

LE TRANSFERT DE LA COMPETENCE NORMATIVE D'EDICION DES LOIS ET REGLEMENTS

EN MATIERE DE DROIT CIVIL,

DE LA METROPOLE AUX INSTITUTIONS PROPRES A LA NOUVELLE-CALEDONIE

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur d'Université à Sciences Po (Paris)

ETUDE POUR LE CONGRES DE NOUVELLE-CALEDONIE

1^{er} août 2012

1. Le transfert de la compétence d'édition des règles en matière de droit civil et de droit commercial, pour l'ensemble de ces matières, est le résultat d'une histoire. Pour penser et organiser la façon dont cette compétence va s'opérer à l'avenir, il convient de garder à l'esprit le passé¹, car il ne s'agit pas de passer du « rien au tout », du « blanc au noir », de « l'obscurité à la lumière ».
2. Au contraire, cela s'insère dans une continuité d'événements et de décisions et de choix, qui ont été faits par des organes et des personnes politiques (Accord de Matignon en 1989 ; Accord de Nouméa en 1998), et aussi par la société de Nouvelle-Calédonie, d'une façon plus ou moins unifiée.
3. Les personnes rencontrées lors du séjour d'études opéré par la soussignée en mars 2012 en Nouvelle-Calédonie à la demande du Congrès de Nouvelle-Calédonie étaient souvent des

¹ Sur l'idée profonde qu'on ne peut penser le droit en Nouvelle-Calédonie qu'en le situant dans son particularisme, notamment l'ancrage très particulier de son histoire spécifique, v. R. Lafarge, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, coll. « Droit et Sociétés – Recherches et travaux », n°22, L.G.D.J., Paris, 2010, 374 p.

« signataires » de l'Accord de Nouméa et ont raconté que ces Accords historiques, scellant un pacte pour poser un « destin commun » dans une société naguère divisée entre canaques, les premiers habitants du territoire, et habitants d'origine européenne, avaient été une œuvre de compromis.

4. Tout est affaire de compromis, de décisions politiques, d'avancées au fur et à mesure. Il convient donc avant tout de penser un cheminement, avec le moins d'à-coup possibles. Le transfert de la compétence du droit civil, compétence normative jusqu'ici exercée en très large part par le seul Parlement métropolitain et qui sera exercée dans son ensemble² par le Congrès de Nouvelle-Calédonie ne doit pas échapper à cette façon de faire, éminemment politique, sociologique et éminemment progressive³.
5. Ainsi, le transfert du droit civil ne doit pas prendre la forme d'un « bloc » qui serait entre les mains toutes-puissantes d'un législateur qui écrirait sur une page blanche, selon l'image que les Révolutionnaire Français se faisaient de la loi, mais bien plutôt, doit prendre la forme d'une continuité, d'un processus d'adaptation, comme l'ont conçu les codificateurs qui ont rédigé en 1804 le Code civil, considéré comme le chef d'œuvre de l'art législatif et dont les matières qu'il contient vont devenir de la compétence du Congrès de Nouvelle-Calédonie.
6. Ainsi, ce n'est pas parce que le Congrès de droit local devient normativement compétent du fait du transfert qu'il va bouleverser les règles de droit qui sont dans le Code civil et qui régissent une grande partie de la population néo-calédonienne.
7. Tout d'abord, il ne le peut pas, parce que beaucoup de ces règles expriment des principes qui sont elles-mêmes contenus dans des règles internationales ou constitutionnelles que le Congrès ne peut pas enfreindre (comme les libertés individuelles ou la propriété privée dont sont titulaires notamment les personnes soumises au statut dit « de droit commun », c'est-à-dire les néo-calédoniens d'origine européenne).
8. Ensuite, il convient que le Congrès ne le fasse pas, parce que le droit ne doit pas fonctionner par violence et rupture : le droit civil est l'inverse de cela, il est le droit qui élabore des liens entre les personnes et non pas ce qui les divise.

² Pour plus de nuances, v. *infra* n°56.

³ Entretien avec Madame le chef du service des affaires civiles et commerciales du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie Matcha Iboudgacem.

9. Le législateur local pourrait être tenté d'exercer « à plein » son pouvoir normatif, d'une façon soudaine et brutale, parce que les « extensions » qui ont été opérées, même avec sa collaboration, avant le transfert de compétence, ne sont que des extensions formelles, alors qu'à la date du transfert, le Congrès va disposer d'un pouvoir normatif plein (sous réserve des limites de la hiérarchie des normes soulignées au paragraphe précédent).
10. Ainsi, il y a bien un saut qualitatif, entre la situation actuelle (où l'on procède à un lissage juridique) et le moment où le transfert s'opèrera, car le Congrès pourra véritablement « inventer » du droit⁴. Mais le Congrès doit néanmoins utiliser son nouveau pouvoir avec mesure et progressivité, en s'ajustant à sa population, en suivant celle-ci dans ses désirs, ses mœurs, sa compréhension.
11. En cela, il convient que le Congrès tire profit de cette opportunité historique qu'est le transfert de compétence du droit civil pour permettre à des mécanismes profitables du droit coutumier d'inspirer le droit civil général, parce que le droit coutumier est l'exemple même d'un droit qui se construit doucement dans le temps, par cheminement⁵, et, même s'il s'agit d'élaborer des règles s'appliquant à des personnes relevant du statut dit de « droit commun », c'est ce sage art législatif qu'il conviendrait de reprendre.
12. Cela doit se faire par une méthode de compromis, de discussion, d'écriture commune et compréhensible. Le Code civil de 1804 a été rédigé ainsi, par emprunt au droit applicable au nord de la France (d'origine coutumière sous influence germanique) et au sud de la France (d'origine écriture sous influence romaine) sans détruire l'un ou d'autre et sans jamais oublier les intérêts des uns et des autres, les traditions respectives, en veillant à les ajuster⁶.
13. Le Code civil de 1804 n'est pas une législation « unilatérale » : c'est un ajustement social qui a permis à la loi de rencontrer un accord dans la société profonde, permettant au texte de perdurer encore aujourd'hui. Le Congrès de Nouvelle-Calédonie doit avoir ce modèle historique en considération car la situation de 1804 correspond davantage à la situation actuelle de la Nouvelle-Calédonie que ne lui correspond la situation actuelle de la Métropole, insérée dans un droit très complexe, influencé avec une grande centralisation, un pays urbanisé et une insertion forte dans l'Union européenne.

⁴ Entretien avec Madame Matcha Iboudgacem, chef du service des affaires civiles et commerciales.

⁵ R. Lafargue, [La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques](#), préc. et son avant-propos : « Sur les chemins coutumiers », p.55.

⁶ V. Par exemple le [Discours préliminaire au projet de Code civil](#) de Portalis, son principal rédacteur.

14. Cela éclaire la mission dont la soussignée, agrégée des Facultés de droit en droit privé et en sciences criminelles, a été chargée par le Congrès. En effet, celui-ci, concurremment aux travaux techniques menés par les services juridiques du Ministère de la justice, du Congrès lui-même et du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, a voulu, après des expertises menées à propos du périmètre de la compétence transférée⁷, et concurremment à des expertises menées par ailleurs de droit comparé ou des réflexions techniques déjà élaborées⁸, disposer d'une étude propre, consacrée à la méthodologie de l'art législatif local, tel qu'il a vocation à être exercé par le Congrès de Nouvelle-Calédonie, une fois le transfert opéré.
15. Pour cela, il convient d'avoir une conception globale de l'art législatif, les études et les travaux philosophiques de la soussignée lui permettant cette approche⁹. En outre, comme cela sera développé plus loin, le transfert de compétence se justifie par l'idée que le droit doit refléter les mœurs, justifiant alors une adaptation du droit métropolitain à la réalité sociale néo-calédonienne.
16. Cette approche sociologique du droit, voulue par le Congrès qui se situe en cela dans le sillage des Accords de Nouméa, justifie l'intervention de la soussignée, qui a travaillé de nombreuses années au sein du Laboratoire de sociologie juridique de l'Université de Paris II¹⁰, créé par le doyen Jean Carbonnier, par ailleurs auteur de très nombreuses réformes législatives en droit civil.
17. Le présent rapport a donc pour objet une méthodologie juridique du transfert de compétence, méthodologie que seul le Législateur local doit fixer. Cette méthodologie doit prendre pour base les accords politiques préalables, Accords de Matignon et de Nouméa, qui ont été conclus. Le transfert de compétence signifie certes que désormais le Congrès disposera d'un grand pouvoir, celui de faire des lois, mais il s'agit d'un pouvoir de fait relatif, car s'il ne le manie pas avec mesure, la population le rejettera, par exemple si les droits des habitants d'origine d'Europe étaient méconnus.

⁷ A propos du droit civil, v. R. Cabrillac, *Etude réalisée à la demande du Congrès de la Nouvelle-Calédonie en droit civil opéré dans le cadre de l'article 21-III de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999*, septembre 2008, 96 p. ; à propos du droit commercial, v. Ph. Pétel, *Le transfert de compétence en droit commercial*, rapport établi à la demande du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, octobre 2008, 90 p.

⁸ Laboratoire de recherches juridiques et économiques, Université de la Nouvelle-Calédonie, *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, 30 septembre 2011.

⁹ V. au besoin [C.V. général](#).

¹⁰ Sur cet aspect, v. au besoin [C.V. en matière de théorie et philosophie du droit, ainsi que sociologie juridique](#).

18. D'ailleurs, le Conseil d'Etat dans ses avis sur le périmètre, s'est posé en gardien des principes substantiels des notions de droit civil, par exemple la substance du droit de propriété, que le Législateur local ne doit pas entamer et dont il doit demeurer le protecteur. On mesure à travers les premiers avis du Conseil d'Etat que, pour en rester à l'exemple de la propriété, le Congrès pourrait étendre la protection à de nouveaux objets (comme les savoirs ancestraux, qu'une loi de pays pourrait protéger par la propriété intellectuelle), mais il ne pourrait pas restreindre la définition de la propriété au détriment des habitants d'origine européenne qui peuvent se prévaloir de l'article 544 du Code civil, selon lequel la propriété privée est « le droit le plus absolu ».
19. C'est cet équilibre que la Haute Juridiction administrative exprime à travers ses avis. Dans le même temps, le pouvoir normatif transféré est un pouvoir profondément politique, car les lois expriment l'évolution d'une société et aident celle-ci à évoluer d'une façon pacifique. Ainsi, le droit civil actuellement applicable pourra être techniquement amélioré, au bénéfice de tous, quelque soit leur statut. C'est pourquoi le transfert du droit civil dépasse très largement dans son objet et dans sa portée les seules règles applicables aux personnes soumises au statut du droit commun mais peut et doit constituer une chance historique de faire évoluer en douceur la société néo-calédonienne dans son ensemble.
20. Le présent rapport prend appui sur le Droit civil (alors même que les travaux de la soussignée portent le plus souvent sur le droit des affaires). Cela tient au fait, comme cela sera développé plus loin¹¹, que le Droit civil n'est pas une branche ordinaire du droit : il comprend à la fois la base de toutes les autres branches du droit (le contrat, la responsabilité, la propriété, la preuve) et ce qui est le plus précieux pour les êtres humains (la famille, la personne). En cela, on a pu dire que tout juriste, quelque soit sa spécialité, est un civiliste.
21. Dès lors, une réflexion méthodologique d'ensemble, qui suppose une réflexion profonde sur l'art d'adopter des lois adéquates à la population qu'elles vont régir, doit prendre appui sur le Droit civil, en ce que celui-ci est le cœur du système juridique. C'est pourquoi cette étude, en ce qu'elle est très générale, prend pour objet le transfert du droit civil.
22. Ce transfert devra sans doute suivre la méthode politique, à base de consensus et de compromis, qui transparaît également dans le système institutionnel propre à la Nouvelle-

¹¹ V. *infra* n°35.

Calédonie¹². Celui-ci n'est pas le pur décalque du système politique global de la République Française, ce qui va jouer un rôle dans l'exercice du pouvoir législatif local en matière civile. Cette spécificité a été démontrée par mon collègue Mathias Chauchat et cela a été rappelé par mon collègue Rémy Cabrillac, dans son étude visant à déterminer le périmètre de la compétence transférée par les Accords de Nouméa en matière de droit civil¹³.

23. D'une façon générale, le caractère autonome du territoire de la Nouvelle-Calédonie justifie que celle-ci soit dotée d'un Congrès. Les 54 membres de celui-ci sont élus tous les 5 ans, parmi les élus des Assemblées des trois Provinces (Nord, Sud et Iles Loyauté). Le Congrès désigne en son sein un Président. Le Congrès désigne également un Gouvernement. Le Gouvernement est donc un organe désigné par le Congrès. Le Congrès dispose tout à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire, qu'il exerce comme le fait par ailleurs le Gouvernement.

24. Parce que la Nouvelle-Calédonie est un territoire autonome qui n'est pas pour autant indépendant de la République Française, le Congrès est un Législateur local qui n'a de compétence législative ou réglementaire que dans la mesure et sur les matières sur lesquelles des lois nationales lui ont transféré des compétences¹⁴. Le pouvoir judiciaire n'a pas été transféré, les juridictions de Nouvelle-Calédonie s'insérant d'une façon ordinaire dans le système juridictionnel français, de l'ordre judiciaire ou administratif. La spécificité du statut de « droit coutumier »¹⁵, justifie que, lorsque des personnes appartenant au statut de droit coutumier voient leur situation personnelle appréciée par le juge, celui-ci est doté de deux assesseurs coutumiers. Il ne s'agit que d'un mode d'information du juge appliquant le droit coutumier, et non d'un partage de l'autorité juridictionnelle ou de l'office du juge.

25. Si l'on procède à un résumé qui relève moins que dans le paragraphe précédent de l'analyse institutionnelle et de droit public mais qui se rattache davantage à la sociologie politique, il semble que la société politique et civile néo-calédonienne procède tout à la fois d'un fonctionnement de consensus¹⁶ et des lignes de partages. Il faut d'ailleurs qu'existent des

¹² M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, 2010, 306 p. Cette donnée essentielle est reprise dans l'ensemble des entretiens. V. par ex. Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

¹³ R. Cabrillac, *Etude réalisée à la demande du Congrès de la Nouvelle-Calédonie en droit civil opéré dans le cadre de l'article 21-III de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999, préc.*

¹⁴ Sur les conséquences très importantes de cette règle, v. *infra* n°81 et s.

¹⁵ V. *infra* n°101 et s.

¹⁶ V. *supra* n°4 et s.

lignes de partage dans un premier cas pour que se mettent en place des compromis dans un second temps. En effet, des compromis et des consensus s'opèrent à chaque instant. C'est ainsi que le Congrès est dirigé par une personnalité d'une certaine appartenance politique mais a choisi un Gouvernement dirigé par une personnalité d'une autre appartenance politique, les deux travaillant efficacement en bonne intelligence. De la même façon, tous semblent s'ajuster pour trouver la juste dose d'autonomie par rapport à la République Française pour bénéficier du soutien technique de celle-ci¹⁷.

26. Une seconde ligne de partage n'est plus politique mais concerne les canaques dont l'affirmation de leur « identité » fait partie des Accords historiques de Nouméa entre d'une part les néo-calédoniens canaques et les néo-calédoniens d'origine européenne d'autre part.
27. A la dimension chronologique, se superpose une dimension juridique, puisque d'une part certains textes reconnaissent des droits spécifiques aux « premiers habitants »¹⁸ et que légitimement d'autre part la population d'origine européenne demande au Législateur de préserver leurs droits, tels que le droit commun leur a conférés. Les institutions républicaines, soulignant que la substance des droits civils est hors du transfert de compétences, sont une assurance institutionnelle de cela.
28. Le Législateur local, s'il allie consensus, compromis, cheminement et lignes de partage, pourrait politiquement aller plus loin et saisir l'opportunité historique du transfert du droit civil pour unifier davantage encore la population de Nouvelle-Calédonie pour aller vers un groupe social global plus apaisé qu'il ne l'est aujourd'hui.
29. Les lignes de partage auxquelles le Législateur local doit être sensible à travers le droit civil ne sont donc pas tant à l'encontre de la République Française (indépendance ou non), mais à l'intérieur de la société néo-calédonienne. C'est pourquoi le grand enjeu du transfert est bien le droit civil, puisque c'est le droit qui concerne directement la population tout entière. En

¹⁷ Nous verrons que la perte de celle-ci par le transfert de la compétence en matière de droit civil est la cause principale de la peur provoquée par la perspective de ce transfert : v. *infra* n°39.

¹⁸ Débat avec les membres du Congrès ; rencontre avec le Sénat coutumier. Par exemple en n'étant qu'assesseur dans la juridiction qui apprécie les conflits en droit coutumier, le juge n'étant pas de culture canaque. De fait, le Premier Président de la Cour d'appel de Nouméa a reconnu que seul un canaque a pu être intégré dans la magistrature et qu'il serait bon d'en intégrer davantage mais que cela était difficile (rencontre avec le Premier Président de la Cour d'appel de Nouméa).

cela, il a pu être souligné que ce transfert de compétence est le plus important par tous les transferts déjà opérés ou envisagés, à la fois techniquement et politiquement¹⁹.

30. Dès l'instant que l'enjeu réside dans les lignes de partage internes à la société néo-calédonienne, c'est à cela que le Législateur local doit être attentif, comprendre les mœurs et s'appliquer à les transcrire tout en tâchant à les faire évoluer d'une façon douce, par discussion et par compromis successifs. En effet, il se dégage de l'ensemble des entretiens qui se sont déroulés en mars 2012 que la volonté d'adapter le droit est partagée par l'ensemble des interlocuteurs, dès l'instant qu'il s'agit d'adaptation sans que cela n'entraîne pas une perte d'identité pour les uns ou pour les autres.
31. Cette exigence d'ajustement, qui suppose que l'art législatif se manifeste d'une façon mesurée et progressive, est exprimée aussi bien de la part des néo-calédoniens d'origine européenne, qui demandent à avoir un droit civil qui prenne davantage en considération la situation locale mais qui ne remette pas en cause le caractère essentiel des règles qui les régissent (par exemple la propriété privée), tandis que les canaques admettent sans difficulté qu'une aide par le législateur local pour mieux adapter la façon dont on doit résoudre des situations de succession par exemple ou de protection des savoirs est très bienvenue et que le transfert du droit civil ne doit pas se limiter au seul droit applicable au statut de « droit commun », dès l'instant que l'identité canaque est respectée²⁰.
32. Les deux positions sont non seulement compatibles mais elles s'articulent parfaitement bien, puisque toutes deux demandent au Législateur local d'exercer un pouvoir normatif effectif mais sans jamais toucher aux identités, aux prérogatives estimées fondamentales par ceux qui en sont titulaires, en écoutant toujours les intéressés, en expliquant ce qu'il fait, et en prenant le temps pour le faire. Le transfert du droit civil en 2013 n'est qu'un point de départ. Il doit débiter par « l'appropriation »²¹ par la population du Code civil, objet symbolique du droit, petit livre qui a le plus souvent une couverture rouge et qui est sur le bureau des juges, des avocats, etc.
33. L'appropriation du droit civil par la population est d'une tout autre nature que l'appropriation du droit commercial par les entreprises. En effet, cette seconde est de nature

¹⁹ Entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy.

²⁰ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur Goromido.

²¹ Entretien avec Monsieur Martin Delage, magistrat en détachement auprès du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

instrumentale : le droit commercial est un outil, les entreprises se l'approprient naturellement et l'apprécient d'autant plus qu'il est efficace. Le droit civil est un droit de symbole. Il est ce qui unit un peuple, il en est la « constitution civile »²². Ainsi, l'appropriation par le peuple du droit est à la fois ce qui est le plus important mais aussi le plus difficile, parce que le droit civil ne peut être réduit à un seul outil.

34. L'appropriation du droit civil par la population se fait donc par le Code civil, cet objet symbolique si fort dans lequel la population doit se retrouver en reflet. Ce fût le cas en 1804, parce que les codificateurs avaient su prendre en considération les prérogatives de chacun. Cette attention aux mœurs, cette définition du droit civil comme reflet de la société, n'exclut en rien les valeurs²³.

35. En effet, le Droit civil, comme nous le verrons, est un ensemble de valeurs que le droit exprime, concernant les personnes, la famille, les rapports entre les personnes, et leurs rapports au groupe social. C'est en cela qu'il est le cœur du système juridique²⁴.

36. C'est pourquoi il est essentiel qu'avant que le transfert de compétence législative en matière de droit civil ne s'opère, il est indispensable que des analyses méthodologiques soient menées pour que ce transfert aille dans le sens d'un compromis et d'une unité de la population. C'est l'un des objets du présent rapport, et plus précisément la finalité que la soussignée propose de lui donner.

37. En effet, l'Histoire, notamment celle du Code civil de 1804, a montré que, bien manié, l'art législatif de construire un droit civil, qui est un art politique, peut être une occasion de rendre plus fluide les liens entre les membres d'une même population de la Nouvelle-Calédonie. C'est pourquoi cette question du transfert de la compétence au Congrès de Nouvelle-Calédonie d'édicter le droit civil est une opportunité historique pour l'avenir du territoire, dont il faut mesurer la juste ampleur et la nature, avant d'en préparer l'exercice effectif, une fois le transfert effectué, soit au 31 juin 2013, soit en 2014, suivant l'avancée des travaux préalables techniquement requis.

38. On comprend ainsi mieux pourquoi ce sont les Accords de Nouméa, acte politique, en tant qu'ils visent un « destin commun » à l'ensemble de la population de Nouvelle-Calédonie, qui

²² J. Carbonnier, [Le Code civil](#), préc.

²³ Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

²⁴ Sur la justification de l'objet même du rapport, v. *supra* n°14 et s

ont prévu le transfert du droit civil, même si celui-ci a été différé dans le temps par rapport à d'autres matières pour lesquelles la compétence normative a été immédiatement transférée au Législateur local²⁵.

39. Avant d'aborder l'examen de technique juridique (dans le second chapitre du rapport) et d'approfondir la dimension politique de ce transfert (dans le premier chapitre du rapport), il faut garder à l'esprit ce *continuum* entre les décisions passées et le transfert futur de compétence. En effet, lors des rencontres du séjour d'étude sur place de la soussignée en mars 2012, beaucoup de personnes ont exprimé de la peur devant la perspective d'une sorte de « tsunami » que représenterait ce transfert du droit civil et du droit commercial, image souvent utilisée par les interlocuteurs²⁶, pour exprimer qu'avant le Parlement métropolitain faisait tout de Paris, ajoutant à la fin de chaque loi que celle-ci s'appliquait aussi à la Nouvelle-Calédonie, et que les institutions locales, ne faisaient rien, ce qui était normal, puisque la Nouvelle-Calédonie n'est pas indépendante de la France.

40. La population et beaucoup d'interlocuteurs rencontrés se représentent donc le transfert qui aura lieu comme une rupture. Mais cette représentation n'est pas exacte et il est très importante de la combattre, car beaucoup de la peur que la perspective du transfert engendre y est lié.

41. Il convient ainsi d'expliquer concrètement que l'Etat, qui accompagne les institutions de Nouvelle-Calédonie dans la préparation du transfert de compétence, accompagnera également celle-ci dans l'exercice technique de celle-ci, quand la compétence normative aura été transférée²⁷.

42. Dans l'exercice même de la compétence normative, il est probable que les institutions vont se mouvoir assez lentement, ne pas transformer radicalement et par pans entiers le droit civil applicable mais l'adapter de temps en temps, là où cela est nécessaire²⁸. Quand bien même il le pourrait, il convient que le Congrès ne se presse pas d'exercer son pouvoir de

²⁵ Pour une description précise de l'historique, voir le Rapport du Président du Gouvernement au Congrès de Nouvelle-Calédonie, *Transferts de compétence*, Bilan 2010.

²⁶ Que le transfert ait lieu efficacement ou bien qu'il donne lieu à une vitrification par exemple. V. Entretien avec Monsieur le Président de la chambre professionnelle des huissiers de justice Louis Séguin, exprimant une opinion commune aux juristes, si le droit appliqué localement se fige et que les juges qui l'applique ne le connaissent plus au fil du temps parce qu'ils seront formés par l'apprentissage d'un droit métropolitain ultérieur : « si c'est ça qui nous attend, c'est la panique ».

²⁷ Entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy.

²⁸ Entretien avec Monsieur le Professeur Matthias Chauchat.

rédiger des lois de pays. Il faut prendre son temps pour que la Nouvelle-Calédonie endosse en douceur son nouveau pouvoir normatif.

