe une contradiction entre une réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. 15 mars 1999, n° 99-410 DC, consid. n° 12) et la position de la cour d'appel de Nouméa, cette dernière jugeant que « le statut coutumier de l'enfant M., hérité de sa mère U. (...) est demeuré inchangé, en dépit de la reconnaissance de paternité émanant d'un citoyen de droit commun, intervenue postérieurement à sa naissance » : CA Nouméa, 11 mars 2013, n° 12/348 : Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013/1, n° 21, p. 147, obs. É. Cornut.

²² Ord. n° 2010-590, 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, art. 5, al. 1^{er}.

²³ F. Luchaire, *Droit d'outre-mer et de la coopération* : PUF, 2^e éd. 1966, p. 290 s. – O. Guillaumont, « Statuts personnels et Constitution : contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 » : RRJ 2001-3, p. 1453 et s. et 2001-4, p. 1549 et s., spéc. p. 1567.

²⁴ En ce sens, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., n° 739.

²⁵ Dans le même sens, É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier » : Rev. crit. DIP 2012, p. 733 et s.

²⁶ Abstraction faite des statuts civils particuliers autrefois en vigueur dans les anciennes colonies, qui pourraient encore s'appliquer ponctuellement à la faveur d'une action engagée par une personne ou une situation y relevant.

24 – De prime abord, la règle tend à résoudre le conflit de normes dans l’hypothèse « où seraient opposés, lors d’un litige, un Kanak et un Wallisien, chacun soumis à une coutume propre. Devant une telle situation, là encore, le droit commun s’applique. Il est impossible – en dehors de l’accord des parties – de faire prévaloir une coutume sur une autre. Toutefois la fin de l’alinéa ouvre la possibilité pour les deux parties de choisir, par clause expresse, l’application d’un statut personnel, celui de l’un ou de l’autre »²⁷. Ainsi ce texte permet aux parties, dont l’une est de statut civil coutumier, et l’autre de statut civil wallisien, d’opter soit pour la coutume kanak, soit pour la coutume wallisienne.

25 – Mais ce texte semble également avoir pour but de régler une « contradiction entre deux coutumes mélanésiennes »²⁸. Il est en effet acquis que la coutume kanak, même s’il existe des valeurs communes, n’est pas unique : elle est plurale, diverse selon les aires coutumières, voire les endroits et les clans. Dès lors, une relation purement coutumière peut néanmoins révéler un conflit de coutumes lorsque les parties relèvent de coutumes différentes. Si ces deux coutumes s’avéraient inconciliables, le droit commun, dans cette interprétation de l’article 9 alinéa 2, s’appliquerait. Cette seconde interprétation, qui n’apparaît pas dans la lettre de l’article 9 alinéa 2 – toutes les parties sont ici de même statut civil, le statut civil coutumier – et qui est en réalité contraire à l’esprit de l’Accord de Nouméa (la reconnaissance de la juridicité de la coutume serait ici déniée), ne convainc pas. Elle reviendrait d’ailleurs à faire du droit commun un droit supplétif, ce que justement il n’est pas²⁹.

26 – Dans ces deux interprétations, la logique assimilationniste du droit commun apparaît dans toute son ampleur. Certes, les parties peuvent en écarter l’application par une clause expresse contraire. Mais outre qu’une telle clause paraît assez peu probable en pratique, le silence sur son régime juridique – si ce n’est qu’elle doit être « expresse » – ne permet pas à cette disposition de trouver à s’appliquer aisément, alors que son potentiel d’application n’est pas négligeable, étant donnée l’importance de la population wallisienne et futunienne en Nouvelle-Calédonie. Comme l’écrit justement un auteur, « on ne peut que regretter les règles qui sont ainsi posées : elles ne constituent pas une véritable solution du conflit interpersonnel de lois mais apparaissent au contraire comme une renonciation à le résoudre »³⁰, elles ne sont en ce sens guère respectueuses des statuts personnels des individus³¹. L’application du droit civil étatique est donc forte. On peut se demander si cette logique d’assimilation, de renonciation à traiter les conflits de normes internes, peut survivre au transfert du droit civil.

2° Cette logique peut-elle survivre au transfert ?

27 – Afin de mesurer la logique assimilationniste de l’article 9 de la loi organique, il convient de l’appliquer, *en l’état*, alors que le transfert du droit civil a eu lieu (a). L’égalité entre les statuts personnels coutumier et calédonien – qui sont, en l’état, des statuts personnels particuliers – rend difficile l’affirmation d’une primauté complète du droit civil calédonien (b).

²⁷ Rapp. AN n° 1275, R. Dosière, 1998, T.1, ss. art. 8.

²⁸ Rapp. Sénat, n° 180, 1999, J.-J. Heyst, ss. art. 8.

²⁹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 08-20.843 : JurisData n° 2010-022544 ; JDI 2011, comm. 12, p. 589, note S. Sana-Chaillé de Néré ; Rev. crit. DIP 2011, p. 610, note V. Parisot.

³⁰ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., n° 747.

³¹ *Ibid*, n° 1388.

28 – **Notion de « Droit commun ».** – Une question de qualification doit au préalable être tranchée : le « droit commun » au sens de la loi organique, qui désigne le droit français métropolitain avant le transfert, devient-il le droit civil calédonien après ce transfert ? Si le doute est un instant permis notamment parce que le droit civil calédonien a vocation à devenir ce droit civil commun de Nouvelle-Calédonie, il s'avère cependant que le « droit commun » au sens de l'article 9 demeure, même après le transfert du droit civil, le droit civil français métropolitain. Le droit civil calédonien, à l'instar de la coutume kanak, n'est qu'un *droit local*, dont le domaine de compétence est forcément plus restreint que celui du droit civil métropolitain. C'est ce qui ressort directement de l'article 75 de la Constitution lorsqu'il vise « le statut civil de *droit commun* », dont la loi organique est ici la mise en œuvre, justifiant l'application du « droit commun » aux citoyens français de ce statut, c'est-à-dire qui ne relèvent pas d'un statut particulier. Le terme « commun » désigne le droit commun aux citoyens Français, qualité qu'ont les Calédoniens kanak ou non.

a) Exercice de transposition

29 – *Mutatis mutandis*, l'article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique conduira à appliquer le droit civil étatique à chaque fois qu'un Français de métropole nouera une relation avec un Calédonien, quel que soit le statut personnel – coutumier ou calédonien – de ce dernier. L'alinéa 1^{er} le dit expressément lorsque l'autre partie est de statut civil coutumier. Il est en revanche silencieux lorsqu'elle est de statut civil calédonien, mais la logique assimilationniste de ce texte sous-tend cette interprétation. De même, dans les rapports entre une personne de statut civil calédonien et un Kanak de statut civil coutumier, l'article 9 alinéa 2 conduit à l'application du droit civil français, à moins que les parties aient, d'un commun accord, choisi de se soumettre au droit civil calédonien ou à la coutume kanak. Ainsi le divorce entre un Calédonien et un Kanak serait soumis, à défaut de clause expresse contraire, pour ses conditions de forme autant que de fond, pour ses effets, ses causes de dissolution, au seul droit français.

30 – On le voit, en dehors d'une volonté contraire des parties dont on peut craindre qu'elle ne s'exprime pas, le texte actuel reviendrait à appliquer un droit extra-calédonien à une situation qui est, pourtant, entièrement rattachée à la Nouvelle-Calédonie. Et l'étendue de cette application du droit français est complète : elle ne distingue pas et ne permet pas, comme en droit international privé, un dépeçage de la situation juridique en cause.

31 – Ce n'est pas là la logique de l'Accord de Nouméa, de la reconnaissance de l'identité kanak au travers de la juridicité de la coutume, de la compétence normative transférée à la Nouvelle-Calédonie en matière de droit civil. L'article 9 de la loi organique, sans modification, produit un effet contraire à la norme constitutionnelle qu'elle est censée mettre en œuvre. D'où la nécessité de repenser complètement le droit des conflits de normes internes, notamment en ce qui concerne les rapports mixtes.

32 – Si cette nécessité apparaît aujourd'hui évidente avec le transfert du droit civil, il faut noter qu'en réalité elle l'est depuis longtemps. Les Kanak en effet voient leur situation juridique fragmentée : tantôt ils relèvent de la coutume, tantôt ils se voient appliquer le droit étatique. La primauté du droit commun, reconnue par la loi organique, relègue la coutume kanak au rang de droit d'exception, alors même que l'égalité entre les statuts ressort de l'Accord de Nouméa. Si d'aucuns expliqueront cette situation par le caractère mal connu de la coutume, l'argument ne suffit pas à justifier cette infériorité. Peut-on alors admettre que le droit civil calédonien ait également ce rang de droit inférieur ? En suivant cette logique

assimilationniste, on perçoit que le droit civil calédonien, en l'état de la réglementation des rapports mixtes, ne peut trouver la place qui lui est pourtant promise. Dans la mesure où le transfert de la compétence normative du droit civil est un enjeu de l'Accord de Nouméa, il n'est pas imaginable que les Calédoniens n'en relèvent plus dès lors qu'ils sont engagés dans un rapport mixte de nature interne. Mais ce faisant, les deux statuts civils personnels de Nouvelle-Calédonie doivent être traités à quasi-égalité³².

b) L'égalité entre les statuts personnels de Nouvelle-Calédonie

33 – **Égalité entre le statut civil commun et le statut civil coutumier.** – L'Accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999, en rompant avec la logique d'inégalité entre les statuts, issue du droit colonial, posent pour principe une quasi-égalité entre le statut civil de droit commun et le statut civil coutumier³³. Classiquement, la logique de l'article 75 de la Constitution répond à deux principes : d'une part le changement de statut ne peut s'effectuer que dans un sens, par abandon du statut civil particulier vers le statut civil commun ; d'autre part, qui en découle : la renonciation est irrévocable³⁴. À l'inverse en Nouvelle-Calédonie, le changement de statut civil est possible non seulement dans les deux sens, permettant une accession volontaire au statut civil coutumier par abandon du statut civil commun³⁵, mais également en permettant un retour au statut civil coutumier (ou commun) après un premier changement de statut³⁶. L'égalité ainsi reconnue entre les deux statuts trouve cependant sa limite dans l'analyse des conditions d'un tel changement : sans autre condition que le consentement de l'intéressé pour l'accession au statut civil commun, l'accession au statut civil coutumier est multi-conditionnée et, surtout, contrôlée par le juge au regard de l'ordre public et de l'intérêt des tiers³⁷.

34 – Pour autant, la valeur constitutionnelle reconnue à l'Accord de Nouméa, lequel fonde « la pleine reconnaissance de l'identité kanak »³⁸, induit une égalité juridique de statut. La constitutionnalisation de l'Accord par son rattachement aux articles 76 et 77 de la Constitution, signe pour certains auteurs la reconnaissance du « peuple kanak », en raison des multiples références qui y sont faites, au côté du peuple français, reconnaissance qui va au-delà de celle des « populations de l'outre-mer » au sein du peuple français³⁹.

³² « Quasi-égalité » : ce n'est pas que le statut civil coutumier soit hiérarchiquement inférieur, simplement ce statut concerne un groupe de personnes au sein d'un territoire, alors que le droit civil calédonien a pour assise un territoire, et non pas seulement un groupe de personnes de ce territoire.

³³ En ce sens également, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 1441 et s.

