



HAL
open science

Quel(s droit(s civil(s calédonien(s? Le périmètre matériel du droit civil transféré

Etienne Cornut

► To cite this version:

Etienne Cornut. Quel(s droit(s civil(s calédonien(s? Le périmètre matériel du droit civil transféré. Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, S. Sana Chaillé de Néré (dir.), éd. presses univ. de l'UNC, 2011, PUNC, 2011. hal-03387000

HAL Id: hal-03387000

<https://hal.science/hal-03387000v1>

Submitted on 18 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.

Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial



Sous la direction
du **Professeur Sandrine Sana-
Chaillé de Néré**

Laboratoire de Recherches Juridique
et Economique (LARJE)

www.univ-nc.nc

Actes du colloque

29 septembre 2011

Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ?

Le périmètre matériel du droit civil transféré

Étienne Cornut

Maître de conférences, Université de la Nouvelle-Calédonie

Directeur du département Droit, Économie & Gestion

Membre du Larje (EA 3329).

Le transfert de la compétence du droit civil de l'État à la Nouvelle-Calédonie fait peur¹.

Lors de la réforme de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 par celle n° 2009-969 du 3 août 2009, la décision sur ce transfert a été repoussée à la fin de l'année 2011, alors qu'elle aurait dû intervenir, comme pour tous les transferts visés par l'article 21.III, au plus tard six mois après le début du mandat de 2009. Ce délai de grâce n'était pas celui demandé initialement. En réalité, le VIIe Comité des signataires du 8 décembre 2008 souhaitait, dans un « *souci de réalisme et de progressivité* », que le transfert du droit civil soit déplacé de l'article 21 (transfert automatique) vers l'article 27, c'est-à-dire qu'il devienne un transfert facultatif, soumis à une loi organique, à l'instar de celui de l'enseignement supérieur². Le législateur français l'a justement refusé, motif pris de l'inconstitutionnalité assez évidente de ce souhait³.

Cette crainte tient à l'ampleur du transfert normatif ainsi imposé. Un territoire de 250 000 habitants a-t-il les moyens humains suffisants d'une telle œuvre ? Si le doute est en effet permis, il est cependant inconcevable de rejeter le transfert sur ce motif, purement conjoncturel, ce d'autant que l'État l'accompagne dorénavant.

Le transfert étant inéluctable, c'est sur son périmètre matériel que le débat s'est alors ouvert, sur la notion même de ce « droit civil » transféré au sens de la loi organique modifiée du 19 mars 1999. Plusieurs pistes ont été envisagées. Les missions d'expertise commandées par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie⁴ et par l'État⁵, ainsi que des experts juridiques locaux dans le cadre des réunions du comité technique, ont suggéré des critères pour limiter ce périmètre du droit civil à transférer. L'idée est intéressante et s'il est exact qu'elle se pose d'emblée à l'observateur, elle est néanmoins délicate en ce qu'elle pose la question – autrement plus fondamentale et pourtant jamais évoquée – du pluralisme ou de l'unicité du droit civil calédonien.

Car ne l'oublions pas : il n'y a pas un, mais deux droits civils calédoniens : celui qui est l'objet du transfert, envisagé à l'article 21.III de la loi de 1999, et celui qui, déjà, est régi par la coutume kanak pour les personnes de statut civil coutumier (article 7 de la même loi).

Au-delà de leur pertinence propre, intrinsèque, qu'il conviendra de vérifier, la question que posent ces critères est donc celle de savoir si le périmètre matériel de ces deux droits civils peut être différent.

¹ Le style oral a été conservé. Communication présentée le 29 septembre 2011 lors du colloque *Le transfert des compétences en droit civil et en droit commercial*, UNC-Larje.

² V. projet de loi, doc. Sénat, 17 juin 2009.

³ V. Rapp. Sénat, n° 490, 24 juin 2009 ; Rapp. AN, n° 1843, 16 juillet 2009. Le Conseil constitutionnel valide ainsi ce report du transfert en ce que, « conformément au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa, ces compétences seront effectivement transférées au cours du même mandat » : Déc. n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, pt. 6.

⁴ Rapport du Pr R. CABRILLAC.

⁵ Rapport de C. ARRIGHI DE CASANOVA et F. BADIE.

Ce premier point tranché, il faudra avancer vers une question en apparence aussi connue qu'éculée : qu'est-ce que le droit civil ? En réalité, les contours de la notion de droit civil sont particulièrement obscurs. Si les frontières proches sont aisément identifiables, d'autres sont plus lointaines, et ne se découvrent qu'après avoir suivi des chemins juridiques sinueux. Au risque de décevoir l'organisatrice autant que l'auditoire du colloque, mon propos ne sera pas ici de dresser une liste exhaustive des matières qui relèvent du droit civil et qui seront donc transférées. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'on puisse véritablement s'entendre sur ce périmètre exact. Le but sera plutôt dans le cadre qui m'est offert ici d'esquisser des pistes méthodologiques de définition de ce périmètre.