43. De la même façon, les rapports entre le droit local et le droit métropolitain vont évoluer d'une façon non-brutale, tout d'abord sur le mode de la négociation²⁹. En effet, la question du périmètre du transfert de compétence, qu'on aimerait en logique avoir voulu vider avant le transfert de compétence, ne va cesser de resurgir à l'occasion de l'exercice même de la compétence normative³⁰.
44. A cette occasion, les avis du Conseil d'Etat, voire les décisions du Conseil constitutionnel, vont être déterminants et vont être rendus d'une façon casuistique, personne ne pouvant dire à l'avance si telle ou telle question précise de droit civil (ou de droit commercial) a été retenue ou non par l'Etat métropolitain³¹. De ce fait, les choses vont pouvoir évoluer comme il convient, c'est-à-dire progressivement (par exemple en matière bancaire et de crédit à la consommation).
45. Il conviendra donc que le Congrès demeure très proche des institutions métropolitaines, notamment du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel.
46. Cette représentation d'un choc brutal et d'un passage d'un rien à un tout est donc techniquement inexacte, comme cela va être plus précisément démontré ci-après³². Pourtant, ce n'est pas parce qu'elle est inexacte qu'elle n'est pas à prendre en considération. En effet, le fait que la population ait peur de ce transfert montre tout à la fois qu'elle en comprend l'importance, parce qu'elle analyse bien le droit civil comme régissant ce qui est le plus précieux pour elle (sa vie familiale, ses biens, sa vie quotidienne à travers les contrats de consommation ou de crédit, les successions, etc.) et qu'elle perçoit la matière comme très technique inaccessible de ce fait non seulement pour elle, mais encore pour les hommes politiques locaux et même les services techniques qui les entourent, trop peu nombreux³³, selon le critère sous-jacent du régalien³⁴.

²⁹ Entretien avec Monsieur le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

³⁰ Pour des applications concrètes, v. *infra* n°301 et s.

³¹ Entretien avec Monsieur le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

³² V. *infra* n°77 et s.

³³ Débat public du 29 mars 2012.

³⁴ Entretien avec Monsieur le Professeur Matthias Chauchat.

47. Un même raisonnement est tenu par les hommes politiques, ou par les services juridiques de l'administration, qui disent soit qu'ils ne pourront pas faire face à l'ampleur que représente le transfert de compétence, soit qu'il faut considérablement accroître les moyens humains disponibles, mobiliser des juristes à Paris, en faire venir ou en former très vite.
48. Les questions de la formation, de son autosuffisance en Nouvelle-Calédonie³⁵ et de sa qualité³⁶ ont été souvent soulignées dans les entretiens. Comme les mêmes interlocuteurs ont dans le même temps développé les difficultés d'organiser les formations, de faire rencontrer l'offre et la demande et de conserver les diplômés sur le territoire, on ne peut que conclure que cette perspective d'une arrivée massive de juristes avertis et hautement rémunérés est assez peu probable.
49. En raison de cela, une forte angoisse est exprimée.
50. Cela est l'inverse de la situation d'il y a deux ans, telle qu'elle est décrite par les professionnels du droit³⁷, où la perspective d'un transfert de compétence législative en droit civile n'intéressait personne, pas même semble-t-il les hommes politiques ou l'administration, la population n'étant pas au courant. Il n'y avait pas de peur parce qu'il n'y avait pas d'information et s'il y en avait une, l'idée était que cela n'arriverait jamais. En contrepoint, l'impression d'être au pied du mur sans préparation est aujourd'hui encore plus forte.
51. Même si nous sommes presque « au pied du mur », la population est à la fois alertée (ce qui est bien) mais aussi alarmée (ce qui est mal). Il convient donc de tirer profit du premier effet, à savoir la sensibilisation de la population à l'intérêt pour elle du transfert de compétence, et parer à son danger, le sentiment partagé comme quoi la Nouvelle-Calédonie n'arriverait pas à faire face à ce nouveau pouvoir normatif, succombant sous son poids.
52. Cela implique en premier lieu, conseil méthodologique de base, de multiplier les explications de la part du Congrès et du Gouvernement, en étroite collaboration avec les professions

³⁵ Entretien avec Monsieur le Professeur Matthias Chauchat.

³⁶ Entretien avec Monsieur le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

³⁷ Par ex. entretien avec Monsieur le Bâtonnier Philippe Reuter. V. aussi entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy ou entretien avec Monsieur Martin Delage, magistrat en détachement auprès du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

juridiques, qui ont montré leur parfaite disponibilité pour cela³⁸, pour que la population participe au processus de transfert, afin que l'exercice de compétence soit par la suite effectif. Cela doit immédiatement commencer³⁹.

53. L'accompagnement que l'Etat a d'ores et déjà mis en place permet de rassurer. Cet accompagnement prend de nombreuses formes, non seulement des détachements de magistrats ou de fonctionnaires, mais des mises à jour, des extensions législatives ou des veilles juridiques⁴⁰, ou encore des conventions d'aide. Il s'agit donc d'une panoplie⁴¹. Ainsi, en matière de comptabilité, une convention qui a été conclue avec le Haut Conseil du Commissariat aux Comptes (H3C) semble donner pleine satisfaction⁴². Mais les Autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité de la concurrence, ne peut pas aller, selon le Conseil d'Etat, au-delà de cette mission d'expertise et de conseil.

54. Il demeure que cette représentation répandue du transfert de compétence en matière civile comme un choc brutal et un mouvement politique considérables, mettant en péril les équilibres néo-calédoniens et faisant regretter à certains qu'on s'y soit même aventurer par les Accords de Nouméa résulte pourtant d'une double erreur technique.

55. En premier lieu, cela relève de la confusion entre, d'une part, la question du transfert du droit civil et d'un droit commercial, et, d'autre part, la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie par rapport à la France. Nous reviendrons sur cette confusion par la suite⁴³. En second lieu, c'est méconnaître le fait que le transfert du droit civil et du droit commercial prend sa place dans une série de décisions qui ont déjà été prises ou de transferts opérés de longue date à propos d'autres matières : ce transfert de compétence n'est en rien une « première ».

³⁸ Par exemple, entretien avec Monsieur le Bâtonnier Philippe Reuter, préc. ; entretien avec Monsieur le Président de la chambre professionnelle des huissiers de justice Louis Séguin.

³⁹ Il y a unanimité des personnes interrogées sur ce point. V. par ex. entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou, ou entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy, qui propose d'emprunter la technique de la « commission du grand débat» .

⁴⁰ Entretien avec le Secrétaire général adjoint du Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Jacques Wadrawane ; entretien avec Guy Fischer, directeur de la réglementation et des affaires générales.

⁴¹ Entretien avec le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

⁴² Entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy ; Entretien avec Madame Anne-Marie Klotz, expert-comptable, membre du MEDEF.

⁴³ V. *infra* n°74 et s.

56. Ainsi et par exemple, la Nouvelle-Calédonie dispose d'une compétence propre en matière fiscale depuis des décennies. Le droit fiscal renvoie au pouvoir régalien par excellence. C'est à ce titre que les institutions, le Congrès et le Gouvernement ont mis en place une série de dispositifs, par exemple des mécanismes attractifs pour les investisseurs, ou des dispositions propres à leur population, par exemple en matière de protection sociale, depuis très longtemps. Or, le droit fiscal est, comme on le sait, une matière très technique. Elle est pourtant depuis longtemps entre les mains des autorités politiques locales, qui la manient sans crainte.
57. Si le transfert du droit civil et du droit commercial paraît tant effrayer les responsables politiques et la population, ce qui ressort nettement des entretiens, alors même que les professions juridiques, notamment les avocats, assurent depuis longtemps qu'ils sont là pour aider un tel mouvement et que les services ministériels de l'Etat ont mis en place des services, à Paris et sur place, pour préparer le transfert, c'est sans doute parce que le droit civil et le droit commercial apparaissent comme une masse effrayante de textes accumulés, incompréhensibles et inaccessibles. Cette impression n'est pas inexacte⁴⁴.
58. En quelque sorte, le transfert de ces deux blocs est alors présenté par beaucoup comme un « cadeau empoisonné »⁴⁵, puisqu'il s'agit d'une compétence qui certes correspond à un vœux profond acté par des accords politiques fondamentaux (Accords de Matignon et de Nouméa) mais une compétence impossible à exercer car le droit civil et le droit commercial sont bien trop « complexes » pour les institutions qui sont désignées comme récipiendaires des pouvoirs et dont les membres se présentent souvent eux-mêmes comme inexpérimentés et techniquement incompetents.
59. Ils peuvent l'exprimer comme un jugement qu'ils portent sur eux-mêmes ou bien comme une appréciation injustifiée que des personnes, hostiles à l'attribution de pouvoir que le transfert de compétence opère à leur profit, formulent⁴⁶.
60. Nous serions donc face à un « mur », une contradiction, un vide, une aporie : un transfert qui s'impose de droit, ayant pour objet une compétence impossible de fait à exercer. Cela explique l'appétence réelle observée lors du séjour de mars 2012 non seulement dans les

⁴⁴ C'est pourquoi, comme nous le verrons, le transfert du Droit civil, doit s'accompagner du rapport critique de la part du Législateur local sur l'état de la législation civile en droit français : v. *supra* n°153 et s.

⁴⁵ Entretien avec Monsieur Daniel Ochida, membre du comité directeur du MEDEF

⁴⁶ Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

entretiens avec les parties prenantes, politiques et techniciens, mais encore dans la population pour le principe du transfert de compétence (car chacun voudrait un pouvoir législatif plus autonome et des lois plus adaptées à la réalité des mœurs néo-calédoniennes et aux aspirations sociales de la population du territoire), mais dans le même temps le sentiment d'une sorte de catastrophe qui va arriver si Paris cesse de rédiger les lois à la place et pour les néo-calédoniens.

61. Si l'on pense ainsi, et il semble que la majorité des personnes pense ainsi, alors c'est le Tonneau des Danaïdes : il conviendrait de mobiliser des dizaines de juristes pour mettre en œuvre le droit civil et le droit commercial et pour rendre effectif le transfert. Mais combien de juristes faudrait-il pour ce faire, alors que ces branches du droit sont désormais bien loin du Code civil de 1804 et du Code de commerce de 1811 ? Et comment des juristes métropolitains spécialisés peuvent-ils connaître là où le droit général doit être adapté à la réalité de la Nouvelle-Calédonie ? Combien de temps faudrait-il pour former un corps technique de juristes néo-calédoniens pouvant à la fois maîtriser la matière et connaître la société locale ?
62. Même si cela est concevable, et ce qui ne l'est guère car l'Etat n'a pas les moyens techniques et financiers de mettre en place un appareillage d'une telle dimension et dans un délai si rapproché⁴⁷, cela conduirait à déposséder les institutions politiques locales de leurs pouvoirs légitimes de choisir les règles s'appliquant à la population qui en a élu les membres, car les corps techniques n'ont pas vocation politique à décider des lois devant être adoptées. Les lois doivent être faites par les représentants du peuple et non par les services techniques. Ceux-ci ne doivent que donner forme à la volonté du Législateur. La Loi est une œuvre politique, particulièrement en droit civil parce que le Droit civil situe la personne dans le groupe, familial ou social⁴⁸.
63. On en arriverait alors à l'idée que le transfert, qu'il soit ou non une bonne idée, ne pourrait prendre réalité, car la compétence ne pourrait de fait être exercée.
64. C'est la thèse soit de la « vitrification », consistant pour les institutions à n'adopter aucune loi, le droit appliqué localement demeurant alors dans l'état dans lequel il était au moment

⁴⁷ V. dans ce sens, entretien avec Madame le professeur Sandrine Sana.

⁴⁸ J. Carbonnier, [Le Code civil](#), in P. Nora (dir.) *Les lieux de mémoire*, II. *La Nation*, 2. *Le territoire, l'Etat, le patrimoine*, 1986, p. 293-315.

où le transfert de compétence a été opéré. Cela est arrivé d'une façon générale en Polynésie, ce précédent montrant que ce risque est réel⁴⁹. Cela est arrivé d'une façon ponctuelle en Nouvelle-Calédonie, exemple souvent cité par les personnes interrogées, en matière de droit des assurances⁵⁰. De la même façon, alors que tout à la fois la procédure civile et les voies d'exécution sont de la compétence des institutions néo-calédoniennes depuis les années 1950, seuls des textes de procédure civile ont été adoptés, tandis que les voies d'exécutions sont restées quasiment en l'état, la réforme métropolitaine de 1991 n'ayant pas été transférée, ce qui pose aujourd'hui difficulté⁵¹. Par exemple, le texte sur les voies d'exécution continue de ne viser que des biens corporels et n'envisage pas les biens immatériels⁵², tandis que toute l'organisation de la saisie immobilière repose sur une loi du 2 juin 1841, dont la dernière modification remonte à 1928.

65. Ces exemples sont perçus comme une anticipation d'un possible échec du transfert, parce que les institutions normatives locales ne seraient pas techniquement capables d'adopter des textes. Le terme de « complexité » revient alors, pour exprimer ce qui entrave le législateur local, par exemple pour le droit de l'assurance mais ce critère étant généralisé à tout le droit civil et le droit commercial.

66. L'autre risque est celui du « coupé-collé », consistant pour les institutions locales à observer ce que le Parlement métropolitain adopte à Paris et à recopier la loi nouvelle nationale sous l'appellation normative de « loi de pays ». Personne ne veut du « coupé-collé », ni les représentants de l'Etat⁵³, ni les néo-calédoniens d'origine européenne⁵⁴, ni les néo-calédoniens canaques⁵⁵.

67. Dans les deux cas, il y a négation du transfert de compétence, puisque soit la compétence n'est pas opérée, pas même facialement puisque les institutions locales n'adoptent aucune lois de pays, soit la compétence n'est exercée que facialement, puisque les institutions

⁴⁹ Entretien avec Monsieur le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

⁵⁰ V. par ex. entretien avec Monsieur le Professeur Matthias Chauchat ou entretien avec Messieurs Eric Durand et Daniel Ochida, membre du comité directeur du MEDEF.

⁵¹ Entretien avec Monsieur le Président de la chambre professionnelle des huissiers de justice Louis Séguin.

⁵² Entretien avec Monsieur le Président de la chambre professionnelle des huissiers de justice Louis Séguin, Intervention de Maître Florent Burignat.

⁵³ Entretien avec Monsieur le Haut-commissaire Albert Dupuy, au nom de l'effectivité du transfert décidé d'une façon républicaine.

⁵⁴ Par exemple entretien avec Monsieur le Bâtonnier Philippe Reuter pour un droit adapté par rapport à une métropole trop lointain ou entretien avec Daniel Ochida pour un droit plus efficace pour les entreprises locales.

⁵⁵ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Sénateur Jean Kays pour que le droit coutumier trouve une meilleure considération dans le système juridique globalement applicable en Nouvelle-Calédonie.

locales ne sont que des chambres d'enregistrement, la loi de pays étant l'équivalent de la mention d'extension naguère usuellement insérée dans les lois nationales.

68. Ces perspectives sinistres, dont le Congrès a conscience et pour l'évitement desquelles il a demandé la présente étude, expliquent que pour l'instant le transfert de compétence a été repoussé dans le temps. C'est un peu reculer pour mieux sauter. Mais il faudra sauter. Et il ne s'agit pas seulement de mieux s'y préparer en redoublant les efforts actuels (accélération de la codification administrative du Code civil applicable en Nouvelle-Calédonie ; accroissement des effectifs).
69. L'ensemble de ce dispositif est nécessaire et les textes les prévoient souvent expressément, par exemple la codification sur laquelle les services ont beaucoup travaillé⁵⁶, aussi bien à Paris que sur place. En cela, la codification administrative du Code civil faite à Paris est le pendant de la « codification » des coutumes orales qui est menée sur les aires coutumières et permet pareillement de diminuer l'inconvénient de leur émiettement entre les huit aires coutumières⁵⁷. En cela, les deux processus de rassemblements écrits des règles favorisent ce qui pourrait devenir au fil du temps du droit véritablement commun à l'ensemble de la population, sans entamer les identités ni les prérogatives essentielles que chacun tient de son histoire.
70. Dans la présente étude, il s'agit de mieux penser d'une façon plus générale ce qu'est le transfert de droit civil et ce que doit être sa méthode.
71. Certes, si l'on est personnellement contre le transfert de compétence, on peut se réjouir du résultat actuellement constaté (report du moment du transfert par la loi de pays du 20 janvier 2012⁵⁸) et du résultat craint (coupé-collé), mais ce transfert a été décidé par les plus hautes autorités de l'Etat, cristallisé par les Accords de Matignon et par les Accords de Nouméa. Il faut donc trouver un moyen pour qu'il s'opère, non seulement en application de ceux-ci mais dans l'esprit de ceux-ci qui s'est exprimé par les termes de « destin commun ». C'est l'objet central de la présente étude.

⁵⁶ Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

⁵⁷ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Chargé de mission Clément Crochain. Cette écriture permet aussi de transmettre aux jeunes la coutume orale : intervention de Monsieur le Secrétaire générale Jean-Luc Mahé et Monsieur le Sénateur Luc Wéma.

⁵⁸ Entretien avec Monsieur le Directeur juridique du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie Laurent Travers

72. Pour cela, il est indispensable d'une façon préalable de revenir à la définition, politique et technique, du transfert du droit civil. A partir de là, on peut établir, dans un premier chapitre, que se dessinent des alternatives politiques ce que peut être l'exercice du pouvoir d'édiction du droit civil, avant de voir dans un second chapitre, les distinctions qu'il convient de faire selon les différentes branches du droit civil.

CHAPITRE PREALABLE

LA DEFINITION POLITIQUE ET TECHNIQUE DU TRANSFERT DU DROIT CIVIL

73. Indépendamment de la question du périmètre du droit civil, sur laquelle l'on reviendra dans le second chapitre de l'étude, relatif aux branches du droit civil, car cette question du périmètre du transfert (bien que préalable) est récurrente, il s'agit ici de poser tout d'abord une définition négative : le transfert du droit civil est un transfert de pouvoir distinct de la question de l'indépendance (I). Cette distinction essentielle, parce que négative en ce qu'elle permet de cerner une notion en en écartant d'autres, permet de donner une définition positive du transfert du droit civil, à partir de laquelle on peut commencer à construire un exercice de compétence législative (II).

I. LA DISTINCTION FONDAMENTALE ENTRE « TRANSFERT DE COMPETENCE LEGISLATIVE AUTONOME EN MATIERE DE DROIT CIVIL » ET « INDEPENDANCE DU TERRITOIRE PAR RAPPORT A LA REPUBLIQUE FRANCAISE »

74. Dans de nombreux entretiens, les interlocuteurs ont lié le transfert de droit civil et la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie par rapport à la République Française. La justification en serait que le transfert du droit civil est un transfert de pouvoir. Ce pouvoir transféré est de nature législative. Or, le pouvoir législatif serait ce qui caractérise un Etat souverain. Donc, le transfert de droit civil serait le premier pas vers l'indépendance politique de Nouvelle-Calédonie.

75. On comprend bien la construction du syllogisme.

76. Mais ce syllogisme est contestable.

77. Tout d'abord, depuis longtemps, la Nouvelle-Calédonie exerce depuis longtemps des compétences législatives spécifiques⁵⁹, alors même que l'on n'y voyait pas un signe de

⁵⁹ V. *supra* n°80.

dénégation de son statut de « territoire d’Outre Mer », c’est-à-dire faisant partie de la République Française.

78. Ensuite, comme on le verra dans la définition positive du transfert du droit civil, celui-ci est opéré en application des Accords de Nouméa, qui prennent soin de ne pas transférer le droit public, le droit pénal, le contentieux administratif, etc., c’est-à-dire, selon les termes mêmes du Conseil d’Etat, tout le droit qui exprime le régalien⁶⁰.
79. En outre, les règles édictées par le législateur, qui pourront l’être localement à partir du moment où celui-ci pourra exercer sa compétence dans les matières transférées, ne vivent qu’appliquées par la population, l’administration et gardées par celle-ci et par les juridictions. Or, les juridictions sont nationales. Ainsi, les tribunaux de Nouvelle-Calédonie et la Cour d’appel de Nouméa, qui appartiennent pleinement à l’ordre juridictionnel national, vont appliquer, au nom du Peuple Français, les lois de pays, ce qui dénie le signe politique et technique d’indépendance.
80. Enfin, même s’il est vrai que l’Etat veille à transférer peu de matières régaliennes, mais en transfère parfois (ainsi, le droit fiscal, ou l’organisation de la sécurité aérienne et maritime, compétences déjà transférées), cela est justifié par l’autonomie de la Nouvelle-Calédonie, qui n’est pas un simple Département d’Outre Mer.
81. Mais, la Nouvelle-Calédonie ne dispose pas du pouvoir souverain consistant à poser ses propres compétences législatives : c’est la République Française qui, par des lois, l’édicte pour elle. Ainsi, on pourrait concevoir qu’une loi reprenne à la Nouvelle-Calédonie des compétences ou lui en donne encore d’autres, et de nature régalienne au besoin, sans que cela engendre pour autant une situation de souveraineté pour la Nouvelle-Calédonie. La souveraineté, qui peut se définir comme le pouvoir de se déterminer pour soi-même ses propres compétences, n’est en rien transférée à la Nouvelle-Calédonie à travers un transfert de compétence législative.
82. Ainsi, le transfert du droit civil n’est pas un signe d’indépendance de la Nouvelle-Calédonie et ne présente pas un enjeu politique dans ce sens. Il convient d’insister sur ce point, car affirmer le contraire aurait une conséquence immédiatement clivante dans la population :

⁶⁰ Entretien avec Monsieur le Professeur Matthias Chauchat, préc.

celui qui serait pour l'indépendance serait favorable au transfert du droit civil et celui qui serait contre l'indépendance serait hostile au transfert du droit civil.

83. Mélanger les deux questions conduirait à importer le désaccord sur la question de l'indépendance dans la question déjà difficile du transfert du droit civil, tandis qu'au contraire, comme nous le verrons, il y a possibilité pour la population de trouver une unité plus forte et progressive par le droit civil⁶¹.

84. La question de l'indépendance est celle de « la sorte des Accords de Nouméa », alors que le transfert du droit civil est lié à l'application des Accords de Nouméa. Les deux questions sont donc à front renversé. Ce sont deux questions étrangères l'une à l'autre. On peut ainsi transférer le droit civil, alors même qu'on est personnellement opposé à l'indépendance (mais cette question n'est pas concernée par le sujet), et on doit le faire, parce que des accords signés juridiquement contraignants en ont décidé ainsi.

II. LE TRANSFERT DU DROIT CIVIL, CONCRETISATION PLEINE DES ACCORDS DE NOUMEA

85. Les Accords de Nouméa en 1996 n'ont pas posé l'indépendance de Nouvelle-Calédonie, qui demeure un territoire français. N'étant pas un département, il est autonome. Grâce au transfert, il va accroître son autonomie normative dont la titularité dépend entièrement de la volonté de la République Française.

86. Les signataires des Accords ont manifestement pris comme critère celui du régalien, même s'il n'est pas absolu, parce qu'il peut y avoir transfert du régalien à un territoire autonome, sans impliquer transfert de souveraineté⁶². Il demeure que le lien entre le régalien et le pouvoir central de l'Etat étant très fort en France, les Accords ont implicitement suivi cette distinction.

87. La distinction n'est tout de même pas très nette, parce que les accords politiques sont souvent affaires de compromis, dont les contours à dessein un peu brouillés entraînent par la

⁶¹ V. *infra* n°118 et s.

⁶² V. *supra* n°81.

suite des difficultés dans l'application technique. Mais l'on voit bien que ce qui est « au cœur de l'Etat » est conservé à l'Etat central et que ce qui relève de la vie ordinaire de la population est transféré au territoire autonome de la Nouvelle-Calédonie.

88. Cela explique par exemple le soin mis pour préciser que le contentieux administratif, parce qu'il est ce par quoi les actes des personnes publiques peuvent être contestés, n'est pas transféré, alors que la procédure civile et les voies d'exécution sont de la compétence des institutions néo-calédoniennes depuis les années 1950. Aux disputes entre les particuliers, compétence normative locale ; aux disputes avec une personne publique, compétence retenue par le Parlement métropolitain.

89. De la même façon, les libertés publiques ne sont pas transférées, sans doute parce qu'il serait trop important de laisser au pouvoir autonome la puissance de régir les relations entre les personnes et l'Etat, définition classique des libertés publiques et de l'organisation politique.

90. La présence forte de libertés publiques dans le droit, non plus seulement le droit public mais encore le droit civil, par exemple la liberté d'association, que le Congrès ne pourra en rien toucher, parce qu'il n'aura pas compétence pour le faire, est une garantie pour les habitants d'origine européenne. D'une façon positive, l'importance des libertés publiques en droit aurait vocation à se développer à l'initiative du Législateur local au bénéfice de tous, par exemple la liberté d'association, sans qu'il puisse l'entamer. En la matière, le rôle du Conseil d'Etat a vocation à être important.

91. Nous aurons l'occasion de revenir dans le deuxième chapitre sur la question qui n'est qu'en apparence réglée, à savoir la question du périmètre du droit civil transféré⁶³, mais l'idée est bien de transférer la compétence législative pour ce qui concerne la vie quotidienne des personnes (droit civil) et des affaires (droit commercial), tandis que ce qui concerne le régalien (droit public, contentieux administratif) n'est pas transféré. Certes, les lignes techniques vont avoir du mal à s'adapter à une présentation si simple⁶⁴, mais l'idée politique est celle-là.