³⁴ Ce caractère définitif et irrévocable de la renonciation au statut coutumier pour le statut commun a été expressément posé par le Conseil d'État dans son avis du 22 novembre 1955, n° 262-176 (RJPUF 1958, p. 350, note R. Pautrat), que dans des circulaires du 27 décembre 1955 et du 7 mars 1957 reprenant l'avis précité, lequel s'inspirait certainement d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, en date du 16 février 1885 (S. 1888, 1, p. 479), rendu à propos de la renonciation à leur statut personnel par les Indiens natifs des établissements français en Inde, régie par un décret du 21 septembre 1881.

³⁵ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 11 et 12.

³⁶ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 13 al. 1^{er}.

³⁷ Sur la question, V. É. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak » : *Dr. et culture* 2010, p. 151 et s. – V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 1441 s. – V. par exemple pour l'accession fondée sur la possession d'état coutumier, reconnue par la Cour de cassation par une interprétation libérale de l'article 15 de la loi organique : Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-30.154 : *JurisData* n° 2013-013283 ; *JCP G* 2013, n° 28, act. n° 794, et n° 39, act. n° 986, obs. et note É. Cornut.

³⁸ Accord de Nouméa, 5 mai 1998, Préambule, pt 4.

³⁹ Const., art. 72-3, al. 1^{er}. – M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 15 et s.

35 – **Égalité entre le statut civil commun et le statut civil calédonien.** – Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative du droit civil et des règles relatives à l'état civil, parce qu'il est prévu par l'Accord de Nouméa⁴⁰, est également un objectif à valeur constitutionnelle. *Mutatis mutandis*, l'égalité qui existe entre les statuts civils commun et coutumier commande celle du statut civil calédonien, dont l'existence découle du transfert, à l'égard du statut civil de droit commun.

36 – **Égalité entre le statut civil coutumier et le statut civil calédonien.** – Les deux statuts personnels particuliers calédoniens étant chacun à égalité avec le statut civil commun, alors ils sont eux-mêmes à égalité l'un à l'égard de l'autre. Ils relèvent en effet chacun de l'article 75 de la Constitution, comme étant l'un des statuts particuliers reconnus aux côtés du statut civil de droit commun. Dès lors, et faisant constat qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les statuts civils mahorais, wallisien-futunien et coutumier kanak, le statut civil calédonien ne peut prétendre être hiérarchiquement supérieur à l'un quelconque de ces statuts particuliers. Cette égalité est une constante du droit de l'outre-mer. Elle fonde notamment la gestion des rapports mixtes : l'article 9 alinéa 2 de la loi organique du 19 mars 1999, l'article 5 alinéa 3 de l'ordonnance du 3 juin 2010 relative à Mayotte⁴¹ ne placent aucun statut personnel particulier, pas même sur le territoire où chacun a naturellement vocation à s'appliquer, au-dessus de l'autre dans la détermination de la norme applicable à un rapport mixte.

37 – Cette égalité suppose de poser pour principe directeur que ce qui est valable pour le droit civil calédonien doit l'être pour la coutume kanak, et réciproquement. En ce sens, le droit civil calédonien ne peut, à ce jour, prétendre en matière de statut personnel à la qualification de droit civil commun calédonien de principe, laissant la coutume kanak dans un rôle subsidiaire. De cette égalité se déduisent les modalités d'application des deux normes aux côtés du droit français.

B. – L'application distributive des droits civils

38 – La définition d'une règle de conflit de normes, des critères de rattachement, de façon générale⁴² mais aussi pour la gestion des rapports mixtes, est un véritable enjeu en termes d'égalité entre les statuts et de respect de l'identité culturelle. L'axiome de la règle de conflit savignienne, qui consiste à appliquer la loi idoine selon la nature du rapport de droit en cause, trouve pour le conflit de normes internes calédonien une résonance particulière, tant les identités culturelles que le pluralisme juridique local exprime sont fortes. En ce sens, la règle de conflit en cas de rapport mixte devrait reposer sur ce principe directeur qui consiste à appliquer à chacun, *dans la mesure du possible*, la norme qui découle de son identité, de son statut personnel (1^o). Néanmoins, puisque cette application distributive ne sera pas toujours possible en cas de rapports mixtes, il convient de prévoir un critère commun justifiant la compétence d'une norme unique au rapport de droit considéré. Ce critère commun doit cependant être construit en prenant en considération l'égalité entre les statuts et la nature – personnelle ou territoriale – du conflit de normes (2^o).

⁴⁰ Accord de Nouméa, 5 mai 1998, pt. 3.1.2.

⁴¹ « Dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire ».

⁴² V. l'article de S. Sana-Chaillé de Néré, *in* JDI 2014, doct. 2, p. 33.

1° Principe : à chacun son statut, à chacun son droit

39 – Cette approche distributive dans l'application du droit civil est évidemment plus complexe qu'une application brute du droit civil, à titre de droit commun, à l'instar de la logique actuelle. Mais il a été vu que la détermination du droit civil commun calédonien est un choix éminemment politique, puisqu'il consiste à dire que l'un (le droit civil transféré sans doute, au moins pour des raisons de connaissance et de sécurité juridiques) a une vocation à la généralité que l'autre (la coutume), n'a pas. Or, l'article 75 de la Constitution, mettant à égalité les statuts personnels locaux, ne permet pas une telle affirmation en matière de statut personnel. Il n'est pas certain non plus que l'Accord de Nouméa, dont l'un des *leitmotiv* est la valorisation de l'identité kanak, permette une telle hiérarchisation.

40 – À l'inverse, la logique de l'article 75 de la Constitution et le maintien, malgré le transfert, du statut civil coutumier commande de n'appliquer à un Calédonien, par principe, que la norme de droit civil du statut dont il relève. Si la logique de l'article 9 de la loi organique est de ne pas appliquer la coutume, mal connue et spécifique à l'identité kanak, aux Calédoniens non kanak ou aux métropolitains, ce que d'aucuns admettent et, sans doute, revendiquent, il convient également de poser pour principe que le droit civil calédonien transféré ne s'applique pas aux personnes de statut civil coutumier, même en cas de rapport mixte, dès lors qu'une telle dissociation est possible.

41 – C'est dans cette voie que s'est inscrite la cour d'assises de Nouvelle-Calédonie puis la cour d'appel de Nouméa à propos des rapports mixtes en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs. Dans une affaire mettant en cause la responsabilité délictuelle d'une personne de statut civil coutumier à l'égard d'une victime de ce même statut et à laquelle s'était portée partie civile une association de victimes, relevant du droit commun, la question s'est posée de la norme applicable. Devait-on appliquer le droit civil commun à l'ensemble du litige, ou pouvait-on distinguer les relations auteur-victime directe et auteur-victime indirecte ? C'est dans une voie distributive que la cour d'assises s'est, à juste titre, engagée en déclarant recevable les constitutions de partie civile de la victime et de l'association, mais en n'accordant de réparation qu'à cette dernière, se déclarant incompétente pour connaître de la demande de réparation de la victime et l'invitant à saisir la juridiction civile coutumière⁴³. Suite la cassation de cet arrêt et renvoi, la cour d'appel de Nouméa, par un arrêt du 18 juin 2013, a confirmé cette position. Elle juge que « lorsque l'auteur des faits et la victime sont tous deux de statut coutumier kanak au moment de la commission des faits à l'origine du dommage dont il est demandé réparation, et quand bien même une association d'aide aux victimes se serait constituée partie civile, avec l'accord de la victime (...), la seule formation juridictionnelle compétente pour connaître du litige, au regard tant des dispositions de l'article 7 que de l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi organique du 19 mars 1999, est (...) la juridiction civile avec assesseurs coutumiers »⁴⁴.

⁴³ C. assises Nouméa, 16 déc. 2010, cassé par Cass. crim., 9 janv. 2013, n° 11-80.746, au seul motif du non-respect du contradictoire dans cette déclaration d'incompétence : Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013/1, n° 21, p. 150, obs. É. Cornut.

⁴⁴ CA Nouméa, 18 juin 2013, n° 13/38 : Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013/2, n° 22, p. 138, obs. É. Cornut. L'article 19 de la loi organique de 1999 modifiée par la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 autorise dorénavant la juridiction pénale de droit commun, qui s'est prononcée sur l'action publique, de statuer sur les intérêts civils, même lorsque les parties sont toutes de statut civil coutumier, sauf opposition de l'une d'elles. Ayant pour finalité une unification des instances pénale et civile, cette dérogation n'est que juridictionnelle et le juge pénal, sans la présence d'assesseurs coutumiers, doit néanmoins appliquer la coutume kanak pour statuer sur les intérêts civils. Le Conseil constitutionnel l'a opportunément rappelé dans une

42 – En matière de statut personnel, la règle de conflit de lois en droit international privé commun retient la loi personnelle des parties, c'est-à-dire la loi nationale. Transposée au conflit interne de normes, le critère pourrait être la citoyenneté calédonienne, telle qu'elle ressort des articles 4 et 188 de la loi organique⁴⁵. Néanmoins dans le cas d'un rapport mixte calédonien, ce critère ne permet pas une application équilibrée entre les normes en conflit puisqu'entre Calédoniens ce critère n'est pas discriminant entre les Kanak et les non kanak. Dans ce cas, il donnera nécessairement compétence au droit civil calédonien et non à la coutume. C'est pourquoi il nous apparaît qu'un critère de rattachement fondé sur l'appartenance au statut civil serait préférable. Il faudrait alors définir le critère d'appartenance au statut civil calédonien. Ce critère pourrait soit être restreint à la citoyenneté calédonienne, soit il serait détaché de la citoyenneté calédonienne au sens de l'article 188 pour être calqué sur les critères d'appartenance au statut civil coutumier. Dans tous les cas, les citoyens calédoniens de statut civil coutumier conserveraient ce statut, à moins d'y renoncer en faveur du statut civil calédonien, dans les conditions de la loi organique.

43 – La règle de conflit pourrait être ainsi exprimée : « Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes sont soumises à la norme qui découle du statut civil de l'intéressé. ». Si l'on met en exergue les rapports mixtes, l'on pourra dire, notamment, que « Lorsqu'un acte est passé ou un droit exercé entre des parties relevant de statut personnel différent, l'état et la capacité de chacune d'elles s'apprécient, quel que soit l'acte ou le droit, selon la norme qui découle de son statut civil ».

2° Tempérament : L'unité de la norme applicable aux rapports mixtes

44 – Outre les critères de la citoyenneté calédonienne, du domicile ou de la résidence en Nouvelle-Calédonie qui assurent cette unité en donnant compétence au droit civil calédonien à raison de son assise territoriale, l'unité de la norme compétente pour les rapports mixtes pourrait dépendre, afin d'assurer l'égalité entre les statuts, d'une option de compétence dont il convient d'envisager le régime.

a) L'unité normative par l'option de compétence

45 – Si l'application distributive des droits civils en fonction de l'appartenance au statut personnel particulier peut constituer le principe de résolution du conflit de normes en cas de rapport mixte, cette méthode achoppe sur certaines situations connues en droit international privé.

46 – Une première limite concerne les conditions qui ne relèvent pas tant des personnes considérées individuellement que de l'institution en elle-même, de sa conception, son essence ou sa finalité. Ainsi en ce qui concerne le mariage : si les conditions de fond individuelles telles que la capacité, le consentement et l'âge nuptial sont de nature individuelle, permettant l'application distributive des normes, en revanche les conditions de fond institutionnelles et les

réserve dénuée d'ambiguïté (Cons. const., déc. 14 nov. 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37 : « l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils »).

⁴⁵ V. l'article de S. Sana-Chaillé de Néré, *in* JDI 2014, doctr. 2, p. 33.

conditions de forme doivent relever d'une norme commune et, parfois, impérative. C'est le système adopté en droit international privé à propos des mariages entre un Français et un étranger ou entre deux étrangers, en France. De même le divorce, pour ses conditions doit être soumis à une norme commune aux deux époux.