I. Pluralisme ou unicité du droit civil calédonien ?

Face à l'ampleur du périmètre du droit civil, il a été proposé des critères afin de limiter le transfert (A). Cependant, il apparaît qu'une telle limitation est directement exclue par la loi organique modifiée du 19 mars 1999, qui n'envisage qu'un transfert global (B).

A. Un transfert partiel ?

Les critères proposés sont ou techniques, non prévus par la loi organique, ou découlent de l'interprétation extensive de compétences conservées par l'État.

1. Critères techniques du transfert partiel

Deux critères peuvent être ici rapidement évoqués.

Critère de l'utilité pratique, ou de l'intérêt local. Ce critère a été proposé afin de restreindre le transfert aux seuls blocs de droit civil qui ont un lien étroit avec la Nouvelle-Calédonie, qui présentent un intérêt local, à la différence d'autres blocs qui n'en auraient pas⁶. Est particulièrement visé ici le droit des biens, qui est en effet un droit de gestion de l'espace et du lieu et donc présente un intérêt local indéniable. En revanche, le droit des personnes et de la famille serait par ce critère exclu du transfert puisqu'il s'applique aussi à des Français métropolitains qui n'ont pas vocation à s'installer durablement sur le territoire.

Critère de l'excessive complexité et de la sécurité juridique. Ce critère part du postulat que la Nouvelle-Calédonie n'a pas les moyens techniques et humains de légiférer en matière de droit civil, du moins pas en tout⁷. Sur ce point, il est souvent rappelé que la compétence pour le droit des assurances n'a jamais été exercée, et il est exact de dire que la sécurité juridique est ici atteinte. Le problème doit aujourd'hui être relativisé, l'État s'étant engagé à apporter une assistance au transfert⁸.

2. Interprétation extensive de compétences régaliennes

Deux compétences régaliennes, en adoptant une conception – exagérément – extensive, permettraient pour certains de justifier un transfert partiel du droit civil.

Le droit de la nationalité, compétence régalienne par excellence, est conservé par l'État (art. 21.I, 1^o de la loi de 1999). Or le droit civil impacte l'attribution de la nationalité. L'établissement du lien de filiation avec un père ou une mère français(e) permet d'attribuer, automatiquement, la nationalité française à l'enfant⁹. Doit-on en déduire que le droit de la filiation, au moins pour ce qui concerne l'établissement du lien, relève de la compétence régalienne de l'État ? Assurément non, d'autant que la frontière entre les deux matières est aisément identifiable, l'État demeurant compétent pour édicter les conditions d'octroi de sa nationalité.

La « garantie des libertés publiques » demeure une compétence de l'État (art. 21.I, 1^o de la loi de 1999). À ce titre, l'État est garant de la protection de la vie privée et familiale, de la liberté matrimoniale, de l'inviolabilité du corps humain ou de la protection de la propriété privée. Or des pans entiers du droit civil mettent en œuvre, directement ou indirectement, une liberté fondamentale. Ainsi, de la liberté du mariage (art. 12 CEDH), découlent le libre consentement de chacun des époux

⁶ Rapport ARRIGHI et BADIE ; Rapport CABRILLAC, n° 129.

⁷ Rapport ARRIGHI et BADIE.

⁸ Convention prévue au titre de l'article 26 al. 5 de la loi de 1999.

⁹ C. civ., art. 18. C'est ce caractère automatique de l'acquisition de la nationalité française qui induit le lien entre droit civil et droit régalien. Ainsi le mariage ne produit aucun effet sur la nationalité (C. civ., art. 21-1), et s'il permet l'acquisition de la nationalité française, il faut une déclaration de l'intéressé et l'État peut, pour certaines raisons, s'y opposer.

(art. 146 C. civ.), la sanction de l'erreur de consentement ou des mariages forcés (art. 180), ou encore le contrôle de l'intention matrimoniale dans le cadre de la lutte contre les mariages de complaisance. De là certains en déduisent que le droit civil du mariage est régalien¹⁰, ou à tout le moins certains de ses aspects¹¹. Et par extension encore c'est le droit de la désunion qui devient régalien, voire celui de la filiation, de l'autorité parentale, puisqu'ils découlent du droit du mariage. De même, le droit au nom, d'ordre public, entraînerait dans son sillage le droit du nom, ou encore le domicile, l'absence. Même l'état civil serait régalien puisque d'ordre public, alors même qu'il est directement visé par l'article 21.III, 4° de la loi organique¹² !

Faut-il rappeler que ne sont pas régaliennes l'ensemble des règles qui régissent une matière sur laquelle porte un droit ou une liberté fondamentale, mais uniquement celles qui fondent et garantissent ce droit et cette liberté, et qui donc en sont indissociables. Si tel était le cas, c'est presque l'ensemble du droit civil qui serait régalien. Il sera vu plus loin le sens pouvant être donné à cette compétence de l'État pour la « *garantie des libertés publiques* ».

De même, toutes les règles d'ordre public ne sont pas régaliennes. Les normes d'ordre public sont celles auxquelles les personnes ne peuvent déroger. Si les normes régaliennes sont d'ordre public, elles ont pour finalité d'assurer et d'organiser l'existence de l'État et l'exercice de ses fonctions.