⁶³ V. *supra* n°14.

⁶⁴ V. par exemple *infra* n°301 et s.

92. On la comprend aisément. En effet, même si l'on a précédemment pris soin de distinguer l'autonomie et la souveraineté, car l'autonomie est une question d'ampleur de pouvoirs exercés et la souveraineté est une question d'aptitude de décider soi-même des pouvoirs que l'on exerce⁶⁵, il demeure que si l'on transfère tout le régalien, notamment le pouvoir de décider des punitions (droit pénal), le pouvoir de punir (juridictions répressives) et le pouvoir d'organiser l'espace public et sa protection (droit public et procès administratif), alors on finit pour vider localement de fait la substance de l'Etat. De fait alors, l'indépendance n'est pas loin.

93. C'est pourquoi la République Française a retenu en son centre le régalien car les Accords continuent de confier à l'Etat central l'exercice exclusif de ses tâches, mais a laissé partir sur un territoire autonome le pouvoir d'organiser la vie ordinaire de sa population, ce qu'exprime en bloc le droit civil et le droit commercial. Cette retenue du régalien, pour ne transférer que « l'ordinaire du droit », définition positive du transfert, renforce la définition négative de celui-ci, à savoir le fait qu'il n'a rien à voir avec la question de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie par rapport à la République Française.

94. Voilà l'esprit des Accords de Nouméa.

95. Ceci posé, on pourrait considérer que le transfert du droit civil est relativement peu de chose, puisqu'il ne s'agit que des règles ordinaires de la vie ordinaire. Mais le Politique de Nouvelle-Calédonie peut avoir une conception beaucoup plus haute de ce transfert. Pour cela, il convient avant tout de mesurer que ce transfert est certes affaire de technicité mais que c'est avant tout une question de choix politiques et de sociétés, choix que les institutions de Nouvelle-Calédonie sont à même d'opérer, qu'elles sont seules légitimes à le faire, choix qui s'opère méthodologiquement à partir de deux alternatives, que le premier chapitre de cette étude va avoir pour objet d'explicitier.

⁶⁵ V. *supra* n°81.

PREMIER CHAPITRE

LES CHOIX POLITIQUES FONDAMENTAUX : LES ALTERNATIVES EN PRESENCE

96. Les institutions politiques de Nouvelle-Calédonie et les élus qui les composent ont la légitimité pour décider ce qui convient le mieux pour la population qui les ont élus. C'est le principe de la démocratie. Les services administratifs, notamment juridiques, sont là pour les éclairer et pour mettre en œuvre les choix fondamentaux que les institutions politiques auront faits. Il est important qu'un discours sur la « technicité » du droit civil, sur la « complexité » du transfert ne conduise pas à paralyser par avance les personnes élues car elles ont une légitimité que les experts n'ont pas, et elles ont des connaissances, notamment de la société, que les experts n'ont souvent pas. La connaissance profonde de la société, de ses traditions, de ses aspirations, n'est pas forcément affaire de diplôme.
97. Le discours, relayé fréquemment, consistant à persuader les représentants politiques de Nouvelle-Calédonie qu'ils seront incapables de comprendre les problématiques du droit civil, tant celui-ci est « complexe », ce qui rendrait inutile qu'ils s'y penchent même, sous-entendant que leurs expériences propres, notamment en ce qui concernent les chefs coutumiers dont les connaissances n'auraient ainsi pas de pertinence ou de valeur en ce qu'il ne s'agit pas de connaissances juridiques, est un discours qui ressemble fort à une appropriation du pouvoir par des experts.
98. Si l'on reprend plus posément l'analyse, il en résulte que le Politique est en face de deux alternatives et que lui-seul est légitime à opérer des choix, pour lesquels il a les compétences, parce qu'il connaît la population, à charge pour les services techniques de mettre en œuvre des choix pour lesquels le Politique doit quant à lui trouver des consensus politiques et sociétaux (à chacun son métier).
99. La première alternative fondamentale et purement politique oppose un transfert du droit civil qui ne concernerait que les personnes du statut dit « de droit commun », tandis que les personnes du statut dit « de droit coutumier » resteraient à l'écart de tout ce processus de transfert du droit civil, cette première branche de l'alternative s'oppose à une conception d'un Droit civil qui construit un droit commun « substantiel » qui s'applique à toute la population puisque les Accords de Nouméa ont posé un « destin commun » (I). La seconde

alternative, fondamentale et elle-aussi de nature politique, oppose un transfert ayant pour but l'adaptation des règles techniques existantes et à venir en métropole à la situation locale à une hypothèse de transfert ayant pour but l'édiction d'un droit civil plus autonome, pouvant intégrer des mécanismes n'existant pas préalablement dans le droit métropolitain, la Nouvelle-Calédonie pouvant d'ailleurs ainsi jouer un rôle de laboratoire législatif (II).

I. L'ALTERNATIVE ENTRE LE TRANSFERT LIMITE AU STATUT DU « DROIT COMMUN » ET LE TRANSFERT CONCERNANT L'ENSEMBLE DU GROUPE SOCIAL (DROIT COMMUN SUBSTANTIEL)

100. Il convient tout d'abord de formuler la façon dont est ressentie pour l'instant de part et d'autre l'articulation entre le statut dit de « droit commun » et le statut de droit coutumier, cœur du droit civil (1). Cela posé, cela permet de développer ce qui peut être une première solution technique, à savoir un système de règles de conflit, qui préserve entièrement le bloc des règles de droit commun d'une part et le bloc des règles coutumières d'autre part (2). Puis, l'on pourra exposer la seconde solution technique, à savoir un système de droit civil, qui poserait un cœur commun de règles dont la substance serait partagée par toute la population dont les Accords de Nouméa ont posé que le « destin » doit être « commun », ici et maintenant (3), avant de comparer les mérites de l'un et de l'autre des systèmes techniques (4).

1. La façon dont l'articulation entre statut de droit commun et statut coutumier est ressentie : deux revendications opposées de prévalence

101. L'histoire a fait qu'une partie de la population de la Nouvelle-Calédonie vit sous le statut dit « du droit commun », c'est-à-dire proche du droit national, tandis qu'une autre partie de la population de la Nouvelle-Calédonie vit sous le statut dit « de droit coutumier », c'est-à-dire sous les règles coutumières issues des traditions canaques, les premiers habitants du territoire.

102. On formulera deux observations. En premier lieu, la distinction n'est pas si tranchée que cette présentation en une phrase le suppose. En effet, les personnes vivant sous le « statut de droit commun » ne vivent pas tout à fait sous le même droit que les personnes vivant en métropole, puisque certaines matières, comme la procédure civile ou les voies d'exécution, n'ont pas été soumises aux mêmes modernisations. Ainsi, les services techniques du Ministère de la Justice élaborent en ce moment une série de lois dite « d'extension » pour qu'un ensemble de dispositions nationales jusqu'ici non étendues à la Nouvelle-Calédonie le deviennent.
103. En outre, dans le même temps que le travail remarquable d'extension a lieu, un travail d'adaptation à la réalité néo-calédonienne s'exerce d'ores et déjà, avant le transfert de compétence, par un échange constant entre la métropole et le territoire. Ainsi, le travail préalable d'extension, juridiquement mené par la métropole, s'opère déjà en pleine collaboration avec le territoire, et c'est un point sur lequel les interlocuteurs insistent, qu'ils travaillent dans les services des institutions territoriales ou dans les services étatiques⁶⁶.
104. De la même façon, le droit coutumier, même si (comme dans le système de *Common Law*) du fait de son enracinement dans le passé et dans les façons de faire acquises, est certes tenu par l'histoire et les traditions mais il est aussi apte à évoluer, car un droit coutumier repose non seulement sur le passé mais encore sur l'acceptation présente par le groupe de ce passé. Si cette acceptation n'est plus recueillie pour certaines règles, alors les personnes qui ont autorité dans le système, par exemple les chefs coutumiers, peuvent faire bouger les règles, parce qu'ils estiment qu'elles doivent évoluer et parce que leur autorité, reposant sur l'adhésion des membres du clan au chef, suppose l'adéquation des règles.
105. On ajoutera que la distinction entre les deux statuts est moins tranchée qu'il n'y paraît puisqu'une personne de droit coutumier peut par la seule expression de sa volonté « adhérer » au statut du droit commun. Ainsi, le classement des canaques sous le statut de « droit coutumier » d'une part, et des habitants d'origine européenne sous celui de « droit commun » d'une part, est hâtif : le droit devrait dans son évolution autonome et locale moins s'attacher aux statuts qu'il ne doit s'attacher à la préservation des droits des personnes, quelque soit leur statut.

⁶⁶ Entretien avec Monsieur le directeur de la réglementation et des affaires générales Guy Fischer.

106. En outre, les deux statuts ne sont pas à égalité, ni juridique, ni politique. En effet, si une personne de droit coutumier épouse une personne de droit commun, alors les enfants relèvent du statut du droit commun. Il y a donc dans la mécanique d'ajustement entre les deux statuts, une prévalence du droit commun sur le droit coutumier. L'appellation même de « droit commun » l'exprime d'ailleurs, parce que ce vocable renvoie à ce qui est de principe, sous-entendant que le « droit coutumier » est le droit qui est simplement supporté par exception, concédé par le système juridique. On n'est pas loin de l'idée d'une sorte de « réserve juridique ». On comprend dès lors que les Accords de Nouméa aient pris l'engagement de la préservation de « l'identité canaque », alors qu'un engagement symétrique n'était pas nécessaire.
107. La dimension politique très sensible apparaît alors immédiatement car à travers l'articulation inégalitaire des deux statuts, c'est l'histoire qui réapparaît. En effet, lors du séjour d'étude en mars 2012, sans doute l'expression la plus exacte de ce qui peut être ressentie par un canaque a été formulée par un jeune homme, non juriste, qui a dit lors d'une réunion publique : « votre droit a dévoré le nôtre ». Puis, lors de cette même réunion publique, alors que le modérateur faisait son travail et voulait lui demander de formuler sa question (qui n'en était pas une) d'une façon plus ramassée, il a dit : « cela continue, vous dévorez notre parole ».
108. Ainsi, le droit civil de la Nouvelle-Calédonie, en ce qu'il renvoie au statut du droit commun et au statut coutumier, exprime en réalité une blessure profonde et ancienne, celle que l'histoire a imprimée. En réaction, s'exprimant en termes davantage politiques que de techniques juridiques, les chefs coutumiers canaques, à plusieurs reprises, à la fois à la réunion avec les représentants du Congrès et au Sénat coutumier, ont évoqué « le droit des premiers habitants », ont souligné qu'ils avaient demandé aux Nations Unies la reconnaissance de leur existence et de leurs droits, en tant qu'autochtones.
109. Revendiquer cela, c'est encore se mettre dans la figure de la prévalence, mais cette fois-ci inversée, puisqu'analysé ainsi, le statut coutumier serait le premier, parce que les canaques sont les « autochtones », tandis que le statut dit de « droit commun », mais qu'il conviendrait alors davantage d'appeler « statut de métropole », serait le statut secondaire, puisque les personnes qui y sont régies sont venues sur le territoire dans un second temps. Dans une pensée de la mémoire, cela est tout aussi logique.

110. Ces observations sont importantes à expliciter car elles montrent le poids de tension politique que le droit civil exprime au quotidien, à travers le droit de la famille, des biens ou des contrats. Les deux raisonnements, le premier aboutissant à mettre en premier le statut de droit commun, le second aboutissant à mettre en premier le statut de droit coutumier, sont développés sur de forts arguments, et choisir une hiérarchie plutôt qu'une autre ne peut que conduire au mécontentement profond de ceux qui sont placés dans le statut analysé dans la psychologie politique et sociale comme étant « secondaire ».
111. Cela dit, il convient d'examiner le premier système technique concevable, qui semble pour l'instant le seul juridiquement examiné d'une façon technique.

2. La solution de technique juridique consistant à bâtir des règles de conflits pour répartir les règles entre statut de droit commun et statut de droit coutumier

112. Dans son rapport d'étude, mon collègue et ami Rémy Cabrillac a dit que les personnes vivant en Nouvelle-Calédonie pouvaient être soumises à deux types de statut personnel : le droit commun ou le droit coutumier. Cela est juridiquement incontestable.
113. Mes collègues de l'Université de Nouvelle-Calédonie, notamment le professeur Sandrine Sana, qui a organisé un remarquable colloque à propos du transfert de compétence en matière de droit civil et commercial⁶⁷, souligne que le transfert du droit civil ne concerne que les personnes régies par le statut du droit commun et ne va pas changer les règles applicables aux personnes soumises au statut du droit coutumier⁶⁸.
114. Cette seconde affirmation de principe s'impose avec moins d'évidence car les Accords de Nouméa formulent un engagement collectif à préserver « l'identité canaque »⁶⁹, ce qui n'implique pas nécessairement l'immutabilité des règles régissant les personnes soumises au droit coutumier, si les autorités qui l'expriment en étaient d'accord et si l'identité canaque n'est pas atteinte, car c'est l'identité canaque (et non le statut de droit coutumier) qui est la véritable référence indisponible. Au contraire, si certaines règles coutumières conduisent la

⁶⁷ Laboratoire de recherches juridiques et économiques, Université de la Nouvelle-Calédonie, *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, 30 septembre 2011, préc.

⁶⁸ Intervention lors de la conférence publique du 29 mars 2012 au Congrès.

⁶⁹ Entretien avec le Sénat coutumier.

jeune génération canaque à contester l'autorité des anciens, socle du système du clan, on peut se demander si la préservation de l'identité canaque ne doit pas conduire à l'emprunt de règles de l'autre statut, enviées par la jeune génération canaque. De la même façon, si certaines règles du « droit commun », comme la propriété intellectuelle, permet de préserver des valeurs coutumières, comme les savoirs ancestraux, pourquoi ne pas les utiliser dans des lois de pays dont les canaques pourraient bénéficier ?

115. Il demeure que, si l'on en reste à un système de conflit de lois et comme le souligne le professeur Rémy Cabrillac, il va falloir établir un système désignant pour chaque loi de pays adoptée par le Congrès de quelle façon elle est bien cantonnée aux personnes soumises au statut de droit commun, pour éviter que les actes législatifs locaux ne viennent transformer les règles juridiques applicables aux personnes soumises au statut de droit coutumier.

116. Ce système, qui peut être *a posteriori* établi par la jurisprudence s'il n'est pas établi *a priori* par la loi, est appelé « règles de conflits de lois ». Il constitue le socle d'une branche du droit, réputée pour sa complexité, le « droit international privé », qui permet d'ordinaire de distinguer l'application de la loi française et l'application de la loi étrangère, suivant les situations ou les personnes. Un tel système devra ici être intensifié.

117. Le professeur Rémy Cabrillac fait état dans son rapport de la difficulté technique assez grande pour mettre en place un tel système, en raison de sa grande complexité. Dans la mesure où la technicité liée au transfert engendre des craintes dans la population, les professionnels, les services techniques et les hommes politiques, on doit en tenir compte pour évaluer l'opportunité d'une telle solution.

3. La solution de technique juridique consistant à bâtir des règles communes à l'ensemble de la population avant de répartir dans un second temps les règles propres à deux statuts égaux

118. La solution de technique juridique qui va ici être exposée ne l'avait pas été dans les précédentes études qu'il a été données à lire à la soussignée, mais a été développée lors des échanges avec les diverses personnalités rencontrées.

119. L'idée qui est apparue est que le droit civil n'est pas une simple branche du droit, mais le « cœur » du système juridique, parce qu'il en exprime les principes fondamentaux, les mécanismes essentiels (contrat, responsabilité, propriété) et ce qui est le plus important pour chacun (personne, famille). C'est pourquoi le droit civil est ce qui irradie le système juridique⁷⁰.
120. Ainsi, s'il est vrai que le transfert du droit civil n'est pas un transfert du régalien, parce que la République Française ne veut pas laisser à d'autres institutions que les siennes le pouvoir de décider des compétences⁷¹, la Nouvelle-Calédonie n'étant qu'un territoire autonome, ce transfert de la compétence législative concerne le cœur du système juridique (cœur technique et cœur social).
121. Les Accords de Nouméa ont décidé de ce transfert pour exprimer un « destin commun », transfert et destin commun dont nous avons vu qu'ils étaient distincts de la notion et décision de l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie par rapport à la République Française⁷².
122. Mais si le droit civil exprime le cœur du système juridique, notamment parce qu'il vise la vie quotidienne des personnes en ce qu'elle a de plus précieux pour elles (elles-mêmes, la famille, le groupe, les biens, les engagements) et qu'il est l'application d'un « destin commun », alors il semble à la soussignée qu'il ne peut être cantonné dans un statut sans toucher l'autre.
123. En effet, l'existence juridique de ces deux statuts est la trace historique présente d'un clivage entre deux parties de la population. Or, ce transfert technique, parce qu'il vise le droit civil, pourrait être l'occasion historique d'alléger le groupe social global de son passé pour lui ouvrir un futur commun meilleur.
124. Si le transfert ne touche qu'un statut, celui du « droit commun », pour le rendre plus flexible et lui permettre d'intégrer les réalités sociales de la Nouvelle-Calédonie⁷³, alors que le statut de droit coutumier demeure immobile, le clivage va s'accroître. Ce qui va se

⁷⁰ V. *supra* n°20.

⁷¹ V. *supra* n°81.

⁷² V. *supra* n°85 et s.

⁷³ V. *infra* n°174 et s.

produire, c'est que le droit régalien, notamment le droit pénal, va frapper plus fortement les comportements des personnes de droit coutumier, estimés illégitimes, par exemple dans l'éducation des enfants. Cela a été expressément souligné par Madame le Procureur général lors de l'audience solennelle de la Cour d'appel de Nouméa de 2012. Mais plus l'évolution du droit va aller vers du droit pénal, plus l'unité du droit néo-calédonien va être en danger⁷⁴.

125. Il faut trouver moyen pour que celui-ci dans son ensemble « se civilise », c'est-à-dire que ce soit des solutions de droit civil qui soient trouvées, acceptées, discutées, suivies. C'est à cela que doit répondre un Code civil véritable, auquel le pouvoir normatif autonome dont va disposer le Congrès de Nouvelle-Calédonie doit réfléchir.

126. Cette inadaptation du droit coutumier sera accrue par le fait que le « droit commun », s'éloignant de plus en plus du droit métropolitain, va s'imprégner des réalités locales, alors que le droit coutumier, non concerné par le transfert, aura été facialement sanctuarisé, au nom de la préservation de l'identité canaque, mais de fait de plus en plus pénétré par une application directe du droit pénal, les canaques constituant en outre majoritairement la population carcérale. Les tensions sociales risquent de s'accroître en conséquence, alors que le droit civil a pour fonction de créer du lien social.

127. En outre, si l'on revient à ce qu'est le droit civil, on ne peut le détacher historiquement du Code civil⁷⁵. Le Code civil de 1804, avant de développer des règles particulières aux personnes et à la famille (droit civil spécial), et d'établir les règles générales à tout le droit (contrat, responsabilité, propriété⁷⁶), pose des principes plus généraux sur l'application de la loi, l'office du juge, l'organisation des preuves dans un procès, la force d'un jugement, le rôle de la loi, etc. Il est donc ce qui pose les bases d'un système juridique. Or, le Conseil d'Etat, interrogé sur la conception large ou étroite qu'il convenait quant au « périmètre » du transfert du droit civil, adopta une conception large de celui-ci, affirmant que tout le droit civil était transféré.

⁷⁴ Dans ce sens, R. Lafarge, [La coutume face à son destin. Réflexion sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques](#), préc., spéc. p.83 s.

⁷⁵ J. Carbonnier, [Le Code civil](#), préc.

⁷⁶ Ce n'est que plus tard, par l'effet d'une jurisprudence que l'Etat lui-même cessa d'être soumis au Code civil, par l'arrêt du Tribunal des Conflits *Blanco* du 8 février 1873, qui affirma le principe de l'autonomie du droit administratif.

128. Dès lors, le droit civil, recueilli dans un Code civil, exprime ce qui est commun à une population. Certes, il y a deux définitions possibles de la codification, qui ne s'excluent pas l'une l'autre. La première, la « codification administrative », consiste à rassembler dans un même volume matériel des textes épars, afin qu'ils deviennent accessibles pour la population et plus aisément maniables pour les techniciens du droit.
129. L'effort actuel de l'Etat et de ses services, aussi bien en métropole que sur le territoire, a porté sur ce type de codification. Il en a ainsi résulté un «Code civil. Version applicable en Nouvelle-Calédonie ». Ce travail était indispensable et cela est très bien mené, mais l'on peut aller, en même temps, dans une autre direction.
130. En effet, si la France a été l'exemple historique absolu de la codification, si le Code civil de 1804 a été le Code par excellence, si Napoléon a affirmé que celui-ci constituait l'œuvre dont il était le plus fier dans sa vie d'homme d'Etat, c'est parce que le Code civil est ce que l'on peut appeler une « codification véritable ». En effet, à l'époque, il ne s'agissait plus seulement de faire un état des lieux et de tout insérer dans un ouvrage⁷⁷, mais de créer une unité, une pensée forte et claire, aisée à comprendre et à appliquer.
131. Il est important de rappeler⁷⁸ qu'historiquement la France fût régie au Nord par des coutumes, issues plutôt du droit germanique, tandis que le Sud était régi par du droit écrit, issu principalement du droit romain infléchi par des préceptes catholiques⁷⁹. La situation actuelle de la Nouvelle-Calédonie n'est pas sans analogie avec cette situation de l'époque, que l'on présentait également comme inconciliable et d'une grande « complexité ». Pourtant, avec l'aide préalable de la doctrine (Pothier, Domat), avec une volonté politique forte portée par Napoléon, une réconciliation et une synthèse fût faite.
132. Le Code civil fût rédigé en quatre mois, par quatre juriste, deux de droit coutumier, deux de droit écrit, tous praticiens, qui surent conserver de cet ensemble apparemment durablement hétérogène qu'était la France, son cœur définitivement stable qu'est le Code civil.

⁷⁷ Ce que sont les *restatements* aux Etats-Unis, système juridique qui ne connaît pas la codification, mais où les juristes ont besoin, comme partout ailleurs, de ces recueils facilitant leur travail.

⁷⁸ V. *supra* n°12 et s.

⁷⁹ V., par ex., LEVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, 1^{ière} éd., coll. « Précis Dalloz », Dalloz, 2002, 1497 p. Cet ouvrage est particulièrement précieux car il restitue l'évolution historique du droit civil branche du droit par branche du droit (sur cette façon de faire dans la présente étude, v. second chapitre).

133. Voilà ce qu'écrit le Doyen Carbonnier : « *La transaction législative*. Ce que l'*Esprit des Lois* appelle esprit de modération et les Anglo-Saxons *Law of compromises*. Il est généralement enseigné que le Code Napoléon – entre l'Ancien Régime et la Révolution, entre le droit écrit et les coutumes, etc. – un code transactionnel. A cette sorte de législation, on objecte que deux demi-justices ne font pas une justice. Mais deux demi-satisfactions peuvent rendre la vie commune tolérable. »⁸⁰.
134. Cette « codification véritable » n'est pas une œuvre technique, c'est une œuvre politique. Cela signifie en premier lieu que ses artisans n'ont pas besoin d'être des experts du droit, ni d'être légions. Sous cet angle, le travail est en-delà de la codification administrative actuellement menée, laquelle n'est qu'un outil de travail, nécessaire mais accessoire.
135. Cette conception politique signifie en second lieu que les artisans d'une codification véritable ont besoin de reconnaître dans le Droit civil l'expression fondamentale du groupe social que les hommes politiques représentent. C'est alors en tant qu'hommes politiques qu'ils doivent retranscrire dans le Droit civil des valeurs fondamentales que celui-ci contient et qui sont communes à la population : le droit civil est le droit commun en tant qu'il est le droit substantiel et fondamental de toute personne participant à un même destin.
136. Sous cet angle, le travail est au-delà de la codification administrative car les juristes, si bons techniciens soient-ils, n'ont pas pour métier et n'ont pas la légitimité pour exprimer les valeurs communes du groupe social. C'est au Politique de le faire à travers le Droit civil.
137. Cette seconde conception doit conduire à demander aux hommes politiques, à ceux qui ont autorité pour exprimer la volonté profonde du groupe social, aux chefs coutumiers, aux élus, aux corps intermédiaires, de prendre appui sur la compétence transférée du droit civil pour trouver ensemble ce qui peut constituer des valeurs communes à toute la population de la Nouvelle-Calédonie, qu'elle soit d'origine autochtone ou qu'elle soit d'origine européenne.
138. En cela, le Droit civil exprime alors le « destin commun » posé par les Accords de Nouméa, Accords au nom desquels le transfert de compétence en matière civil se met en place. Le lien logique entre les deux s'opère alors, sinon il n'y en a pas de justification à

⁸⁰ Le Code civil, préc., p.190.

opérer un tel transfert au nom d'un « destin commun », si l'on applique des « règles de conflits », lesquelles conduisent à « séparer » les deux populations néo-calédoniennes.