47 – De la même façon les effets d'une situation juridique mixte doivent être soumis à une seule norme dès lors qu'ils sont communs. Ainsi les effets du mariage ou du divorce, par nature communs, ne peuvent être scindés entre les deux époux par des normes différentes : l'unité du statut matrimonial impose une unité normative autant pour ses effets que pour sa dissolution.

48 – Enfin, lorsque les catégories de rattachement ont une assise territoriale et non plus personnelle, le droit civil calédonien peut avoir une compétence de principe, aux rapports mixtes internes. Sont concernées ici le statut réel, les actes et faits juridiques, même s'il conviendrait de nuancer pour certains aspects des questions, notamment pour la capacité à contracter⁴⁶ ou encore pour la nature des biens objets du droit réel⁴⁷.

49 – Dans ces hypothèses, l'application distributive n'est plus possible, et il convient dès lors de définir un critère commun qui, en raison de l'assise territoriale et non pas seulement personnelle du droit civil calédonien, donnera compétence à ce dernier. On pense évidemment aux critères de la citoyenneté calédonienne ou du domicile (prolongé) en Nouvelle-Calédonie⁴⁸ qui permettraient l'application d'une norme unique – le droit civil calédonien – aux rapports mixtes. Toutefois, même pour cette définition d'un critère commun, l'égalité entre les différents statuts personnels doit être conciliée avec l'assise territoriale du droit civil calédonien. Pour y parvenir, il nous semble qu'il faille laisser une place non négligeable à la volonté individuelle, par le biais d'une option de compétence.

b) Régime de l'option de compétence

50 – Dans la mesure où le droit civil calédonien a une assise territoriale, et qu'il a, par principe, vocation à s'appliquer sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie à toutes les personnes qui peuvent s'y trouver, il peut acquérir ce statut de droit civil commun pour la détermination, objective, de la norme applicable à un rapport mixte interne. D'où, on l'a dit, la possibilité d'un critère fondé sur la citoyenneté commune, le domicile commun en Nouvelle-Calédonie, donnant compétence au droit civil calédonien. Mais cette assise territoriale du droit civil calédonien doit être tempérée par le principe d'égalité entre les statuts personnels. Pour ce faire, il serait possible d'admettre, au bénéfice des parties engagées dans un rapport mixte, une option de législation, à l'instar de celle prévue actuellement par l'article 9 alinéa 2 de la loi organique.

51 – La reconnaissance d'une option de législation, si elle paraît simple et séduisante, pose en réalité de nombreuses difficultés qui rendent son usage complexe. Il faudra par exemple savoir qui pourra exercer ce choix ; à quel moment et selon quelles modalités ; le choix pourra-t-il être contrôlé ; les parties peuvent-elles panacher ? Les questions posées sont

⁴⁶ Par exemple la capacité à contracter est appréciée selon la norme applicable en fonction du statut personnel, alors que la norme applicable au contrat, si le critère est celui du lieu d'exécution de l'obligation principale, désigne le droit civil calédonien et non la coutume.

⁴⁷ La nature coutumière du droit donne sa nature au droit portant sur ce bien et donc la norme applicable.

⁴⁸ V. l'article de S. Sana-Chaillé de Néré, *in* JDI 2014, doct. 2, p. 33.

bien connues et la littérature abondante, renouvelée par la reconnaissance de plus en plus fréquente dans le droit international privé actuel, notamment européen, de telles options.

52 – À ce stade, le postulat est celui que l'option dans le conflit interne de normes pourra être expresse, c'est-à-dire résulter d'une clause expresse formulée, par exemple, lors de la célébration du mariage, d'un contrat, de la saisine d'un juge, etc. Elle pourra également être tacite, c'est-à-dire se déduire d'un comportement non-équivoque, comme la célébration du mariage devant une autorité plutôt qu'une autre. Ainsi en matière de célébration du mariage, les conditions de forme dépendent en droit international privé de l'autorité de célébration. Actuellement, la délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier⁴⁹, comme la loi organique, imposent la célébration d'un mariage mixte devant l'officier de l'état civil, réservant la célébration coutumière aux seuls couples de statut civil coutumier. Cette restriction peut sans doute être aujourd'hui dépassée et les intéressés pourraient choisir, le cas échéant, l'un ou l'autre des modes de célébration que leur appartenance statutaire rendrait possible. Aux fins de publicité, une mention serait portée en marge de l'état civil non directement sollicité pour la célébration, à l'instar du mariage coutumier qui doit être déclaré à l'état civil dans les trente jours de sa célébration⁵⁰. Aussi on pourra dire que : « Le mariage entre deux personnes de statut personnel différent peut être célébré par l'une ou l'autre des autorités compétentes en vertu des statuts personnels des parties ». Ici, le mariage entre un métropolitain et un Calédonien non Kanak ne pourra être célébré devant une autorité coutumière, il le sera forcément devant l'officier de l'état civil.

53 – L'option de législation devra sans doute être limitée aux seules normes en conflit eu égard au statut personnel des parties. Il ne semble pas opportun en effet de permettre, par exemple, une option en faveur du droit français lorsque le rapport mixte est entièrement rattaché à la Nouvelle-Calédonie (*ie* Calédonien-Kanak), encore moins à une norme étrangère. Les parties ne devraient pas non plus pouvoir panacher afin de préserver l'unité normative de la situation concernée. Ainsi le couple mixte Kanak-Calédonien non kanak ne devrait pouvoir soumettre certains des effets de l'union à la coutume et les autres au droit civil calédonien. En droit international privé français, le panachage est par exemple autorisé en matière de contrat international, domaine où l'autonomie de la volonté est forte. Il nous semble que ce qui justifie ce panachage pour le contrat international ne se retrouve pas pour le contrat interne. Enfin, au cas où cette volonté n'a pas été exprimée, qu'elle ne peut se déduire sans équivoque des éléments objectifs qui caractérisent la situation ou qu'il existe un désaccord entre les parties, le critère objectif retrouvera son empire.

54 – La règle de conflit de normes pourrait ainsi prévoir que « Lorsque les époux sont de statuts personnels différents, ils peuvent convenir que leur divorce ou séparation soit soumis à la norme applicable à raison du statut de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention. À défaut de choix ou en cas de désaccord, est applicable la norme de leur domicile commun (ou de l'autorité de célébration) ».

55 – Une telle option serait, par certains aspects, novatrice dans ses conséquences, notamment en permettant d'appliquer la coutume kanak à des personnes qui pourtant ne relèvent pas du statut civil coutumier. Potentiellement contraire à l'article 75 de la Constitution, cette conséquence serait cependant dans l'esprit de l'Accord de Nouméa⁵¹ dans

⁴⁹ JO NC, 27 avr. 1967, p. 360.

⁵⁰ Délibération, 3 avr. 1967, art. 40, al. 2.

⁵¹ Rappelons-le lui-même de valeur constitutionnelle et contenant plusieurs dérogations aux principes et valeurs constitutionnels nécessaires à sa mise en œuvre.

la mesure où elle participe au destin commun, par le décloisonnement statutaire de la norme coutumière et par l'affirmation concrète de l'égalité des statuts civils particuliers de la Nouvelle-Calédonie et de la norme qui en découle. Si cette option de législation va au-delà de celle reconnue par l'article 9 alinéa 2 de la loi organique, en ce qu'elle conduit à appliquer la coutume kanak à une personne de statut commun ce que justement l'article 9 dans sa version actuelle exclut, elle serait très restreinte quant à son champ d'application matériel et, en pratique, serait très certainement d'un usage modéré, tant du moins que la coutume kanak n'offrira pas toute assurance en termes de sécurité et de stabilité juridiques.

56 – Le caractère impératif des matières relevant de l'état et de la capacité des personnes n'apparaît aujourd'hui plus comme jadis un obstacle à l'admission de l'option de législation. Ainsi en ce qui concerne le divorce, la possibilité d'une option de législation est désormais admise par le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Ce texte est d'ailleurs intéressant car il permet justement le choix du droit civil calédonien. Dans l'hypothèse en effet d'un couple Européen-Calédonien qui résidait en Nouvelle-Calédonie et qui souhaiterait divorcer en France, le choix de la loi pourra porter sur le droit civil calédonien. L'article 5 du règlement permet en effet le choix, notamment, de « *la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention* », ou de la « *loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention* ». L'article 14, *b* et *c* précise, lorsque l'État désigné comprend plusieurs unités territoriales ayant une autonomie normative dans le domaine du règlement, que « toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale » et que « toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties »⁵².

57 – Même si cette admission de l'option de législation en faveur d'une norme locale lorsque le conflit de lois est international ne commande pas de la prévoir également lorsque le conflit de normes est interne, il semble néanmoins qu'il s'agit là d'un argument de nature à lever les obstacles aussi bien théoriques que pratiques qui pourraient amener à s'y opposer. On rappellera enfin que l'article 9 alinéa 2 de la loi organique, dans sa version actuelle, permet une telle option de norme locale.

58 – Cette règle de conflit de lois issue du règlement dit de « Rome III », en donnant ici expressément compétence à des droits locaux en dehors de leur territoire d'origine, pose la question de la vocation à l'application extra calédonienne du droit civil de la Nouvelle-Calédonie.

II. – LE CHAMP D'APPLICATION SPATIAL DES DROITS CIVILS

59 – Outre la définition des critères de rattachement, la résolution des conflits de normes pose la question de savoir si le droit civil de la Nouvelle-Calédonie n'est applicable qu'en Nouvelle-Calédonie, par les seuls juges et autorités publiques du territoire, ou si ce droit peut – ou doit – être appliqué par des juges et autorités publiques extra calédoniennes. Le fait de

⁵² Le considérant n° 28 expose que « En l'absence de règles désignant la loi applicable, les parties qui choisissent la loi de l'État de la nationalité de l'un d'entre eux devraient préciser dans le même temps qu'elle est l'unité territoriale dont ils ont choisi la loi dans le cas où l'État dont la loi a été choisie comprend plusieurs unités territoriales ayant leur propre système de droit ou leur propre ensemble de règles en matière de divorce. »

retenir le critère de la citoyenneté calédonienne comme facteur de rattachement induit cette idée que la loi calédonienne puisse recevoir application en dehors de la Nouvelle-Calédonie⁵³. Dans la tradition, le critère de la nationalité a justement pour finalité d'appliquer leur loi nationale aux personnes en quelque lieu qu'elles se trouvent. L'article 3 alinéa 3 du Code civil exprime cette sorte d'allégeance perpétuelle du Français avec la loi de son pays, que Portalis justifiait dans un souci de jalouse protection : « *la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français même dans les régions les plus éloignées, elle le suit jusqu'aux extrémités du globe* »⁵⁴.

60 – Ainsi pour statuer sur le divorce de deux Calédoniens, le juge de France métropolitaine peut-il appliquer le droit civil calédonien ? La réponse dépend évidemment du critère retenu par la règle de conflit de normes. Mais au-delà, se pose la question du champ d'application spatial intrinsèque des normes calédoniennes : sont-elles strictement d'application territoriale parce qu'elles sont de source locale, ou peuvent-elles, en tant que normes à part entière, recevoir une application extra calédonienne ? Si la question se pose aujourd'hui pour le droit civil calédonien, elle se pose en réalité depuis plus longtemps pour la coutume kanak, dans des termes quasiment semblables (A). Ce faisant, il conviendra de s'interroger sur le régime juridique de cette application hors sol du droit civil de la Nouvelle-Calédonie (B).

A. – L'application hors-sol du droit civil de la Nouvelle-Calédonie

61 – La différence de nature et, partant, de source, entre le droit civil calédonien et la coutume kanak doit conduire à les envisager séparément.