B. Un transfert global

En réalité, le transfert du droit civil vise tout le droit civil. La lettre de la loi organique comme l'unicité du droit civil calédonien ne laissent à cet égard aucun doute.

1. Globalité au regard de la lettre de la loi organique

Plusieurs arguments, tirés de la lettre de la loi organique de 1999, justifient un transfert global et non partiel du droit civil. *Irréversibilité du transfert*. Après quelques tergiversations et controverses doctrinales, il est désormais compris que le transfert de la compétence du droit civil est irréversible. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 30 juillet 2009, n'a ainsi validé son report par la loi organique du 3 août 2009 que parce que, « *conformément au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa, ces compétences seront effectivement transférées au cours du même mandat* »¹³. Le Conseil d'État, lors de l'examen du projet de loi organique de 2009, a estimé qu'il se déduisait des conditions du transfert « *comme de l'économie générale de l'accord [de Nouméa], que l'ensemble des compétences non régaliennes de l'État doivent avoir été transférées avant l'expiration du mandat du congrès* ». Or, il paraît indéniable que l'irréversibilité du principe même du transfert commande, implicitement, un transfert global et non partiel ou optionnel¹⁴.

Absence d'autorisation expresse. Nulle part la loi organique n'autorise expressément un tel transfert partiel. À tout le moins est possible un transfert progressif, étalé pendant la période restant à courir jusqu'à la fin du mandat actuel du congrès. La loi du pays peut tout à fait prévoir un tel échancier et un transfert progressif de droit civil par blocs identifiés. Rien ne semble dans l'accord de Nouméa ni dans la loi organique s'opposer à une telle progressivité. Mais à l'issue du mandat actuel du Congrès, l'ensemble du droit civil devra avoir été transféré.

Droit civil. La loi organique ne vise ici que le « droit civil », sans encadrement, ni énumération ou exclusion de blocs de droit civil. Les mesquins diront sans doute que le législateur a voté sans savoir ce que recouvre le droit civil ou sans prendre le temps de s'interroger sur l'ampleur du transfert ainsi prévu. Mais il ne s'agit pas là d'un oubli du législateur. Il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 21 de la loi de 1999 qui énumère des matières et des blocs de compétences précis au titre de la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. De même les travaux parlementaires ont expressément exclu la procédure civile du domaine du droit civil, à propos du statut civil coutumier¹⁵. Encore : en Polynésie, si tout le droit civil a été transféré à l'exception de l'état et de la capacité des personnes, des régimes matrimoniaux et des successions, c'est parce que la loi organique n° 2004-192 le prévoit expressément¹⁶. Il y a donc bien eu de la part du législateur une réflexion et une attention sur le périmètre des matières

¹⁰ Rapport ARRIGHI et BADIE.

¹¹ C. CHADELAT, rapport sous l'avis CE, 7 juin 2011, req. n° 385207, p. 35 et s. qui est favorable à la nature régaliennne de certaines dispositions du Code civil sur le mariage, mais pas pour les autres blocs de droit civil de la famille.

¹² Rapport ARRIGHI et BADIE.

¹³ Déc. n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, pt. 6.

¹⁴ Dans le même sens, Rapport CHADELAT, p. 3.

¹⁵ Rapp. AN n° 1275, déc. 1998, R. DOSIERE.

¹⁶ Art. 14, 1° de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Cf. supra P. GOURDON, L'état

conservées par l'État et de celles transférées à la Nouvelle-Calédonie.

Répartition loi du pays/délibération. L'article 99, alinéa 2, 9° de la loi organique énumère les domaines du droit civil qui, une fois transférés à la Nouvelle-Calédonie, relèveront d'une loi du pays ou d'une délibération. D'après ce texte, relèvent d'une loi du pays les « Règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». Est expressément visé, et donc inclus dans le transfert, le droit civil des personnes et de la famille. L'exclusion souvent proposée de ce bloc au nom des intérêts locaux ou de la garantie des libertés publiques est ainsi pour le moins étonnante.

2. Globalité au regard de l'unicité du droit civil calédonien

La loi organique du 19 mars 1999 utilise deux fois la notion de « droit civil » : au sujet du transfert de compétence du droit civil visé à l'article 21.III, 4°, et à l'article 7 en ce qui concerne le périmètre matériel du statut civil coutumier¹⁷.

Le périmètre matériel de chacun de ces deux droits civils calédoniens peut-il être différent ?

Une remarque préalable est intéressante. Tous les critères proposés pour limiter le périmètre du transfert tendent à exclure le droit civil des personnes et de la famille, alors que ces matières sont généralement vues comme étant, justement, le cœur même du droit civil. À l'inverse, et avant que la Cour de cassation ne tranche la question, il était soutenu par beaucoup que le droit civil visé par l'article 7 ne concernait que le droit civil des personnes et de la famille, ainsi que le droit des biens, au moins en ce qui concerne les terres coutumières¹⁸.

