

LE STATUT COUTUMIER KANAK AU-DELA DU TERRITOIRE DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Christine Bidaud,

Université Jean-Moulin Lyon 3

Pour citer cet article : C. Bidaud, « Le statut coutumier Kanak au-delà du territoire de la Nouvelle-Calédonie », in G. Giraudeau (dir.), *Les enjeux territoriaux du Pacifique*, PUNC, à paraître en 2020.

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis* dont le statut et le fonctionnement sont régis par la Constitution française et par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999¹. Bien qu’étant toujours un « morceau de France », elle est autonome sur de nombreux points et le sera de plus en plus puisqu’un transfert progressif de compétences de l’Etat vers la Nouvelle-Calédonie est en cours. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie fait partie du territoire français mais n’a pas toujours le même droit que le reste de la France. Prévus dans l’accord de Nouméa du 5 mai 1998², ces transferts de compétence sont organisés par la loi organique de 1999³, aux articles 20 et suivants, complétée par une loi du pays du 20 janvier 2012 pour ce qui concerne le transfert de la compétence du droit civil, des règles relatives à l’état civil et du droit commercial⁴.

Cette singularité de la Nouvelle-Calédonie ne se limite pas à une différence de droit interne avec « la métropole »^{5/6}. Il existe en plus deux statuts, chacun étant régi par un *corpus juridique* différent. Le premier, dit « statut civil de droit commun », est régi par le droit civil commun.

¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 21 mars 1999, p. 4197.

² Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF 27 mai 1998 p. 8039.

³ A laquelle il faut ajouter la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l’évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, JORF 6 août 2009, p. 13095.

⁴ Loi du pays n° 2012-2 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l’Etat en matière de droit civil, de règles concernant l’état civil et de droit commercial, JONC 26 janvier 2012, p. 571.

⁵ L’expression est utilisée par commodité de langage bien qu’elle soit en réalité inexacte : le droit applicable en métropole l’est aussi dans les départements d’outre-mer. Il s’agit surtout d’opposer le droit applicable en Nouvelle-Calédonie au droit applicable dans le reste de la France hors territoires d’outre-mer.

⁶ Sur les difficultés liées à la différence existant aujourd’hui entre le droit civil applicable en métropole et le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie, v. E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », JDI 2014, doctr. 3, p. 51. Adde, E. Cornut, « Le droit civil calédonien à l’aube du décrochage du droit civil français », in Cahier du LARJE – Veille et éclairage juridiques, Dir. C. Bidaud-Garon, 2016-3, octobre 2016, <https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2016/12/2016-3.pdf>. Et C. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille... », in Cahier du LARJE – Veille et éclairage juridiques, Dir. C. Bidaud-Garon, 2017-2, juill. 2017, p. 7, https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/12/Cahier_Veille_et_éclairage_juridiques_n2_LARJE2017-web.pdf.

Le second, appelé « statut civil coutumier », est régi par la coutume kanak. Sur le territoire calédonien la différence est parfaitement connue et il ne fait aucun doute que chaque statut doit être régi par son propre *corpus* juridique. Certes, de nombreux problèmes de conflits internes de normes se posent en cas de rapports juridiques mixtes ou plus largement de situations impliquant des personnes physiques ou morales⁷ relevant de statuts et, par conséquent, de *corpus* juridiques différents. Toutefois, nul ne songerait à nier ou simplement à négliger l'appartenance d'une personne à l'un ou l'autre des statuts pour déterminer le droit qui lui est applicable. Mais qu'en est-il de l'existence et de l'efficacité de ce statut coutumier kanak au-delà du territoire calédonien ? S'agit-il seulement d'un statut existant sur le territoire calédonien ou bien suit-il la personne en quelque lieu qu'elle se trouve ?

Si l'existence même du statut coutumier kanak est liée à l'histoire coloniale et postcoloniale française en Nouvelle-Calédonie, autrement dit à la reconnaissance par le législateur du droit d'un groupe d'individus de vivre selon d'autres règles juridiques en raison de leur appartenance à une identité sociale et culturelle différente et préexistante sur un territoire colonisé, le statut coutumier kanak ne peut être analysé seulement comme un statut territorial⁸. Surtout, le statut civil coutumier kanak est inscrit à l'article 77 de la Constitution⁹ et il est reconnu par la loi organique de 1999¹⁰ qui en régit en grande partie l'attribution et le régime. Compte tenu, d'une part, de la place de ces textes dans la hiérarchie des normes et, d'autre part, de l'absence de mention d'un critère *ratione loci* dans ces textes, il paraît difficile de nier la réalité de l'existence du statut coutumier kanak sur l'intégralité du territoire français¹¹.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'application de la coutume kanak aux personnes de statut coutumier, l'article 7 de la loi organique de 1999 est parfaitement clair : « Les personnes

⁷ On pense en particulier au clan qui, contrairement à la famille dans le droit commun, est doté de la personnalité juridique, *cf. infra*.

⁸ Sur la question plus générale des liens entre territoire et statuts personnels particuliers, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, éd. IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJC – André Tunc, tome 46, vol. 1, n°406 et s., spéc. n° 421 pour le statut coutumier kanak. V. égal. E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc.

⁹ L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 58 reconnaît les statuts personnels particuliers en général et l'article 77 mentionne le statut civil coutumier existant en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, JORF 21 mars 1999, p. 4197.

¹¹ Sur les discussions doctrinales relatives à l'« efficacité juridique » des statuts particuliers en dehors de leur territoire d'origine, v. V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., n° 406 et s. et réf. citées. Adde E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc., spéc. n°62 et s. et réf. citées. Sur le statut musulman algérien, v. not. L.-A. Barrière, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, éd. universitaires de Dijon – publications du Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit, CNRS – URA 973, t. 12, 1993). Sur le statut mahorais, v. not. E. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », Rev. Crit DIP 2012, n°4, p. 733.

dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Là encore, la règle n'est assortie d'aucun critère *ratione loci*. On précisera également que l'utilisation de l'expression « statut personnel » pour définir le statut coutumier kanak ne doit pas être entendue dans un sens trop strict en termes de compétence de la coutume pour régir le statut personnel kanak. Il ne s'agit pas de circonscrire l'application de la coutume kanak aux seuls éléments relevant de la catégorie « statut personnel » en droit international privé, *i.e.* le mariage, la filiation, le nom, etc. La Cour de cassation a précisé qu'en vertu de cet article 7 de la loi organique de 1999, « les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes »¹². Dit autrement, tous les éléments relevant du droit civil sont régis par la coutume kanak lorsque tous les intéressés sont de statut coutumier kanak : mariage, filiation, successions, contrats, intérêts civils...