1° L'application hors-sol de la coutume

62 – La problématique est simple : si le juge de la Nouvelle-Calédonie doit appliquer la coutume kanak aux litiges de droit civil lorsque toutes les parties sont de statut civil coutumier⁵⁵, qu'en est-il du juge français de métropole ? Doit-il appliquer également cette coutume, ou peut-il appliquer le droit civil étatique ou, le cas échéant, le droit civil calédonien ? De fait, si l'on peut supposer qu'une juridiction métropolitaine s'est un jour trouvée saisie d'une telle affaire, par exemple du divorce d'un couple kanak de statut civil coutumier, les bases de données n'en donnent à ce jour aucun exemple.

63 – La juridicité extra-calédonienne de la coutume kanak est directement liée à la nature personnelle ou territoriale des statuts visés par l'article 75 de la Constitution. Certains auteurs ont estimé que les statuts personnels particuliers, pour produire effets, supposent un lien avec le territoire, en ce sens que les intéressés n'en relevaient que lorsqu'ils étaient présents sur le territoire concerné⁵⁶.

64 – Cette opinion, à notre sens, provient d'une confusion terminologique née de la qualification parfois rencontrée de « statut de droit local » pour désigner les statuts personnels

⁵³ V. l'article de S. Sana-Chaillé de Néré, *in* JDI 2014, doct. 2, p. 33.

⁵⁴ Portalis, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* : P. A. Fenet, Paris, 1830, t. 6, p. 356. – Adde É. Pataut, « L'article 3 alinéa 3 : approche historique du rattachement à la nationalité », *in* G. Fauré, G. Koubi (ss dir.), *Le titre préliminaire du Code civil* : Economica, 2003, p. 173 et s., spéc. p. 179.

⁵⁵ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 7.

⁵⁶ Sur lesquels, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 406 s., spéc. n° 421 en ce qui concerne le statut civil coutumier kanak.

particuliers. Si en effet le contenu du statut personnel, c'est-à-dire la norme qui s'applique aux personnes qui en relèvent (coutume religieuse, coutume locale, droit traditionnel, etc.), est défini localement « parce qu'il est issu de la tradition propre à chaque pays et à chaque population »⁵⁷, en revanche cette norme de source locale, dans la mesure où elle s'applique à raison d'un statut personnel, a vocation à s'appliquer partout où ces personnes se trouvent.

65 – Si le lien du statut personnel particulier avec un territoire est indéniable, il ne s'agit donc que d'un lien d'origine : c'est parce que sur ce territoire vit un groupe de personnes dont l'État reconnaît et admet la survivance de l'identité sociale et culturelle que le statut personnel est reconnu ; c'est parce que l'État admet l'autonomie de certaines parties de son territoire qu'il reconnaît que des normes puissent y trouver leur source. Dans la mesure où le statut civil coutumier doit sa reconnaissance à l'article 75 de la Constitution, lequel dispose que « *Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun (...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé* », alors la nature de ce statut est personnelle, et non pas uniquement territoriale. Il a, comme le statut personnel de droit commun, une vocation universelle : ce statut suit l'individu partout où il se déplace, à tout le moins lorsqu'il se trouve sur une partie du territoire de l'État qui le reconnaît.

66 – Cette reconnaissance du champ d'application spatial universel du statut personnel particulier, et donc de la norme qui en découle, est une constante de l'histoire des statuts personnels particuliers⁵⁸. Le législateur pourrait expressément les cantonner à un territoire. Or, il n'y a justement aucune restriction de la sorte dans la loi organique de 1999. Ainsi son article 7, qui dispose que « *Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes* », ne conditionne pas l'application de la coutume à la résidence en Nouvelle-Calédonie de la personne concernée.

67 – Bien au contraire, l'article 9 alinéa 2 de la loi organique, en permettant aux personnes de statut personnel différent engagées dans un rapport juridique mixte, de choisir la coutume applicable de l'un ou l'autre des statuts en présence, autorise expressément l'application, en Nouvelle-Calédonie, d'un « droit local » à raison d'un statut personnel particulier extra-calédonien (en l'occurrence wallisien-futunien ou mahorais)⁵⁹.

68 – Partant, la juridiction calédonienne a jugé que le mariage célébré religieusement en Nouvelle-Calédonie entre deux personnes de statut particulier wallisien résidant en Nouvelle-Calédonie était valable, sans qu'il soit besoin d'une célébration devant l'officier de l'état civil, conformément à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1961 et l'arrêté du 13 mars 1962 sur l'état civil de Wallis et Futuna⁶⁰. La cour d'appel de Nouméa reconnaît que le droit coutumier wallisien et futunien a vocation à régir les sujets de cette coutume, même lorsqu'ils vivent hors de leur territoire d'origine⁶¹. Dans le même sens, la cour d'appel de Besançon a, par un arrêt rendu le 13 juin 1995, jugé que « ces coutumes d'origine religieuse dont la loi française a garanti le libre exercice ne sont pas des coutumes locales dont le domaine aurait été

⁵⁷ P. Lampué, *Droit de l'outre-mer et de la coopération* : Dalloz, 4e éd. 1969, n° 145.

⁵⁸ V. les exemples cités par V. Parisot, *op. cit.*, n° 406 et s., spéc. n° 414 à propos du statut des Algériens. – Dans le même sens, à propos de l'article 82 de la Constitution de 1946 : P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système français (métropolitain et outre-mer) » : *Rev. crit. DIP* 1954, p. 249 et s., spéc. p. 274.

⁵⁹ V. *supra* I.

⁶⁰ TPI Nouméa, 11 juin 1990, n° 930, in R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *op. cit.*, p. 94.

⁶¹ CA Nouméa, 9 juill. 2009, n° 08/66, cité par R. Lafargue, *op. cit.*, *loc. cit.*

circonscrit à la région dont étaient originaires leurs bénéficiaires, mais constituaient et constituent encore un statut particulier attaché à la personne, pouvant donc être invoqué par son titulaire sur toute l'étendue du territoire français »⁶². Cette décision a d'autant plus de signification qu'elle concerne une personne dont le statut personnel particulier relève d'un territoire d'outre-mer (les établissements français de Pondichéry) depuis longtemps indépendant (1962), et alors que l'intéressé était domicilié en France métropolitaine depuis bien avant cette indépendance.

69 – Il en résulte que les Kanak qui sont de statut civil coutumier, demeurent de ce statut dans l'ensemble du territoire français, métropole comme dans l'ensemble de l'outre-mer et, par conséquent, restent soumis à la coutume en matière de droit civil⁶³.

2° L'application hors-sol du droit de la Nouvelle-Calédonie (loi du pays/ délibération)

a) Principe

70 – Raisonnant sur la loi du pays, plusieurs auteurs ont estimé qu'elle était une loi du seul pays calédonien : c'est-à-dire qu'elle n'était qu'un droit local au sens géographique du terme⁶⁴. Appliquée au droit civil, cette restriction territoriale reviendrait à dire, par exemple, qu'un Calédonien qui s'installerait hors de la Nouvelle-Calédonie ne pourrait plus se voir appliquer le droit civil calédonien, alors même que le pays où il serait installé l'admettrait.

71 – Cette opinion ne semble pas pouvoir être suivie. D'une part et comme pour le statut civil coutumier, le statut civil calédonien, dont dépend l'application du droit civil calédonien, a une nature personnelle et non pas territoriale. Ce statut, fut-il particulier, a une vocation universelle au même titre que le statut civil de droit commun. En ce sens, la loi pays comme la délibération, sources du droit civil calédonien, ont vocation à s'appliquer aux Calédoniens en quelque endroit qu'ils se trouvent. D'autre part, les normes calédoniennes (loi du pays et délibération du Congrès) ont, en soi et indépendamment du statut personnel, un champ d'application spatial qui va au-delà de la seule Nouvelle-Calédonie.

72 – Certes, le droit calédonien peut lui-même délimiter son champ d'application territorial⁶⁵, et souvent cette restriction découle de la nature de la matière. Ainsi le Code minier, qui « s'applique dans le territoire des trois provinces » (*C. minier*, art. Lp. 111-5), a naturellement vocation à ne régir que les questions minières localisées en Nouvelle-Calédonie. De même, les règles prévues dans le code du travail calédonien « sont applicables à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient. » (*C. trav. cal.*, art. Lp. 111-1, al. 1^{er}).

73 – Mais cette territorialité du droit ne signifie pas qu'un juge autre que calédonien ne puisse pas, en soi, appliquer ce droit. Ainsi, pour une raison ou une autre, un litige minier ou du travail pourrait être jugé par une juridiction étrangère ou métropolitaine, dès lors que les

⁶² CA Besançon, 13 juin 1995 : RRJ 1997-1, p. 347, note A. Boyer.

⁶³ En ce sens également : R. Lafargue, *op. cit.*, p. 93-94. – V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 415 à propos du statut civil mahorais, et note ss. Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 2010, préc. : Rev. crit. DIP 2011, p. 610, spéc. n° 15 en ce qui concerne le statut civil coutumier kanak. – É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *op. cit.*, p. 733 et s. pour le statut civil mahorais.

⁶⁴ Sur ces auteurs, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 524 et s.

⁶⁵ Encore qu'il semble que la « compétence de la compétence » relève de l'État, v. l'article de S. Sana-Chaillé de Néré, *in* JDI 2014, doct. 2, p. 33.

règles de compétence juridictionnelle de ces États le permettraient. Et les règles de conflit de lois de cet État pourraient désigner compétente, par exemple, la loi du lieu où le travail est effectué⁶⁶, ou la loi du lieu où le minerai a été extrait. Dans ces hypothèses, il n'y a pas lieu que la Nouvelle-Calédonie refuse l'application extraterritoriale de ses normes qui lui serait ainsi proposée. Elle le pourrait, mais une telle restriction géographique des normes calédoniennes apparaîtrait pour le moins inopportune.

b) Mise en œuvre

74 – L'application du droit civil calédonien par une autorité extra calédonienne dépend de la nature interne ou internationale de la situation en cause et partant de règle de conflit qui est mise en œuvre.

75 – **Application par le juge métropolitain dans le cadre d'un conflit interne.** – Lorsque le conflit de normes est purement interne, c'est-à-dire lorsque les normes en conflit ne concernent qu'un seul État pluri-législatif, l'autorité applique non pas ses règles de droit international privé mais les règles de conflits de normes internes⁶⁷. Le fait que la France soit un État pluri-législatif et que le droit français métropolitain ait le statut de droit commun n'est pas un obstacle à cette application extraterritoriale du droit calédonien, en particulier par un juge métropolitain. Il ne semble pas en effet que la France entende cantonner les droits dits locaux à l'intérieur d'un territoire circonscrit, sauf à le prévoir expressément. Mais elle ne le fait que rarement et semble-t-il, jamais de façon générale, mais pour certaines matières seulement, justement intrinsèquement territoriale. C'est le cas par exemple du droit Alsacien-Mosellan, qui peut dans certaines matières s'appliquer en dehors des trois départements d'origine⁶⁸.

76 – Or, une telle restriction en ce qui concerne le droit dont la compétence est transférée à la Nouvelle-Calédonie ne ressort ni de l'Accord de Nouméa, ni de la loi organique. En ce sens, « la loi « du pays » est une loi édictée par le Congrès calédonien. Rien de plus. En particulier, le terme « du pays » n'implique nullement une application territoriale limitée de ladite loi ». Par comparaison, nul ne prétend que la loi « de la République » soit strictement cantonnée au territoire de la seule République. Il est donc « tout à fait concevable que la loi du pays soit appliquée en métropole. En dehors même de tout empiètement de compétences, un véritable conflit de lois peut naître entre le droit calédonien et le droit métropolitain »⁶⁹.