Une question simple se pose alors. Est-il possible qu'une même expression utilisée par le législateur français, de surcroît dans deux articles d'un même texte, ait un sens différent ? Sauf précision contraire, il est évident que non, au titre de la sécurité et de la cohérence juridiques. Il est en effet admis qu'une notion utilisée par une norme française doit être comprise comme étant celle admise par le droit français. Le droit civil de l'article 7 doit donc nécessairement être compris de la même façon que le droit civil de l'article 21.III, 4° et réciproquement. Sauf précision contraire du législateur, qui aurait expressément limité le périmètre du droit civil dans l'un ou l'autre de ces articles – ce qui n'est justement pas le cas –, le périmètre matériel du droit civil à transférer est exactement le même que le périmètre matériel du champ de compétence de la coutume kanak.

Or, la Cour de cassation s'est déjà prononcée sur le périmètre matériel de la coutume. Dans son avis du 16 décembre 2005, elle a considéré que la coutume régit « l'ensemble du droit civil »¹⁹. Et ce droit civil est celui qui est entendu en droit français. D'autres arrêts rendus par la Cour de cassation comme la jurisprudence du tribunal de première instance de Nouméa et de la cour d'appel de Nouméa, sur le domaine matériel de la coutume kanak, peuvent donc tout à fait éclairer le périmètre du droit civil à transférer.

Le problème est que cette notion de droit civil est difficile à cerner.

II. Quel droit civil calédonien ?

Il ne sera pas question ici de dresser une liste exhaustive de ce qui relève du droit civil à transférer, et de ce qui devrait en être exclu au titre des compétences conservées par l'État ou de celles déjà acquises par la Nouvelle-Calédonie. Ce travail demande plus de temps que celui qui m'a été donné et une expertise commune entre universitaires, praticiens et législateurs est nécessaire. Seront simplement esquissés des points de méthodes, aussi bien pour définir le périmètre du droit civil à transférer que pour en assurer l'articulation avec les compétences non transférées ou qui l'ont déjà été. Ce faisant, il sera possible de donner une image du droit civil calédonien.

actuel des compétences exercées par la Polynésie française en droit civil et en droit commercial.

¹⁷ « 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. »

¹⁸ V. É. CORNUT, *La juridicité de la coutume kanak*, Dr. & cult. 2010/2, p. 151 et s.

¹⁹ Avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1er avril 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. DEUMIER ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. FRETZ, p. 42, note L. SERMET ; LPA n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. POMART.

A. Méthodologie du périmètre

Le droit civil est communément défini comme l'ensemble des règles qui s'appliquent aux rapports entre les personnes privées entre elles, d'ordre extrapatrimonial ou patrimonial, à l'exception de ceux dont l'objet et la spécificité sont tels qu'ils relèvent d'une branche du droit privé autonome. Avant d'envisager des critères précis, il convient d'avoir à l'esprit les principes directeurs qui doivent guider la définition du périmètre matériel.

1. Principes directeurs

Comme toute rédaction, la définition du périmètre matériel du droit civil à transférer, dans le cadre de la loi du pays, devra respecter un certain nombre de principes directeurs, dont certains ont valeur constitutionnelle. Devront ainsi être respectés les principes de sécurité et de cohérence juridiques, de compréhensibilité et d'intelligibilité du droit. Au-delà, il conviendra de faire œuvre de simplicité et de lisibilité. Plusieurs conséquences peuvent être attachées au respect de ces principes et objectifs.

D'une part, ils appellent essentiellement une définition du périmètre du droit civil par blocs, matières ou institutions, plus qu'article par article. Il conviendra en ce sens de ne pas opérer de découpage à l'intérieur de ces blocs, à moins évidemment que l'exigence résulte expressément de la loi organique. Ainsi, au titre de la garantie des libertés publiques, il a été proposé de transférer le droit civil des effets du mariage, alors que les conditions de fond et de forme, le régime des oppositions comme les contrôles de l'intention du mariage restaient de la compétence de l'État²⁰. À supposer le critère pertinent (ce qui n'est pas le cas), il y a là une complexité excessive et un risque pour la sécurité et la cohérence juridiques à dépeçer de la sorte des blocs et institutions de droit civil qui doivent, par principe²¹, être régis par une même norme de même source.

D'autre part, les critères utilisés pour définir le contenu du droit civil à transférer et les matières exclues au titre des compétences de l'État ou de celles déjà acquises par la Nouvelle-Calédonie devront être à la fois suffisamment précis, pour éviter toute interprétation ambiguë, mais également simples, pédagogiques, afin d'éviter la dispersion et la complexification à outrance.

En ce sens, si l'identification exhaustive des matières à transférer est un objectif, il faut admettre qu'elle est vaine, tant les frontières lointaines du droit civil seront difficiles à tracer. Une démarche pragmatique s'impose alors au législateur calédonien, s'appuyant notamment sur l'avis rendu par le Conseil d'État le 7 juin 2011 et le rapport très complet du rapporteur public, ainsi que sur la doctrine²².