L'existence du statut coutumier au-delà du territoire calédonien paraît donc évidente, tout autant que l'application du droit coutumier¹³ aux droits civils des personnes de statut coutumier. Mais ce serait bien vite oublier nombre d'autres éléments tels que l'unité de compétence entre autorités compétentes et droit applicable qui existe en matière de coutume kanak sur bon nombre de sujets, les lacunes (voire l'inexistence...) des textes ou leur obsolescence, ou encore plus simplement la grande méconnaissance des statuts personnels particuliers au-delà des territoires qui fondent leur existence. Les personnes de statut coutumier kanak ne vivent plus seulement en Nouvelle-Calédonie de nos jours. Ils s'installent en métropole ou à l'étranger temporairement ou de manière pérenne sans pour autant renoncer à leur statut. Mais naître hors territoire calédonien (I) et vivre hors territoire calédonien (II) tout en conservant son statut coutumier et en se voyant appliquer la coutume kanak est loin d'être simple.

¹² Cass., avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005 : BICC n° 637 du 1er avril 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; RJPENC n° 7, 2006/1, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; LPA n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. Pomart.

¹³ Toutes les règles coutumières n'étant pas des règles de droit, l'expression « droit coutumier » est plus exacte que celle de coutume. Toutefois, les textes faisant le plus souvent référence à la « coutume », les deux expressions seront employées indistinctement. Sur ces différences terminologiques, v. E. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le *corpus* normatif de la Nouvelle-Calédonie ? », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Dir. E. Cornut et P. Deumier, PUNC, 2018, p. 488. Version électronique : <https://unc.nc/la-coutume-kanak-dans-le-pluralisme-juridique-caledonien/>.

I. NAITRE HORS TERRITOIRE CALÉDONIEN

Naître hors territoire calédonien emporte évidemment la question de la transmission du statut coutumier du ou des parents à l'enfant (A). Au-delà de cette question de la transmission du statut, c'est surtout celle de l'enregistrement du statut par l'autorité publique qui se pose (B).

A. L'indifférence du lieu de naissance pour l'attribution du statut civil coutumier

L'attribution du statut civil coutumier à la naissance peut se révéler plus ou moins complexe en fonction du statut des parents et du « type » de filiation¹⁴. Plusieurs cas de figure doivent être distingués.

Tout d'abord, lorsque les parents de l'enfant sont tous deux de statut civil coutumier, l'article 10 de la loi organique du 19 mars 1999 précise que « l'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier ». Peu importe que l'enfant soit né en mariage ou hors mariage, dès lors que ses deux parents sont de statut coutumier, l'enfant l'est également.

Ensuite, si les parents de l'enfant sont un couple mixte marié, leur mariage sera obligatoirement célébré selon le droit civil commun et l'enfant aura le statut civil de droit commun et non le statut coutumier¹⁵.

Enfin, si les parents de l'enfant sont un couple mixte non marié, il est plus délicat d'être affirmatif sur la solution. En effet, aucun article de la loi organique de 1999 ou d'un autre texte ne couvre cette situation. Il n'est, en effet, pas envisageable de faire régir cette hypothèse par l'article 9 al. 1^{er} de cette loi. Selon ce texte « dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ». L'enfant ne peut évidemment pas être considéré comme un « rapport juridique »

¹⁴ Sur l'ensemble de la question de la filiation en droit coutumier, V. H. Fulchiron, « La filiation », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p.56. Adde V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », même ouvrage, p. 404 et s. spéc. p. 465 et s.

¹⁵ Art. 42 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 : « Le mariage mixte, entre une personne de statut de droit commun et une personne de statut civil particulier ne peut avoir lieu que devant l'officier de l'état civil de droit commun ». Le principe plus général formulé à l'article 9 al. 1^{er} de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie consacre la même solution, cf. *infra*.

entre deux personnes de statut différent. En outre, il s'agit ici de déterminer le statut de l'enfant, et non le *corpus juridique* applicable à l'établissement de la filiation.

Surtout, il existe une divergence d'interprétation entre le Conseil constitutionnel et la Cour d'appel de Nouméa. Dans sa décision du 15 mars 1999¹⁶ sur la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation quant à l'article 10. Selon le Conseil, cet article doit être entendu « comme conférant également le statut civil coutumier à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent de ce même statut » et « si la filiation de cet enfant venait à être établie à l'égard de l'autre parent, il ne saurait conserver le statut civil coutumier que si ce parent a lui-même le statut civil coutumier ». Autrement dit, si la filiation n'est établie qu'à l'égard du parent de statut coutumier, l'enfant est également de statut coutumier. En revanche, dès lors que le second parent de statut de droit commun établit sa filiation (simultanément ou non), l'enfant prend le statut de droit commun. Pour la Cour d'appel de Nouméa, la solution est tout autre. Depuis 1990¹⁷ et aujourd'hui encore, elle considère que l'enfant doit être rattaché au statut de sa mère et que la reconnaissance de l'enfant par son père n'entraîne aucune conséquence quant au statut de l'enfant. Certes, le recours à l'article 11 de la loi organique¹⁸ permet aux parents de déposer une requête en vue d'obtenir le changement de statut de l'enfant, mais l'établissement du second lien de filiation n'emporte aucun changement automatique de statut. La Cour d'appel de Nouméa avait justifié sa solution, d'une part, par l'article 75 de la Constitution, d'autre part, par l'article 311-14 du Code civil. Le premier de ces textes permet de garantir le maintien des deux statuts personnels, *i.e.* statut de droit commun et statut coutumier kanak, au sein de la République française et les juges en ont déduit l'absence de primauté d'un statut sur l'autre. Partant, selon la Cour d'appel de Nouméa, l'établissement du second lien de filiation à l'égard d'un parent de statut différent ne modifie pas le statut de l'enfant. Le second texte, l'article 311-14 du Code civil, est la règle de conflit de lois applicable en matière de filiation et elle attribue compétence à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Bien que le Code ne le précise pas expressément, cette règle est normalement utilisée uniquement pour régir les conflits

¹⁶ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, 12^e consid.

¹⁷ CA Nouméa, Ch. civ., 3 sept. 1990, deux arrêts : RG 316/89 et RG 90/1169.

¹⁸ Selon ce texte « Le statut civil coutumier peut être demandé au bénéfice d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale.

La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts du mineur, ou de l'un de ses ascendants, descendants ou collatéraux sont insuffisamment préservés. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée.