77 – En ce sens, la loi du pays et la délibération apparaissent comme des normes générales, à vocation universelle. Mais elles sont de source locale, comme la loi de la République qui, elle, est de source nationale.

⁶⁶ Pour des exemples tirés du droit du travail, v. V. Parisot, *op. cit.*, n° 528 et s.

⁶⁷ V. par exemple, Cons. UE, règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, art. 16 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : « Un État membre participant dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles. »

⁶⁸ V. par exemple, en ce qui concerne les départements du Bas-Rhin, Haut-Rhin et Moselle : certains droits sont d'application personnelle (ex. la sécurité sociale), d'autres sont d'application territoriale (par exemple, le régime de la propriété et des droits réels, la publicité foncière) : V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 117 et s.

⁶⁹ V. Parisot, *op. cit.*, n° 526.

78 – **Application par un juge métropolitain ou étranger dans le cadre d'un conflit de normes international.** – Dans le cadre d'un conflit de lois international, il est fait application des règles du droit international privé et non plus des règles de conflits de normes internes. Dans la mesure où l'application par un juge d'une loi étrangère dépend de son propre système de conflit de lois, un État peut refuser sur son sol l'application d'une loi étrangère, en retenant pour principe le critère du domicile ou de la loi du for. Si à l'inverse cet État, retenant comme critère la nationalité, donne compétence à une loi étrangère, la loi qui sera appliquée au Calédonien sera, *a priori*, la loi française métropolitaine. Mais là encore, le juge, en fonction de ses propres règles de conflit de lois, peut accepter d'interroger la règle de conflit de lois interne du pays désigné afin de définir la norme – nationale ou locale – qui, dès lors, s'appliquera. La règle de droit international privé peut ainsi prendre en considération des règles étrangères de conflit de normes internes⁷⁰.

79 – C'est le cas par exemple du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. L'article 14 dispose que « *Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement : a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée ; b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale ; c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits* ». L'article 15 du même règlement dispose que « *Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État* ». Il ajoute que « *En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique* ». C'est dire que le juge de l'Union européenne – donc aussi métropolitain –, lorsqu'il aura à statuer sur un divorce entre un Calédonien ou Kanak et un étranger, ou un couple d'étrangers résidant ou ayant résidé en Nouvelle-Calédonie, pourra appliquer le droit civil calédonien.

80 – C'est ce qu'admet également l'Espagne de façon plus générale⁷¹. Le juge espagnol, lorsqu'il donne compétence à une loi étrangère, interroge la règle de conflit interne de normes de cette loi étrangère pour savoir, le cas échéant quel droit local ou statutaire s'appliquera. Autrement dit, l'Espagne reconnaît que le pays étranger dont la loi a été désignée compétente pour l'un de ses ressortissants puisse être un État pluraliste. L'Espagne peut accepter qu'un Français se voie appliquer la coutume kanak s'il est de statut civil coutumier, ou le droit civil calédonien s'il est de statut civil calédonien.

⁷⁰ Sur cette prise en considération, v. V. Parisot, *op. cit.*, n° 1509, 1513-1515.

⁷¹ C. civ. espagnol, art. 12, 5° : « Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado ». C'est-à-dire : « Quand une règle de conflit fait référence à la loi d'un État dans lequel différents systèmes coexistent, la détermination de la loi qui s'applique entre eux se fait selon la législation de cet État ».

81 – L’application hors-sol du droit de la Nouvelle-Calédonie, qu’il soit coutumier ou de source écrite, est ainsi d’ores et déjà possible de par les textes existants. Il convient dès lors de définir le régime juridique de cette application.

B. – Le régime juridique de l’application hors-sol du droit civil calédonien

82 – Si le droit civil calédonien et la coutume kanak peuvent être appliqués par un juge métropolitain voire par un juge étranger, la question se pose, alors, des modalités d’application et de la connaissance par ces autorités extra-calédoniennes de ce droit de source locale (1°). Se pose également la question, lorsqu’il est appliqué par une autorité française de métropole, de l’éviction possible de ce droit qui, sans être étranger, n’est pas local du point de vue de l’autorité qui l’applique (2°).

1° La mise en œuvre de l’application hors-sol du droit civil calédonien

83 – En raison de leur source différente, écrite ou orale, il convient de distinguer à nouveau selon qu’est appliqué le droit civil calédonien ou la coutume kanak.

a) L’application directe du droit civil calédonien

84 – **Principe.** – Dans la mesure où le droit civil calédonien est de source écrite (loi du pays ou délibération selon la matière), qu’il est codifié sur la base – sans doute pérenne – du Code civil français⁷² applicable à la Nouvelle-Calédonie au jour du transfert⁷³, et qu’il existe une communauté de nature entre cette norme et le droit civil français, l’autorité publique française sera sans grande difficulté en mesure d’appliquer ce droit civil calédonien. Les liens qui demeureront noués entre la Chancellerie et les services juridiques et de légistique de la Nouvelle-Calédonie font que chacun devrait pouvoir tenir un état du droit positif français et calédonien. La preuve de la loi calédonienne par le juge métropolitain sera ainsi, *a priori*, facile à établir, notamment grâce à l’Observatoire de la législation civile et commerciale que le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a mis en place suite au transfert.

85 – **Régime juridique.** – À l’instar de l’application de la loi étrangère, on peut simplement se demander si la loi calédonienne est, d’une part, d’application d’office et si, d’autre part, sa connaissance relève du juge ou des parties. Sur ce point, il semble que les solutions dégagées pour la loi étrangère ne soient pas complètement transposables à la loi calédonienne. La loi étrangère est en effet applicable si les parties le demandent et elle l’est d’office pour les droits dont elles n’ont pas la libre disposition⁷⁴. Dans le cas contraire – c’est-à-dire lorsqu’aucune des parties ne soulève l’application de la loi étrangère alors que les droits

⁷² On raisonne ici sur le seul Code civil, mais le droit civil on le sait n’est pas limité au seul Code civil et trouve sa source, également, dans d’autres codes et parties de codes et textes non codifiés. Sur ce périmètre du droit civil, V. notamment, É. Cornut, « Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? Le périmètre matériel du droit civil transféré », *op. cit.* et réf. citées.

⁷³ Dans son dernier état résultant de Ord. n° 2013-516, 20 juin 2013 portant actualisation du droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna : JO 21 juin 2013, p. 10316.

⁷⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, n° 97-16.684, *Belaid* : JCP G 1999, II, 10192, note F. Melin ; Rev. crit. DIP 1999, p. 707, 2^e esp., note H. Muir-Watt ; GAJDIP, n° 78.

sont disponibles – le juge peut appliquer la loi française, il a néanmoins la faculté de soulever d’office la compétence de la loi étrangère⁷⁵.

86 – En ce qui concerne la loi calédonienne, et dans la mesure où sa compétence découle directement d’une norme française de valeur constitutionnelle, il nous semble qu’elle est, dans son domaine de compétence personnel et spatial, d’office applicable, quelle que soit la nature des droits en cause. Aussi le juge a-t-il dans tous les cas l’obligation de l’appliquer, au besoin d’office. Dès lors, à l’instar de la loi étrangère, il incombe au juge français de rechercher d’office la teneur du droit civil calédonien, au besoin avec le concours des parties et personnellement s’il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif calédonien⁷⁶. C’est dire que la connaissance du droit civil calédonien porte non seulement sur les règles, mais aussi sur leur interprétation jurisprudentielle.

b) L’application indirecte de la coutume kanak

87 – La question est ici plus complexe eu égard à la nature cachée de la coutume, de son oralité, de sa variabilité dans l’espace et le temps. Le principe de l’application universelle d’une coutume locale se heurte en effet à l’obstacle de sa connaissance effective. Ainsi, si la coutume de Wallis et Futuna est applicable en Nouvelle-Calédonie et qu’il existe des juridictions en formation coutumière, celles-ci n’ont cependant été conçues que pour l’application de la coutume kanak. Et la juridiction ne peut faire appel à des assesseurs wallisiens-futuniens, parce qu’aucun texte ne le lui permet⁷⁷.

88 – C’est un truisme que de dire que le juge métropolitain ne pourra pas, techniquement, appliquer la coutume kanak, faute de la connaître. À la vérité, il n’est d’ailleurs pas même certain qu’il imagine qu’elle puisse être applicable, à moins que les parties l’invoquent devant lui, ou qu’il ait une connaissance personnelle du statut civil coutumier. Car si pour pallier à cette difficulté les juridictions calédoniennes se sont vues adjoindre des assesseurs coutumiers, ces juridictions en formation coutumière n’existent qu’en Nouvelle-Calédonie, comme la juridiction cadiale n’existait qu’à Mayotte jusqu’à sa suppression par l’ordonnance du 3 juin 2010⁷⁸.

89 – À l’époque coloniale, face à cette difficulté, le juge français devant appliquer une norme locale ou coutumière et ne disposant pas des moyens nécessaires pour la connaître, appliquait subsidiairement la loi française⁷⁹. C’est également la solution admise aujourd’hui en droit international privé, lorsque la loi étrangère ne peut être connue⁸⁰. Dans ces deux hypothèses, l’application subsidiaire de la loi française est logique : elle s’explique en droit

⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, n° 96-16.361, *Sté Mutuelle du Mans* : Rev. crit. DIP 1999, p. 707, 1^{re} esp., note H. Muir-Watt ; Gaz. Pal. 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy ; GAJDIP, n° 77.

⁷⁶ Comp. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005 et Cass. com., 28 juin 2005 : Rev. crit. DIP 2005, p. 645, note B. Ancel et H. Muir-Watt.

⁷⁷ R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁸ Désormais, la juridiction de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges entre personnes de statut civil mahorais, le cadi n’ayant plus qu’un rôle de médiateur social : É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *op. cit.*

⁷⁹ P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système français (métropolitain et outre-mer) », *op. cit.*, p. 276.

⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-22.002 : Rev. crit. DIP 2007, p. 575, note H. Muir-Watt

colonial par l'affirmation de la supériorité de la loi de l'État colonisateur ; elle est fondée en droit international privé sur le fait que la loi étrangère ne doit son titre à s'appliquer en France que par l'accueil qui lui est réservé par une règle de conflit de lois française. En ce sens, la juridicité de la loi étrangère, bien que reconnue⁸¹, est inférieure à celle de la loi française.

90 – Or, de l'égalité entre les statuts de droit commun, coutumier et calédonien découle une égalité entre le droit civil étatique, la coutume kanak et le droit civil calédonien dans leurs domaines d'application⁸². La coutume, en ce qu'elle régit les personnes de statut civil coutumier, trouve sa place dans l'ordre juridique calédonien au même titre que le droit civil étatique. Elle ne peut être située au même niveau que la loi étrangère. La coutume est en effet directement accueillie par la Constitution, en ses articles 75 et 77. Sa juridicité et donc son titre à s'appliquer en France découlent de ces textes. La conséquence est que le droit civil étatique n'est pas un droit supplétif. Si ce caractère supplétif est parfois soutenu⁸³, il doit être exclu en raison de l'égalité entre les statuts personnels commun et coutumier. Si la coutume est difficile à connaître, le juge ne peut tendre la main vers son droit écrit⁸⁴. La Cour de cassation l'a rappelé pour une lacune supposée de la coutume kanak, en matière de prestation compensatoire⁸⁵. Dans la mesure où sa juridicité est reconnue, la coutume kanak est aussi une « loi » au sens de l'article 4 du Code civil.