In fine, une disposition balai devra être prévue afin d'éviter que des matières de droit civil, qui n'auraient pas été précisément identifiées lors du vote de la loi du pays, ne relèvent ensuite de la compétence des provinces au titre de leurs compétences supplétives (art. 20 de la loi de 1999).

2. Critères d'autonomie et d'indissociabilité

Le droit civil est une composante du droit privé. Il en est la composante la plus importante parce qu'il en est le droit commun, en ce sens que si une branche du droit privé autre que civile ne régit pas spécifiquement un rapport donné, alors le droit civil le régira. Le droit civil est le tronc du droit privé, les autres droits composants du droit privé n'en sont que des branches. Il y a ainsi un rapport de principal à accessoire entre le droit civil (transférable) et les autres droits privés (non transférables ou déjà transférés).

Pour définir le périmètre matériel du droit civil transférable, trois postulats communément admis peuvent être posés.

Postulat 1 : Le droit civil est le Code civil. Si une définition précise du contenu du droit civil est délicate, en revanche, un point – qui sert de postulat de départ – est communément admis : le droit civil trouve pour l'essentiel sa place dans le

²⁰ Rapport CHADELAT, p. 33.

²¹ Le dépeçage est en soi possible et c'est une pratique courante en droit international privé où une même notion peut être régie par des lois différentes quant à ses conditions de fond, de forme, ses effets ou certains de ses effets, etc. Mais il y a un risque de contradiction important et de situations boiteuses, qu'il convient d'éviter dans le cas du transfert du droit civil.

²² Notamment J.-L. AUBERT, *La recodification du droit civil et l'éclatement du droit civil hors du Code civil*, in *Le Code civil – Livre du bicentenaire*, éd. Litec, 2004, p. 123 et s. ; A. SERIAUX, *v° Droit civil*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), éd. Lamy-Puf, 2003, p. 435 et s.

Code civil, ce dernier en est la matrice. Pour définir ce qui relève du droit civil, et ce nonobstant les matières non concernées par ailleurs listées par la loi organique, le plus simple et le plus logique est de partir de ce postulat.

Par principe, le périmètre matériel du droit civil transférable est le Code civil. Il suffit alors de se reporter à sa table des matières. De la sorte, sont transférables, notamment, les règles sur l'état et la capacité des personnes (domicile, absence, minorité, majorité, tutelle, etc.), la famille (mariage, pacte civil de solidarité, désunion, filiation, autorité parentale, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, etc.), le droit des obligations (théorie générale du contrat, responsabilité civile, régimes général et particulier des obligations, etc.), les contrats spéciaux (vente, contrat d'entreprise, bail, mandat, échange, etc.), les sûretés (personnelles et réelles), le droit des biens (propriété, possession, qualification des biens, usufruit, servitude, indivision, etc.), le droit de la prescription (extinctive et acquisitive).

Postulat 2 : Du droit non civil dans le Code civil. Un deuxième postulat doit ensuite être posé : si le Code civil est la matrice du droit civil, il ne contient pas que du droit civil. Certains blocs, institutions ou articles du Code devront ainsi être retranchés du périmètre du transfert. Tout le Code civil n'est donc pas transféré et il convient de trouver un critère de retranchement. Eu égard au fait que le Code civil est le siège principal du droit civil, ce retranchement ne devra qu'être évident : il devra résulter expressément des textes ou de la structure même du Code.

Il y a tout d'abord, par exemple, le droit de la nationalité, dont la compétence est expressément réservée à l'État au titre du régalien. Au demeurant, la nationalité, si elle est un élément d'identification, elle est avant tout un lien entre une personne et l'État.

La table des matières du Code est également un indicateur. Ainsi, l'improbable Livre V sur Mayotte ne concerne bien évidemment pas le droit civil transféré. Plus délicate est la question du Titre préliminaire, qui concerne le droit en général et non pas seulement le droit civil. Si les avis sont partagés, le transfert de ce titre dans son ensemble s'impose en raison de la qualité de droit commun du droit civil. Il conviendra simplement que certains articles soient réécrits (comme l'article 1 sur l'entrée en vigueur des lois) et toute modification de ce titre ne pourra se faire qu'en respectant les normes françaises hiérarchiquement supérieures (comme les conflits de lois dans le temps, l'ordre public) ou de compétences conservées par l'État (notamment les lois de police visées par l'article 3).

Au titre de la « *garantie des libertés publiques* », qui demeure de la compétence de l'État, l'hésitation est possible à propos de certains articles du Code civil qui fondent directement une liberté fondamentale. C'est le cas par exemple des articles 9 (vie privée), 16 et s. (protection du corps humain) ou des articles 544 et 545 (droit de propriété et protection du droit de propriété contre les expropriations). En réalité le transfert de ces dispositions est possible, mais ici plus qu'ailleurs la compétence acquise sera contrainte par la compétence normative de l'État²³.