139. Cela implique que les lois de pays inventent des règles nouvelles qui forment le cœur d'un Code civil propre, lequel devrait avoir vocation à exprimer « l'esprit du peuple de Nouvelle-Calédonie », sans ôter les droits des personnes d'origine européenne et sans entamer l'identité canaque, la coexistence n'empêchant pas la notion même de société civile.

140. Les entretiens menés lors du séjour d'étude montrent bien que ce qui fait difficulté au sein du groupe social, et sur lequel il doit donc y avoir ajout par volonté politique collective mais propre à la Nouvelle-Calédonie, réside dans les droits des individus⁸¹.

141. Il faut donc que les hommes politiques, les chefs coutumiers appartenant pleinement à cette catégorie, se mettent d'accord pour des règles minimales communes à tous les individus, quelque soit leur statut. Cela renvoie alors à la notion de « Droit civil substantiel », notion politique, et non plus seulement à la notion de « Droit civil statutaire », notion juridique pour l'application de laquelle des juristes experts doivent élaborer, d'une façon secondaire, des règles de conflit.

4. Appréciation des mérites comparés des deux solutions techniques : le droit civil, entre droit commun statutaire et droit commun substantiel

142. C'est évidemment au Congrès, qui par sa structure politique fédérale est le mieux placé pour exprimer les mouvements divers de la Nouvelle-Calédonie, et aux parties prenantes de la société néo-calédonienne, de choisir entre les deux branches de l'alternative. La soussignée n'a pas à exprimer un choix personnel. C'est au Politique d'opérer un tel choix, précisément parce qu'il s'agit d'un choix politique, la première méthode (élaboration de règle de conflit pour transférer un droit civil, certes plus adapté mais dans le seul cadre du statut dit de « droit commun ») limitant la compétence à un transfert technique, la seconde

⁸¹ Sur l'étude technique du « droit des personnes », v. *infra* n°274 et s.

méthode (élaboration de règles communes à toute la population dans un Code civil néo-calédonien) liant le transfert de compétence à l'idée de « destin commun ».

143. Il ne s'agit dans la présente étude que de dessiner les avantages et les inconvénients des deux branches de l'alternative, à propos desquelles le Politique doit prendre position.

144. Si l'on estime que le transfert de compétence en matière de droit civil doit se faire dans l'esprit des Accords de Matignon et de Nouméa, dans lesquels il s'insère, alors il est évident que la seconde branche, c'est-à-dire la conception d'une construction d'un Droit civil substantiel, est plus conforme à la lettre et à l'esprit de ces accords, puisqu'il alimente un « destin commun », sans être pour cela corrélé à la notion d'indépendance par rapport à la République Française, tandis que la première branche, c'est-à-dire la conception d'un transfert permettant simplement l'adaptation technique du seul droit applicable aux personnes soumises au statut de « droit commun », renvoie à une acception pauvre de ce qu'est un droit commun et va aggraver la césure dans la population.

145. Si l'on prend en considération la question de la technicité de l'exercice des compétences, souci très souvent exprimé lors des entretiens, il apparaît qu'un transfert purement technique et juridique (alors même qu'il ne touche donc qu'une partie de la population néo-calédonienne) prenant la forme d'une codification administrative, d'une « remise à niveau », d'un observatoire de tous les textes en préparation, etc., constitue une machine énorme et sans âme, que les hommes politiques, notamment ceux issus de la culture juridique coutumière (dont l'existence même est souvent méconnue) ne vont pas savoir quoi faire. Dès lors, au mieux, il risque d'y avoir transfert du pouvoir de faire les lois du législateur aux services techniques, au pire les phénomènes explicitement redoutés de vitrification ou de coupé-collé⁸².

146. En revanche, si le transfert prend l'ambition haute d'élaborer quelques principes communs à toute la population, les hommes politiques sont les mieux placés pour les exprimer et l'absence de connaissances juridiques approfondies n'est pas un handicap dirimant (Napoléon n'était pas juriste, mais il fût législateur ; Solon, le plus grand législateur,

⁸² V. *supra* n°66.

était un poète). Là encore, si l'on remet à sa juste place ce critère de la technicité, c'est la seconde branche de l'alternative qui paraît préférable.

147. Mais il convient de prendre en considération un troisième critère, de nature tautologique : la seconde branche de l'alternative, concevant le Droit civil comme un droit substantiel commun au groupe social en son entier et pour chacun, qu'exprime un Code civil, œuvre de civilisation parce qu'il ne conçoit les rapports entre les personnes que d'une façon non-violente⁸³, ne peut prendre forme qu'à partir d'une volonté politique forte, alors que la première branche, simple transfert technique permet d'adapter les règles aux réalités locales, ne nécessite pas l'expression d'une volonté politique première.

148. Dès lors, la faiblesse de la seconde méthode tient dans sa nature même : elle nécessite que l'ensemble des personnes élues et des chefs coutumiers se mettent d'accord pour que le Droit civil ait ce haut statut, pour le Code civil néo-calédonien soit un Code véritable et non un exercice pratique de codification administrative, pour poser des règles commune à tout individu, quelque soit son statut. Il s'agirait de quelques règles protégeant les individus⁸⁴. Ce n'est que dans un second temps que la dualité des statuts s'appliquerait.

149. Encore faut-il qu'une volonté politique existe en ce sens et qu'un consensus politique se mette en place en ce sens. C'est certes la définition d'un « destin commun », mais ce qui est écrit sur un engagement juridique ne prend pas vie sans volonté politique ultérieure commune.

150. Alors, il n'est pas certain que celle-ci existe. Si elle n'existe pas, alors il faudra nécessairement revenir à la première branche de l'alternative, un transfert assez mécanique, tenu avant tout par les juristes, cantonné au statut dit de « droit commun ». On pourra certes prendre acte qu'une opportunité historique aura été manquée, celle de concrétiser un destin commun par et cela grâce au Droit civil, mais tout dépend en la matière de l'existence ou non d'une volonté politique locale commune.

⁸³ Sur le lien fondamental entre le droit civil et la civilisation, v. *infra* n°219, 228, 234, 270 et 333.

⁸⁴ Sur l'examen plus technique du droit des personnes, v. *infra* n°274 et s.

II. L'ALTERNATIVE ENTRE LE TRANSFERT LIMITE AUX REGLES TECHNIQUES ADAPTEES ET LE TRANSFERT OUVERT LA VOIE VERS DES EXPERIMENTATIONS JURIDIQUES

151. La seconde alternative qui est apparue dans les entretiens au cours du séjour d'étude oppose une première conception, dans laquelle l'exercice des compétences en droit civil permet d'adapter les règles du droit civil métropolitain, à une seconde conception, dans laquelle l'exercice des compétences permet d'insérer dans le droit néo-calédonien des techniques juridiques n'existant pas dans le droit métropolitain.

152. Là aussi, il convient de poser une observation en préalable : la nécessité d'avoir un regard critique sur le droit civil français, tel qu'il est aujourd'hui (1), avant d'examiner la première branche du transfert conçu ayant pour seule fin l'adaptation des règles nationales existantes (2), la seconde branche intégrant la possibilité d'intégrer des règles n'existant pas dans le droit métropolitain (3), avant de mesurer les mérites comparés des deux branches de l'alternatives (4).

1. Observation préalable : la nécessité d'un regard critique sur le droit civil français

153. Dans l'ensemble des entretiens menés lors du séjour d'étude, il est apparu le grand professionnalisme des personnes concernées par le transfert de compétence du droit civil, leur connaissance du sujet, leur diligence à fournir le travail d'aide ou de préparation qui leur était demandé pour faciliter ce transfert proche dans le temps, et aussi l'absence de regard critique sur les règles sur lesquelles le Législateur local va en 2013 ou 2014 exercer sa compétence normative.

154. Il est ainsi apparu d'une façon unanime qu'il était essentiel de « mettre à jour » l'ensemble du droit civil, tel qu'il sera transféré comme corpus disponible, à l'instant T du transfert. Un souci commun s'est exprimé sur l'ampleur et la difficulté même de la tâche, en raison des centaines de lois et des milliers de décrets concernés, des modifications multiples dans le temps de ceux-ci, sans compter l'interférence de l'incertitude quant au périmètre du transfert qui rend plus difficile encore cette tâche de récolement.

155. Cette inquiétude avait déjà été exprimée par les rapports d'expertises, notamment ceux de mes collègues Rémy Cabrillac et Philippe Pétel⁸⁵. Elle avait justifié une lettre adressée par le Président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie au Premier Ministre.
156. En effet, il en a résulté une sorte d'appel au secours des institutions locales pour qu'un travail à niveau soit opéré, à la fois à Paris dans les services de la législation civile du Ministère de la Justice, et dans les services du Congrès de Nouvelle-Calédonie et du Gouvernement de celle-ci, pour mener à bien ce travail de romain, avant la date fatidique du transfert.
157. La République Française a affecté des moyens, notamment en personnel, et en métropole et sur place, pour ce faire, et immédiatement le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, s'appuyant notamment sur les travaux des professeurs de droit ayant mené des expertises sur le transfert du droit civil et du droit commercial⁸⁶, a réclamé plus de moyens⁸⁷. L'Etat a essayé d'en mobiliser encore, mais cela est très difficile, en raison de la situation générale des finances publiques.
158. Il en a résulté notamment une codification administrative d'un « Code civil applicable en Nouvelle-Calédonie »⁸⁸, dont un exemplaire a été donné à la soussignée. Sa lecture est très instructive et le travail est remarquablement fait, puisque pour chaque article toute modification ou absence de transfert ou autre type de renseignement pertinent pour la Nouvelle-Calédonie, est mentionné.
159. Mais en premier lieu, le Code civil de 1804 n'est plus représentatif des textes applicables en droit civil, le plus souvent non-codifiés, et ce fût immédiatement souligné par les experts, notamment le professeur Rémy Cabrillac, relayé en cela par les autorités de Nouvelle-Calédonie s'adressant au Premier Ministre de la République Française pour en tirer une grande inquiétude quant à leur capacité à maîtriser dès lors le transfert, puisque le droit civil ne « tient » en rien dans le Code civil. Dès lors, le symbole du Code civil, que toute

⁸⁵ V. *supra* n°7.

⁸⁶ R. Cabrillac, étude préc. ; Ph. Pétel, étude préc.

⁸⁷ V. par ex. la série de lettres adressées par le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en 2010 à ce propos, reproduit dans le rapport fait par le président du Gouvernement au Congrès de la Nouvelle-Calédonie, *Transfert de compétences – Bilan 2010*, doc. 19 et s.

⁸⁸ Sur la notion de « codification véritable », à laquelle correspond le Code civil de 1804, v. *infra* n°134.

personne recherche, livre rouge sur le bureau⁸⁹, a du mal à exprimer le droit civil. La dispersion du droit commercial par rapport au Code de commerce est plus grande encore.

160. En second lieu, les textes ne vivent que par l'interprétation qu'en donne la jurisprudence et le Législateur ne dispose à travers le texte des lois transférées que d'un droit que l'on pourrait dire « archaïque », c'est-à-dire dans sa formulation de 1804, rarement modifié (par exemple en droit des obligations, qui vise en peu d'articles le droit des contrats et de la responsabilité), alors que la jurisprudence a, par accumulation de solutions nouvelles se basant sur ces articles du Code civil inchangés, a transformé le sens des textes ou leur a superposé des solutions nouvelles.

161. Dès lors, ce travail nécessaire de codification administrative est par nature incomplet et le Législateur local va, à l'instant où il disposera, par le transfert, de compétences sur le droit, s'appuyer sur un corpus de règles qu'il ne comprend pas (surtout s'il adhère à la présentation très technique et procédurale de ce qu'est le transfert du droit civil⁹⁰) et qui ne reflète pas le droit applicable. Tout demeurera donc de fait entre les mains des juridictions et le phénomène redouté du « coupé-collé »⁹¹ est à craindre, même si le Congrès devient normativement actif.

162. La précision aggravante apportée par les juristes est alors de répondre que le volumineux Code civil « mis à niveau » transmis n'est que la partie émergée de l'iceberg et qu'il faudra bien sûr plonger dans l'immensité juridique du droit pour trouver tous les textes applicables par ailleurs et y adjoindre toutes les solutions qu'y associa la jurisprudence, elle-même tout aussi mouvante que le législateur est changeant.

163. On comprend pourquoi le Législateur de Nouvelle-Calédonie, alors même qu'il a demandé le transfert de compétence du droit civil, en repousse désormais sans cesse la date...

164. En outre, et l'on ne saurait le reprocher aux fonctionnaires ou aux magistrats en raison même de leurs positions par rapport à la République Française, ceux-ci ne formulent aucune critique sur le droit civil français, tandis que la doctrine plus libre se plaint d'un droit

⁸⁹ Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou, qui insiste sur la nécessité de construire un tel Code civil constituant un tel symbole pour la population néo-calédonienne.

⁹⁰ V. *supra* n°248.

⁹¹ V. *supra* n°66.

devenu instable et pléthorique. Dès lors, il semble acquis que tout ce corpus des règles de droit civil applicable en métropole (après le travail de mise à niveau, extension, récolement, codification administrative, etc.), restera en l'état et fera l'objet de quelques adaptations par l'adoption de lois de pays prenant en considération les spécificités locales.

165. Pour s'en contenter, cela suppose que l'état du droit civil, tel qu'actuellement en vigueur dans la métropole, serait satisfaisant, et qu'il conviendrait de le reprendre tel quel en Nouvelle-Calédonie, avant de l'infléchir pour l'enrichir des spécificités locales. On conçoit que des représentants de la République Française, lorsqu'ils travaillent à la préparation du transfert de compétence, ne puissent pas partir d'un autre présupposé. Mais le Législateur local n'est pas contraint par la même déférence tacite.

166. En effet, une occasion historique est donnée d'avoir un regard critique sur le droit civil français, ce qui pour l'instant n'est pas fait, parce que, d'un côté, les politiques n'y songent pas, réduits souvent au silence à ce propos au nom de leur incompétence technique, et parce que, de l'autre côté, les juristes qui y travaillent n'ont pas à juger le droit que la République élabore.

167. Mais le Législateur local doit prendre plus de liberté, comme celle de la doctrine qui se plaint du capharnaüm qu'est devenu le droit civil, encombré de centaines de lois et de milliers de décrets, sans cesse modifiés, souvent avant même d'entrer en application. En effet, le temps est loin où le Code civil de 1804, chef d'œuvre, s'exportait en Allemagne, en Belgique, en Afrique, en Amérique du Sud, etc. Aujourd'hui, les lois, en matière civile comme dans les autres matières (le droit civil n'a pas pu être conservé comme le temple de « l'art législatif »⁹², sont très critiquées.

168. Pour ne citer qu'un travail autorisé, un rapport du Conseil d'Etat sur les lois a stigmatisé les lois « bavardes et inutiles », le législateur national étant atteint de « logorrhée »⁹³. Dès lors, exercer une compétence sur un corpus suppose d'avoir un regard critique sur celui-ci car une loi mal-faite ou inutile peut alors être éliminée, pour le bien du système juridique et des citoyens, en dehors même de l'hypothèse des spécificités.

⁹² Alors même que la législation civile fût celle qui savait s'ouvrir à des normes non-juridiques, notamment des mœurs sociales. Sur cette démonstration, v. J. Carbonnier, Les phénomènes d'inter-normativité, in *Essai sur les lois*, 2^{ème} éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p.287-306.

⁹³ Rapport public du Conseil d'Etat, 1991.

169. Le doyen Jean Carbonnier, qualifié usuellement comme le plus grand juriste du XXIème siècle, qui rédigea de nombreuses lois en droit de la famille, jeta un regard très sévère sur l'état du droit civil à la fin du XX^{ème} siècle⁹⁴. Une de ses plus fameuses expressions critiques fustige « l'inflation législative »⁹⁵, c'est-à-dire la manie de légiférer tout le temps et à propos de tout par des textes de plus en plus longs et pointilleux. Nous sommes loin de la pureté de style du Code civil de 1804.
170. Dès lors, indépendamment même de savoir ce qu'est « l'adaptation »⁹⁶ du droit civil, il convient d'abord de s'autoriser en bonne méthode un regard critique pour que le Législateur local, lorsqu'il exercera sa compétence, puisse rayer les lois inutiles ou réécrire les lois mal écrites, incomplètes, ambiguës. Pour cela, il pourra s'aider des services techniques, les juristes, notamment les magistrats trouvant dans la jurisprudence la façon dont les juridictions avaient redressé les malfaçons législatives par l'interprétation⁹⁷.
171. Ce faisant, le législateur local pourrait offrir à la population le bien le plus précieux que peut offrir le droit : la sécurité juridique. Cela est demandé aussi bien par la population que par les entreprises locales⁹⁸ que par les personnes en charge de responsabilité politiques⁹⁹, selon le même raisonnement : la Nouvelle-Calédonie est un territoire beaucoup plus petit que la métropole, elle doit avoir un droit plus simple.
172. Simplicité et sécurité juridique sont un couple essentiel, que le Congrès doit offrir à sa population, là où le droit français a du mal à satisfaire ces objectifs constitutionnels.

⁹⁴ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, coll. « Forum », Flammarion, 1996, 273 p.

⁹⁵ J. Carbonnier, *L'inflation législative*, Revue des sciences morales et politiques, 1982, p.687 s. V. aussi *L'inflation des lois*, in *Essai sur les lois*, préc., p.307-313. On y trouve ce réquisitoire : « L'homme moderne, il est vrai, transporte avec lui la sensation d'être un homme encombré : l'encombrement des routes et des files d'attente, des poubelles et des codifications administratives, le presse et l'opprime. »(p.308).

⁹⁶ V. *infra* n°233 et s.

⁹⁷ Article 4 du Code civil : *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable du déni de justice*. Le doyen Carbonnier, étudiant le texte, en conclut à titre principal que le silence du législateur est d'or... (in *L'inflation des lois*, préc., p.313.).

⁹⁸ Entretien avec Monsieur Daniel Ochida, membre du comité directeur du MEDEF : « l'impératif pour nous, c'est le pendant du fait qu'on est petit ».

⁹⁹ Entretien avec le Président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie Harold Martin, dans une appréciation générale ; entretien avec Madame le chef du service des affaires civiles et commerciales du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie Matcha Iboudgacem, à propos des extensions opérées préalablement au transfert de compétence.

173. Ce thème de la sécurité juridique est essentiel et a été abordé à plusieurs reprises par les interlocuteurs¹⁰⁰. Il est d'autant plus impérieux pour le droit appliqué à l'avenir à la population d'origine européenne. En effet, la sécurité juridique est aujourd'hui un principe constitutionnel¹⁰¹

2. La solution de technique juridique posant comme finalité au transfert de compétence l'adaptation du droit métropolitain aux spécificités locales

174. Chacun s'accorde sur cette finalité, qui correspond au statut d'autonomie du territoire de Nouvelle-Calédonie. Bien que rattaché à la République Française, qui demeure seule compétente pour déterminer les compétences législatives retenues ou transférées car la Nouvelle-Calédonie n'est pas un territoire indépendant¹⁰², le Législateur local peut, dans le périmètre transféré, exercer ses pleins pouvoirs, en respectant la hiérarchie des normes comme la République Française le fait elle-même, notamment à l'égard de la Constitution et des Conventions internationales. Cette contrainte résulte du fait que nous sommes dans un Etat de droit.

175. Ainsi, le pouvoir de faire fléchir le droit métropolitains, excessivement général et abstrait, permet de l'adapter à un territoire, ce que permet non seulement son statut d'autonomie, mais encore ce que requiert sa situation géographique par rapport à la métropole, puisqu'il se situe aux antipodes, paraît aller de soi.

176. Ce pragmatisme rejoint une certaine conception du droit, que le doyen Carbonnier exprima par le titre de son ouvrage le plus célèbre : *Flexible droit*¹⁰³. L'idée est que le droit doit refléter une société et l'état de ses mœurs, telle qu'elles résultent notamment de son histoire particulière. Ainsi, si la loi impose des valeurs, elle traduit aussi un lien social

¹⁰⁰ V. par ex. Entretien avec Monsieur le Directeur juridique du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie Laurent Travers

¹⁰¹ A.L. Valembois, [La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français](#), préf. B. Mathieu, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques », t.122, LGDJ, 2005, 468 p.

¹⁰² V. *infra* n°81 et s

¹⁰³ J. Carbonnier, [Flexible droit](#). *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^{ième} éd., LGDJ, 2001, 490 p.

spontané, dont la reprise par la loi accroît la force. Cette dialectique entre la loi et les mœurs n'exclut pas que le législateur puisse convaincre le corps social d'adhérer à des valeurs¹⁰⁴.

177. Dans cette conception, théorisée par l'école historique du droit – selon laquelle le droit se manifeste le mieux par la coutume, c'est-à-dire la façon de faire depuis toujours par le groupe social, ce que l'on retrouve dans le droit coutumier en Nouvelle-Calédonie, et par l'école sociologique du droit¹⁰⁵, le législateur n'est puissant et la loi n'est effective qu'autant qu'elle reflète substantiellement l'état de la société.

178. Or, la Nouvelle-Calédonie n'est pas dans la même situation que la métropole, ni juridiquement, ni socialement, ni politiquement. Il convient de reprendre ces trois points, qui impliquent chacun des conséquences alors même qu'on ne sort pas de l'hypothèse de l'adaptation et qu'il n'est en rien question de raisonner comme si la Nouvelle-Calédonie était indépendante de la République Française.

179. Cela sera encore plus tangible lorsqu'il sera temps d'examiner la question du droit commercial, mais cela est aussi vrai concernant le droit civil, en ce qu'il est le droit commun : la France est de plus en plus intégrée dans l'Union européenne. Ainsi, 80% des lois votées par le Parlement national sont désormais des textes de transposition de dispositions adoptées par l'Union européenne.

180. En matière civile, l'intégration s'opère de plus en plus fortement en matière de droit des contrats, à travers le droit de la vente, par l'adoption d'un « cadre de référence », que certains auteurs de doctrine ont déjà appelé le « Code civil européen »¹⁰⁶, ou bien à travers

¹⁰⁴ Pour Jean Carbonnier, le législateur doit être « un pédagogue » qui se fait comprendre par la population plus qu'il n'impose les règles qu'il édicte. Il doit reprendre dans les lois l'état des mœurs, indépendamment de ses propres convictions (en cela, il est lui-même impartial). S'il insère dans les lois des valeurs, il doit faire en sorte que la population concernée reconnaisse celles-ci, car on ne peut appliquer de force une loi que le groupe social rejette. Le Législateur a donc de « l'autorité » dans le sens où ses lois sont comprises et admises, sinon son pouvoir n'est qu'illusion.

¹⁰⁵ A titre principal, v. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, coll. « Quadrige », PUF, 1994, 411 p. Pour une illustration québécoise, transposable à la Nouvelle-Calédonie, v. l'ouvrage intéressant dirigé par Jean-Guy Belley, *Le droit soluble, Contributions québécoises à l'étude l'internormativité*, coll. « Droit et société », n°16, LGDJ, 1996, 278 p.

¹⁰⁶ V. par ex. B. Fauvarque-Cosson, *Faut-il un Code civil européen ?*, RTD.civ., 2002, p.463 et s.

des rapprochements du droit civil français et allemand en matière de régimes matrimoniaux¹⁰⁷.

181. Cela risque de rendre plus compliquée une transposition « plate » et technique du droit métropolitain, parce que celle-ci passera par la « pointe du triangle européen », alors que celui-ci n'est pas pertinent pour la Nouvelle-Calédonie. Il est certes vrai que les territoires d'Outre Mer ont un rattachement juridique avec l'Union européenne, mais le lien est beaucoup plus lâche et relève davantage d'une logique de droit international public et de diplomatie que d'une logique d'intégration.
182. Le droit de l'Union européenne a également produit un nombre considérable de textes de droit initial ou dérivé qui protègent le consommateur, qu'il soit de biens, de services ou d'instruments financiers, cette protection étant liée à la construction d'un marché européen des biens et services et d'un marché européen financier. Cette perspective n'a pas de pertinence pour la Nouvelle-Calédonie, ce qui prive corrélativement de pertinence les multiples lois nationales qui les ont transposés.
183. Cette observation sera déterminante pour la méthodologie requise pour le transfert du droit commercial. Elle a également sa pertinence en matière de droit civil, par exemple à propos du crédit à la consommation ou à propos de la vente de marchandise et d'information du consommateur.
184. Le deuxième point concerne l'adaptation du droit métropolitain à la réalité sociale de la Nouvelle-Calédonie, hypothèse la plus souvent évoquée lors des entretiens. Cela justifie techniquement le transfert, pour que le droit local nouveau s'imprègne des mœurs néo-calédoniennes.
185. Cette finalité d'adaptation du droit aux mœurs vaut que l'on se situe dans la première perspective méthodologique d'un transfert technique limité au droit propre au statut du « droit commun » ou que l'on se situe dans la seconde perspective méthodologique d'un transfert plus politique mettant en place un droit civil comme « droit commun substantiel », cœur du destin commun de l'entière population de la Nouvelle-Calédonie, dans un Code civil propre et véritable¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Les Annonces de la Seine*, 24 janvier 2012.