91 – **Régime juridique.** – Comme pour le droit civil calédonien, la coutume kanak doit en principe être appliquée d'office dès lors que les parties sont toutes de statut civil coutumier. Par conséquent, la connaissance de la coutume relève également de l'office du juge. Une solution – praticable – doit donc être trouvée pour assurer cette connaissance et, partant, le respect de l'universalité du statut civil coutumier. Or, dans la mesure où la coutume appartient au même système juridique que celui du juge français, la difficulté de la connaissance de la première par le second peut être dépassée.

92 – Une solution serait de créer une ou deux juridictions en formation coutumière, en fonction du volume du contentieux, par exemple à Paris, sorte de juridiction spécialisée territorialement compétente quel que soit le lieu de résidence en France (hors Nouvelle-

⁸¹ La loi étrangère est une règle de droit : Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 1993, n° 91-14.415, *Coucke* : Rev. crit. DIP 1994, p. 78, note B. Ancel.

⁸² É. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », op. cit., spéc. n° 6 et s.

⁸³ V. notamment, la première branche du moyen du pourvoi, rejeté par Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 08-20.843, préc. : « qu'en l'absence de toute disposition relative au droit à prestation compensatoire, qui est d'ordre public au point que toute législation l'ignorant est contraire à l'ordre public français, les dispositions du Code civil doivent recevoir application ».

⁸⁴ Il s'agit là d'une tendance ancienne et certainement assez naturelle. Dans sa préface à la première édition (1944) de l'ouvrage d'É. Rau, *Institutions et coutumes kanak* : L'Harmattan, rééd. 2005, R. Maunier écrit, p. 7-8 : « Depuis l'ouvrage précité sur Wallis, l'auteur a fait un grand effort pour se libérer des catégories et définitions du Code civil. Car j'avais pu, alors, lui reprocher de se servir trop des notions précises du Planiol-Ripert, en les appliquant où il ne faut pas, transformant ainsi de l'indéfini en du défini, ou du peu défini en du trop défini. C'est la tendance naturelle de nos magistrats officiant là-bas, que d'allonger la main vers nos codes et lois, arguant que la coutume a « gardé le silence », et tirant un trait sur des traditions qu'on n'étudie pas : car il faudrait d'abord apprendre le kanak, alors qu'il fait trop chaud ».

⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, n° 08-20.843, préc. : « qu'après avoir relevé que les parties étaient de statut civil coutumier kanak, c'est à bon droit qu'ayant retenu que les obligations de M. Y. à l'égard de Mme X. étaient régies par le droit coutumier, dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les dispositions conventionnelles invoquées en l'état de la déclaration de la France en application de l'article 63 devenu l'article 56 de la Convention européenne des droits de l'homme, a décidé que les articles 270 et suivants du Code civil ne s'appliquaient pas ».

Calédonie, Polynésie française et Wallis et Futuna, pour lesquels la juridiction calédonienne serait compétente). Mais outre que cette adjonction d'assesseurs coutumiers n'est pas possible en l'état des textes, l'article L. 562-19 du Code de l'organisation judiciaire ne prévoyant cette composition que pour la juridiction civile de Nouvelle-Calédonie⁸⁶, cela ne paraît pas opportun dans la mesure où les assesseurs coutumiers, pour remplir leur mission de sachant coutumier, doivent être au contact de ce droit vivant qu'est la coutume, afin d'interroger et rencontrer les autorités coutumières. La preuve est en effet essentiellement orale, comme l'est la coutume⁸⁷. La difficulté serait identique par le recours à l'*amicus curiae*⁸⁸.

93 – **Question préjudicielle coutumière.** – Aussi une autre solution, relativement simple et qui ne nécessite aucune réforme, peut être trouvée dans la procédure civile. Elle repose sur le constat que la juridiction en formation coutumière, qui n'existe qu'en Nouvelle-Calédonie⁸⁹, a une compétence exclusive, d'attribution autant que territoriale, pour juger des contestations portant sur le droit civil des personnes de statut civil coutumier. Cette compétence exclusive découle directement de l'article 19 alinéa 1^{er} de la loi organique, qui dispose que « *La juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des litiges et requêtes relatifs au statut civil coutumier ou aux terres coutumières* »⁹⁰. Cette compétence exclusive est reprise par le Code de l'organisation judiciaire, pour le tribunal de première instance⁹¹ comme pour les sections détachées⁹² et la cour d'appel⁹³.

94 – Dès lors, le juge français métropolitain, saisi d'un litige de droit civil mettant en cause deux Kanak de statut civil coutumier, ou toute autre question pour laquelle la règle de

⁸⁶ Comp. Cass. crim., 30 juin 2009, n° 08-85.954 : Bull. crim. 2009, n° 139 ; JCP G 2009, 384, 2^e esp., obs. É. Cornut, qui juge que « les juges en déduisent que la juridiction pénale, à laquelle ne sont pas applicables les articles 2 et suivants de l'ordonnance 82-877 du 15 octobre 1982, devenus les articles L. 562-19 et suivants du Code de l'organisation judiciaire, instituant des assesseurs coutumiers au tribunal civil de première instance et à la cour d'appel, dont le sens et la portée n'ont pas été modifiés par l'ordonnance n° 2006-73 du 8 juin 2006 portant refonte à droit constant de ce code, est incompétente pour statuer sur les intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut coutumier kanak ».

⁸⁷ Sur la problématique de l'oralité et ses conséquences sur la connaissance de la coutume kanak, v. É. Cornut, « La non codification de la coutume kanak », in N. Meyer, C. David (dir.), *L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale*, éd. Bruylant, 2012, p. 137 et s.

⁸⁸ Sur ce recours, notamment dans le cadre de l'application de la coutume de Wallis et Futuna par les juridictions calédoniennes, V. R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 94.

⁸⁹ Outre la juridiction de Nouméa, il existe deux sections détachées à Koné (province Nord) et à Wé (Lifou, Province des Îles Loyauté) qui sont au cœur de la population kanak et donc connaissent du plus gros contentieux.

⁹⁰ La dérogation désormais admise en faveur des juridictions pénales statuant sur l'action publique, par l'article 19 alinéa 2 de la loi organique de 1999 issu de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, de se prononcer également sur l'action civile alors même que les parties sont de statut civil coutumier, ne modifie en rien le caractère exclusif de la compétence de la juridiction coutumière. Cette dérogation en effet, outre son domaine matériel très limité, est écartée par l'opposition d'une seule des parties, les intérêts civils revenant dans ce cas à la compétence de la juridiction coutumière.

⁹¹ COJ, art. L. 562-19 : « Les contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ce statut peuvent être directement portées, à l'initiative de l'une quelconque des parties, devant le tribunal de première instance ».

⁹² COJ, art. R. 562-25, al. 1^{er} : « Les sections détachées sont également compétentes pour connaître dans leur ressort des litiges relevant du statut civil particulier dans la composition et les conditions prévues par les articles L. 562-19 à L. 562-24 ».

⁹³ COJ, art. L. 562-28 : « Lorsque la cour d'appel est saisie des contestations entre citoyens de statut civil particulier sur des matières régies par ledit statut, elle est complétée, conformément aux articles L. 562-20 à L. 562-23 par des assesseurs de statut civil particulier, en nombre pair, qui n'ont pas connu de l'affaire en première instance ».

conflit interne de normes commanderait l'application de la coutume, pour tout le litige ou pour une question seulement, pourrait surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle spéciale⁹⁴ à la juridiction en formation coutumière compétente (CPC et CPCNC, art. 49). Étant donnée la distance qui sépare les deux juridictions, la saisine de la juridiction en formation coutumière appartiendrait au juge saisi de la question principale⁹⁵, par transmission directe au tribunal de première instance ou à la cour d'appel de Nouméa, via les greffes, à charge pour la juridiction de Nouvelle-Calédonie de renvoyer l'affaire devant la juridiction en formation coutumière territorialement compétente.

95 – Le juge métropolitain aurait ici compétence pour décider si la question qui lui est soumise relève ou non de la coutume et du droit coutumier. Cette compétence ne suppose pas en effet de mettre en œuvre le fond du droit, mais uniquement de constater que toutes les parties sont de statut civil coutumier et que la situation en cause relève du droit civil. Le rôle de la juridiction en formation coutumière serait de trancher la question sur le fond, par application de la coutume, dans les meilleurs délais et, directement de greffe à greffe, de transmettre le jugement à la juridiction métropolitaine. Celle-ci sera alors tenue par le jugement coutumier, sans qu'il soit possible de l'écarter, à moins qu'il existe une cause d'éviction de cette coutume appliquée hors-sol.

2° L'éviction du droit civil hors-sol

96 – Dans la mesure où la Nouvelle-Calédonie devient compétente pour édicter son propre droit civil, les droits civils métropolitain et calédonien, même s'ils reposent sur une base quasi-commune, ont vocation à prendre, à terme, des orientations différentes sur des choix de société. Or, puisque le droit civil calédonien pourra s'appliquer en France, et que le droit français pourra s'appliquer en Nouvelle-Calédonie, ces droits devront-ils s'appliquer impérativement, ou au contraire chaque territoire conservera-t-il la faculté d'en écarter l'application ? Par extension, les décisions qui seront rendues, principalement par les juridictions calédoniennes, en application de ce droit, seront potentiellement différentes de celles rendues par les juridictions métropolitaines. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si une décision de justice calédonienne – plus largement un acte public – sera reconnue en France métropolitaine comme une décision rendue par une juridiction française. Et réciproquement : une décision française pourrait-elle ne pas pouvoir être reconnue en Nouvelle-Calédonie ?

97 – À court terme, ces questions n'ont, en réalité, guère de sens, le droit civil calédonien étant une copie conforme, fut-elle partielle, du droit civil métropolitain. Mais à mesure que le temps s'écoulera, que les deux droits civils auront une orientation différente sur des choix de société, alors la problématique prendra tout son sens. Si la Nouvelle-Calédonie suivra sans aucun doute l'évolution du droit civil français pour envisager l'accueil de ces règles nouvelles, elle pourra également créer ses propres normes, modifier le droit civil applicable au jour du transfert, s'inspirer d'autres droits et notamment du *Common Law*, importer des notions inconnues du droit français. Étant donnée la nature des relations entre la France et la Nouvelle-Calédonie, de leur appartenance à un même système juridique, le principe est sans

⁹⁴ Spéciale et non générale, car la question relève ici d'une autre juridiction civile : la juridiction coutumière n'a en effet qu'une compétence en matière de droit civil.

⁹⁵ Et non aux parties, comme c'est le cas notamment pour la question préjudicielle administrative, J. Héron, Th. le Bars, *Droit judiciaire privé* : Montchrestien, 5^e éd. 2012, n° 1002.

aucun doute celui d'une non-éviction. Exceptionnellement, il est néanmoins possible de prévoir quelques tempéraments, afin de tenir compte, justement, de l'autonomie progressive de l'ordre juridique calédonien.

a) Principe de non-éviction

98 – La sévérité ou le libéralisme des conditions dans lesquelles un droit substantiel peut être appliqué ou une décision reconnue sur un autre territoire que celui de l'autorité qui l'a rendue, dépend du degré de communauté de droit entre ces deux territoires. Ainsi alors que le droit international privé commun n'hésite pas à écarter, au nom de l'ordre public français en matière internationale une loi étrangère qui lui serait contraire, le droit international privé de l'Union européenne tend à limiter le droit pour le juge d'un État membre de refuser l'application du droit d'un autre État membre au nom de l'ordre public du for⁹⁶. De la même façon, alors que le droit international privé commun, tout en ayant grandement assoupli ses conditions depuis l'arrêt *Münzer*⁹⁷, maintient encore un contrôle appuyé, le contrôle de la reconnaissance et de l'exécution des décisions à l'intérieur de l'Union européenne est le plus souvent réduit au strict minimum et certaines causes de non-reconnaissance sont tout simplement écartées⁹⁸. Il s'agit là de l'expression d'un principe de « confiance mutuelle » entre les États membres.