Postulat 3 : Du droit civil hors le Code civil. Cependant cette approche ne suffit toujours pas à cerner le périmètre du droit civil transférable. Un troisième postulat doit compléter les deux premiers, lui aussi communément admis : si le Code civil constitue l'essentiel du droit civil, en revanche le droit civil ne se limite pas au Code civil. Il y a en effet un phénomène de dispersion du droit civil hors du Code civil, soit dans d'autres codes, soit dans des normes non codifiées. Mais il faut ici distinguer la simple dispersion de la véritable fragmentation. Des pans entiers de droits autrefois civils, par leur spécificité, ont acquis une véritable autonomie par rapport au droit civil, et ne peuvent plus recevoir cette qualification.

Il convient alors de rechercher un critère afin de rattacher ou d'exclure ces droits, dispersés ou fragmentés, au droit civil transférable. Plusieurs critères peuvent être utilisés. Le critère principal devrait être celui de l'autonomie de la matière (justifiant le non-transfert) ou, au contraire, le caractère indissociable (ou accessoire) du droit, d'un bloc de règles, voire d'une règle, avec le droit civil (justifiant le transfert)²⁴.

Deux remarques préalables. La première est que l'existence d'un code spécialisé n'est pas une marque irréfragable d'autonomie, même s'il s'agit là d'un indice sérieux. Les codes sont en effet parfois de simples compilations, à droit constant, de règles existantes. La seconde est que le recours au droit civil pour l'application ou l'interprétation du droit spécialisé ne condamne pas inéluctablement l'autonomie. Tout sera question de mesure, de proportion et ce recours devra être alors marginal²⁵.

²³ Cf. *infra*.

²⁴ J.-L. AUBERT, *La recodification du droit civil et l'éclatement du droit civil hors du Code civil*, n° 17 s.

²⁵ *Ibid.*

Droit civil et autres codes. À ce titre, le droit des assurances²⁶, le droit du travail sont des droits spécialisés autonomes. Qu'ils relèvent chacun de code spécifique est un élément, ce d'autant qu'il s'agit de véritable code. Mais leur autonomie découle davantage de leur caractéristique, de leur vocation à régir l'ensemble du rapport juridique en cause, même s'il existe des emprunts au droit civil. La Cour de cassation l'a confirmé en ce qui concerne le statut civil coutumier²⁷. Ces deux matières sont déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.16° et 22.2° de la loi de 1999).

À l'inverse le droit de la consommation, malgré son insertion dans un code dédié, n'apparaît pas autonome, mais bien rattaché au droit civil. Ce droit spécialisé n'est en effet pas complet et n'a pas vocation à régir l'ensemble des relations impliquant un consommateur. Il prévoit seulement des droits et obligations spécifiques, nés de cette qualification contractuelle. Mais l'essentiel du contrat de consommation relève du droit des contrats inclus dans le Code civil. Le droit de la consommation relève cependant déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.19° de la loi de 1999).

Certaines matières sont plus difficiles à classer. Ainsi du droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil d'État estime cette matière transférable au sens de l'art. 21.III.4° de la loi organique²⁸. Est-ce au titre du droit civil ou du droit commercial ? Ce n'est pas aussi évident en raison de la spécificité de la matière. Une distinction pourrait également être faite entre la propriété intellectuelle (civil) et la propriété industrielle (commercial).

Droit civil et parties d'autres codes. La question est ici de savoir si des codes spécialisés contiennent, en partie, des dispositions (articles, blocs, institutions) de droit civil. La réponse est très certainement positive. Néanmoins, dans la mesure où ces règles ont été insérées dans un code, c'est qu'elles s'inscrivent dans un ensemble a priori cohérent. Il peut alors être malaisé de les en extraire, au regard des principes directeurs de sécurité et de cohérence juridiques, notamment, justifiant pour certains leur caractère dissociable du droit civil²⁹.

L'argument ne semble pas dirimant et il faut admettre que le critère de l'indissociabilité, s'il doit prendre en considération des éléments de forme, de légistique, doit avant tout s'appuyer sur des considérations de fond. Une règle prévue dans un code autre que civil devrait être rattachée au droit civil transféré si elle en constitue un prolongement, si elle le complète, en permet la mise en œuvre, s'il existe entre la règle civile et la règle dispersée un rapport de principal à accessoire, de principe à exception. Ainsi dans le Code de l'action sociale et des familles les règles relatives aux pupilles de l'État, l'adoption, les personnes âgées. Dans le Code de la santé publique, celles qui concernent la procréation médicalement assistée, le respect de la vie privée du malade. Ces règles peuvent aisément être rattachées à des droits assurément civils.

Droit civil et textes non codifiés. Le droit civil est enfin dispersé dans des normes non codifiées. Le critère de rattachement est le même : autonomie ou indissociabilité. À ce titre, figurent dans le périmètre du droit civil, notamment, la loi du 6 fructidor an II sur le nom, celle du 10 juillet 1965 sur la copropriété, la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation.

Ici également il convient d'intégrer les dispositions réglementaires prises en application des règles législatives de droit civil (dispersées ou non). Le Code civil, à la différence des codes plus récents, ne contient pas de dispositions réglementaires et ses décrets et arrêtés d'application sont donc par nature dispersés. Ainsi le décret du 30 janvier 2002 sur les caractéristiques du logement décent, celui du 17 mars 1967 sur la copropriété mettant en œuvre la loi du 10 juillet 1965. Arrêtons là la litanie, le contrôle de l'application des lois par l'État facilitant la recherche de ces règlements.