La demande de changement de statut fait l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales. Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime dispose d'un délai d'un mois à compter de la publication pour former opposition ».

internationaux de lois en matière de filiation¹⁹. Or, s'il est certain que l'inexistence de règles de conflit internes est une véritable difficulté juridique et qu'il existe une urgence indéniable à établir de telles règles, le recours aux règles de droit international privé est contestable puisque, par essence, la situation n'a rien d'international. La Nouvelle-Calédonie a un statut *sui generis* lui conférant une autonomie dans de nombreux domaines, mais elle demeure un territoire français. Le conflit de normes qui existe ici oppose la coutume kanak au droit civil commun ; il n'a donc rien d'international. La Cour d'appel de Nouméa, sans doute consciente de la fragilité de cet argument, n'argue plus aujourd'hui que de la seule égalité des statuts pour maintenir sa position et continuer sa résistance à l'interprétation du Conseil constitutionnel²⁰. Compte tenu de la constance de cette jurisprudence, de l'absence de décision de la Cour de cassation en la matière et de la difficulté à justifier la solution du Conseil constitutionnel autrement que par la primauté du statut de droit commun sur le statut coutumier, la solution de la Cour d'appel doit être préférée à celle du Conseil constitutionnel.

Une dernière situation peut se présenter. Il est possible que l'enfant soit né d'un couple mixte de concubins et que ce couple se marie ultérieurement. Là encore, aucun texte ne régit la question du statut de l'enfant et de son éventuel changement de statut. Face à cette situation, se fondant sur le mécanisme de la légitimation qui existait encore en 1990, la Cour d'appel de Nouméa a décidé que l'enfant qui était de statut coutumier comme sa mère acquiert le statut de droit commun de son père à compter de la célébration du mariage²¹. Dans cette décision également, il est possible de reprocher à la Cour d'appel d'avoir fondé sa décision sur des règles de conflit propres au droit international privé²². Mais elle s'appuie aussi sur l'article 42 de la délibération du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier²³ qui conditionne la validité du mariage mixte à une célébration par un officier de l'état civil de droit commun. Partant, elle considère que tous les effets du mariage relèvent du droit commun, ce qui entraîne la mise en œuvre du mécanisme de la légitimation par mariage. Bien que la légitimation ait disparu lors de la réforme du droit de la filiation, la même solution pourrait être déduite de l'article 9 de la

¹⁹ La section II du Code civil dans laquelle est inscrit l'article 311-14 s'intitule « Du conflit de lois relatives à la filiation » et non « Du conflit international de lois relatives à la filiation ». Il est donc théoriquement envisageable de l'appliquer aux conflits internes de normes applicables à la filiation. Néanmoins, il ne fait guère de doute que le législateur avait uniquement les conflits internationaux à l'esprit lorsqu'il a adopté ce texte.

²⁰ V. En particulier, CA Nouméa, Ch. cout., 11 mars 2013, RG 12/00348 : RJPENC 2013-1, n° 21, Jur. p. 147, obs. E. Cornut.

²¹ CA Nouméa, Ch. civ., 3 sept. 1990, RG 90/1169.

²² En l'occurrence les anciens articles 331 et 332-1 du Code civil qui ont été abrogés par la réforme de la filiation au 1^{er} janvier 2005.

²³ Délibération n° 424 du 3 avril 1967, JONC, 27 avril 1967 p. 360.

loi organique, quoique son extension au changement de statut de l'enfant ne soit pas évidente. En effet, le rapport juridique mixte est le mariage entre les parents de l'enfant et, éventuellement, l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le parent, pas la détermination du statut de l'enfant.

Dans chacune de ces règles de détermination du statut de l'enfant, il n'est jamais question de tenir compte du lieu de naissance de l'enfant. Ni le législateur, ni la jurisprudence ne laissent supposer que les règles seraient différentes selon que l'enfant est né sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie ou non. Certes, les affaires jugées par la Cour d'appel de Nouméa impliquaient toutes des situations entièrement locales. Pour autant, aucun attendu inscrit dans ces décisions relatives à la transmission des statuts ne laisse penser que la solution aurait été différente en cas de naissance hors territoire calédonien.

Les rares décisions impliquant des personnes de statut coutumier nées en métropole n'ont pas pour objet l'attribution ou la transmission du statut coutumier en tant que tel. Elles font un amalgame des fondements (art. 11, 12, 13 al. 1 ou 15 de la loi organique de 1999) et de l'objet possible des demandes (changement, revendication ou constatation de statut)²⁴. L'article 15 de la loi organique, seul texte applicable à la constatation du statut coutumier et non à son changement, n'est pas toujours visé et il n'est fait mention d'aucun caractère déclaratif. Dès lors, il est même impossible de déterminer si la décision implique un changement de statut pour l'avenir ou s'il s'agit bien de la constatation de l'appartenance de l'intéressé au statut coutumier depuis sa naissance²⁵. Sans doute l'utilisation de l'article 15 comme fondement d'une action en revendication de statut justifiée par la possession d'état de statut coutumier dans l'affaire Saïto n'est-elle pas étrangère à ces amalgames²⁶.

Même lorsque la détermination du statut ne pose aucune difficulté, *i.e.* lorsque les deux parents sont de statut coutumier, la naissance en France entraîne des difficultés auxquelles la question de l'enregistrement de la naissance par l'autorité publique hors territoire calédonien est loin d'être étrangère.

²⁴ Sur ces différentes actions possibles, v. P. Dalmazir et P. Deumier, « Le contentieux préalable du changement de statut », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 26.

²⁵ Pour un exemple de décision, v. TPI Nouméa, section détachée de Koné, 23 décembre 2010, RG10/00085. Dans cette affaire, un enfant était né en métropole de deux parents de statut coutumier. Le jugement fait pourtant état d'un changement de statut et vise l'article 11 de la loi organique et non l'article 15.

²⁶ CA Nouméa 29 septembre 2011, RG n° 2011/46, Madame le Procureur Général contre Saïto, D. 2011, p. 2904, note P. Gourdon. Et Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n°12-30.154 : JCP G. 2013, 986, note E. Cormut ; D. 2013, p. 2092, note I. Dauriac ; JDI 2014, comm. 8, note S. Sana-Chaillé de Néré. 794 et JCP G, 2013, 39, act. n° 986.

B. L'enregistrement du statut coutumier par l'autorité publique hors territoire calédonien

La coexistence des statuts se traduit sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie par une dualité de service et de registre de l'état civil. Le principe est extrêmement simple et en paraphrasant le Doyen Carbonnier il peut être résumé par l'expression suivante : A chacun son statut, à chacun son état civil²⁷. Les actes de l'état civil des personnes de statut civil de droit commun doivent ainsi être enregistrés par le service de l'état civil de droit commun conformément au droit commun²⁸. Les actes de l'état civil des personnes de statut civil coutumier doivent, quant à eux, être établis et conservés par les services de l'état civil coutumier et sont régis par la délibération du 3 avril 1967²⁹.