99 – Lorsque l'on est en présence de deux ordres juridiques à l'intérieur d'un même État, la vigueur de l'ordre public local par rapport à la loi étatique dépendra en très grande partie, si ce n'est exclusivement, du degré d'autonomie législative laissée à l'autorité locale par le pouvoir central⁹⁹. Les relations entre la France métropolitaine et la Nouvelle-Calédonie sont de cet ordre, fondées sur une double identité.

100 – **Identité de système juridique.** – D'une part, en transmettant la compétence normative du droit civil à la Nouvelle-Calédonie, la France admet qu'un droit civil différent puisse s'y développer. Dans la mesure où ce transfert est expressément prévu par l'Accord de Nouméa, qu'il participe directement à l'autonomie croissante de la Nouvelle-Calédonie et à la construction d'une société en devenir, sans aucun doute cette compétence normative s'exercera de façon suffisamment libre pour qu'elle permette de s'affranchir des notions françaises. Dès lors, de la même façon que la coutume, bien que parfois en contradiction avec une norme impérative du droit français, doit néanmoins recevoir application¹⁰⁰, le droit civil

⁹⁶ Par exemple, Cons. UE, régl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, art. 12 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit de Rome III : « L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1964 : Rev. crit. DIP 1964, p. 344, note H. Batiffol ; JDI 1964, p. 302, note B. Goldman ; JCP 1964, II, 13590, note Ancel ; GADIP n° 41.

⁹⁸ Par exemple, Cons. CE, régl. (CE) n° 2201-2003, 27 nov. 2003, art. 25 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit de Bruxelles 2 bis : « La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques. »

⁹⁹ P. Gannagé, « La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois » : Mélanges P. Roubier, 1961, t. 1, p. 229 et s., spéc. p. 239-240.

¹⁰⁰ É. Cornut, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », art. préc. : Politeia n° 20 (2011), p. 241 s.

calédonien devra, par principe, être appliqué par le juge métropolitain sans pouvoir être écarté au nom de l'ordre public français, plus généralement des normes impératives françaises.

101 – En plaçant la Nouvelle-Calédonie à part dans la Constitution, le constituant autorise une dérogation aux principes et valeurs fondamentaux de la République. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 mars 1999, a reconnu que « l'accord de Nouméa (...) déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁰¹. Les dérogations les plus emblématiques prévues par le droit calédonien sont connues : droit de vote aux élections locales restreint¹⁰² ; soumission à l'impôt sans consentement préalable des non citoyens¹⁰³ ; protection de l'emploi local¹⁰⁴, etc. Ces dérogations admises localement le sont, par conséquent, au niveau national¹⁰⁵ et européen¹⁰⁶. L'inverse aurait été contraire à l'objectif de l'Accord de Nouméa. En ce sens, le critère de la hiérarchie des normes ne permet pas, à lui seul, d'écarter la coutume kanak comme dorénavant le droit civil calédonien contrariant une norme supérieure.

102 – De même, l'ordre public ne peut, en principe, s'opposer à l'application en France du droit civil calédonien, comme du droit français en Nouvelle-Calédonie. Le juge dans cette hypothèse ne saurait en effet opposer l'exception d'ordre public comme lors d'un conflit de droit international privé puisque le statut personnel local, ou le droit local, est reconnu directement applicable sur tout le territoire français (y compris la Nouvelle-Calédonie) par la Constitution. Si la loi étrangère peut se voir opposer l'ordre public, même de source interne, c'est parce que cette loi étrangère est accueillie en France par une règle de conflit de lois. Ce n'est pas le cas pour les normes internes, qui ne sont pas accueillies par le droit français : elles sont du droit français¹⁰⁷. C'est ce qu'a jugé récemment la Cour de cassation à propos de la coutume kanak : « les obligations de M. Y. à l'égard de Mme X. étaient régies par le droit

¹⁰¹ Cons. const., déc. 15 mars 1999, n° 99-410 DC : « que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites ; que tel est le cas en l'espèce ; qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'Accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ».

¹⁰² Const., art. 77 al. 3.

¹⁰³ Sauf à voir dans le référendum sur l'Accord de Nouméa, auquel toute la population française a été appelée à se prononcer, un consentement préalable à l'impôt décidé par les institutions calédoniennes.

¹⁰⁴ L. du pays n° 2010-9, 27 juill. 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local : JO NC, 12 août 2010, p. 6934.

¹⁰⁵ CE, ass., 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran* : JurisData n° 1998-051062. – Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraisse* : JurisData n° 2000-002324 ; Bull. ass. plén. 2000, n° 4.

¹⁰⁶ CEDH, 11 janv. 2005, n° 66289/01, *Py c/ France*.

¹⁰⁷ P. Bellet, « Le statut des Algériens Musulmans en France métropolitaine » : Gaz. Pal. 1956, 1, p. 48 explique que « il faut retenir que c'était la loi française, c'est même la Constitution (...), proclamant la valeur des statuts personnels locaux, qui donne son efficacité à ceux-ci. Et il ne paraît pas possible d'opposer l'ordre public à un texte qui est, lui aussi, incontestablement d'ordre public ». L'affirmation est transposable au visa de l'article 75 de la Constitution de 1958. Sur cette question dans son ensemble, très controversée en doctrine à l'époque coloniale, v. P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système français (métropolitain et outre-mer) » : Rev. crit. DIP 1954, p. 249 et s., spéc. p. 276 et s., et surtout spéc. p. 289 et s.

coutumier, dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public »¹⁰⁸. C'est ce qu'elle a également jugé pour le droit mahorais¹⁰⁹.

103 – **Identité de justice.** – D'autre part, le transfert de la compétence normative du droit civil n'emportant aucun transfert de souveraineté, et la justice demeurant de la compétence de l'État, les juridictions calédoniennes resteront, malgré leurs spécificités et la compétence locale en matière de procédure civile, des juridictions pleinement françaises. De fait, la Cour de cassation restera compétente pour se prononcer sur la bonne application du droit civil calédonien par le juge de Nouvelle-Calédonie, comme elle le fait déjà, par exemple, en matière de droit du travail, de procédure civile. Dès lors, on voit mal cette juridiction déclarer contraire à son ordre public le droit dont elle a justement la compétence d'interprétation et celle d'en garantir l'unité. Dans le même sens, il paraît difficile pour le juge de Nouvelle-Calédonie de refuser de reconnaître, hors voies de recours classiques, un jugement prononcé par un juge de France métropolitaine, puisque ces juridictions sont institutionnellement les mêmes et soumises aux mêmes règles. Et réciproquement.

104 – Dans une telle circonstance, le juge serait confronté à ce que l'on pourrait appeler un « conflit de loyauté » entre son droit du for et le droit de l'autorité – *ie* l'État – de laquelle il tient ses pouvoirs.

105 – Il n'en reste pas moins que « le refus de faire jouer l'exception d'ordre public dans les conflits internes de lois (...) devrait rester sans influence sur le jeu de l'ordre public dans les conflits internationaux de lois, et ce même à l'endroit d'une loi étrangère qui présenterait le même contenu que la loi locale que les tribunaux acceptent de sanctionner »¹¹⁰. En ce sens, une loi étrangère peut-être déclarée contraire à l'ordre public (français ou calédonien) alors même que la norme interne, qui aurait un contenu identique à cette loi étrangère, ne le serait pas. L'hypothèse s'est présentée en jurisprudence, à propos du droit alsacien-mosellan¹¹¹, et du droit local mahorais¹¹². Dans le cas mahorais, la Cour de cassation admit qu'un enfant français, de statut civil mahorais, soit privé du droit d'établir son lien de filiation naturelle en raison du droit local, alors même qu'une loi étrangère est en pareille circonstance écartée comme contraire à l'ordre public¹¹³.

106 – Néanmoins, il ne semble pas que cette application hors-sol du droit civil soit véritablement absolue. À tout le moins, l'éviction devra rester exceptionnelle.

¹⁰⁸ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, préc.

¹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997 : JCP G 1997, II, 22968, note L.-A. Barrière et Th. Garé ; Dr. famille 1997, comm. 70, note P. Murat ; D. 1997, p. 453, note H. Fulchiron ; Rev. crit. DIP 1998, p. 602, note G. Droz.

¹¹⁰ V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 4934, citant l'opinion de M. Eliesco, *Essai sur les Conflits de lois dans l'espace, sans Conflit de souveraineté (les conflits d'annexion)* : thèse 1925 n° 252 *in fine*, p. 329.

¹¹¹ Comp. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 971 et s. à propos de la jurisprudence française relative à l'Alsace-Moselle : « le jeu de l'ordre public, refusé à l'égard des paragraphes 1708 et suivants du BGB, appliqués à titre de droit local, a en revanche été admis à l'encontre des mêmes dispositions, appliquées à titre de droit étranger. Cette position n'est pas toutefois sans conduire à de réelles incohérences de droit matériel » (4934).

¹¹² Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

¹¹³ Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1993 : JCP G 1993, II, 3688, obs. H. Fulchiron ; JDI 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse ; Rev. crit. DIP 1993, p. 620, note J. Foyer ; D. 1994, p. 66, note J. Massip.

b) Éviction exceptionnelle

107 – La cause principale d'éviction réside dans l'exception d'ordre public (1). D'autres causes pourraient également être invoquées ou au contraire être exclues (2).

i) *L'ordre public*

108 – **Éviction, par le juge calédonien, du droit français.** – En droit international privé, l'exception d'ordre public permet à un État, qui admet l'application sur son sol de lois étrangères et la reconnaissance de décisions étrangères, de s'opposer à cette application et reconnaissance au nom des valeurs fondamentales qui lui sont propres. De ce point de vue, l'ordre public calédonien existe et peut réagir aux lois et décisions étrangères, en empruntant, au jour du transfert, son contenu à l'ordre public français en matière internationale. Mais le transfert de la compétence du droit civil pose la question d'un ordre public calédonien propre à la Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire qui définit son propre contenu, et surtout qui, se distinguant de l'ordre public français, pourrait s'opposer à l'application de la loi française ou à la reconnaissance d'une décision française en Nouvelle-Calédonie.

109 – Posée en ces termes, la question de l'ordre public calédonien n'a de sens que s'il existe, en soi, des différences entre le droit français et le droit calédonien. Par hypothèse, cette différence est quasi nulle au jour du transfert, le droit civil calédonien n'étant rien d'autre que le droit civil français tel qu'il était applicable au jour du transfert. Mais à terme cette similitude s'estompera à mesure que les réformes votées en droit français ne seront plus exportées en droit calédonien, et que le législateur calédonien, utilisant le pouvoir qui lui est octroyé, procédera à ses propres réformes sans uniquement effectuer des copier-coller avec le droit français. Le législateur calédonien pourra donc, dans son rôle, déclarer telle ou telle règle comme étant d'ordre public, soit qu'il l'ait créée, soit qu'il donne ce caractère à une règle civile existante au jour du transfert et qui n'avait pas cette qualité à ce moment. Le fait que l'État conserve la compétence en matière de garantie des libertés publiques¹¹⁴ ne retire pas cette compétence à la Nouvelle-Calédonie quant au contenu de son ordre public interne comme en matière internationale, dès lors que les libertés et droits fondamentaux ne sont pas, par ce biais, restreints. C'est le cas déjà en droit coutumier. Ainsi le préalable coutumier lors d'une demande de dissolution des liens du mariage est d'ordre public coutumier, rendant irrecevable la saisine directe des juridictions en formation coutumière¹¹⁵. Ici, une norme coutumière d'ordre public coutumier rend irrecevable un droit tiré du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie.