¹⁰⁸ V. *supra* n°134.

186. En effet, dans le premier cas, il convient d'intégrer les spécificités de la Nouvelle-Calédonie par rapport à la métropole, en ce que le droit se développe sur un territoire de petite dimension, ce qui justifie sans doute et par exemple des délais de signification des actes juridiques plus courts. D'une façon pragmatique, la règle générale selon laquelle il convient d'élaborer un droit aussi simple que possible, c'est-à-dire pas plus complexe qu'il n'est nécessaire¹⁰⁹, est plus impérieuse en Nouvelle-Calédonie que sur le territoire métropolitain parce que le territoire d'Outre Mer dispose de moins de personnels techniques pour mettre en œuvre ce droit civil, aujourd'hui victime de son inflation.
187. Surtout, et ce d'autant plus si l'on se situait dans le second cas de la construction par le Droit civil d'un destin commun à l'ensemble de la population de la Nouvelle-Calédonie¹¹⁰, il faut que les façons de faire spontanément adoptées par le groupe social local pénètrent dans les règles juridiques civiles. Ce sont les hommes politiques locaux qui connaissent ces règles sociales qui régulent le groupe aussi fortement que le droit. C'est pourquoi ils ont le premier rôle dans l'exercice du pouvoir législatif et dans la conception du transfert de compétence, les services techniques ne devant que les seconder.
188. Plus encore, si l'on se situe dans cette seconde perspective d'un Droit civil substantiel donnant forme au « destin commun » posé par les Accords de Nouméa¹¹¹, il faut que les mœurs inspirent le Législateur local du Droit civil, que ces mœurs soient celles des néo-calédoniens d'origine autochtone ou qu'elles soient celles des néo-calédoniens d'origine européenne.
189. En effet, dès l'instant que l'on raisonne en s'appuyant sur les mœurs, la notion très juridique de « statut personnel » (« droit commun » et « droit coutumier ») perd de sa pertinence. Des notions plus fluides comme celles de « protection du faible », « solidarité », « lien social », « groupe de protection », « autorité », deviennent alors des standards de référence.

¹⁰⁹ Ce qui renvoie aux impératifs d'objectifs constitutionnels de nécessité, de simplicité et de proportionnalité dont le Conseil constitutionnel est le gardien (v. par ex. M.-A. Frison-Roche, Le droit d'accès à la justice et au droit, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17^{ième} éd., Dalloz, 2011, p.521-539, n°621, p.525 s.).

¹¹⁰ V. *supra* n°3.

¹¹¹ V. *supra* n°85 et s.

190. Or, le Code civil de 1804 est une œuvre magistrale, à la fois conçue pour être directement comprise par tous et applicable simplement. Mais il constitue aussi une œuvre idéologique, en ce qu'il exprime une certaine représentation de la société et de la place de la personne au sein de celle-ci.
191. Cette idéologie a été conservée dans son principe par le droit civil actuel et donc dans le statut de « droit commun ». Mais il n'est pas sûr qu'elle corresponde à l'histoire ou à la société néo-calédonienne. C'est pourquoi il convient de développer ce point.
192. Comme cela a été démontré par de nombreuses études, le Code civil de 1804 est avant tout « un Code de la propriété ». Ainsi, le contrat n'est pas présenté en lui-même, dans les articles 1101 et suivants du Code civil, mais comme une façon de transférer la propriété, à l'instar de la dévolution successorale, régie par d'autres articles du Code.
193. En outre, la propriété est elle-même pensée comme un attribut de la personne privée, l'article 544 du Code civil¹¹² ne définissait la propriété que par la puissance du propriétaire, à travers la triple puissance d'exclure autrui par la disposition que le propriétaire fait de la chose (*abusus*), d'en retirer les fruits (*fructus*) et d'en jouir (*usus*). L'article 544 fait de la propriété « le droit le plus absolu », parce qu'ainsi la propriété permet au propriétaire de ne pas partager sa puissance avec autrui (contrairement au droit de l'Ancien Régime), c'est-à-dire d'être libre. En cela, la propriété du Code civil est directement issue de la pensée de la Révolution Française, comme le démontra le doyen Carbonnier¹¹³.
194. C'est pourquoi, sans contradiction, parce que le Code civil est l'expression d'une idéologie certes de la propriété, mais de la propriété comme expression la plus inexpugnable de la liberté individuelle, le droit civil ne conçoit la propriété que comme individuelle et définit le contrat par la rencontre des volontés, librement échangées¹¹⁴. Ainsi, le Code civil est avant tout l'expression de l'individualisme, qui se retrouve dans la liberté, concrètement protégée par la propriété privée dont chaque individu peut être titulaire.

¹¹² Article 544 du Code civil : *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*

¹¹³ J. Carbonnier, *La propriété, garantie des libertés*, in G. Farjat et B. Remiche (dir.), *Liberté et droit économique*, De Boeck, 1992, p.63 s. (repris in *Flexible droit*, préc., p.345-351).

¹¹⁴ Article 1101 du Code civil : *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*

Article 1108 du Code civil : *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; ...*

195. C'est une idéologie forte, cohérente, défendable, dont les origines sont à trouver dans la philosophie des Lumières, la Révolution Française, les conceptions napoléoniennes et leur reprise par le Code civil.
196. Cette idéologie ne correspond plus d'une façon à ce point tranchée à l'état des mœurs françaises, y compris métropolitaines, et à ce que la population demande au Législateur, comme va le montrer l'évolution de la législation civile, notamment au XXème siècle et actuellement. En effet, elle suppose un individu fort et éclairé, qui met au-dessus de toute sa liberté et ne conçoit sa propriété que comme un rempart contre l'intrusion d'un tiers. Cette conception, qui suppose une vision de réaction face aux rapports d'organisation sociale médiévale dans lesquels chacun dépendait toujours de quelqu'un, s'impose aujourd'hui avec beaucoup moins de force.
197. D'ailleurs, de nombreuses réformes législatives sont venues modifier le Code civil car dans la réalité des choses, l'individu n'est pas protégé par la propriété. Tout d'abord, il peut être dépossédé ; ensuite, du seul fait que l'individu dispose de la liberté de ne pas contracter, le contrat n'en devient pas équilibré et juste, car beaucoup de personnes entrent dans des liens contractuels qui leur sont défavorables, soit parce qu'elles n'ont pas d'autre choix, soit parce qu'elles n'ont pas mesuré ce à quoi elles s'engageaient. Le législateur a donc fait naître le droit de la consommation, qui a pour finalité de protéger le consommateur contre la puissance du professionnel, relayant une jurisprudence qui interprète les articles du Code civil en faveur de la partie faible au contrat contre la partie forte.
198. Plus encore, cette idéologie de la Révolution Française, dont le Code civil est imprégné, dénie toute réalité au groupe social, n'accordant de valeur juridique qu'à l'individu abstraitement traité. Ainsi, le contrat est un lien entre deux individus égaux. Il n'y a pas pour le Codificateur de 1804 de lien social, hors le groupe familial conçu comme un groupe extérieur à la société.
199. Aujourd'hui, les sociétés de type occidental souffrent de cette prééminence de l'individualisme et de l'absence de lien social. Or précisément, si le Législateur de Nouvelle-Calédonie, sensible à la valeur des mœurs, se tourne vers celles de la société canaque, il trouve comme structure de base non pas l'individu mais le clan. Cette structure engendre un rattachement, un lien, à la fois vertical (la culture canaque est une culture de mémoire et de

rattachement à la terre) et horizontal, chacun se rattachant au clan. Les mécanismes juridiques (car ce n'est pas parce qu'ils ne sont pas écrits qu'ils ne sont pas de nature juridique) de filiation qui rattachent l'enfant au clan, qui place la femme au cœur du clan¹¹⁵, un peu comme le faisait le droit médiéval, est une structure à prendre en considération, dans une société néo-calédonienne qui souffre, comme toutes les autres, de déstructuration.

200. De la même façon, l'exclusivité de la propriété privée, qui donne au titulaire comme droit premier celui de détruire le bien, n'intègre pas l'idée de protéger les biens pour eux-mêmes. C'est pourquoi le droit de l'environnement est venu du droit public et non du droit privé. Il a du mal encore à se développer, prend plutôt racine dans le droit international ou de l'Union européenne. A observer le droit coutumier canaque, le respect de la terre y est à l'inverse inscrit, lui est naturel et à ce titre pourrait inspirer le Législateur local¹¹⁶.

201. Ainsi, la nature essentiellement collective du droit coutumier canaque pourrait être une source d'inspiration pour le Législateur qui cherche à imprégner le droit néo-calédonien de ce qui est déjà présent dans la société, en s'inspirant pour cela, et du droit du statut dit « de droit commun » et du droit du statut de droit coutumier.

202. On peut considérer que l'évolution juridique va déjà dans ce sens, par exemple à travers la loi de pays qui fût conçue à propos de la protection juridique des savoirs ancestraux¹¹⁷, notamment en matière médicale, par la propriété intellectuelle¹¹⁸. Certes, cette loi de pays a reçu un avis négatif de la part du Conseil d'Etat, mais uniquement sur le fondement de l'absence de transfert de compétence en droit civil et commercial à l'époque où cette loi du pays avait été conçue et examinée, et non en tant que telle. Or, cette protection, innovation juridique¹¹⁹, est une reconnaissance par le droit d'un mode d'apprentissage par la transmission orale et d'une façon de guérir par un usage direct de la nature et non par l'allopathie.

¹¹⁵ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Président Samuel Goromido : « la dévolution successorale est assise sur les genoux de la femme ».

¹¹⁶ V. *infra*. n°200 et s.

¹¹⁷ Entretien avec le Sénat coutumier.

¹¹⁸ Alors même que celle-ci semble être crainte par le Sénat coutumier, en ce que la propriété intellectuelle serait par nature l'expression de la propriété privée du « droit commun », ce qui n'est pas techniquement exact (Entretien avec le Sénat coutumier). Cet aspect de la propriété intellectuelle a vocation à être développé dans l'étude de droit commercial.

¹¹⁹ Sur cet aspect, v. *infra* n°233 et s

203. Ainsi, cette loi de pays, dont on ne saurait dire qu'elle se rattache à un quelconque statut, est d'inspiration canaque parce qu'elle reconnaît la valeur du savoir issu de la mémoire collective par la seule connaissance de la nature avec laquelle le groupe entretient un rapport privilégié. La culture plus occidentale a un rapport distant avec la nature, elle s'est même construite sur une distance par rapport à celle-ci (culture comme seconde nature *versus* nature à l'état brut) et l'écologie est un souci qui ne lui est pas spontané, depuis que Descartes a posé comme principe rationnel qu'il convenait de devenir les « maîtres de la nature » (et non d'être en harmonie avec elle ni de la préserver).
204. A une époque où le souci environnemental devient prégnant, la culture juridique canaque peut inspirer de façon puissante et efficace le droit civil¹²⁰, notamment le droit des biens que le Code civil a conçu sur un mode égoïste, puisque rattaché à la liberté individuelle¹²¹.
205. Il demeure que, parce que le Congrès devra toujours avancer avec mesure et que le Conseil d'Etat est là pour veiller à ce que les droits fondamentaux ne soient pas entamés par l'exercice du pouvoir normatif local, les droits de propriété privée ne doivent pas pour autant en être entamés d'une façon disproportionnée et sans justification, comme le montre la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit de l'environnement, notamment dans sa décision *Taxe carbone*.
206. De la même façon, le droit civil métropolitain, qui constitue pour l'instant le statut de « droit commun » dans la très grande majorité de ses règles, peut inspirer l'œuvre du Législateur local, lorsque le transfert de compétence aura été opéré, si elles rencontrent un état des mœurs de la Nouvelle-Calédonie ou une inspiration commune à l'ensemble de la population du territoire, qu'elle soit de statut de « droit commun » ou qu'elle soit de statut de « droit coutumier ».
207. En effet, le Code civil de 1804 avait conçu le droit de la famille comme un groupe¹²², dont le chef était l'homme, cumulant le rang de mari et de père, exerçant à ce titre la « puissance maritale et paternelle ». On peut à ce titre faire une analogie avec le clan du droit coutumier qui rattache au chef du clan, selon les aires coutumières, le groupe. Il est vrai

¹²⁰ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le secrétaire général Thierry Xozame.

¹²¹ V. *supra* n°321 et s.

¹²² V. *supra* n°255 et s.

que les filiations en droit coutumiers sont en quelque sorte « fictives » puisque les enfants sont rattachés au clan lui-même, le rôle-clé étant joué par l'oncle maternel, qui n'est évidemment pas le père biologique de l'enfant, et l'enfant est élevé par la mère de la mère, lorsqu'il est en bas-âge. Mais l'on rappellera que dans le droit civil ordinaire, selon la présomption *pater is est*, le père de l'enfant est le mari de la mère, règle qui n'est qu'une présomption qui organise elle aussi le groupe familial, le père biologique étant autre dans 10% des cas.

208. Cependant, la société française a changé et a cessé de considérer la famille comme un groupe dont l'homme était le « chef de famille » (formule qui demeure encore dans des formulaires administratifs, malgré des circulaires pour l'interdire). L'évolution sociale a fait qu'on a considéré en premier lieu que la règle juridique selon laquelle la femme mariée était techniquement une incapable majeure devait être abrogée parce que cela était faux socialement et que cela était estimé insupportable par la population. Cela fût fait en 1948. Puis, le Législateur estima que le père et la mère devaient avoir les mêmes pouvoirs l'un par rapport à l'autre (« couple conjugal ») et vis-à-vis des enfants (« couple parental »).

209. Enfin, par la plume du doyen Jean Carbonnier qui rédigea l'ensemble des nouvelles lois en droit de la famille de 1968 à 1975, l'on considéra que les pouvoirs des époux sur les enfants n'étaient pas une « puissance » mais une « autorité » (l' « autorité parentale »), c'est-à-dire une puissance qui n'est conférée à la personne que pour servir les intérêts de la personne sur laquelle s'exerce le pouvoir : ici l'enfant.

210. La clef de tout le nouveau droit français de la famille est donnée à partir de ce moment et ne changera pas parce qu'il correspond à une conception voulue par la société dans son ensemble : le droit civil doit certes construire un droit du groupe familial mais aussi un « droit des personnes » qui le composent, personnes qui conservent leur spécificité en son sein.

211. Or, des personnes sont par nature plus faibles que d'autres : c'est, par exemple, du seul fait de leur âge, le cas des enfants dans le groupe : donc le droit de la famille doit être centré sur l'intérêt de l'enfant, personnage qui n'a pas demandé à être inséré dans la famille (contrairement à l'époux qui y entre), et dont la protection de l'intérêt devient le seul guide

du Législateur civil, puisque les autres personnages, adultes et disposant souvent de revenus propres, disposent leur puissance.

212. D'une façon plus générale et selon cette méthode de justice conçue selon l'intérêt du faible que le droit doit considérer, si une personne est dans une situation de faiblesse, notamment la femme parce qu'elle est socialement sans métier ou sans patrimoine, elle doit être protégée en tant que personne, notamment en cas de séparation.

213. Cet état du droit civil « commun » correspond à une aspiration sociale profonde également en Nouvelle-Calédonie. On pourrait ne pas exclure de songer à en généraliser le principe de base. Cela est apparu lors du séjour d'étude en mars 2012.

214. Or, même si la femme a un rôle premier dans les clans¹²³, cette protection des femmes et des enfants ne fonctionne aujourd'hui que difficilement dans le droit coutumier canaque, sans doute parce qu'elle suppose une soumission préalable pleine et entière au système coutumier d'autorité. Dans la mesure où non seulement les biens sont collectifs mais les personnes sont pensées en termes collectifs, ce qui revient à ne pas penser les personnes en terme d'individus mais comme des parties d'un tout dont ils ne peuvent se détacher sans disparaître eux-mêmes, ils sont disponibles entièrement à l'autorité (les enfants sont battus, parfois sans mesure) et lorsque la femme quitte l'homme avec lequel elle était, c'est le clan qu'elle quitte, ne pouvant prendre ni enfants ni biens, puisque le droit coutumier n'a établi aucun lien entre eux et cette femme.

215. Il en résulte mécaniquement et d'une façon très dommageable en premier lieu que le droit pénal, droit régalien indisponible que la spécificité du droit coutumier n'éloigne pas, « surréagit » et entre de force dans la sphère du droit coutumier pour sanctionner ce qui est « requalifié » comme des coups et blessures. Cela est sans doute difficile à admettre pour les chefs coutumiers, mais le phénomène risque de s'accroître à l'avenir¹²⁴.

216. Il est en effet difficile d'imaginer juridiquement que la revendication de permettre aux titulaires de l'autorité dans le droit coutumier d'exercer eux-mêmes la puissance pénale et d'interdire au droit pénal de droit commun de pénétrer dans la sphère du droit coutumier ne pourra être satisfaite, car la fonction première du droit de protéger le faible ne peut s'en

¹²³Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Sénateur Pascal Sihaze. Voir aussi intervention de Monsieur le Président Samuel Goromido, préc.

¹²⁴V. *supra* n°221, 228 et s.

satisfaire et que le droit pénal est l'expression première du régalien. Or, le régalien est une compétence retenue par la métropole¹²⁵.

217. D'une façon tout aussi essentielle et non plus moralement mais sociologiquement, il apparaît que cet aspect du droit coutumier, qui refuse d'opérer l'évolution à laquelle a procédé le droit commun, sous la plume de Jean Carbonnier, parce que la société française elle-même le voulait, est l'objet de critiques au sein même de la société canaque. En effet, la jeune génération canaque, en contact avec la société néo-calédonienne globale (car les canaques ne vivent pas dans des « réserves » et les statuts sont poreux) ne veulent plus subir la puissance des pères et des chefs de clan. Ils adhèrent de plus en plus à l'individualisme, parce qu'il est lié à l'idée de liberté.
218. Ne pouvant passer que brutalement d'un système à un autre, parce qu'il n'y a pas d'entre-deux, pour se soustraire à un système clanique qu'il estime trop brutal, ils entrent dans un système individualisme que leur manque de diplôme, d'apprentissage d'un mode de travail, de vie urbaine, etc., leur rend très difficile.
219. Concrètement, un nombre considérable de jeunes canaques quittent les clans pour Nouméa vivre dans une grande précarité, mais libres. Entre deux mauvaises solutions, ils préfèrent encore la seconde, à savoir la précarité. Construire un Droit civil commun pourrait conduire à leur offrir une avancée de civilisation constituant une meilleure solution, commune à la population, qui subit les contrecoups de ces mouvements au sein de la communauté canaque.
220. Pour l'instant, des jeunes filles quittent leur clan pour accoucher de leur enfant dans des conditions sanitaires et économiques déplorables, mais en sachant que le lien de l'enfant sera fait à leur égard et non à l'égard d'un groupe dont elles ne peuvent plus subir l'autorité et parce qu'elles n'admettent plus qu'on les prive de leur enfant. Au phénomène de ghetto, s'ajoute celui de la délinquance. Les prisons étant éloignés des territoires canaques, les liens familiaux sont détruits.
221. Il résulte donc des problèmes sociaux en cascade et un développement de la délinquance, auxquels la société néo-calédonienne a du mal pour l'instant à répondre.

¹²⁵ V. *supra* n°93.

L'accroissement du droit pénal risque d'être criminogène. C'est pourquoi étendre l'emprise du droit civil est un enjeu politique majeur dans la vie des familles, quelles qu'elles soient.

222. Les chefs coutumiers, lors des entretiens particuliers, à l'occasion de débats ou lors de la rencontre avec le Sénat coutumier, tout en revendiquant l'existence d'une véritable culture juridique autochtone, ce qui est certain, tout en affirmant l'égalité de valeur de cette culture par rapport à celle du « droit commun », ce qui est parfaitement soutenable, admettaient également que le droit coutumier doit évoluer et engendrer de nouvelles règles, pour que les jeunes générations, qui restent attachées au principe de l'identité canaque, ne rejettent pas pourtant certains aspects du système coutumier, les chefs ayant conscience que celui-ci est attaqué de l'intérieur.

223. Le transfert du droit civil peut constituer une opportunité historique pour que, par un accord venu de l'intérieur, des chefs coutumiers eux-mêmes, à travers le Sénat coutumier et à travers le Congrès, et en accord avec les autres institutions de la Nouvelle-Calédonie, une évolution du droit coutumier civil s'opère pour qu'il fasse place à un droit des personnes faibles, principalement de fait la femme et l'enfant.

224. C'est la condition pour que l'autorité des hommes et des chefs demeure, pour que les traditions perdurent, pour que l'identité canaque soit préservée, pour que le droit pénal ne vienne pas remettre en cause le droit coutumier en ce que le clan prend trop le pas sur la personne faible, de la même façon que le droit commun doit évoluer pour que l'individualisme juridique donne davantage d'espace au lien social et au lien avec la nature.

225. De cette double fertilisation, peut sortir un « droit substantiel », trouvant place dans une « codification véritable », dans un véritable Code civil néo-calédonien¹²⁶.

226. Certes, cela suppose d'examiner le troisième et dernière mode d'adaptation du droit métropolitain, à savoir l'adaptation politique. Le droit civil adopté en métropole, et étendu mécaniquement par une mention en bas de la loi votée, ne prend pas en considération la situation politique de la Nouvelle-Calédonie. Il ne peut en être autrement.

227. Mais à partir du transfert, le Législateur local va exercer une compétence qui lui sera propre, même s'il ne peut se l'attribuer à lui-même, puisque la Nouvelle-Calédonie n'est pas

¹²⁶ V. *supra* n°130 et s.

un territoire souverain. Si l'adaptation du droit civil de la métropole conduit à construire, par une Codification véritable, un droit commun à l'ensemble du groupe social, constitué par les règles concernant l'ensemble des personnes, quelque soit le statut personnel auquel elles sont par ailleurs soumises, alors c'est à une adaptation politique que conduit le transfert du droit civil.

228. Il convient d'en avoir conscience et c'est en cela que le transfert du droit civil relève avant tout de décisions politiques et du pouvoir des hommes politiques et non des juristes. En effet, lorsqu'un groupe social régit les relations entre les personnes par les règles ordinaires du droit civil (la famille, la propriété, le contrat, le recours au juge qui départage en cas de désaccord), il y a un progrès de civilisation par rapport à un groupe social qui régit les relations entre les personnes par la violence, soit la violence hors du droit, soit la violence légitime du droit (droit pénal).

229. Ainsi, plus la société est régie d'une façon unifiée par le droit civil et plus elle est civilisée. Plus son fonctionnement est calme et plus les personnes s'accordent entre elles (contrat). On observe que le contrat est un élément essentiel et commun pour tous les néo-calédoniens, qu'ils soient d'origine canaque ou d'origine européenne. La seule distinction est que dans le dernier cas, la seule parole engage et la règle qui l'entoure est coutumière, tandis que la pratique dans le premier cas se tourne davantage vers l'écrit, mais nous savons techniquement que l'écrit n'est qu'une condition de preuve et non de validité d'un contrat dans le Code civil.

230. Ainsi, plus le Législateur local développera le contrat et plus il contribue à l'arrêt des violences, car le contrat est un instrument social d'ajustement des personnes dont les intérêts sont opposés. Dès lors, le transfert de la compétence en matière de droit civil est d'une extrême importance politique (que ne revêt pas le droit commercial, dont l'influence est pourtant très grande en pratique), parce qu'il conduit à l'adaptation du droit à la situation politique de la Nouvelle-Calédonie. Or, personne ne cherche à cacher que cette situation est violente.

231. Il ne s'agit pas ici de discuter pour savoir si cette violence est légitime ou non (la colonisation d'hier justifie-t-elle les violences d'aujourd'hui ? quelles sont les causes de la précarité économique de nombreux canaques les conduisant à la délinquance ? le droit pénal infligé aux canaques qui suivent leur traditions de sévérité en matière d'éducation des

enfants est-il légitime ?), mais de prendre acte que la société néo-calédonienne présente des risques d'instabilité et de violence.

232. Ce constat est antinomique avec la notion d'harmonie qui est liée à la notion de contrat social. Dès lors, l'avancée du droit civil, qui est sémantiquement très proche de la notion de « civilisation » conduit à une adaptation à la situation politique de la Nouvelle-Calédonie.