Les deux états civils présentent des différences importantes, ne serait-ce que par le nombre de registres et d'actes qui existent. En effet, dans le souci d'être la plus conforme possible au droit coutumier, la délibération a prévu qu'en plus des actes de naissance, de reconnaissance, de mariage, de décès et d'enfant sans vie, il devait être établi des actes de dissolution du mariage coutumier³⁰ et d'adoption coutumière³¹, ces deux « événements » étant extrajudiciaires en droit coutumier. On notera également qu'en plus des registres classiques, il existe un registre dit de « recensement »³², souvent appelé « registre de tribu » en pratique, dont l'objet est la conservation de tous les événements intéressant l'état civil des membres d'une même tribu³³. Il est comparable à une sorte de livret de famille de la tribu qui serait conservé par l'autorité publique. En plus de ces différences d'actes et de registres, les règles gouvernant les déclarations et les mentions qui doivent être inscrites dans les actes sont souvent bien différentes de celles du droit commun. Au-delà du reflet de l'état des personnes, l'état civil est en Nouvelle-Calédonie le reflet du statut. Partant, il s'est développé une sorte de présomption

²⁷ Sur l'ensemble de l'état civil coutumier, V. C. Bidaud-Garon, « L'état civil coutumier », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 367.

²⁸ On notera toutefois que la compétence en matière d'état civil a été transférée à la Nouvelle-Calédonie le 1^{er} juillet 2013. A l'heure actuelle, aucune loi de pays n'a encore été adoptée et la réglementation de l'état civil de droit commun reste similaire à celle prescrite par le droit étatique. Seule la question du transfert du greffier à l'officier de l'état civil de la compétence en matière d'enregistrement des PACS est sujette à difficulté. Sur cette question, v. C. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille... », préc.

²⁹ Préc.

³⁰ Art. 44 et 45 de la délibération du 3 avril 1967.

³¹ Art. 37 à 39 de la délibération du 3 avril 1967.

³² Art. 3 à 7 de la délibération du 3 avril 1967.

³³ Sur les distinctions entre les différentes autorités et entités coutumières (clan, tribu, conseil de clan, aire coutumière etc.), v. G. Nicolas, « Le rôle des autorités et institutions coutumières », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 338.

entre état civil et statut : les personnes ayant des actes de l'état civil coutumier sont présumées de statut coutumier et les personnes ayant des actes de l'état civil de droit commun sont présumées de statut civil de droit commun.

Lorsqu'un enfant de statut coutumier naît en métropole, une difficulté surgit inéluctablement puisqu'il n'existe pas de service d'état civil coutumier hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie. Pour autant, il existe une obligation territoriale de déclaration des naissances survenant en France auprès de l'officier de l'état civil français³⁴. Dès lors, les parents de l'enfant de statut coutumier n'ont pas d'autre choix que de déclarer la naissance au service de l'état civil métropolitain, *i.e.* au service de l'état civil de droit commun. L'enfant de statut coutumier aura alors un acte de naissance de droit commun et compte tenu de la présomption de conformité existant entre état civil et statut, il aura bien des difficultés à faire valoir la réalité de son statut. Dans cette hypothèse la difficulté ne vient pas de la détermination du statut de l'enfant, mais de l'élément factuel qu'est le lieu de naissance. De plus, les règles de compétence *ratione loci* des officiers de l'état civil coutumier ne sont pas clairement définies par la délibération de 1967. La logique commande toutefois que les naissances et les décès soient déclarés au lieu de leur survenance. Dès lors, non seulement une naissance survenue hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie ne peut jamais être inscrite dans les registres de l'état civil coutumier, mais en plus, comme aucun système de transcription des actes métropolitains dans les registres de l'état civil coutumier n'a été prévu dans une telle hypothèse, il n'est pas possible de procéder à l'inscription de l'enfant dans le « bon » registre de l'état civil.

Le problème peut être illustré par une décision du TPI de Nouméa du 20 septembre 2012³⁵. Dans cette affaire, l'enfant dont les deux parents sont de statut coutumier, est né à Bordeaux et a donc été déclaré à l'état civil de cette ville. Les parents, souhaitant que le statut coutumier de leur enfant soit établi, ont saisi le Tribunal de Nouméa d'une requête en accession au statut coutumier. Après avoir précisé que la requête s'analysait « *aussi bien en une action en revendication de statut qu'en une demande d'accession au statut coutumier kanak* », le tribunal a ordonné qu'un acte de naissance coutumier soit dressé pour l'enfant. Le dispositif est toutefois formulé de manière très étonnante : « *Ordonne qu'à la requête du procureur de la République l'acte de naissance correspondant au nouveau statut de l'intéressé soit dressé sur les registres de l'état civil coutumier de la commune de son lieu de naissance, soit celui de NOUMEA et en*

³⁴ Art. 55 du Code civil *in fine*.

³⁵ TPI Nouméa, 20 septembre 2012, RG n° 12/00844. En Nouvelle-Calédonie, il n'existe qu'une seule juridiction de première instance dénommée Tribunal de première instance.

marge des différents exemplaires de l'acte de naissance ». L'enfant est né à Bordeaux... Si l'on peut comprendre le pragmatisme des magistrats confrontés à une telle situation, on ne peut que se désoler d'un tel vide juridique. Dans l'hypothèse de la naissance hors territoire calédonien d'un enfant de statut coutumier, il y a une incompatibilité matérielle entre les règles et la situation factuelle. La naissance doit être déclarée au lieu de survenance de cet événement, mais celui-ci ne possédant pas de registre coutumier, il n'est pas possible de faire enregistrer l'enfant au service de l'état civil conforme à son statut. Il n'existe à l'heure actuelle aucune solution pour que l'enfant puisse avoir un état civil conforme à son statut. On pourrait songer *a minima* à l'apposition d'une mention indiquant le statut civil coutumier de l'enfant sur l'acte de naissance enregistré à l'état civil de droit commun de métropole. En l'état du droit, c'est impossible en raison de l'interdiction faite aux officiers de l'état civil d'apposer une mention non prévue par les textes³⁶, mais rien n'empêche le législateur étatique d'introduire une telle possibilité. Certes, la concordance entre le statut et l'état civil ne serait pas parfaite, mais la solution aurait au moins le mérite d'éviter aux intéressés de saisir le tribunal pour faire constater le statut coutumier de leur enfant. Un tel dispositif pourrait être utilement complété par la création, par le législateur calédonien, de règles de transcription de ces actes de naissance métropolitains revêtus de la mention « statut coutumier » dans les registres de l'état civil coutumier de Nouméa ou d'une autre commune de Nouvelle-Calédonie. Au-delà, le législateur calédonien pourrait parfaitement décider de créer des registres de l'état civil des personnes de statut coutumier hors de Nouvelle-Calédonie, comme il existe un service de l'état civil pour les Français de l'étranger à Nantes. Dans cette hypothèse, il serait possible de combiner les deux propositions et de faire transcrire l'acte de naissance métropolitain indiquant la mention « statut coutumier » sur le registre des personnes de statut coutumier hors de Nouvelle-Calédonie.