110 – Il s'agira alors d'un « ordre public personnel » ou d'un « ordre public territorial »¹¹⁶ selon que la règle d'ordre public concerne une catégorie de personnes déterminée en fonction d'une qualité qui leur est propre quel que soit le lieu de leur résidence (l'appartenance au statut civil coutumier), ou un territoire, dès lors que sont concernées toutes les personnes qui

¹¹⁴ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 21, I, 1°.

¹¹⁵ TPI Nouméa, sect. de Koné, 5 févr. 2013, n° 13/67, JAF : Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013-1, n° 21, p. 148, obs. É. Cornut.

¹¹⁶ P. Lampué, « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système français (métropolitain et outre-mer) », *op. cit.*, p. 277-278.

se trouvent sur ce territoire, quelle que soit leur qualité personnelle (le droit civil calédonien, avec cette nuance du statut personnel, ou encore le statut des terres coutumières, avec la règle des « 4i »¹¹⁷, ou encore les règles relatives à la protection de l'emploi local¹¹⁸).

111 – Dès lors, en déclarant d'ordre public calédonien une règle civile, le juge calédonien sera en mesure de refuser l'application en Nouvelle-Calédonie, d'une règle civile métropolitaine. Simplement, les hypothèses seront ici beaucoup plus restreintes que la possibilité d'écarter au nom de l'ordre public calédonien l'application d'une loi étrangère. Car outre les raisons évoquées, qui rendent exceptionnelles les possibilités d'éviction, la compétence conservée par l'État en matière de « garantie des libertés publiques » entraîne que l'éviction d'une règle civile métropolitaine ne pourra en aucun cas caractériser une atteinte à une liberté ou à un droit fondamental. Une illustration, fictive mais éclairante : même si la Nouvelle-Calédonie était compétente pour les conditions du mariage¹¹⁹ et que le mariage homosexuel avait été adopté après le transfert¹²⁰, et donc qu'il ne serait pas admis localement, la Nouvelle-Calédonie ne pourrait refuser de reconnaître qu'un tel mariage célébré en France produise ses effets. Il nous semble également que l'officier de l'état civil n'aurait pu refuser de célébrer un tel mariage, en application de la loi française, entre deux personnes de statut civil de droit commun. Une telle éviction serait attentatoire à une liberté désormais publique en France¹²¹.

112 – **Éviction, par le juge français, du droit calédonien.** – L'État reste compétent pour « la garantie des libertés publiques ». Cette réserve signifie que si la Nouvelle-Calédonie est compétente pour édicter des règles de droit civil qui impactent des libertés et des droits fondamentaux, elle ne pourra le faire qu'en respectant ces droits et libertés fondamentaux dont l'État, par sa Constitution et ses engagements internationaux, devra assurer le respect par les voies de droit existantes : saisine du Conseil constitutionnel, question prioritaire de constitutionnalité, saisine de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice de l'Union européenne, annulation de texte réglementaire, exception d'illégalité, etc.¹²² Dès lors, une loi du pays contraire à une liberté fondamentale pourrait faire l'objet d'une QPC. Or le droit civil calédonien relève de la loi du pays¹²³, dans la même mesure que le droit civil français relève de la loi¹²⁴. Par ce biais, le contrôle par la réserve de l'ordre public est possible. En revanche les règles de mise en œuvre du droit civil relèvent de la délibération qui, de valeur réglementaire, échappent de ce fait à la QPC. Néanmoins le juge pourrait écarter

¹¹⁷ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 18, al. 2 : « Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables ». – V. É. Cornut, « La valorisation des terres coutumières. Le principe coutumier de l'union des hommes et de la terre », in C. Castets-Renard, G. Nicolas, *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, 2015, p. 125-154.

¹¹⁸ L. du pays n° 2010-9, 27 juill. 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local. – V. C. trav., art. Lp 451, al. 2 qui dispose qu'à « conditions de qualification et de compétence égales, l'employeur est tenu de donner la priorité au citoyen de la Nouvelle-Calédonie ».

¹¹⁹ Ce n'est pas le cas en vertu de la loi du pays du 20 janvier 2012.

¹²⁰ Ce n'est pas le cas, la loi sur le mariage pour tous étant entrée en vigueur le 20 mai 2013, c'est-à-dire avant le transfert, et cette loi étant directement applicable en Nouvelle-Calédonie, elle s'y applique.

¹²¹ H. Fulchiron, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous » » : JDI 2013, doctr. 9, p. 1055.

¹²² É. Cornut, « Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? », *op. cit.*, p. 38.

¹²³ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 99, al. 2, relève d'une loi du pays les : « 9° Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » et, « 10° Principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; ».

¹²⁴ Const., art. 34.

des normes réglementaires au nom de l'ordre public ou du respect d'une norme impérative française, par voie d'exception, comme toutes dispositions de cette nature.

113 – Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 mars 1999, estima en effet que si « l'accord de Nouméa (...) déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle, (...), toutefois, de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en œuvre de l'accord ». Les dérogations aux droits et libertés fondamentaux, plus largement la circonstance qu'un droit civil calédonien s'applique même s'il paraît contraire à l'ordre public français, ne sont permises que si elles sont « strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord ». Dans son commentaire de la décision du 30 juillet 2009, le professeur Michel Verpeaux note ainsi que « Sans qu'il soit possible de l'affirmer directement, apparaît l'idée qu'il existe des normes constitutionnelles plus importantes que d'autres auxquelles il n'est possible de déroger que de manière très limitée, même par le biais d'autres règles constitutionnelles ou constitutionnalisées »¹²⁵. Là se trouve sans doute le critère déclencheur de l'ordre public métropolitain à l'encontre d'une règle de droit civil calédonien. Il devra en tout cas rester exceptionnel¹²⁶.

ii) Autres causes d'éviction

114 – **Fraude à la loi.** – La condition d'absence de fraude à la loi ne pose pas de difficulté particulière et le mécanisme de l'exception de la fraude à la loi tel qu'il résulte du droit international privé est complètement transposable au conflit interne de normes¹²⁷. L'exception de fraude à la loi doit pouvoir sanctionner la fraude à la loi calédonienne par application de la loi française, de la coutume, et réciproquement la fraude à la coutume par application de la loi française ou calédonienne, ou encore la fraude à la loi française par application de la coutume ou de la loi calédonienne. De même une décision française obtenue par fraude à la loi calédonienne, ou à la coutume, pourra ne pas être reconnue en Nouvelle-Calédonie. Réciproquement, une décision calédonienne obtenue en fraude à la loi française pourra être déclarée inopposable en France. Simplement, en raison de la relative convergence entre la loi française et le droit civil calédonien, l'intention frauduleuse sera dans ce cas de figure très difficile à rapporter du fait du faible intérêt à appliquer une loi en lieu et place d'une autre. Elle peut en revanche davantage trouver à s'appliquer en ce qui concerne la coutume kanak, pour laquelle il existe de nombreuses divergences avec le droit écrit.

115 – **Compétence juridictionnelle.** – La condition retenue en droit international privé par l'arrêt *Münzer* quant à la compétence de la juridiction ayant rendu la décision n'a pas lieu d'être examinée en ce qui concerne la reconnaissance d'une décision française en Nouvelle-Calédonie, ou d'une décision calédonienne en France. Si la Nouvelle-Calédonie est déjà compétente en matière de procédure civile, l'exclusion de cette condition est naturelle en raison de la confiance mutuelle qui préside à l'appréciation de leur compétence directe par ces juridictions, à l'instar de ce qui existe à l'intérieur de l'Union européenne en vertu,

¹²⁵ Cons. const., déc. 30 juill. 2009, n° 2009-857 DC : JCP G 2009, 404, note M. Verpeaux.

¹²⁶ Pour une mise en œuvre de l'exception d'ordre public interpersonnel, en ce qui concerne la coutume kanak, v. É. Cornut, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 252.

¹²⁷ É. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille* : Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2006, t. 12. – V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n° 1456 et s.

notamment, du règlement de Bruxelles 2 bis¹²⁸. L'identité de justice relevée plus avant commande ici l'exclusion de cette cause de non reconnaissance.

* * *

116 – **Conclusion.** – La méthode de résolution du conflit internes de normes, qui conduit à appliquer aux différentes communautés de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'aux Français de métropole des normes différentes selon leur appartenance statutaire, signe pour d'aucuns un communautarisme juridique contraire au destin commun voulu par l'Accord de Nouméa. C'est pourquoi des propositions ont été faites que la consécration du droit civil calédonien par le transfert de la compétence normative soit le vecteur d'un droit civil commun à la Nouvelle-Calédonie, par une sorte d'acculturation réciproque¹²⁹. Cette solution serait sans doute plus porteuse de destin commun, et en tout cas beaucoup plus simple en pratique que celle d'une résolution par le biais des conflits de normes. Néanmoins elle n'est, à ce jour en tout cas, ni opportune, ni même réalisable¹³⁰. Comment en effet concilier, par exemple, le mariage civil, d'essence individuelle, avec le mariage coutumier, d'essence collective ? Alors que le premier exprime une liberté du mariage fortement marquée, le second repose autant sur une alliance des clans que sur celle des intéressés, rendant nécessaire un double accord. Comment concilier l'absolutisme du droit à la propriété privée tel qu'issu du Code civil avec la règle des « 4 i » relative aux terres coutumières¹³¹ ? Les exemples pourraient être multipliés¹³².

117 – En ce sens, c'est davantage en termes de conflits de normes que la question du champ d'application spatial et personnel du droit civil calédonien, de la coutume kanak et du droit commun doit se poser, partant de l'exigence, qui ressort de l'Accord de Nouméa, que le pluralisme culturel de la Nouvelle-Calédonie s'exprime également sous la forme d'un pluralisme juridique équilibré. Reconnaître que le droit local de Nouvelle-Calédonie – coutumier ou écrit – puisse recevoir application sur l'ensemble du territoire de la France, voire au-delà, et que la coutume kanak puisse, par une option de législation, s'appliquer ponctuellement à des personnes qui ne sont pas de statut civil coutumier, comme le droit civil calédonien et le droit civil commun s'appliquent à des personnes de statut civil coutumier, est une façon de décroiser les identités et, partant, de promouvoir le destin commun tout en respectant, par un droit des conflits de normes rénové, et non en annihilant, par un droit civil commun ou un droit des conflits de normes assimilationniste, chacune des identités qui font vivre ce destin commun.

Mots-Clés : Nouvelle-Calédonie - Conflit de normes - Coutume - Droit civil

¹²⁸ Cons. CE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, art. 24 : « Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine ».

¹²⁹ M.-A. Frison-Roche, *Le transfert de la compétence normative d'édition des lois et des règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie*, 2012.

¹³⁰ Pour une critique de ce rapport, V. S. Sana-Chaillé de Néré, « Commentaire du Rapport Frison-Roche », 2012 : <https://larje.unc.nc>. – R. Lafargue, in Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013/1, n° 21, p. 22 et s.

¹³¹ L. org. n° 99-209, 19 mars 1999, art. 18 : « Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables ».

¹³² V. par exemple, en matière de responsabilité civile, les notions de faute, de dommage et de victime : Nouméa, 12 juin et 18 juin 2013 : Rev. jur. politique et éco. Nouvelle-Calédonie, 2013/2, n° 22, p. 138, note É. Cornut (« La réparation du préjudice civil en vertu de la coutume kanak »).