3. La perspective d'une adaptation du droit civil applicable pour insertion d'innovations juridiques

233. Jusqu'ici, l'on a raisonné « à droit constant », c'est-à-dire en supposant que la compétence nouvelle du Législateur local consisterait à adapter le droit métropolitain, c'est-à-dire à prendre le corpus du droit civil au moment du transfert, puis à observer les lois adoptées en métropole pour les retenir si elles sont pertinentes pour la société néo-calédonienne, en les adaptant au besoin, ou à ne pas les retenir si elles n'ont pas de pertinence pour le territoire.

234. Mais cette conception minimale du transfert, qui ne conçoit l'exercice du pouvoir législatif local qu'au regard de ce qui est fait en métropole, n'est en rien mentionnée dans les textes et elle n'est retenue ni par le Conseil d'Etat ni par les personnalités rencontrées sur place. On peut au contraire saisir l'opportunité du transfert pour innover¹²⁷. Par exemple, la loi de pays sur la protection intellectuelle des savoirs ancestraux, qui paraît être une innovation législative, n'a reçu un avis négatif de la part du Conseil qu'en tant qu'elle avait été élaborée avant la date du transfert donnant compétence législative au Congrès.

235. De la même façon, les services techniques du Congrès et du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ont d'ores et déjà mis en place un observatoire de droit comparé sur les mécanismes juridiques existant dans des systèmes juridiques proches géographiquement du territoire. En effet, la première différence entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie consiste dans la distance kilométrique qui sépare l'une de l'autre, et s'il est vrai que

¹²⁷ Dans ce sens, Entretien avec Monsieur le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie Albert Dupuy. V. aussi entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

politiquement et culturellement le territoire autonome est partie de la République Française, il demeure qu'il est non seulement territoire éloigné, mais encore territoire implanté dans la zone pacifique, à grande proximité notamment de l'Australie.

236. En cela, peut être justifiée une adaptation du droit, qui dépasse la seule inflexion faite aux règles métropolitaines, et les services techniques l'ont concrétisée en mettant en place des outils de droit comparé. En effet, une partie de la population de la Nouvelle-Calédonie va s'installer ou travailler en Australie, d'une façon temporaire ou définitive, des propriétés immobilières sont acquises de part et d'autre, des échanges économiques intenses ont lieu, pour l'instant davantage au bénéfice de l'Australie que de la Nouvelle-Calédonie.

237. Peut-être est-ce dû au fait que le droit néo-calédonien n'a pas fait suffisamment d'emprunt aux systèmes juridiques qui lui sont géographiquement proches et qui régissent des sociétés avec lesquelles la Nouvelle-Calédonie a beaucoup d'échanges, de personnes et de biens.

238. Or, ces systèmes juridiques géographiquement proches relèvent de la *Common Law*. Cela est non seulement vrai de l'Australie, qui appartient au *Commonwealth* et donc relève du droit britannique, mais encore du territoire du Vanuatu, dont le droit est un mixte de droit coutumier et de droit anglais.

239. Cet exemple du système juridique du territoire du Vanuatu est particulièrement intéressant, parce qu'il montre d'une part qu'il est possible d'articuler un droit coutumier des autochtones et un droit occidental, le premier n'entravant la modernité d'ensemble du système, et parce qu'il montre d'autre part que ce système de *Common Law* s'insère sans difficulté dans un réseau des droits des peuples mélanésiens, c'est-à-dire des peuples qui avaient développés des sociétés et des droits avant le mouvement de colonisation de diverses origines européennes. Il en a résulté des droits actuels, soit de *Civil Law*, soit de *Common Law*, pouvant s'articuler entre eux, et ce d'autant plus que le fond coutumier et l'unité géographique sont les mêmes.

240. Dans ces conditions, l'on peut concevoir, et il y a un accord sur ce point qui s'est dégagé tant à Paris qu'à l'occasion du séjour d'étude sur place en mars 2012, que le transfert

du droit civil soit l'occasion pour le Législateur local non seulement d'adapter le droit métropolitain, c'est-à-dire de l'infléchir pour le faire coïncider à des réalités sociales propres à la Nouvelle-Calédonie, mais encore d'innover parce que ce territoire se porterait bien du fait de mécanismes qui sont absents du droit français mais qui réussissent très bien chez leurs voisins proches.

241. S'il est démontré que leur importation dans le nouveau Droit civil de la Nouvelle-Calédonie facilite la fluidité des rapports entre le territoire et les autres pays de la zone pacifique, alors il convient que le Législateur local utilise à plein son pouvoir législateur, dans le cadre de son périmètre de compétence, pour innover.

242. En outre, comme cela peut être observé pour le « droit local » de l'Alsace-Lorraine, il est possible que l'innovation justifiée pour la Nouvelle-Calédonie, consistant donc à créer pour le territoire un instrument juridique n'existant pas dans le droit français général, soit précisément le fait d'une spécificité de ce territoire. Mais, parce que le transfert du droit civil doit toujours être mené avec la méthode du « regard critique »¹²⁸, il peut aussi arriver que l'absence de ce mécanisme dans le droit français général corresponde à un vide qui soit lui-même critiquable.

243. En effet, l'art législatif est difficile et bien des projets de lois sont restés en l'état parce que des lobbys ou des difficultés techniques ont entravé le chemin jusqu'à l'adoption d'une loi. Le champ des désastres législatifs est tout autant encombré par les lois adoptées inutilement que par de pertinents projets de lois avortées.

244. Une des raisons pour lesquelles des projets n'aboutissent pas est l'incertitude des effets qu'aura la loi une fois adoptée, les effets pervers des lois étant difficilement prévisibles, malgré la technique désormais obligatoire des études d'impact. Or, parce que la Nouvelle-Calédonie est un petit espace géographique (il est souvent rappelé dans les entretiens au cours du séjour d'étude qu'elle constitue la « France en petit »), elle pourrait constituer une sorte de laboratoire d'expérimentation pour des innovations législatives.

245. Ainsi, lorsqu'il s'agirait d'importer dans notre système de *Civil Law* des mécanismes de *Common Law*, ce sur quoi il est toujours difficile de se faire une opinion car ce n'est pas

¹²⁸ V. *supra* n°153.

parce que cela fonctionne mieux dans le pays d'origine (ce qui est déjà difficile à mesurer) que la « greffe » prendra bien dans le pays d'accueil, le Droit civil néo-calédonien peut servir de laboratoire d'expérimentation et d'étude d'impact, non plus par anticipation mais par étude réelle.

4. Mérites comparés des deux méthodes juridiques d'adaptation du droit civil aux nécessités de la société néo-calédonienne

246. Il ne s'agit pas pour la soussignée de porter un jugement de valeur mais de prendre acte des deux mérites comparés des deux méthodes d'adaptation. En effet, la question ne se pose plus alors en termes de choix parce qu'un consensus s'est dégagé aisément aussi bien à Paris que sur place lors du séjour de mars 2012 quant aux finalités que doit poursuivre l'exercice de la compétence législative locale en matière de droit civil.

247. En effet, il est acquis pour tous que le droit local doit être différent du droit métropolitain. Le législateur local doit effectivement exercer son pouvoir par des lois de pays, le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie ne devant pas, comme en Polynésie, rester celui qui était applicable au moment du transfert (effet de vitrification)¹²⁹. Il ne faut pas davantage que, faute de s'être politiquement approprié ce pouvoir législatif, le Congrès et le Gouvernement se comportent comme des chambres d'enregistrement des lois votées en métropole, parce qu'ils seraient convaincus par un discours comme quoi la loi est une affaire trop complexe pour être laissée au Législateur¹³⁰.

248. La première possibilité est donc de partir du corpus du droit civil contenu dans le droit métropolitain pour l'infléchir vers la réalité sociale de Nouvelle-Calédonie. Cette solution a le mérite d'être conforme à l'idée même du transfert, car sinon il n'y a pas transfert (la vitrification et le coupé-collé n'opèrent qu'un transfert soit ineffectif dans le premier cas, soit de façade dans le second¹³¹). Chacun s'accorde sur cette dimension minimale du transfert. La réalité juridique, sociale et politique, qu'il s'agit de prendre en considération, et que les hommes politiques connaissent, traduisent et portent avant tous les autres, doit se traduire par des textes propres.

¹²⁹ V. *supra* n°64.

¹³⁰ V. *supra* n°65.

¹³¹ V. *supra* n°67 et s.

249. La seconde possibilité est celle d'aller au-delà de l'inflexion du droit métropolitain existant, et les services techniques ont commencé déjà à s'y préparer, comme si cela était un choix naturel parce que cela correspond sans doute à une demande sociale commune. C'est ainsi que le Législateur local va agir non seulement dans le bloc du statut dit de « droit commun » mais encore à propos des savoirs ancestraux, question qui concerne les canaques, que l'on présente parfois comme n'étant pas concernés par le transfert du droit civil et du droit commercial.
250. Plus encore, les services ont mis en place un observatoire de droit comparé sur les systèmes juridiques des pays géographiquement proches, quand bien même ils sont de *Common Law*, pour repérer des instruments juridiques à importer. On dépasse l'adaptation, conception étroite de l'innovation, pour aller vers une conception plus large de l'innovation.
251. Son mérite est de permettre la construction d'un droit civil adéquat à la Nouvelle-Calédonie. C'est l'esprit du transfert. La limite en est le respect de la hiérarchie des normes car la Nouvelle-Calédonie continue d'être insérée dans la République Française. Les gardiens en sont le Conseil d'Etat par ses avis en amont¹³² sur les projets de lois de pays et le Conseil Constitutionnel par ses décisions en aval¹³³ sur les lois de pays votées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie.
252. Au regard de l'ancrage de la Nouvelle-Calédonie dans le Pacifique et du fait de la sécurité juridique garantie par le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel, la seconde conception, vers laquelle chacun semble se préparer et qu'aucun texte ne contrarie, paraît donc nettement préférable.

¹³² Entretien avec Monsieur le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie Harold Martin.

¹³³ Entretien avec Monsieur le Secrétaire général adjoint du Congrès de Nouvelle-Calédonie Vidjaya Tirou.

DEUXIEME CHAPITRE

LA CONSIDERATION DES SPECIFICITES DES BRANCHES DU DROIT CIVIL

253. Bien que cette présente étude soit essentiellement méthodologique, il convient de reprendre le droit civil dans ses différentes branches. On rappellera que le Droit civil est tout à la fois le cœur des systèmes juridiques, ce qui irradie toutes les autres branches du droit, y compris du droit public (malgré l'autonomie du droit administratif), car on y trouve les principes généraux du contrat, de la responsabilité, de la propriété et de la preuve, et ce qui rassemble dans un « droit civil spécial » les branches particulières du droit qui ont le plus d'importance dans la vie des personnes que sont le droit de la famille, le droit des biens ou le droit des personnes.

254. C'est pourquoi dans ce second chapitre, tout en reprenant les prévalences et les soucis méthodologiques que le Législateur doit avoir à l'esprit avant que ne s'opère le transfert de compétence, et pour lesquels il doit dès à présent faire des choix politiques, il convient de reprendre l'un après l'autre le droit de la famille (I), le droit des personnes (II), le droit des contrats (III) et le droit des biens (IV), avant de conclure l'étude.

I. LE DROIT DE LA FAMILLE

255. Le droit de la famille *stricto sensu*, c'est-à-dire les relations entre les époux d'une part et les relations entre les parents et les enfants d'autre part au sein du groupe familial, les relations patrimoniales étant visées par d'autres branches du droit civil spécial (régimes matrimoniaux pour les relations patrimoniales entre époux, droit des successions pour la dévolution successorale), a été précédemment décrit.

256. Si l'on cherche à décrire le droit de la famille tel que le Code civil, profondément modifié dans les années 1970 sous l'influence et la plume du doyen Carbonnier, à la fois professeur de droit et sociologue du droit, l'idée générale de méthode est que le droit doit traduire les aspirations sociales d'une société qui évolue, le législateur devant être compris

lorsqu'il veut que les valeurs qu'il exprime soient intériorisées par la population qu'il vise car il ne peut pas véritablement la contraindre¹³⁴. Le législateur le peut encore moins en matière familiale que dans d'autres matières car la famille est un espace qui fabrique son propre mode de fonctionnement¹³⁵.

257. Le droit de la famille actuel distingue la famille à l'état de paix et la famille en cas de désamour du couple, le législateur ayant désormais l'ambition que, tout à la fois les époux qui ne s'aiment plus puissent aisément se séparer (divorce par consentement mutuel) et néanmoins soient amenés par le législateur et le juge à ne pas se haïr, à continuer à se fréquenter alors même qu'ils ont refait leur vie (« familles recomposées ») et qu'ils demeurent unis en tant que parents (exigence juridique de la persistance du « couple parental », tandis qu'en contrepartie le droit a facilité la dissolution du « couple conjugal »).

258. Le législateur a adopté la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce dans ce sens, parce que de fait des couples désunis ne voulaient plus rester mariés et si le droit les y obligeait, c'était les enfants qui en subissaient les conséquences, pris en otages de la mésentente. Tout le droit de la famille, soit lorsque les époux sont unis, soit lorsqu'ils ne le sont plus, s'est alors construit sur ce seul critère : l'intérêt de l'enfant.

259. En effet, l'enfant n'a pas la parole. Sujet de droit, il est représenté juridiquement par ses parents qui sont ses représentants légaux. Mais si le couple est désuni, le phénomène qui conduit les parents à exercer naturellement ce pouvoir dans l'intérêt de l'enfant ne joue plus, l'enfant devenant une arme contre l'autre conjoint. Le législateur a donc détaché l'intérêt de l'enfant de l'intérêt des parents et confié au juge le soin de veiller au respect de l'intérêt de l'enfant.

260. Par cette évolution, essentiellement mise en forme par le doyen Jean Carbonnier¹³⁶, le Législateur a pris acte de la volonté du groupe social que les époux qui ne s'aiment plus se séparent, et a imposé une valeur, à savoir la prévalence de l'intérêt de l'enfant, ne présument plus que celui-ci est naturellement pris en charge par des parents qui ne s'aiment plus.

¹³⁴ V. d'une façon générale. P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1951, 334 p. On sera plus particulièrement sensible au développement de l'auteur sur « la doctrine du droit « transpersonnel » ou droit de communion.

¹³⁵ J. Carbonnier, A chacun sa famille, à chacun son droit, *in Essai sur les lois*, préc. p.181-194.

¹³⁶ *Essai sur les lois*, préc., p.132 et s.

261. Le droit français de la famille n'a pas changé sur ce point et renvoie donc à l'image d'un groupe, dont l'enfant est le centre et les parents sont ceux qui ont pour fonction de servir l'intérêt de celui-ci (les ex-époux continuant de former un couple parental), fonction qui perdure quelque que soit les soubresauts des rapports personnels des parents entre eux (divorce, remariage, etc.).
262. Par ailleurs, si la notion de groupe a été conservée par rapport à la vision du Code civil de 1804 en ce qui concerne l'enfant, qui a besoin de l'ensemble de sa famille, elle n'a pas perduré concernant le couple conjugal. En effet, le mariage, naguère institution, se conçoit de plus en plus sociologiquement comme un contrat entre deux personnes. La famille apparaît alors comme un ensemble de contrats entre des individus, qui entendent avant tout conserver leur liberté, la reprendre par le divorce ou une séparation quand le lien ne leur convient plus. Le PACS relève de cette conception. Cette représentation, très défavorable aux personnes faibles, notamment aux femmes¹³⁷, est liée à l'accroissement des valeurs individualistes et à l'indépendance professionnelle et financière grandissante des femmes.
263. Il est aisé de mesurer qu'un droit de la famille ainsi conçu intègre quasiment le divorce comme un effet du mariage (un divorce pour deux mariages à Paris) et que le collectif y a perdu toute valeur en soi : le groupe ne persiste qu'en tant que support de l'intérêt de l'enfant.
264. Cela correspond donc à l'état du statut dit de « droit commun ». On sait que le droit de la famille du « droit coutumier » repose sur les bases inverses puisque sa référence première est celle du groupe, à savoir le clan, toute personne ne se définissant que par un lien au clan, lui-même étant défini dans un lien à la terre, qui donne force à l'ensemble. C'est l'image du maillage (dans lequel s'insère les êtres humains) qui restitue sans doute le mieux le droit coutumier¹³⁸, à l'inverse de l'individualisme du « droit commun »¹³⁹.

¹³⁷ F. Dekeuwer-Défossez, Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille, in M.-A. Frison-Roche et R. Sève, *Le Droit au féminin*, L'Année sociologique, vol.53/2003, p.175-195.

¹³⁸ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Sénateur Pascal Sihaze.

¹³⁹ Selon la formule de Jean-Jacques Rousseau : la personne est « un tout solitaire et parfait ». Sur l'individualisme juridique, v. *supra* n°286 et s.

265. La difficulté du droit de la famille, comme l'a parfaitement montré le doyen Carbonnier, tient au fait que la famille est régie par l'affection et les façons de faire, bien avant que d'être régie par le droit. Comme il l'écrivait : la loi de la famille, c'est l'amour. Dès lors, des textes secs ne peuvent remplacer les mœurs, ne peuvent éteindre ou faire naître des sentiments, là encore moins qu'ailleurs.
266. Dès lors, c'est là où le Législateur local, indépendamment de la technique juridique dont les services technique peuvent lui apporter la connaissance, doit se demander si la population soumise au statut dit de « droit commun » souffre de l'individualisme qui marque le droit de la famille, traduit par la contractualisation de celui-ci, ou non, et si la population désapprouve cette prévalence de l'intérêt de l'enfant, distingué de l'intérêt des parents, ou non.
267. Si les réponses sont négatives, alors l'adaptation du droit de la famille métropolitain ne doit être que minime en ce qui concerne le statut dit « de droit commun » : il conduit d'en rester à la méthode minimale du transfert, c'est-à-dire la mise à niveau technique des textes et à l'observation des nouvelles lois adoptées après le transfert pour les adopter, avec un préjugé favorable pour leur adoption en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, lors du séjour en mars 2012, il est apparu que la population paraissait réticente à la conception contractuelle du lien affectif concrétisée par le PACS, qui a semblé être imposé.
268. La situation est quasiment inverse concernant le statut de droit coutumier. En effet, celui-ci fait prévaloir en matière d'organisation familiale le clan sur le couple et sur les relations entre les parents biologiques et les enfants¹⁴⁰. En premier lieu, les êtres humains n'existent juridiquement que par leur rattachement au clan, ce qui exclut toute conception individualiste, toute conséquence contractualiste et toute liberté de défaire sans perte ce qui a été noué. En second lieu, l'intérêt de l'enfant, l'enfant n'existant lui-même que dans son rapport au clan, est indissociable de la représentation que les parents, et plus particulièrement le père, s'en fait : il en est le représentant et exerce sur l'enfant la puissance légitime. Cela correspond à la vision du droit de la famille du droit romain, tel que le Code civil de 1804 l'avait relayée¹⁴¹, mais en rien à l'évolution qu'a suivie depuis le droit civil français.

¹⁴⁰ V. *supra* n°199 et s.

¹⁴¹ V. *supra* n°186 et s.

269. Pour l'instant, l'autonomie du statut de droit coutumier, qui vit comme sous un globe juridique, dans une sorte de « réserve juridique », le préserve de ce qui pourrait être présenté comme une contamination, mais qui correspond tout simplement à l'entrée du droit des personnes dans le droit de la famille : la reconnaissance que la famille n'est pas seulement un groupe, mais encore là où vivent des personnes, titulaires de droits effectifs et de prérogatives essentielles à l'intérieur même du groupe.
270. On en revient alors à l'une des alternative politique examinée dans le premier chapitre de cette présente étude : le Politique veut-il donner au Droit civil une dimension substantiel, liant « Droit civil » et « Civilisation », ce qui conduit à dépasser la mécanique procédurale des deux statuts, de fait hiérarchisés au profit de celui dit « de droit commun » alors que cette hiérarchie est politiquement contestable, pour édicter des règles de droit des personnes, cœur du Droit civil, en tant que celui-ci énonce des principes directeurs du système juridique, toute personne ayant des droits, quelque soit son statut, ces droits communs alimentant le « destin commun » de la population entière de la Nouvelle-Calédonie, « destin commun » voulu par les Accords de Nouméa ¹⁴²?
271. Si le Législateur s'engage dans une conception non-minimale du transfert, dans une conception moins technicienne, dans une conception plus politique, une conception trop élevée, vers un « Code civil substantiel » il risque de se heurter à un rejet, peut-être au nom de l'identité canaque, notion assez peu définie. Mais l'on pourrait considérer au contraire une conception « modeste », car il s'agit de suivre les mœurs, d'adopter ce que le doyen Carbonnier décrit comme une « transaction législative »¹⁴³ et de suivre les décisions politiques précédemment actées, en se contentant de les mettre en œuvre.
272. Dès lors, cela dépendrait avant tout de la façon de faire, notamment de la nécessité absolue d'associer étroitement le Sénat coutumier pour toute évolution vers une telle direction du droit de la famille applicable aux personnes soumis d'ordinaire au droit coutumier, ne serait-ce que pour éviter l'entrée du droit pénal pour protéger les personnes faibles au sein des familles.

¹⁴² V. *supra* n°3.

¹⁴³ V. *supra* n°133.

273. Si le Politique décide d'exercer une compétence de Droit civil substantiel et de construire une codification véritable¹⁴⁴ pour qu'un Code civil néo-calédonien énonce quelques règles communes à toute la population de la Nouvelle-Calédonie, parce qu'elle a un « destin commun », quand bien même le territoire ne serait pas indépendant de la République Française¹⁴⁵, c'est à travers le droit des personnes que ce Code civil véritable doit le faire.

II. LE DROIT DES PERSONNES

274. Le droit des personnes est une branche du droit civil relativement récente dans le système juridique français. En effet, le droit classique maniait davantage la notion abstraite de « sujet de droit », c'est-à-dire un être juridique titulaire de droits et d'obligations, qui entre dans le commerce juridique pour s'engager et être engagé. La « personne » était une notion sans grand intérêt intrinsèque, puisque le nom latin *personae* signifie « le masque », c'est-à-dire ce par quoi le droit romain avait caché l'être humain¹⁴⁶, le masquant pour ne manier que cette aptitude précitée à agir juridiquement, faire des contrats, recevoir des biens dans son patrimoine, etc.

275. Depuis les années 1980, le droit français a pris en considération d'une façon plus directe les droits des personnes concrètes¹⁴⁷, c'est-à-dire les êtres humains eux-mêmes, en distinguant de ce fait les hommes et les femmes, les jeunes et les vieux, etc. La sociologie prend alors une place accrue dans la législation car le Législateur doit regarder plus attentivement la situation concrète des catégories précises des divers êtres humains, par exemple la femme¹⁴⁸. Tout sociologue a tendance à une appréhension concrète de l'art législatif et l'on a vu le souci de l'intérêt de l'enfant, être humain particulier, par le doyen Carbonnier.

¹⁴⁴ Sur cette notion, v. *supra* n°130 et s.

¹⁴⁵ Sur cette distinction, v. *supra* n°74 et s.

¹⁴⁶ J.-P. Baud., *Histoire de la main volée. Histoire juridique du corps humain*, Le Seuil, 1993.

¹⁴⁷ V. par ex. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis droit », PUF, 2011, 564 p., p.12 et s.

¹⁴⁸ V. M.-A. Frison-Roche et R. Sève, [L'art législatif et la personne situé dans la législation française relative aux femmes](#), in M.-A. Frison-Roche et R. Sève (dir.), *Le droit au féminin*, préc., p.55-88.

276. D'une façon plus générale, le droit des personnes a consisté à poser que tout être humain est exposé à la puissance des tiers, même si ceux-ci ont pour fonction de les protéger. Dès lors, le système juridique doit leur conférer des droits pour qu'ils puissent être protégés en toutes circonstances, même dans le groupe familial, surtout si celui-ci est secoué de turbulences.
277. Parce que nous sommes dans le concret, tout est davantage affaire de mesure et de proportionnalité que de principe. Ainsi, les parents ont non seulement le droit mais encore le devoir d'éduquer les enfants, même s'ils ont le droit de choisir la méthode d'éducation. Mais il y a des limites ; ainsi une méthode éducative qui aboutit à désocialiser complètement l'enfant qui, ne sachant pas lire, ne pourra trouver un travail, est disproportionnée et ne correspond plus à la finalité de l'éducation qui est le bien de l'enfant.
278. De la même façon, la sévérité de l'éducation est choisie par les parents mais celle-ci ne doit pas être disproportionnée et lorsque la sévérité équivaut à des coups et blessures, le relais par le droit pénal est inévitable, parce que l'intérêt de l'enfant en devient méconnu.
279. De la même façon, la personne qui dénoue le lien avec la personne dont elle a eu biologiquement des enfants, même si le rattachement n'est pas horizontal avec celle-ci (mariage) mais vertical avec le clan (groupe), celle-ci ne peut tout perdre de ce fait. Cette disproportionnalité est difficile à admettre et engendre des réactions négatives de la part des personnes dépourvues de droits à l'intérieur même du clan¹⁴⁹.
280. C'est pourquoi leur conférer des droits élémentaires et proportionnés permettrait de renforcer l'autorité des hommes et des chefs coutumiers. Le reconnaître dans un Droit civil substantiel renforcerait l'autorité des chefs et non pas l'affaiblirait, car il semble que beaucoup de personnes de la jeune génération sont prêts à braver l'autorité, laquelle ne tient dans les systèmes coutumiers que si elle est intériorisée par ceux sur lesquels elle s'exerce.