On le voit, la naissance hors territoire calédonien d'une personne de statut coutumier pose de réelles difficultés en termes de constatation du statut coutumier. On rappellera que les actes de l'état civil sont censés refléter le statut et non le déterminer. L'enfant ayant deux parents de statut coutumier est également de statut coutumier à sa naissance, comme le prévoit l'article 10 de la loi organique. Le lieu de la naissance (*ie.* en Nouvelle-Calédonie, ailleurs en France ou même à l'étranger) n'a aucune incidence sur cette règle. Mais cet enfant étant pourvu d'acte de l'état civil de droit commun, il sera considéré comme de statut de droit commun à moins que ses parents ou lui-même lorsqu'il aura atteint sa majorité ne se résolvent à saisir le juge, ce qui

³⁶ Art. 35 du Code civil.

est souvent délicat pour une personne de culture kanak. Celle-ci est avant tout basée sur le palabre et la solution négociée. La saisine du juge est l'ultime recours et elle est souvent mal vécue, au point que certains préféreront continuer à vivre sous l'apparence du statut de droit commun. Elles devront alors renoncer à leurs droits sur la terre coutumière et à l'application du droit coutumier à leurs droits civils, les deux étant conditionnés par le statut coutumier qu'elles ont, mais qu'elles ne peuvent prouver.

On aurait pu espérer que l'effectivité du statut coutumier soit mieux garantie lorsqu'il ne s'agit ni de sa détermination, ni de son enregistrement hors territoire calédonien. Il n'en est rien... L'effectivité du statut coutumier est tout aussi aléatoire lorsque des personnes de statut kanak choisissent de faire leur vie hors territoire calédonien.

II. VIVRE HORS TERRITOIRE CALÉDONIEN

Vivre hors territoire calédonien peut recouvrir nombre de problématiques. Seules les questions de la filiation coutumière hors territoire (A) et du statut conjugal des personnes de statut coutumier hors territoire seront envisagées (B).

A. La filiation coutumière hors territoire calédonien

Pour comprendre les problèmes liés à l'établissement de la filiation, il est nécessaire de préciser que dans le droit coutumier, la notion même de filiation revêt un sens différent de celui du droit commun. L'enfant est avant tout l'enfant d'un clan, avant même d'être l'enfant de ses parents³⁷. A sa naissance, il est automatiquement relié à sa mère considérée comme « la femme-porteuse de vie »³⁸. Il entre dans le clan de sa mère et à son encontre, la filiation ne fait pas de doute en droit coutumier³⁹. Pour être relié à son père et ainsi passer du clan maternel au clan paternel, le père devra accomplir des gestes coutumiers.

³⁷ Sur les réalités que recouvrent la filiation coutumière, v. CA Nouméa, ch. cout. 20 mars 2014, RG n° 12/519. La clarté avec laquelle la filiation en droit coutumier est expliquée dans cette décision mérite d'être saluée. Elle est partiellement reproduite in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 379. *Addé A. Leca, Précis de droit civil coutumier kanak*, CDP NC, 3^e éd., 2018, p. 129, n°21 et s. Et R. Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridique infra-étatiques*, LGDJ, Droit et Société, 2010, p. 303 et s.

³⁸ V. A. Leca, *ibid.* et réf. citées.

³⁹ Les conditions d'inscription de cette filiation maternelle dans l'acte de naissance coutumier de l'enfant ne sont toutefois pas très claires. La délibération de 1967 est des plus obscures et du côté de la jurisprudence, tantôt elle semble tendre vers une inscription automatique de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, tantôt elle exige que la mère fasse une reconnaissance d'enfant (v. TPI Nouméa, sect. Koné, 25 août 1993, RG n° 76/93).

Lorsque les parents sont mariés, le père doit présenter l'enfant aux membres de son clan et chacun d'entre eux doit dire s'il accepte ou non cet enfant. Lorsque les parents ne sont pas mariés, les gestes coutumiers à accomplir sont différents. En effet, le mariage est avant tout une union interclanique. Dès lors, la naissance d'un enfant hors mariage implique nécessairement que le couple s'est uni sans avoir reçu l'accord préalable des clans. Si le père souhaite établir sa filiation et ainsi faire entrer l'enfant dans son clan, il devra donc d'abord accomplir un geste de pardon. Il devra ensuite faire un geste de réservation de l'enfant. En outre, ce n'est que si ces deux gestes sont acceptés par le clan maternel que la filiation paternelle sera établie. Quel que soit le lien unissant les parents, c'est l'accomplissement des gestes coutumiers par le père qui permet à l'enfant d'entrer dans le clan paternel, exception faite de l'hypothèse dans laquelle l'enfant est adopté coutumièvement⁴⁰.

Du point de vue de l'état civil coutumier, la filiation n'est pourtant pas appréhendée de la même manière selon que les parents sont mariés ou non. Si les parents sont mariés, rien n'est prévu hormis l'inscription du nom des père et mère dans l'acte de naissance, sans pour autant que la délibération de 1967 régissant l'état civil coutumier ne fasse de distinction entre les enfants nés en mariage ou hors mariage⁴¹. Le texte semble avoir raisonné comme en droit commun et avoir fait application d'une sorte de présomption de paternité, *i.e.* il ne tient pas compte des gestes coutumiers qui doivent pourtant être accomplis.

Si les parents ne sont pas mariés, l'article 35 de la délibération de 1967 prévoit que « la reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé ». Dans la quasi-totalité des cas, la mère sera le premier parent connu et il lui appartiendra de donner son accord au père pour qu'il puisse effectuer une reconnaissance d'enfant⁴².

Si le couple de statut coutumier donne naissance à un enfant en métropole, l'établissement de la filiation maternelle ne posera guère de problème, le droit coutumier ne prévoyant aucun geste à accomplir. En revanche, il faudra impérativement que le père accomplisse les gestes coutumiers auprès du clan maternel lors d'un séjour en Nouvelle-Calédonie pour que sa filiation

⁴⁰ Sur l'adoption coutumière, v. H. Fulchiron, « La filiation », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., spéc. p. 80 et s.

⁴¹ Art. 33 b) de la délibération de 1967, préc.

⁴² On n'entrera pas ici dans le débat de savoir si le fait de soumettre la reconnaissance d'enfant par le père à l'accord de la mère est conforme à la Convention EDH et à la CIDE.

soit établie et que l'enfant entre dans son clan. En effet, dans tous les cas, le droit coutumier conditionne l'établissement de la filiation paternelle à l'accomplissement des gestes coutumiers. A défaut, la filiation ne sera pas établie selon le droit coutumier.

Pourtant, si les parents sont mariés et possèdent un acte de l'état civil coutumier qui le prouve et s'ils se présentent à l'état civil de droit commun pour déclarer la naissance de leur enfant, il est quasiment certain que l'officier de l'état civil ne se posera pas la question du statut des intéressés et du droit applicable à l'établissement de la filiation. Au vu de l'acte de mariage, il inscrira le nom des deux parents dans l'acte de naissance de l'enfant, comme il l'aurait fait pour un enfant de statut de droit commun.