²⁶ CE, section de l'intérieur, avis n° 367.794, du 4 juin 2002, « l'article 22 précité de la loi organique du 19 mars 1999 a levé toute ambiguïté en donnant pleine compétence à la Nouvelle-Calédonie en matière de « droit des assurances ». Le droit des assurances doit s'entendre comme comprenant notamment les règles applicables au contrat d'assurance, le régime juridique des différentes catégories d'assurances (dommages, personnes) et les conditions d'exercice de la profession d'assureur par une personne physique ou morale. Par suite, ces différentes matières ne relèvent pas, au sens de l'article 21 précité de la loi organique du 19 mars 1999, du droit civil ou du droit commercial qui restent, en application des mêmes dispositions, de la compétence de l'État jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie. »

²⁷ Soc., 10 février 2010, Bull. 2010, V, n° 37.

²⁸ CE, section de l'intérieur, avis n° 380.751 du 25 septembre 2007 : « La législation relative à la propriété intellectuelle restant une compétence de l'État, tant que n'est pas intervenu le transfert prévu par le 4° du III de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999, il est de la compétence de l'État de contribuer, dans ce cadre, au « respect effectif » des droits de propriété intellectuels des « auteurs de culture kanak » évoqué au paragraphe 1.3.4 de l'accord de Nouméa ».

²⁹ Rapport CHADELAT, p. 25

B. Articulation des périmètres

Je me limiterai ici à quelques exemples.

Procédure civile. La procédure civile est de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (art. 22.18° de la loi de 1999). Néanmoins des règles de procédure civile sont dispersées dans d'autres codes³⁰, ou dans des textes non codifiés³¹. Selon le Conseil d'État, l'État est compétent, jusqu'au transfert de la compétence en matière de droit civil à la Nouvelle-Calédonie et nonobstant la compétence de principe de la Nouvelle-Calédonie en matière de procédure civile, pour déterminer celles des règles de la procédure de divorce qui sont indissociables du fond du droit applicable³². Ces règles de procédure civile sont ainsi transférables au titre du droit civil.

Droit international privé. En droit français, le droit international privé s'entend du droit des conflits de lois, des conflits de juridictions, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, de la nationalité et du droit des étrangers. La nationalité relève de la compétence de l'État (art. 21.1° de la loi de 1999). Le droit des étrangers relève soit de la compétence de la Nouvelle-Calédonie (condition des étrangers, art. 22.3°), soit d'une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie (entrée et séjour des étrangers, art. 21.II.2° et 34). Les conflits de juridictions concernant la procédure civile, ces questions sont exclues comme étant déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, à moins que la règle ne soit comprise dans le Code civil (comme les articles 14 et 15) ou dans un autre code ou norme. Le transfert des conflits de lois se fera selon que cette matière est considérée comme indépendante ou accessoire au droit civil.

La question se pose par exemple pour une disposition comme l'article 3 du Code civil, dont l'exclusion du transfert supposerait celle du droit international privé, puisqu'elle en constitue la matrice, et donc également celle d'autres articles de cette nature disséminés dans le Code civil³³. Pris au sens littéral, l'article 3 a un domaine restreint au droit civil (immeubles, état des personnes, lois de police dont le domaine est large en droit privé) sauf peut-être les notions de lois de sûretés qui visent, notamment, le droit pénal.

Le droit civil des conflits de lois doit être transféré dans la mesure où il est indissociable du droit civil auquel la règle de conflit de lois se rapporte. Cela permettrait à la Nouvelle-Calédonie de décider elle-même du champ d'application spatial des normes de droit civil qu'elle édicte³⁴. À l'inverse en effet, si le droit des conflits de lois n'était pas transféré, ce serait alors une norme étatique qui déciderait dans quels cas la loi calédonienne s'appliquerait à un litige de droit civil international. Cette circonstance n'apparaît pas opportune. Ce transfert doit concerner les règles civiles spéciales de conflits de lois. La question est plus difficile pour la théorie générale des conflits de lois, car certaines règles relèvent davantage de la procédure (par exemple l'office du juge dans l'application de la règle de conflit désignant une loi étrangère ; la preuve de la loi étrangère) que du fond du droit (qualification, renvoi, ordre public en matière internationale, fraude à la loi). L'obstacle n'est toutefois pas dirimant, la procédure civile étant d'ores et déjà de la compétence de la Nouvelle-Calédonie.