¹⁴⁹ V. *supra* n°219.

III. LE DROIT DES CONTRATS

281. Le Code civil de 1804, tel qu'il fût interprété par la doctrine du XIX^{ème} siècle et par la jurisprudence, appréhende le contrat comme l'expression de la liberté de l'individu, liberté à ce point puissante qu'elle peut s'aliéner elle-même. Cette conception kantienne de l'autonomie de la volonté fait que la seule rencontre des volontés suffit à nouer le lien contractuel, l'établissement d'un document n'étant que la preuve préconstituée (*instrumentum*) du lien contractuel (*negotium*).

282. Cette puissance de la parole, ou du geste, à produire de l'engagement¹⁵⁰, l'écrit n'ayant la vertu que secondaire de prouver l'engagement, même si la sécurité juridique qu'il offre est en pratique très importante. C'est une dimension que le droit coutumier exprime beaucoup plus fortement, dans sa tradition orale, que ne le font les autres systèmes, où l'on croit facilement que c'est l'écrit ou une formalité, par exemple la remise de l'objet qui fait naître le lien d'obligations (solution du droit romain).

283. On mesure à travers cet exemple que le droit coutumier, que l'on présente souvent comme un droit « archaïque » est par certains aspects au contraire un droit conceptuellement puissant et avancé puisqu'il rejoint ici la règle moderne selon laquelle la parole suffit à elle-seule à engager. En termes modernes, on dirait qu'il s'agit d'un système juridique d'autorégulation ?

284. Ce que l'on peut aussi désigner sous des termes savants comme la puissance performative du droit, à savoir que celui-ci est un « acte de langage », se traduit avant tout dans les contrats, à travers le principe classique présent dès le Code civil de 1804 du « consensualisme, selon lequel la seule rencontre des consentements suffit à faire naître le contrat, sans qu'il soit besoin de procéder, sauf exception, à des formalités, par exemple l'établissement d'un écrit.

285. Plus encore, et là encore c'est le droit coutumier qui est exemplaire, le droit civil français admet l'engagement d'une personne par la manifestation de sa volonté que si celle-ci en rencontre une autre : il faut qu'il y ait échange de consentement par une convention ou un contrat. Le droit français, contrairement à d'autres systèmes juridiques, n'admet pas

¹⁵⁰ Article 1108 du Code civil préc.

qu'une personne puisse s'engager d'une façon unilatérale sans que vienne en contrepartie un engagement d'une autre personne. En droit civil français, l'acte unilatéral n'existe pas, sauf exception expressément prévue par la loi (le testament, par exemple).

286. Mais là encore, le droit coutumier, parce qu'il ne traduit en rien une idéologie individualisme d'origine kantienne, mais reflète bien plutôt la puissance de la parole à engager, ce qui rejoint la théorie nord-américaine précitée des « actes de langage »¹⁵¹, pourrait conduire à reconnaître d'une façon beaucoup plus large l'efficacité des actes juridiques unilatéraux.

287. Comme cela a été proposé dans le premier chapitre de cette présente étude davantage consacré à la méthodologie, le droit néo-calédonien pourrait alors servir de laboratoire¹⁵², le droit civil français se rapprochant ainsi d'une façon expérimentale d'autres systèmes juridiques, par exemple à propos des actes juridiques unilatéraux le droit civil belge qui en admet la validité de principe

288. Par ailleurs, le Code civil de 1804 présumait que les contrats étaient toujours substantiellement justes et un auteur du XIX^{ème} siècle, Fouillée, a pu dire : *Qui dit contractuel, dit juste*. Le raisonnement était en effet le suivant. L'autonomie de la volonté, notion philosophique qui est sous-jacente à tout le droit des contrats engendre comme première liberté la liberté de ne pas contracter, puis comme deuxième liberté la liberté de contracter, puis encore comme troisième liberté la liberté de contracter avec qui l'on veut et selon les modalités que l'on veut et enfin comme quatrième effet en miroir la force obligatoire des contrats¹⁵³. En effet, le contrat est une « petite loi » pour les parties au contrat, puisqu'elles l'ont voulu et construit à leur guise.

289. Dès l'instant que chaque partie dispose d'une façon première de la liberté de ne pas contracter, elle refusera de contracter tant que les conditions proposées par l'autre (par exemple le prix ou la qualité du produit ou la quantité ne lui conviennent pas). Si elle finit par accepter, c'est que le contrat lui convient. Donc, le contrat est nécessairement « juste », car personne ne peut, s'il est libre et rationnel (postulat de la théorie de l'autonomie de la

¹⁵¹ V. par ex., P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, 1986.

¹⁵² V. *supra* n°99.

¹⁵³ Article 1134 du Code civil, al.1 : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*

volonté) entrer dans un contrat qui lui est défavorable, alors que la personne a le pouvoir premier de refuser de contracter.

290. Pour entrer dans un contrat contraire à ses intérêts, il faut que la personne se soit trompée (erreur), ait été trompée (dol) ou bien ait été victime d'une violence. Ce sont des vices du consentement, dont le constat par le juge entraîne l'annulation du contrat. Mais si son consentement est libre et pur, alors le contrat est naturellement équilibré, selon le syllogisme précédemment décrit. C'est pourquoi le droit civil classique ne prévoit pas de contrôle autonome de l'équilibre contractuel, notamment pas de contrôle par le juge du prix contractuel.

291. Mais l'on connaît la faiblesse du syllogisme classique, car précisément la liberté de ne pas contracter est douteuse : les personnes entrent dans des contrats qui leur sont défavorables alors même qu'elles en ont conscience, parce qu'elles ne peuvent se passer du bien ou du service, parce qu'elles sont la partie faible au contrat face à la partie forte, parce qu'elles appartiennent à une catégorie faible (par exemple consommateur) face à une catégorie forte (ici professionnel).

292. La jurisprudence a donc fait évoluer le droit commun des contrats pour protéger la partie faible et veiller à l'équilibre contractuel, notamment dans les contrats avec les banques ou les contrats avec les bailleurs, et le législateur a adopté des lois spéciales, voire a construit des branches spécial de droit civil de protection, telle le droit de la consommation.

293. Ces considérations valent aussi bien en Nouvelle-Calédonie qu'en métropole et elles sont de nature à la fois sociologiques que politiques, car le Législateur doit tenir la balance entre des intérêts collectifs contradictoires, par exemple entre les bailleurs et les locataires. On connaît l'actualité du débat en Nouvelle-Calédonie.

294. Les choix politiques d'équilibre ou de protection marquée de tels ou tels groupes, par exemple les locataires, ou les consommateurs, ou les justiciables, etc., doivent être faits par le Législateur local. Ils peuvent être faits dans le même sens que le législateur métropolitain. Mais ils peuvent être aussi adaptés, voire ils peuvent être différents.

295. Ainsi, si la liberté contractuelle, à laquelle est corrélée la liberté des prix, puisque le prix est simplement celui qui a été voulu par les parties au contrat¹⁵⁴, le législateur peut ne pas s'en mêler, s'il estime que le prix est juste par le seul jeu du syllogisme classique précité¹⁵⁵.
296. Mais s'il estime au contraire que, en tout cas pour certains produits et non plus dans une perspective individuelle mais dans une perspective collective, la « vie » est « trop chère », alors le législateur local peut vouloir intervenir pour par exemple imposer des prix-plafond. C'est l'objet de réflexion de la *Commission contre la vie chère*, mise en place en Nouvelle-Calédonie.
297. Sans aborder le fond du sujet, on observe que si le Congrès prend dès à présent les choses en main, c'est parce que le droit de la concurrence est d'ores et déjà une branche de droit pour laquelle la compétence a été transférée. Or, le prix est à la fois ce qui est produit par le marché concurrentiel (ce qui rend le Congrès compétent pour intervenir) et ce qui est produit par des contrats entre un offreur et un demandeur particulier, les deux parties au contrat (droit des contrats à propos duquel le Congrès n'est pas encore compétent pour intervenir).
298. Ce hiatus, ce conflit de deux branches du droit concernées par la situation, l'une pour laquelle la compétence est transférée, l'autre pour laquelle elle ne l'est pas, n'a pas été perçu, et chacun semblant considérer tacitement qu'il n'y a pas de difficulté, la connexion entre les prix et les mécanismes concurrentiels suffisant à justifier la compétence législative du Législateur local.
299. On pourrait donc en conclure qu'en cas de conflit entre deux branches du droit, l'une pour laquelle la compétence est transférée, l'autre non, ce serait le principe du transfert qui devrait être retenue.
300. On peut aboutir au même résultat par un autre raisonnement. En effet, si l'on observe que le droit de la concurrence est d'ordre public de direction, ce que n'est pas le droit des contrats, qui ne concernerait que des intérêts particuliers, la règle qui régit la

¹⁵⁴ M.A. Frison-Roche, [Qu'est-ce qu'un prix en droit ?](#) Du droit des contrats au droit de la régulation, in *Etudes à la mémoire de Fernand-Charles Jeantet*, Lexisnexis, 2010, p.177-183.

¹⁵⁵ V. *supra* n°289 et s.

branche du droit la plus puissante, ici le droit de la concurrence, devrait l'emporter (ici donc le transfert de compétence).

301. Toujours est-il que cette réflexion qui concerne le périmètre du transfert est exemplaire du fait que le transfert du droit civil et du droit commercial, qui devrait en logique voir résolue tout d'abord la question du périmètre, avant d'abord la question de la méthode de l'exercice du pouvoir législatif transféré (ce second point étant l'objet de la présente étude tandis que le premier point a été l'objet des études de mes collègues Rémy Cabrillac et Philippe Pétel), ne cesse de resurgir dans la seconde phase.

302. Dès le départ, les autorités avaient conscience que cette question du périmètre ne cesserait de resurgir à l'occasion de l'exercice matériel du pouvoir normatif par les institutions de Nouvelle-Calédonie et qu'à ce seul titre le Conseil d'Etat, voire le Conseil constitutionnel, a vocation à jouer un rôle très important¹⁵⁶.

303. On va en prendre un exemple en droit des contrats, mais l'on peut craindre que ce type de difficultés ne se multiplie. Pourtant, le Conseil d'Etat, interrogé sur la question du périmètre du transfert du droit civil, a donné une définition large de ce transfert, ne serait-ce que pour éviter le plus possible les difficultés pratiques d'un découpage à l'intérieur du droit civil, en affirmant dans un avis de juin 2011 que l'ensemble du droit civil était transféré.

304. Mais le droit des contrats est composé d'un droit commun des contrats (« la théorie générale ») et d'un ensemble de contrats spéciaux (le contrat de vente, le contrat de prêt, le contrat de dépôt, le contrat de société, le contrat de crédit, etc.). Or, le contrat de crédit est un souci pour le Législateur local, car la multiplication des crédits à la consommation est un danger pour les consommateurs, notamment lorsqu'ils sont pratiqués à des taux élevés, sans considération de la capacité à rembourser et alors que l'emprunteur de fait ne comprend pas ce à quoi il s'engage. De fait, ce souci concernant les crédits à la consommation a partie liée avec le souci concernant la « vie chère ». Mais les crédits à la consommation ne relèvent pas du droit de la concurrence et le Législateur n'a donc pas pour l'instant expresse compétence.

¹⁵⁶ Entretien avec Laurent Travers, directeur des affaires juridiques, avec Monsieur Martin Delage, magistrat détaché auprès du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie et avec Alexandre Brianchon, chef du service des affaires juridiques et du contentieux du Congrès du Nouvelle-Calédonie.

305. Aura-t-il compétence lorsque le droit civil lui aura été transféré, du seul fait qu'il s'agit d'un contrat ? Cela n'est pas sûr. En effet, le contrat de crédit à la consommation concerne « le crédit et la monnaie », matières pour lesquelles la République Française a retenu son exclusive compétence. Donc, alors même que c'est un contrat, le Législateur local ne pourrait intervenir.
306. Mais cela n'est pas logique parce que l'esprit des textes réservait au Législateur National les questions de crédit et de monnaie en ce qu'elles concernaient plutôt les politiques publiques de crédit et la régulation de la monnaie confiée au Gouvernement et à la Banque de France et non pas le crédit à la consommation, lequel au contraire est connecté à la question de la « vie chère », pour laquelle le Législateur local est en train de travailler, avec l'aide notamment de l'Autorité de la concurrence¹⁵⁷.
307. On mesure bien à travers cet exemple, en train de se dérouler sous nos yeux, que l'interprétation peut aller dans un sens ou dans un autre. Il faut qu'au plus vite le Conseil d'Etat, en *ex ante*, voire le Conseil constitutionnel d'une façon informelle, ou d'une façon formelle en *ex post*, éclaircissent ce point.
308. On peut craindre que ce type de difficultés ne se multiplient.
309. En effet, d'une façon plus importante encore, et cette résurgence des difficultés liées à la détermination du périmètre va déborder le droit des contrats pour concerner notamment le droit des personnes¹⁵⁸ et le droit des biens¹⁵⁹, le transfert de compétence exclut expressément du périmètre les libertés publiques. Le Conseil d'Etat a insisté sur cette exclusion, parce que les libertés publiques ont un lien fort avec le régalien et que cela justifie une compétence retenue¹⁶⁰.
310. Cela va entraîner des complications, car il peut exister quelques libertés publiques en droit civil. Par exemple, la liberté d'association est une liberté publique, parce qu'elle permet à un groupe de personnes civiles de se réunir pour au besoin lutter contre le gouvernement

¹⁵⁷ Un accord d'assistance technique a été conclu entre les institutions de Nouvelle-Calédonie et l'Autorité de concurrence, puisque la première conception de collaboration, qui prévoyait une intervention plus normative du régulateur, a été considérée par le Conseil d'Etat comme portant atteinte au régalien, non transféré, alors même que le droit de la concurrence substantiel est depuis longtemps transféré. Il ne s'agit donc que d'une mission technique de conseil.

¹⁵⁸ V. *supra* n°274 et s.

¹⁵⁹ V. *infra* n°321 et s.

¹⁶⁰ V. *supra* n°89 et s.

et agir en groupe dans l'espace public (par exemple organiser des réunions politiques). Dès lors, le législateur local ne peut se mêler de cette liberté-là.

311. Il devient plus douteux que la liberté contractuelle en revanche soit une liberté publique, car elle est ce par quoi l'individu dispose de lui-même (théorie de l'autonomie de la volonté), mais elle n'a pas pour objet ni pour effet de lui permettre de lutter au besoin contre le gouvernement et de participer à la vie publique. On voit à travers cet exemple que la frontière est déjà ténue entre les libertés publiques et les libertés privées.

312. Or, la compétence n'est retenue que concernant les libertés publiques et l'on peut considérer que si le droit civil a été transféré dans son ensemble, alors les libertés privées qu'il comprend, par exemple la liberté contractuelle, celle-ci fût-elle de niveau constitutionnel¹⁶¹, est également dans le périmètre de la compétence transférée au Législateur de la Nouvelle-Calédonie.

313. La difficulté s'accroît à propos des droits fondamentaux. En effet, les droits fondamentaux, dont le cœur est constitué par les droits de l'homme, se définissent comme des prérogatives dont sont titulaires les personnes pour que soit respectée leur humanité. Les systèmes juridiques placent au même niveau, le plus souvent la Constitution, et confient aux mêmes organes, Cours suprêmes ou Conseil constitutionnel, la défense des libertés publiques et celle des droits fondamentaux.

314. Si l'on voit une analogie entre libertés publiques et droits fondamentaux, notamment à travers la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), alors la compétence retenue expressément pour les premiers justifierait qu'elle le soit tacitement pour les seconds.

315. Mais si l'on estime en premier lieu que les droits fondamentaux sont d'une tout autre nature, parce qu'il ne s'agit plus d'avoir un espace pour participer à la vie publique mais qu'il s'agit d'une titularité de prérogatives concrètes et opposables (par exemple les droits de la défense ou le droit à la santé ou le droit à une vie décente, etc.) et si l'on estime en second lieu que tout le droit civil est transféré sauf ce qui est expressément retenu par le Législateur National (ce qui est l'interprétation première du Conseil d'Etat), alors les droits fondamentaux doivent pouvoir être abordés par le Législateur local.

¹⁶¹ M.-L. Mathieu-Izorche, La liberté contractuelle, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th.Revet, *Libertés et droits fondamentaux*, préc., p.747-764.

316. Cela doit être éclairci au plus vite par le Conseil d'Etat et par le Conseil Constitutionnel. En effet, s'il s'avérait que les droits fondamentaux n'étaient pas une question transférée, alors même qu'il s'agit de droits fondamentaux de nature civile, alors il faudrait que le Législateur local écarte texte après texte, cas après cas, tout ce qui relève des droits fondamentaux, alors même que ceux-ci se multiplient, ce qui va considérablement lui compliquer la tâche. Autant qu'il le sache ...

317. D'une façon plus importante encore, et revenant sur l'essentiel du premier chapitre de la présente étude, si l'on doit chercher à établir, en s'appuyant sur les traditions canaques et sur les apports du droit dit « commun », en respectant « l'identité canaque » mais en établissant des règles communes à toute la population qui doit, à travers le droit civil, avoir « un destin commun » posé par les Accords de Nouméa, sans que cela prenne nécessairement la forme d'une indépendance politique par rapport à la République Française¹⁶², cela prendra la forme de règles concernant principalement le droit des personnes¹⁶³.

318. Or, le droit des personnes est pavé des droits fondamentaux des individus concernés. Donc, il est essentiel que le Législateur local ait compétence pour édicter des règles en matière de droits fondamentaux des êtres humains qui composent la population de la Nouvelle-Calédonie.

319. Techniquement, la différence forte entre les libertés publiques d'une part et les droits fondamentaux d'autre part, la convergence vers les mérites politiques de la construction d'un Code civil véritable qui permet de faire progresser la société néo-calédonienne civile sans impliquer la question clivante de l'indépendance, conduit à soutenir fortement que les droits fondamentaux contenus dans le droit civil relèveront de la compétence du Législateur local, une fois la compétence transférée.

320. Mais il faut que le Conseil d'Etat et le Conseil Constitutionnel le confirment.

¹⁶² V. *supra* n°81 et s.

¹⁶³ V. *supra* n°334.

IV. LE DROIT DES BIENS

321. Le droit des biens est moins clivé par la différence entre les statuts personnels que ne l'est le droit de la famille¹⁶⁴. Pourtant, nous avons vu que le statut dit de « droit commun » reprend la conception individualiste de la propriété privée¹⁶⁵, mais cette conception de la propriété privée a été depuis le Code civil de 1804 beaucoup amoindrie, ne serait-ce que par l'effet du Code de l'urbanisme et du Code de l'environnement. Le fait que le droit de propriété ait depuis 1982 une valeur constitutionnelle¹⁶⁶ n'empêche en rien la légitimité de ces limitations, dont l'existence était visée par le codificateur de 1804 lui-même, dans l'article 544 du Code civil¹⁶⁷.

322. A l'inverse, il est posé en droit coutumier que la propriété est collective et que le sol appartient au clan, le terme d'« appartenance » étant d'ailleurs inapproprié puisque la terre est indisponible. En effet, grâce au droit des contrats, instrument non seulement de transmission de la propriété¹⁶⁸, mais encore de flexibilité de celle-ci, des montages juridiques complexes de baux ont permis aux investisseurs d'avoir des garanties de stabilité pour construire des infrastructures sur les terres, alors même que le transfert de propriété n'était pas concevable faute de titulaire et ne s'opère pas au sens strict du terme.

323. C'est ainsi que tout le développement économique de la province du Nord de la Nouvelle-Calédonie a pu s'opérer, notamment la construction et l'exploitation de l'usine d'extraction du nickel.

324. Le droit évolue toujours d'une façon pragmatique et dialectique. Ainsi, le « droit commun » a collectivisé sa conception de la propriété, d'origine individualiste, tandis que le droit coutumier a rendu de fait disponible des terres inappropriées et inappropriables, pour les faire fructifier.

¹⁶⁴ Pour le droit de la famille, v. *supra* n°255 et s.

¹⁶⁵ V. *supra* n°18 et 193.

¹⁶⁶ Conseil Constitutionnel, n°81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi relative aux nationalisations*, Rec, 18 ; L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^{ième} éd., Dalloz, 2009, n°23, p.357 s.

¹⁶⁷ Préc.

¹⁶⁸ V. *supra* n°192.

325. Les questions de méthode posées par le droit des biens sont donc autres.
326. En premier lieu, il convient très certainement que le Législateur local profite que la Nouvelle-Calédonie n'est pas partie intégrante de l'Union européenne¹⁶⁹ pour que les acquisitions par des investisseurs étrangers et les exploitations de richesses, notamment minières et forestières, et leur exploitation, soient mesurées. Le Législateur et le Gouvernement ont les moyens d'une politique économique à long terme d'investissement et d'alliance avec des investisseurs étrangers dans un équilibre de préservation des richesses territoriales et des intérêts de la population locales dont la métropole est privée du fait du droit de la concurrence de l'Union européenne.
327. En second lieu, le droit des biens est un droit civil qui a relativement peu évolué depuis 1804, alors que les techniques contractuelles et du droit des sociétés évoluent très vite, pour suivre le développement du capitalisme, soit par le crédit bancaire, soit par le recours au marché financier. Le développement propre de la Nouvelle-Calédonie va plutôt se faire d'une façon endogène et l'on ne peut guère songer à créer un marché financier propre, pas plus qu'un système bancaire autonome.
328. Ce sont bien plutôt des techniques de droit patrimonial qui ont vocation à être utilisées, correspondant à la structure assez familiale de l'économie. Or, la technique patrimoniale la plus efficace est celle utilisée par tous les systèmes juridiques voisins de la Nouvelle-Calédonie dans le Pacifique, notamment en Australie, à savoir le *trust*. Les interlocuteurs ont souligné lors des entretiens que le soin apporté à la veille juridique ne concernait pas seulement le droit français mais les droits de la zone pacifique, en ce que ceux-ci peuvent inspirer le Législateur de Nouvelle-Calédonie¹⁷⁰.
329. Le *trust* n'existe pas encore dans le droit français et la fiducie insérée récemment dans le Code civil (mais qui n'a pas été étendue en Nouvelle-Calédonie) n'offre pas du tout la même souplesse et la même efficacité. Cela fût notamment démontré à l'occasion d'une journée d'étude organisée par le barreau de Nouméa, à laquelle étaient présents à la fois des juristes français, australiens et de l'île de Vanuatu.

¹⁶⁹ Sur l'importance méthodologique de cette spécificité, v. *supra* n°179 et s ; n°200.

¹⁷⁰ Entretien avec Monsieur le directeur de la réglementation et des affaires générales Guy Fischer.

330. Chacun s'accordait sur l'adéquation du *trust* pour la Nouvelle-Calédonie, dès l'instant que cet instrument ne serait proposé qu'aux investisseurs étrangers, mettant ainsi en équilibre la Nouvelle-Calédonie avec ses voisins directs, et favorisant les investissements à long terme pour la richesse minière du territoire¹⁷¹.

331. Cela montre que les conditions soient établies pour que le transfert de compétence soit l'occasion d'une « adaptation » au sens haut du terme, c'est-à-dire d'innovation dans le système juridique local. Le *trust* en serait un très bon exemple. Travailler sur cette technique et réussir son insertion dans le droit néo-calédonien par une modernisation par le droit patrimonial relativise d'ailleurs la distinction entre le droit civil (dont il relève formellement) et le droit des affaires (auquel il participe pleinement), voire de la politique publique d'incitation aux investissements étrangers, la France profitant alors de son implantation, par la Nouvelle-Calédonie, dans la zone Pacifique.

332. Cela montre que le droit civil est le cœur d'une conception dynamique et maîtrisée d'un art législatif, art politique qui s'ajuste aux mœurs et exprime un projet.

—

333. Pour conclure l'ensemble de ce travail de nature méthodologique ayant pour objet de préparer le transfert de compétence en matière civile, c'est avant tout aux hommes politiques de Nouvelle-Calédonie, en tant qu'ils sont aptes et légitimes à exprimer les aspirations commune de la population du territoire autonome, qu'il revient de choisir ce que doit être ce Droit civil local. Il peut s'agir de faire une simple adaptation aux spécificités locales, juridiques, sociales, géographiques ou politiques ou bien, allant plus avant, parce que le Droit civil a partie liée avec la notion de société civile et de Civilisation, de construire par le Droit civil ce « destin commun » voulu par les Accords de Nouméa, sans que la question de l'indépendance ne se pose pour autant.