Si les parents ne sont pas mariés et si le père se présente à l'état civil de droit commun pour effectuer une reconnaissance d'enfant, il est tout aussi certain que l'officier de l'état civil métropolitain ne se posera pas la question du statut de cette personne. Il est tout à fait probable qu'il accepte de recevoir cette reconnaissance et qu'il l'inscrive sur l'acte de naissance de l'enfant. L'officier de l'état civil s'en tiendra assurément à la nationalité française du père, tant la question des statuts coutumiers est méconnue en dehors des territoires dont ils sont originaires.

Le résultat de l'établissement de cet acte de naissance et de cet acte de reconnaissance si les parents ne sont pas mariés est alors particulièrement incongru : il existera un acte de l'état civil, *i.e.* un acte public et authentique, qui fera foi d'un état de la personne qui n'existe pas puisqu'il n'a pas été établi conformément au droit qui régit le statut de cette personne. En effet, on l'a dit, l'article 7 de la loi organique de 1999 et l'interprétation qu'en a fait la Cour de cassation ne laissent aucun doute quant à la compétence de la coutume kanak pour régir les droits civils des personnes de statut coutumier, la filiation en faisant évidemment partie. Ni la loi organique, ni la Cour de cassation ne font référence à une quelconque territorialité de la règle qui serait restreinte à la Nouvelle-Calédonie. De plus, compte tenu de l'unité de compétence qui existe ici entre autorité pouvant établir la filiation et droit applicable à la filiation, on pourrait presque dire de la confusion entre les deux puisque c'est l'acceptation des gestes coutumiers par les autorités coutumières (les membres du clans) qui établit la filiation, aucune réponse ne peut venir du seul législateur étatique ou calédonien. C'est la coutume elle-même qui doit autoriser une présentation des gestes *via* un système de procuration, voire de « visioconférence » pour respecter l'oralité inhérente à la coutume, pour que la filiation puisse être établie conformément au droit coutumier. La coutume a certes des bases ancestrales, mais elle n'est nullement figée. Surtout, il ne serait en réalité pas question de changer la règle coutumière, seulement d'envisager une mise en œuvre faisant appel aux moyens techniques actuels, ce que ne semblent

pas refuser les autorités coutumières.

Au-delà de son établissement, ce sont les effets de la filiation qui risquent d'être totalement transformés lorsque la famille de statut coutumier vit hors territoire calédonien. En droit coutumier, on l'a dit, l'enfant est avant tout l'enfant du clan. Ainsi, « l'autorité parentale est collective, elle ne se réduit pas au père et à la mère »⁴³. L'enfant est en quelque sorte placé sous l'autorité collective du clan auquel il appartient et si c'est le clan paternel, ce sera sous la surveillance du clan maternel qui a un droit de regard sur les décisions prises vis-à-vis de l'enfant⁴⁴. Cela ne signifie pas que les parents n'ont aucun rôle dans l'éducation de leur enfant, ils s'occupent de lui au quotidien et prennent les décisions qui le concernent. Toutefois, ils ne sont pas seuls à décider et ils ne peuvent aller contre une décision que le clan aurait prise à l'égard de leur enfant. De la même manière, les obligations alimentaires qui existent des parents envers leurs enfants en droit commun n'ont pas la même résonnance en droit coutumier. C'est avant tout sur le clan auquel appartient l'enfant que pèse « l'obligation de prendre en charge et nourrir les enfants »⁴⁵. A propos d'un enfant dont la filiation paternelle était établie, la Cour d'appel de Nouméa a ainsi pu affirmer que dans cette hypothèse, il existe une « obligation pour le clan paternel de protéger, d'éduquer et d'élever l'enfant » et que « nulle obligation alimentaire n'incombe au clan maternel (utérin) »⁴⁶. Il arrive que le parent membre du clan auquel l'enfant appartient soit tenu de verser une pension alimentaire. Mais dans cette hypothèse, il est visé en tant que membre du clan auquel appartient l'enfant plus qu'en tant que parent de l'enfant. Ainsi, lorsque l'enfant appartient au le clan paternel, il est de jurisprudence constante qu'il n'est pas possible de condamner la mère au versement d'une pension alimentaire alors qu'elle ne réside plus avec l'enfant et qu'elle n'en assume pas la charge⁴⁷.

Si un litige à propos de l'autorité parentale ou d'une pension alimentaire survient en métropole, on imagine sans peine les difficultés d'application du droit coutumier. Avant tout, comme l'officier de l'état civil, il y a de fortes chances que le juge ne se pose pas la question du statut des intéressés, qu'il s'en tienne à leur nationalité française et qu'il leur applique donc le droit commun. En admettant qu'il soit informé du statut coutumier des intéressés, ne serait-ce qu'en

⁴³ TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, RG 12/18.

⁴⁴ Sur ce point, v. CA Nouméa, ch. cout. 20 mars 2014, RG n° 12/519. *Adde V. Poux, « L'autorité parentale », in La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien, op. cit., p. 91 et s.*

⁴⁵ CA Nouméa, 21 juillet 2011, n° 11/214.

⁴⁶ CA Nouméa, 11 octobre 2012, n°11/531.

⁴⁷ *Ibid.*

raison de son allégation par l'une des parties, peut-il appliquer le droit coutumier ? En principe, le droit l'y oblige, l'article 7 de la loi organique de 1999 est on ne peut plus clair sur ce point. Mais, d'une part, il existe une difficulté de connaissance et de preuve du contenu du droit coutumier. La coutume est par essence orale, il n'existe pas code de droit coutumier et peu d'ouvrages lui sont consacrés⁴⁸. C'est d'ailleurs pour cette raison que la chambre coutumière du TPI et la Cour d'appel de Nouméa siègent avec deux assesseurs coutumiers lorsque l'affaire n'implique que des personnes de statut coutumier et porte sur une question relevant de la compétence de la coutume ou encore lorsque le litige est relatif à une terre coutumière quel que soit le statut des parties. On pourrait toutefois objecter que le juge métropolitain peut avoir accès au droit coutumier soit au travers de la jurisprudence des juridictions siégeant en Nouvelle-Calédonie, soit en demandant un certificat de coutume à un jurisconsulte coutumier⁴⁹. Le mécanisme est bien connu quant à la preuve du contenu du droit étranger, il peut parfaitement être utilisé pour le droit coutumier. D'autre part, si la teneur du droit coutumier est établie, il est possible que le juge métropolitain soit quelque peu en difficulté pour son application. Il n'y a pourtant pas d'obstacle insurmontable. D'abord, pour ce qui est de l'accord du clan pour les décisions graves relatives à l'enfant, on pourrait parfaitement imaginer un système dans lequel le juge métropolitain demanderait à son homologue de Nouvelle-Calédonie de requérir un officier public coutumier afin que celui-ci recueille et consigne dans un acte coutumier⁵⁰ cet accord clanique. Quant à la mise en place d'une pension alimentaire versée par le clan, des solutions pourraient également être trouvées. Le clan, contrairement à la famille, est doté de la personnalité juridique⁵¹. Dès lors, il est possible de lui enjoindre de verser une pension alimentaire. Au-delà, le parent de l'enfant, pris en tant que membre du clan, peut lui