Garantie des libertés publiques. Malgré le transfert, l'État reste compétent en matière de « *garantie des libertés publiques* ». Plusieurs sens ont été donnés à cette expression, notamment au terme « *garantie* ». Est-ce que cela recouvre seulement les mesures de protection des libertés publiques ou également le droit subjectif objet de la protection ? La suite de l'article cité vise ainsi « *les droits civiques* » et non pas uniquement la garantie des droits civiques. Par exemple, l'article 9, alinéa 1er du Code civil prévoit le droit au respect de la vie privée. L'alinéa 2 prévoit quant à lui les mesures que peut prendre le juge pour prévenir ou empêcher une atteinte à la vie privée. En raison du lien indissociable entre le fond et la forme, il convient d'admettre que l'expression vise aussi bien les droits subjectifs consacrant les libertés publiques que leurs mécanismes de protection. De même l'expression libertés publiques ne doit pas être entendue strictement : elle vise l'ensemble des droits et des libertés fondamentaux, et non pas seulement les libertés qui s'exercent à l'égard de l'État.

Au regard du transfert, il a été soutenu que cette compétence conservée par l'État justifiait l'exclusion de dispositions porteuses de libertés fondamentales prévues par des normes de droit civil. Ainsi les articles 9 (vie privée), 16 et s. (protection du corps humain), 146 (liberté matrimoniale) ou 544 (droit de propriété) du Code civil seraient exclus du transfert³⁵.

³⁰ Tel est le cas, par exemple, des articles 248 et s. du Code civil pour la procédure de divorce, 1397 pour l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial.

³¹ Ainsi le décret n° 94-52 du 20 janvier 1994 sur la procédure de changement de nom.

³² CE, section de l'intérieur, avis 2 octobre 2007, n° 380.799.

³³ Notamment les articles 309, 311-14 s., 370-3 s. ou 515-7-1 du Code civil.

³⁴ Cf. infra S. SANA, *Un droit calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil transféré.*

³⁵ Rapport ARRIGHI et BADIE ; Rapport CHANDELAT, p. 34.

Il ne nous semble pas que cette interprétation soit exacte, ni qu'elle soit opportune au regard des principes directeurs relevés. Certes, le fond et la garantie formelle et judiciaire sont liés, en ce sens que l'État demeure compétent pour assurer, voire pour restreindre, la protection des droits et libertés fondamentaux, ou pour en créer ou consacrer de nouveaux. Néanmoins, le transfert à la Nouvelle-Calédonie de dispositions civiles telles que les articles 9, 16 et s., 146 ou 544 du Code civil est possible.

Si 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 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 existantes³⁶. Par exemple, si la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de conditions de formation du mariage, elle ne pourra modifier ces conditions, ou y 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.

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, par exemple en ouvrant plus largement le droit au mariage (ainsi en admettant le mariage homosexuel), en augmentant la protection réservée à la vie privée et à l'image (pour écarter par exemple des restrictions jurisprudentielles), etc.

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.

Hierarchie des normes ; autres compétences de l'État. De façon globale et pour terminer, ces nouvelles compétences en droit civil devront s'exercer dans le respect de la hiérarchie des normes d'une part ; dans le respect des matières demeurées de la compétence de l'État d'autre part. Ce chevauchement concerne notamment le droit pénal et le risque de dépenalisation de certains faits ou actes suivant une modification du droit civil par la Nouvelle-Calédonie. Ainsi l'autorisation – certes improbable – du mariage polygamique (droit civil) impacterait nécessairement sur l'infraction de bigamie (droit pénal)³⁷.

Quels que soient les interprétations et les critères retenus pour définir le périmètre du droit civil transféré de l'État à la Nouvelle-Calédonie, d'aucuns jugeront qu'il reste bien trop vaste. Son intérêt est pourtant indéniable au regard des principes directeurs de sécurité et de cohérence juridiques.

En ce qui concerne la sécurité juridique, personne aujourd'hui n'est en mesure de dire, avec toute la précision qu'il convient, quel droit civil s'applique en Nouvelle-Calédonie. Le transfert réglera en grande partie cette difficulté, même s'il en crée d'autres avec les chevauchements de périmètres.

En ce qui concerne la cohérence juridique. Le Droit est un tout. Dans la mesure où il remplit une fonction de cohésion de la société, le Droit dans son ensemble apparaît comme une institution finalisée, c'est-à-dire un ensemble « *de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent* »³⁸. Cette idée centrale, qui est la finalité de l'institution, constitue la raison d'être de cette dernière. Par le transfert du droit civil et du droit commercial, et avec les compétences qu'elle exerce déjà en droit privé (droits du travail et des assurances, procédure civile, etc.), la Nouvelle-Calédonie devient compétente pour la quasi-totalité du droit privé. Elle pourra donc choisir de définir, de re-définir la finalité des règles de droit civil, du droit privé, du Droit, et ainsi assurer la cohérence de cet ensemble.

Le droit civil touche en effet au tréfonds social et culturel d'une société, il est le fruit d'une histoire et il la porte. C'est-à-dire qu'au-delà du statut, des drapeaux ou de l'hymne calédoniens, la Nouvelle-Calédonie peut décider de son devenir, dans le destin commun, en s'appropriant son droit civil, en écrivant, pour paraphraser la très belle formule de Jean Carbonnier, la Constitution civile de la Nouvelle-Calédonie.

³⁶ 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.

³⁷ Cf. infra V. MALABAT, *La question du droit pénal*.

³⁸ J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Rép. civ. Dalloz*, 1ère éd., v° *Institution*, n° 2.