¹⁷¹ Rencontre avec Monsieur le Bâtonnier Philippe Reuter, préc. ; Entretien avec Monsieur Yann Bignon, MEDEF, qui souligne l'opportunité mais ajoute qu'il faut la sécurité juridique qui doit y être associée, notamment du fait de la qualité des professionnels du droit qui auraient vocation à manier l'instrument juridique.

334. Si ce choix politique est fait, si un consensus politique est obtenu, notamment parce que la population le requerrait, alors c'est à une Codification véritable qu'il faudrait procéder en construisant des principes communs à toute les personnes membres de la société néo-calédonienne, quelque soit son statut personnel, en puisant ce qui a de plus adéquat dans chacun des statuts pour innover dans un cœur de Droit civil véritablement « commun ».
335. En outre, même si le Législateur local ne dispose d'une compétence législative que parce que la République Française la lui a transférée (la Nouvelle-Calédonie n'ayant pas la compétence politique de sa compétence législative, dans le périmètre de sa compétence), il ne doit pas hésiter à innover.
336. Ainsi, le transfert du droit civil conduit à un choix politique dont seuls les hommes politiques sont les maîtres : soit institutionnaliser le conflit interne à la société néo-calédonienne, par des règles de « conflits » qui assoient encore davantage deux statuts qui isolent et séparent la population en deux, soit saisir cette opportunité historique que constitue le transfert du Droit civil pour construire un « destin commun » à l'ensemble de la population, reflétant la volonté de celle-ci, sans qu'une catégorie ne prévale sur l'autre et alors même que l'identité de chacune est préservée.

337. Pour suggérer une ouverture méthodologique, qui supposerait que les destinataires de ce rapport en approuvent les conclusions, on pourrait penser que l'art législatif pourrait s'orienter non seulement sur le droit civil (et le droit commercial) qui va être transféré, mais encore sur la procédure civile, à propos de laquelle la compétence a été transférée aux institutions néo-calédonienne depuis les années 1950.
338. En effet, le droit vit à travers le procès et le procès, loin d'être un phénomène pathologique, est ce par quoi, le droit s'adapte aux réalités sociales. C'est ainsi que d'une façon générale en droit français la jurisprudence a pu adapter le Code civil de 1804 aux réalités sociales, par exemple en matière de responsabilité civile, sans changer les textes.

D'une façon particulière, les jugements rend le droit « flexible »¹⁷², soit parce qu'ils s'imprègnent des règles coutumières¹⁷³, soient qu'ils s'imprègnent d'une façon plus générale encore des spécificités locales et non seulement des coutumes du statut spécifique. L'étude actuellement menée par Monsieur Martin Delage sur la jurisprudence constituée au fil du temps à Nouméa est très importante.

339. En outre, la procédure est ce par quoi la population participe directement au droit, sous le personnage particulier du plaideur. Ainsi, dans l'idée méthodologique essentielle de la participation de la population de cette appropriation d'un droit civil propre qui s'adapte petit à petit à la population, le fait que cela pourrait se faire par la procédure correspondrait à la méthodologie générale mise en avant par le présent rapport¹⁷⁴.

340. Pour prendre un exemple déjà développé dans le droit néo-calédonien, alors qu'on présente souvent comme opposé le « droit commun » et le « droit coutumier », il est remarquable que le Sénat coutumier insiste sur l'importance de l'acte écrit dans le système coutumier¹⁷⁵, tout autant que le font les professions juridiques, au nom de la sécurité juridique dont elles s'estiment gardiennes, à travers les officiers publics coutumiers ayant pris le relais des gendarmes pour l'établissement des actes authentique que sont les procès-verbaux de palabres¹⁷⁶.

341. Dès lors, pourquoi ne pas imaginer qu'une partie dans un procès civil (ou commercial) pose une « question prioritaire d'adaptabilité » ? Un tel mécanisme participatif, construit sur le modèle technique de la question prioritaire de constitutionnalité dont on sait l'importance qu'elle a prise dans le système juridique français, pourrait fonctionner de la façon suivante.

¹⁷² Cf. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc.

¹⁷³ Régis Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexion sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, préc.

¹⁷⁴ Régis Lafargue insiste sur le rôle que les procès civils pourraient jouer sur l'unité d'un droit néo-calédonien qui n'en oublierait pas pour autant sa spécificité et n'en perdrait pas la mémoire (*La coutume face à son destin. Réflexion sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, préc., spéc. p.323 et s.)

¹⁷⁵ Entretien avec le Sénat coutumier, intervention de Monsieur le Secrétaire général Jean-Luc Mahé.

¹⁷⁶ Entretien avec Monsieur le Président de la chambre professionnelle des huissiers de justice Louis Séguin, intervention de Maître Florent Burignat.

342. Une partie dans un procès régi par le droit néo-calédonien (soit « de droit commun », soit « de droit coutumier ») estime que la loi dont l'autre partie demande l'application à son encontre est inadaptée (critère du transfert de compétence). Le juge, qui doit être saisi d'une telle question avant toute autre demande (*in limine litis*), peut la rejeter tout simplement parce qu'il estime que la loi en question est suffisamment adaptée et qu'il n'y a pas de raison de transmettre au Congrès.
343. En cela, le juge joue (comme dans la question prioritaire de constitutionnalité) le rôle de filtre, avant d'éviter un usage abusif du système. Sa décision n'est pas susceptible de recours.
344. S'il estime que la question de l'adaptation de la loi que l'on envisage d'appliquer à la partie se pose, alors il suspend l'instant et transmet la question au Congrès, lequel peut à son tour, soit estimer qu'il n'y a pas lieu à adopter une loi de pays, et prend une décision administrative insusceptible de recours dans ce sens, soit entame une procédure parlementaire de conception de loi de pays.
345. La loi du pays qui résulte d'un tel processus est immédiatement applicable et notamment à l'instance en cours à propos de laquelle la question a été posée.
346. Un tel mécanisme, mêlant le juridictionnel (qui active la population parce que ses droits sont en jeu) et le normatif (qui permet d'aboutir à des lois de pays), permettrait d'éviter le coupé-collé et la vitrification, correspondrait à une participation de la population dans son ensemble au transfert du droit civil, s'appuyant sur la compétence déjà transférée en procédure civile, aiderait à unifier la population sans attaquer les identités et éviterait les abus grâce au filtre dont les juges seraient les gardiens.

INDEX ALPHABETIQUE

(renvoie aux numéros de page)

- « codification » des coutumes orales, 19
- accessibilité, 35
- accompagnement, 14
- accord, 4
- Accord de Matignon, 1
- Accord de Nouméa, 1, 2, 30
- Accords de Matignon, 16, 20, 39
- Accords de Noumé, 39
- Accords de Nouméa, 5, 11, 15, 16, 20, 22, 26, 28, 32, 33, 37, 70, 85
- Accords historiques de Nouméa, 8
- accords politiques, 5
- acte de langage, 74
- acte écrit, 87
- acte unilatéral, 74
- adaptation, 2, 4, 9, 12, 28, 29, 41, 45, 48, 64, 69, 84, 87
- adaptation politique, 59
- adéquation, 29
- adhésion, 29
- administration, 13, 22
- aires coutumières, 19
- ajustement, 9
- ajustement social, 4
- Alsace-Lorraine *Voir* droit local de l'Alsace-Lorraine
- angoisse *Voir* Peur
- apaisement, 8
- approche sociologique, 5
- appropriation, 9, 10
- art législatif, 3, 4, 9, 10
- art politique, 11
- article 544 du Code civil, 5
- articulation des systèmes juridiques, 62
- assesseur coutumier, 7
- assurances *Voir* droit des assurances
- Australie, 61, 83
- autochtone, 31
- autonomie, 24, 85
- autonomie de la Nouvelle-Calédonie, 7, 8
- autonomie de la volonté, 73, 79
- autonomie normative, 23
- autorégulation, 74
- autorité, 29, 32, 37, 56, 58, 73
- Autorité de la concurrence, 79
- autorité parentale, 55
- Autorités administratives indépendantes, 15
- avis, 5
- avis du Conseil d'Etat, 12
- avis du Conseil d'Etat, 65
- avocat, 16
- bloc, 2, 28
- branche ordinaire du droit, 6
- cadeau empoisonné, 16
- canaques, 8
- capitalisme, 83
- casuistique, 12
- catastrophe, 17
- centralisation, 4
- chambre d'enregistrement, 19, 64
- chance historique, 6
- chef, 29, 58
- chef coutumier, 27, 37
- cheminement, 2, 3, 8
- choc, 15
- choix politique, 26, 85
- Civil Law*, 62
- civilisation, 34, 40, 57, 59, 60
- Civilisation, 70, 85
- civiliste, 6
- clan, 29, 32, 52, 68, 69, 72, 73, 82
- clivage, 23, 34, 39, 81, 82
- Code civil, 2, 3, 10
- Code civil applicable en Nouvelle-Calédonie, 42
- Code civil de 1804, 4, 10, 17, 35, 36, 43, 45, 50, 55, 68, 70, 73, 74, 75, 82, 86
- Code civil européen, 48
- Code civil néo-calédonien, 59
- Code civil véritable, 34
- Code civil. Version applicable en Nouvelle-Calédonie, 35
- Code de l'environnement, 82
- Code de l'urbanisme, 82
- Code de la propriété, 51
- code transactionnel, 36
- codification, 19

codification administrative, 35, 37, 39, 40
 codification administrative du Code civil, 19
 codification véritable, 36, 37, 40, 59, 71
 Codification véritable, 85
 cœur du système juridique, 6, 10, 33, 66
 collaboration, 29
Commission contre la vie chère, 76
Common Law, 29, 62, 63
Commonwealth, 62
 compétence législative spécifique, 22
 complexité, 4, 16, 18, 27, 33, 36, 64
 compromis, 2, 3, 6, 7, 8, 24
 comptabilité, 15
 conflit, 85
 conflit de lois, 32
 Confusion, 23
 Congrès de Nouvelle-Calédonie, 87
 connaissance, 27
 connaissance juridique, 27
 Conseil constitutionnel, 12, 13, 54, 79, 80
 Conseil Constitutionnel, 65, 81
 Conseil d'Etat, 5, 13, 22, 25, 35, 45, 53, 54, 61, 65, 78, 79, 80, 81
 Conseil d'Etat,, 15
 consensualisme, 74
 consensus, 6, 7, 8, 27, 40, 64, 85
 consentement, 75
 consommateur, 49, 75, 78
 constitution, 2
 Constitution, 47, 82
 constitution civile, 10
 contentieux administratif, 22, 24
 continuité, 1, 2
continuum, 11
 contrat, 51, 59, 68, 82
 contrat social, 60
 convention d'aide, 15
 Conventions internationales, 47
 corps techniques *Voir* service technique, *Voir* service technique
 coupé-collé, 18, 20, 40, 43, 64, 88
 couple conjugal, 55, 67
 couple parental, 55, 67
 coutume, 3, 36, 47, 86
 crédit, 78
 crédit à la consommation, 12, 49, 78
 culture juridique coutumière, 39
 date du transfert, 3, 11, 19, 44, 61
 décalque, 6
 délai, 17
 délinquance, 58, 60
 démocratie, 27
 département d'Outre Mer, 22
 désaccord, 23
 destin commun, 2, 20, 28, 33, 34, 37, 39, 40, 49, 70, 71, 81, 85
 déstructuration, 53
 détachement de magistrats, 14
 développement économique, 82
 diplôme, 27
 discours, 27
 discussion, 3
 disproportionnalité, 72
 divorce, 67, 68
 doctrine, 36, 44, 73
 droit « archaïque », 73
 droit civil belge, 74
 Droit civil statutaire, 38
 Droit civil substantiel, 38, 39, 50, 71
 droit commun, 3, 8, 30, 39
 droit commun « substantiel », 28
 droit comparé, 61
 droit constant, 60
 droit coutumier, 3, 7, 68
 droit de l'environnement, 53
 droit de la concurrence, 76
 droit de la consommation, 52, 76
 droit de la famille, 31, 66
 droit de propriété, 5
 droit de propriété privée, 54, 82
 droit des affaires, 84
 droit des assurances, 18
 droit des biens, 54, 82
 droit des obligations, 43
 droit des personnes, 70, 71, 79, 81
 droit élémentaire, 73
 droit international privé, 32
 droit local » de l'Alsace-Lorraine, 63
 droit métropolitain, 4
 droit patrimonial, 83
 droit pénal, 22, 25, 34, 57, 59, 60, 71, 72
 droit public, 22, 24, 25, 53
 droit romain, 3, 36, 70, 71, 73
 droit véritablement commun, 19
 droits de l'homme, 80
 droits fondamentaux, 54, 80
 échec du transfert, 18
 écologie, 54
 écrit, 19, 60, 73
 éducation, 60, 72

effet des lois, 63
 effet pervers, 63
 efficacité, 10, 84
 égalité, 30
 égoïsme, 54
 élu, 37
 enfant, 30, 34, 53, 55, 56, 58, 67
 engagement, 73
 entreprises, 46
 équilibre, 5
 équilibre contractuel, 75, 76
 espace juridique, 67
 esprit de modération, 36
 Etat, 12, 14, 17, 18, 24, 25
 Etat métropolitain, 12
 Etat souverain, 21
 être humain, 72
 étude d'impact, 63
 évolution, 9, 29
 évolution sociale, 5
 exercice technique des compétences, 12
 expérience, 27
 expérimentation juridique, 63
 expert, 27, 37
 explication, 14
 extension, 3
 extension législative, 14
 faible, 56, 57, 59, 68, 71, 75
 femme, 53, 56, 68, 72
 fertilisation, 59
 fiducie, 84
 filiation, 53
 filtre, 87, 88
 fiscalité, 15
 flexibilité, 34, 82, 86
Flexible droit, 47
 formation, 13, 17
 France en petit, 63
 garantie, 24
 géographique, 62
 greffe, 63
 groupe, 17, 29, 34, 55, 68, 76
 groupe familial, 66, 72
 groupe social, 37, 40, 47, 52, 67
 groupe social global, 8
 Haut Conseil du Commissariat aux Comptes (H3C),
 15
 hiérarchie, 31
 hiérarchie des normes, 3, 47, 65
 histoire, 1, 19, 28, 29, 30, 35, 47, 50
 Histoire, 10
 homme, 55
 homme politique, 37, 50, 85
 hommes politiques, 13
 hostilité, 23
 identité, 8, 9, 19, 85, 88
 identité canaque, 8, 30, 32, 35, 58, 70, 81
 illégitimité, 34
 immobilité, 34
 importance, 9
 importation juridique, 65
 inaccessibilité, 13, 16
 inadaptation, 87
 incompétence technique, 16
 incomplétude, 43
 indépendance, 23
 indépendance de la Nouvelle-Calédonie, 7, 8, 15,
 21, 34, 39, 48, 81, 85
 indifférence, 14
 individu, 52, 56, 68, 81
 individualisme, 57
 individualisme juridique, 51, 69, 74, 82
 individus *Voir* Personne
 inflation législative, 45
 information, 14
 information du consommateur *Voir*
 consommateur
 innovation juridique, 54, 61, 62, 84, 85
 inquiétude, 43
 instabilité juridique, 44
 instabilité sociale, 60
 institution politique, 27
 intérêt, 76
 intérêt de l'enfant, 67, 72
 intérêts, 4
 investisseur étranger, 83
 juge, 67, 75, 87
 juridiction, 7, 22, 43
 juridiction répressive, 25
 jurisprudence, 32, 43, 44, 73, 86
 juristes spécialisés, 17
 laboratoire, 63, 74
 laboratoire législatif, 28
 Législateur, 17
 Législateur local, 5, 7, 8, 9, 25, 44, 47, 53, 59, 62,
 77, 80, 83
 Législateur local,, 78
 législation « unilatérale », 4
 légitimité, 27, 37, 60, 85
 liberté, 57, 68, 73

liberté constitutionnelle, 80
 liberté contractuelle, 79
 liberté d'association, 24, 79
 liberté de ne pas contracter, 75
 liberté individuelle, 51, 54
 libertés individuelles, 2
 libertés privées, 80
 libertés publiques, 24, 79
 lien, 52, 56, 58, 72
 lien social, 47, 59
 liens, 3
 ligne de partage, 8, 9
 lignes de partages, 7
 logorrhée législative, 45
 Loi, 17
 loi de pays, 12, 18, 22, 32, 38, 53, 61, 64, 65, 87, 88
 loi de pays du 20 janvier 2012, 20
 loi nationale, 7, 19
 lois d'extension, 29
 long terme, 83
 marché concurrentiel, 77
 marché européen des biens et services, 49
 Mélanésie, 62
 mémoire, 31, 53
 mesure, 72
 mesurer, 3
 méthodologie, 4, 5, 6, 10, 14, 26, 66, 85
 méthodologie juridique, 5
 métier, 27, 37
 métropole, 4, 29
 mise à niveau, 44
 mixte de systèmes juridiques, 62
 modèle historique, 4
 modernisation, 29
 modernité, 62
 mœurs, 4, 9, 10, 16, 47, 50, 52, 54, 69, 70, 84
 monnaie, 78
 moyens, 42
 moyens humains, 13
 Napoléon, 36, 40
 Nations Unies, 31
 nature, 54, 59
 négation du transfert de compétence, 19
 négociation, 12
 objectif constitutionnel, 46
 observatoire, 39, 61, 65
 office du juge, 7
 officier public coutumier, 87
 opportunité historique, 3, 8, 11, 34, 41, 44, 58, 61
 ordinaire du droit, 25
 ordre juridictionnel national, 22
 ordre public de direction, 77
 outil, 10, 37
 PACS, 68, 69
 page blanche, 2
 Parlement métropolitain, 11, 18, 24
 parole, 30, 60, 67, 73, 74
 partie faible au contrat, 52
 passé, 1, 29, 34
 pédagogie, 14
 père, 70
 performativité, 74
 périmètre, 4, 5, 6
 périmètre de compétence, 63
 périmètre du transfert, 25, 35, 42, 77, 79, 80
 périmètre du transfert de compétence, 12
 personne, 30, 34, 56, 80
 personnes publiques, 24
 Peuple Français, 22
 peur, 11, 13, 14, 16
 pied du mur, 14
 plaideur, 86
 politique, 5, 6, 9, 25, 30, 37
 Politique, 27, 37, 38, 70
 politique publique de crédit *Voir* crédit ou monnaie
 Polynésie, 18, 64
 population, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 10, 14, 16, 22, 23, 24, 27, 35, 37, 46, 85, 86, 88
 population d'origine européenne, 8
 pouvoir judiciaire, 7
 pouvoir législatif, 21
 pouvoir souverain, 22
 précarité, 57, 60
 premiers habitants, 8
 préparation, 14
 préparation du transfert, 16, 19, 41
 préparation du transfert de compétence, 12
 prérogative essentielle, 19, 70, 80
 prêt, 78
 prévalence, 30, 31
 principes substantiels, 5
 prison, 35
 prisons, 58
 prix, 75, 76
 procédure civile, 18, 24, 86, 88
 procès, 86
 professions juridiques, 14, 16
 progressivité, 2, 3
 projet, 84

proportionnalité, 72
 propriété, 51
 propriété collective, 82
 propriété intellectuelle, 32, 53
 propriété privée, 2, 9, 82
 protection, 72
 protection intellectuelle, 61
 psychologie sociale, 31
 puissance maritale et paternelle, 55
 question prioritaire d'adaptabilité, 87
 question prioritaire de constitutionnalité, 80
 réalité sociale, 4, 34, 49, 62, 86
 régalien, 13, 22, 24, 25, 34, 57, 79
 regard critique, 41, 44, 63
 règle de conflit, 28
 règle de conflits, 38
 règles internationales, 2
 remise à niveau, 42
 représentants du peuple, 17
 République Française, 6, 7, 8, 21, 22, 24, 25, 34, 39, 47, 65, 78, 81, 85
 réserve juridique, 30, 70
 Révolution Française, 2, 51
 risque, 18
 rupture, 3, 11
 saisie immobilière, 18
 sanctuarisation, 35
 savoirs ancestraux, 5, 32, 53, 61, 65
 sécurité aérienne et maritime, 22
 sécurité juridique, 46, 65, 73, 87
 Sénat coutumier, 30, 58, 71, 87
 sensibilisation, 14
 service administratif, 27
 service technique, 29, 39
 services ministériels de l'Etat, 16
 services techniques, 13
 sévérité, 72
 simplicité, 49
 simplicité du droit, 46
 situation de 1804, 4
 situation géographique, 47
 société civile, 38, 85
 société médiévale, 52
 sociologie, 7
 Solon, 40
 sorte des Accords de Nouméa, 23
 soutien technique, 8
 souveraineté, 23, 24
 statut, 6
 statut dit « de droit commun », 2, 27
 statut dit « de droit coutumier », 27
 statut dit « du droit commun », 28
 statut dit de " droit commun", 6
 statut dit de « droit commun », 68
 statut dit de droit coutumier, 69
 succession, 9
 sujet de droit, 71
 surréaction, 57
 syllogisme, 21
 symbole, 10
 système juridictionnel français, 7
 technicité, 15, 27, 33, 39, 40
 temps, 3, 9, 12, 19
 tension, 31
 tension sociale, 35
 terre, 68
 territoire autonome, 7
 territoire d'Outre Mer, 22
 Tonneau des Danaïdes, 17
 tradition, 29, 58, 81
 traditions, 4
transaction législative, 36, 71
 transfert de pouvoir, 21
trust, 83, 84
 tsunami, 11
 unification progressive, 8
 Union européenne, 4, 48, 83
 unité, 10, 23, 34, 36, 88
 unité géographique, 62
 valeur, 47, 68
 valeur fondamentale, 37
 valeurs, 10
 valeurs coutumières, 32
 Vanuatu, 62, 84
 veille juridique, 15, 83
 vente, 48, 78
 vide juridique, 63
 vie chère, 76, 78, 79
 vie commune, 37
 violence, 3, 5, 40, 59, 60
 vitrification, 17, 40, 64, 88
 voies d'exécution, 24
 voies d'exécutions, 18
Voir conflit de lois"
 volonté, 30, 74
 volonté politique, 36, 40
 zone pacifique, 61, 62, 83
 zone Pacifique, 84



TABLE DES MATIERES

CHAPITRE PREALABLE	19
LA DEFINITION POLITIQUE ET TECHNIQUE DU TRANSFERT DU DROIT CIVIL.....	19
I. LA DISTINCTION FONDAMENTALE ENTRE « TRANSFERT DE COMPETENCE LEGISLATIVE AUTONOME EN MATIERE DE DROIT CIVIL » ET « INDEPENDANCE DU TERRITOIRE PAR RAPPORT A LA REPUBLIQUE FRANCAISE »	19
II. LE TRANSFERT DU DROIT CIVIL, CONCRETISATION PLEINE DES ACCORDS DE NOUMEA.....	21
PREMIER CHAPITRE.....	24
LES CHOIX POLITIQUES FONDAMENTAUX : LES ALTERNATIVES EN PRESENCE	24
I. L'ALTERNATIVE ENTRE LE TRANSFERT LIMITE AU STAUT DU « DROIT COMMUN » ET LE TRANSFERT CONCERNANT L'ENSEMBLE DU GROUPE SOCIAL (DROIT COMMUN SUBSTANTIEL) .	25
1. La façon dont l'articulation entre statut de droit commun et statut coutumier est ressentie : deux revendications opposées de prévalence.....	25
2. La solution de technique juridique consistant à bâtir des règles de conflits pour répartir les règles entre statut de droit commun et statut de droit coutumier	28
3. La solution de technique juridique consistant à bâtir des règles communes à l'ensemble de la population avant de répartir dans un second temps les règles propres à deux statuts égaux	29
4. Appréciation des mérites comparés des deux solutions techniques : le droit civil, entre droit commun statutaire et droit commun substantiel	34
II. L'ALTERNATIVE ENTRE LE TRANSFERT LIMITE AUX REGLES TECHNIQUES ADAPTEES ET LE TRANSFERT OUVERT LA VOIE VERS DES EXPERIMENTATIONS JURIDIQUES	37
1. Observation préalable : la nécessité d'un regard critique sur le droit civil français	37
2. La solution de technique juridique posant comme finalité au transfert de compétence l'adaptation du droit métropolitain aux spécificités locales	42
3. La perspective d'une adaptation du droit civil applicable pour insertion d'innovations juridiques	55
4. Mérites comparés des deux méthodes juridiques d'adaptation du droit civil aux nécessités de la société néo-calédonienne	58
DEUXIEME CHAPITRE.....	60
LA CONSIDERATION DES SPECIFICITES DES BRANCHES DU DROIT CIVIL	60
I. LE DROIT DE LA FAMILLE	60
II. LE DROIT DES PERSONNES.....	65
III. LE DROIT DES CONTRATS.....	67
IV. LE DROIT DES BIENS.....	75