⁴⁸ On notera toutefois que nombreux d'éléments peuvent être connus et compris grâce notamment aux ouvrages suivants : *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie - Aux sources d'un droit commun coutumier*, GIP Droit et Justice 2001, PUAM, 2003, R. Lafargue ; *adde La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit. ; *Précis de droit civil coutumier kanak*, E. Leca, op. cit ; *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Dir. E. Cornut et P. Deumier, op. cit ainsi que la base de données créée à l'occasion de la recherche GIP Justice *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, consultable sur : <http://coutumier.univnc.nc>.

⁴⁹ Outre les membres de la Case juridique kanak, les officiers publics coutumiers, qui sont en quelque sorte des « notaires » de droit coutumier, pourraient remplir cette fonction ainsi que les conseils coutumiers et le sénat coutumier. D'autres auteurs ont imaginé la mise en place d'une question préjudicelle coutumière, v. E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc., spéc. n° 93 et s.

⁵⁰ L'acte coutumier est un acte créé par la loi du pays du 15 janvier 2007 (relative aux actes coutumiers, JONC 30 janvier 2007 p. 647). Il est établi par les officiers publics coutumiers relativement à des personnes de statut coutumier kanak. Il a valeur authentique dans un certain nombre de cas, spécialement en matière de statut civil coutumier et de propriété coutumière.

⁵¹ CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532. Sur cette question, v. E. Cornut, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, Dir. C. Castets-Renard et G. Nicolas, éd. L'Harmattan, 2015, p. 125et s.

aussi se voir obligé de verser des aliments. En revanche, le juge métropolitain devra se fonder sur le droit coutumier dans ses motifs et non sur le droit commun. A l'heure où le Règlement de l'Union européenne dit « aliments »⁵² et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007⁵³ mettent en place tout un système d'unification des règles de conflit et de coopération internationale pour permettre aux enfants de percevoir des aliments de ceux qui leur en doivent en quelque pays qu'ils se trouvent, il serait tout de même regrettable qu'au niveau interne, cela s'avère impossible.

B. Le statut conjugal des personnes de statut coutumier hors territoire calédonien

En droit commun, les couples peuvent aujourd'hui choisir entre trois modes de conjugalité : le mariage, le PACS et le concubinage. En droit coutumier, seul le mariage et le concubinage existent.

Le mariage coutumier⁵⁴ est une cérémonie coutumière qui ne requiert à aucun moment l'intervention d'un officier de l'état civil. Depuis la loi de pays instaurant les actes coutumiers⁵⁵, il est de plus en plus fréquent de voir ce type d'acte rédigé à l'occasion d'un mariage coutumier sans que cela ne soit pour autant obligatoire. Du point de vue de l'état civil coutumier, aucune formalité préalable au mariage n'est requise. L'acte de l'état civil coutumier de mariage sera établi sur simple déclaration des époux dans un délai de trente jours à compter de la cérémonie⁵⁶. On l'a dit, le mariage coutumier est avant tout un accord interclanique. Dès lors, le consentement des époux ne suffit pas, il requiert également l'accord des chefs de clan⁵⁷. Il ne se déroule toutefois pas obligatoirement en terre coutumière. En revanche, certains membres du clan, en particulier les oncles maternels⁵⁸, doivent être présents lors de la célébration et toute une série de coutumes d'échange doit avoir lieu. Dès lors, il est bien difficile de concevoir la célébration d'un mariage coutumier en métropole. L'application du droit coutumier ne requiert certes qu'un critère *ratione personae*, en l'occurrence le statut coutumier des futurs époux, et

⁵² Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

⁵³ Protocole de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007.

⁵⁴ Sur le mariage coutumier, v. B. Cagnon, « Le mariage coutumier », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 42. Adde A. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit. p. 112, n° 19.

⁵⁵ Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007 préc.

⁵⁶ Art. 40 de la délibération de 1967.

⁵⁷ Sur la nécessité du consentement des deux époux, on notera l'article 69 de la Charte du peuple kanak qui l'exige expressément.

⁵⁸ Art. 68 de la Charte du peuple kanak.

l'accord des chefs de clans pourrait être consigné dans un acte coutumier, mais la célébration sur le territoire métropolitain paraît impossible pour deux raisons. La première tient à la nature même du mariage dans la coutume kanak. Le mariage est pour la société kanak un événement social dont les clans sont les témoins, spécialement les oncles utérins. Il paraît dès lors difficile de concevoir la célébration du mariage coutumier en dehors du territoire calédonien. La seconde est liée à l'unité de compétence entre autorité coutumières et droit coutumier pour la célébration du mariage coutumier. En effet, s'il est conceivable en droit international privé que l'officier de l'état civil applique la loi étrangère aux conditions de fond du mariage, on voit difficilement comment il pourrait se conformer aux règles coutumières qui ne distinguent pas les règles de fond et de forme et qui ne conçoivent pas la célébration d'un mariage coutumier par une autorité non coutumières. Là encore, aucune solution ne semble pouvoir être trouvée à défaut d'évolution des règles coutumières. Si tel était le cas, on pourrait imaginer un système de procurations données par les oncles utérins à d'autres membres du clan présents sur le territoire métropolitain auquel s'ajouteraient la réalisation des coutumes d'échanges entre les clans hors de la présence des futurs époux. Le témoignage de l'ensemble du clan ferait toutefois défaut.

En ce qui concerne le concubinage, le sort que lui réserve la coutume est relativement ambivalent. Bien que toléré, il peut parfois être vu comme une marque de défiance envers les autorités coutumières puisque celles-ci n'ont pas donné leur accord à cette union. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'établissement de la filiation paternelle hors mariage implique une coutume de pardon. Pourtant, de manière assez surprenante, la coutume kanak lui accorde parfois des effets équivalents à ceux du mariage. Il en va ainsi spécialement en matière de succession. La loi du pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak⁵⁹ consacre une véritable vocation successorale pour le concubin survivant sur les biens du défunt situés hors terre coutumière. Cette loi n'est certes pas du droit coutumier, mais du droit civil calédonien applicable à raison du statut coutumier du défunt. Toutefois, elle reprend et consacre les règles et les principes coutumiers pour ce qui est de la détermination des successibles et donne donc une vision assez claire des règles de droit coutumier existant en matière de succession, bien que ces règles puissent varier d'une aire

⁵⁹ Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, JONC 5 juin 2018, p. 7131. Sur cette loi, v. C. Bidaud-Garon, « Aperçu critique de la Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », *in Cahier du LARJE – Veille et éclairage juridiques*, Dir. C. Bidaud-Garon, 2018-6, décembre 2018, p. 6, <https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2018/12/Cahier-du-LARJE-Veille-et-éclairage-juridiques-n°3-2018-Version-numérique.pdf>.

coutumière à l'autre. Le concubinage ne requérant aucun geste coutumier particulier, ni aucun enregistrement auprès de l'état civil coutumier, le concubinage de personnes de statut coutumier vivant en métropole n'entraîne aucune difficulté particulière. Seule la question de l'applicabilité de la loi du pays relative aux successions des personnes de statut kanak par le notaire métropolitain en cas de décès d'un concubin de statut coutumier sur le territoire métropolitain pourrait se poser, mais elle dépasse largement le cadre des présents développements.

Pour ce qui est du PACS, il n'existe pas dans la coutume kanak. Dès lors les personnes de statut coutumier n'y ont pas accès pour organiser leur union. Le statut kanak étant régi par le droit coutumier, la solution est des plus logiques et s'applique sans difficulté en Nouvelle-Calédonie. En revanche, il est de plus en plus fréquent que les services de l'état civil coutumier soient saisis de demandes de transcription de PACS enregistrés en métropole à propos de personnes de statut coutumier. Là encore, c'est l'ignorance de l'existence et du régime juridique du statut coutumier qui est à l'origine des difficultés. Les officiers de l'état civil et avant eux les greffiers des tribunaux d'instance s'arrêtent à la nationalité française des intéressés. Ils ne s'interrogent jamais sur leur statut. Les conséquences de la nullité de ces PACS peuvent être lourdes, non seulement pour les intéressés qui peuvent se croire à tort unis par un pacte civil de solidarité, mais aussi pour les tiers, spécialement pour les créanciers de ce couple. Le même raisonnement pourrait être conduit au niveau du mariage entre personnes de même sexe. Ce type de mariage n'existe pas non plus dans la coutume et par conséquent, il n'aurait aucun effet. Il serait toutefois intéressant de connaître la position du juge métropolitain compte tenu de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil selon lequel « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Même en faisant abstraction du statut coutumier et du droit coutumier le régissant, le recours à la loi de la résidence habituelle semble permettre la célébration du mariage. Certes, cet article est inscrit dans le chapitre IV bis relatif aux conflits de lois, ce qui sous-entend qu'il n'est pas applicable aux conflits internes de droit. Pour autant, il paraît bien délicat de refuser à deux personnes de même sexe de statut coutumier le droit de se marier alors que le législateur français a souhaité marquer très fortement sa faveur à ce type d'union au point de l'autoriser aux étrangers dont le statut personnel le prohibe. Il y aurait là une incohérence juridique bien difficilement justifiable⁶⁰.

⁶⁰ Sur la faveur du législateur français envers les mariages entre personnes de même sexe, v. l'article 171-9 du Code civil. V. égal. H. Fulchiron, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à

Reste le cas de la dissolution du mariage coutumier⁶¹ hors territoire métropolitain qui est tout aussi problématique. Comme le mariage est une union interclanique, la dissolution de cette union passe elle aussi nécessairement par l'accord des chefs de clans. La volonté des époux est insuffisante à dissoudre le mariage. En outre, il ne s'agit pas d'une procédure judiciaire. Le juge ne sera saisi qu'en cas de difficulté et, dans cette hypothèse, il statuera conformément au droit coutumier en étant assisté de deux assesseurs coutumiers. Dès lors, des époux de statut coutumier peuvent-ils dissoudre leur mariage en métropole ? Pour cela, il faudrait *a minima* imaginer que, comme pour le mariage, le juge demande à son homologue de Nouvelle-Calédonie qu'il requière un officier public coutumier en vue de l'établissement d'un acte coutumier contenant le consentement des chefs de clans. Il devrait ensuite statuer selon le droit coutumier. Sur un plan purement technique, cela semble envisageable. Toutefois, ce serait vite oublier que la dissolution du mariage coutumier se fait autour et à l'issue d'un palabre visant à concilier les époux et surtout les clans quant aux conséquences de la dissolution du mariage. Peut-on alors songer au divorce par consentement mutuel déjudicarisé ? Il faudrait imaginer que le palabre se déroule grâce à une « visioconférence » et que l'acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire corresponde à l'acte coutumier dressant le procès verbal de palabre tout en respectant les conditions prévues par l'article 229-3 du Code civil. Il y aurait alors quasiment une application cumulative des deux droits.

Au niveau des effets de la dissolution du lien matrimonial, on précisera que l'enfant restera attaché au clan de son père, responsable de son éducation et débiteur de l'obligation alimentaire. Dit autrement, l'épouse sera autorisée à quitter le clan de son mari, mais elle ne pourra s'installer hors du clan avec ses enfants si les autorités coutumières s'y opposent. Compte tenu de l'évolution du droit commun (*i.e.* la faveur du législateur envers la résidence alternée afin de favoriser le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents) et de la jurisprudence des juridictions internes et internationales, il sera sans doute très délicat pour un juge métropolitain de saisir toutes les nuances et la logique de la coutume kanak.

On le voit, l'efficacité et l'opposabilité du statut coutumier hors du territoire calédonien est sujette à bien des difficultés dont plusieurs ne trouvent pas de solution dans le droit positif.

la peine... », JCP G 2012, doctr.1317 ; *Adde* « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du “mariage pour tous” », JDI 2013, p. 1055.

⁶¹ Sur la dissolution du mariage coutumier, v. A. Leca, *Précis de droit civil coutumier*, op. cit., p. 123, n° 20.

Garantir l'existence du statut coutumier dans la Constitution était une chose importante, mais il serait temps aujourd'hui de s'assurer de son effectivité sur l'intégralité du territoire de la République. La sécurité juridique a besoin de règles de conflit internes de normes adaptées aux différentes situations ; l'article 7 de la loi organique est très insuffisant pour couvrir toutes les hypothèses. Au-delà, ce sont des mécanismes et des outils comme la création de procédure et de registres qui seraient utiles. Les législateurs étatique et calédonien ne sont toutefois pas les seuls responsables des différents écueils juridiques existants. La coutume kanak doit elle aussi accepter quelques évolutions et adaptations si elle veut permettre une efficacité du statut coutumier au-delà de la Nouvelle-Calédonie. On constatera finalement que le droit français est plus à l'aise avec les conflits internationaux qu'avec les conflits internes et, même s'ils sont plus nombreux, il est regrettable d'être confronté à autant d'incertitudes sans même quitter le territoire français.