

Septembre 2022

RAPPORT N°18.19



Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice

La place de la coutume à Mayotte

Sous la direction de

ÉLISE RALSER,
HUGUES FULCHIRON,
AURÉLIEN SIRI,
ÉTIENNE CORNUT



Rr
**RAPPORT DE
RECHERCHE**

Sous la direction de :

Élise RALSER,

Professeur à l'Université de La Réunion, directrice adjointe de la fédération de recherche
« Observatoire des sociétés de l'océan Indien » (OSOI)

Hugues FULCHIRON,

Professeur agrégé des Facultés de droit, Conseiller SE à la Cour de cassation, Directeur du Centre de droit de la famille
(Université Jean Moulin Lyon 3)

Aurélien SIRI,

Maître de conférences, directeur du Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte,
Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles d'Aix-Marseille Université (UR 4690)

Étienne CORNUT,

Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne, Directeur du CERCRID (UMR CNRS 5137),
chercheur associé au LARJE

L'équipe :

Équipe Louis JOSSERAND (EA 3707) – Université Jean Moulin Lyon 3
CRJ (Centre de recherche juridique, EA 14) – Université de La Réunion
CERCRID (UMR CNRS 5137) – Université Jean Monnet Saint-Étienne
LDPSC – Aix Marseille Université (UR 4690)
LARJE (EA 3329) – Université de la Nouvelle-Calédonie

Ont également contribué à la recherche :

Amina ALI SAÏD,

Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion, Centre de Recherche Juridique

Clotilde AUBRY DE MAROMONT,

Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion, Centre de Recherche Juridique

Betty BAROUKH,

Vice-présidente chargée des fonctions de juge d'instruction, en fonction à Mamoudzou depuis octobre 2016

Louis-Augustin BARRIÈRE,

Professeur en histoire du droit à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Christine BIDAUD,

Professeure à l'université Jean-Moulin Lyon 3, Co-directrice du Centre de droit de la famille, Équipe Louis Josserand

Sékolène de BRETAGNE,

Directrice du GIPL-Commission d'Urgence Foncière de Mayotte

Aurore CAMUZAT,

Doctorante contractuelle du Centre de droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon 3, Équipe Louis Josserand

Fleur DARGENT,

Maître de conférences en droit public, Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte

Vincent EGEA,

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à Aix-Marseille Université,
Directeur du Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles (UR n° 4690)

François HERMET,

Maître de Conférences à l'Université de La Réunion, CEMOI

Antoine HOCHET,

Maître de conférences en anthropologie, Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte, UMR Savoirs, Environnement, Société (IRD-CIRAD-Université Montpellier 3 Paul Valéry)

Céline KUHN,

Maître de conférences à la Faculté de Droit et d'Économie de La Réunion

Moinamaoulida MADI,

Doctorante en droit, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, OMIJ EA 3177, ED 88 DSP

Thierry MALBERT,

Anthropologue, Maître de conférences HDR en Sciences de l'éducation, Université de La Réunion, Laboratoire de recherche sur les espaces Créoles et Francophones EA : 7390

Yves MOATTY,

Ancien magistrat et vice-président du Tribunal de première instance de Mamoudzou

Bertheline MONTEIL,

Magistrat honoraire, Présidente de la commission d'urgence foncière de Mayotte

Valérie PARISOT,

Professeur à l'Université de Rouen Normandie, Centre Universitaire Rouennais d'Études juridiques (CUREJ) – EA 4703

Mathilde Philip-Gay,

Professeure de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Co-directrice du Centre de droit constitutionnel EDPL – EA 666

Pascal PUIG,

Professeur à l'Université de La Réunion, Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie

Nicolas ROINSARD,

Maître de conférences en sociologie, Université Clermont Auvergne, Laboratoire d'études sociologiques sur la construction et la reproduction sociales (LESCORES).

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien de l'Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice (IERDJ, ex. Mission de recherche Droit & Justice, convention n° 2018.07.04.09). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de l'Institut.

Sommaire

<i>Membres de l'équipe de recherche</i>	8
<i>Introduction</i>	13
Partie I – LES CONTOURS DE LA COUTUME MAHORAISE	21
Chapitre 1/ Connaissance de la coutume. Approche anthropologique Nicolas ROINSARD	23
Chapitre 2/ La protection constitutionnelle de la coutume Fleur DARGENT	43
Chapitre 3/ Le statut de la coutume à Mayotte. Approche historique Louis-Augustin BARRIERE	55
Partie II – LES DOMAINES DE LA COUTUME MAHORAISE	69
Chapitre 1/ Le domaine personnel. Les Mahorais : oui, mais lesquels ?	71
Section 1/ Les critères d'appartenance au statut personnel Valérie PARISOT	71
Section 2/ La preuve de l'appartenance au statut personnel : L'état civil à Mayotte Christine BIDAUD et Aurore CAMUZAT	116
Section 3/ Mayotte : le défi démographique François HERMET	126
Chapitre 2/ Le domaine matériel du statut personnel mahorais et de la coutume Élise RALSER	137
Partie III – LA COUTUME MAHORAISE EN PRATIQUE	153
Chapitre 1/ La réception de la coutume par les professionnels	155
Section 1/ Les acteurs judiciaires de la coutume	155
§ 1 – Évolution de la justice cadiale. Approche juridique Aurélien SIRI	155
§ 2 – Statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l'office du juge étatique ? Betty BAROUKH	167
§ 3 – Les autorités judiciaires à l'épreuve des coutumes (substantielles et processuelles) Vincent ÉGEA	180

Section 2/ Les acteurs non judiciaires de la coutume.....	191
§ 1 – Connaissance et acteurs de la coutume	
Thierry MALBERT	191
§ 2 – Notariat et droit local à Mayotte	
Céline KUHN	201
§ 3 – Les Cadis à Mayotte. Approche anthropologique	
Thierry MALBERT	212
Chapitre 2/ La réception de la coutume par les Mahorais	225
Section 1/ Les relations familiales. La personne et la famille.....	225
§ 1 – Mariage et coutumes à Mayotte	
Vincent ÉGEA	225
§ 2 – La pratique du divorce à Mayotte : entre essor du droit commun et survivance du statut civil de droit local	
Amina ALI SAID	235
§ 3 – L'établissement de la filiation à Mayotte	
Valérie PARISOT	246
§ 4 – L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores	
Yves MOATTY	296
§ 5 – La capacité de la femme mahoraise	
Moinamaoulida MADI	299
§ 6 – Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte. Faits sociaux et coutumes face à l'institution judiciaire	
Betty BAROUKH	309
Section 2/ Les relations patrimoniales et foncières. Les terres	349
§ 1 – Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte : Existe-t-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ?	
Bertheline MONTEIL et Ségolène DE BRETAGNE	349
§ 2 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche anthropologique	
Antoine HOCHET	356
§ 3 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche juridique (Synthèse et propositions)	
Pascal PUIG	370

<i>Partie IV – L’ENCADREMENT DE LA COUTUME MAHORAISE.....</i>	393
Chapitre 1/ L’impossible identification de la coutume	
Clotilde AUBRY DE MAROMONT	395
Chapitre 2/ Statut personnel et droits et libertés fondamentaux	
Hugues FULCHIRON	403
Chapitre 3/ Le principe constitutionnel de laïcité dans le contexte mahorais	
Mathilde PHILIP-GAY	429
<i>Partie V – LA COUTUME MAHORAISE ET LES STATUTS PERSONNELS DANS LES</i>	
<i>OUTRE-MER DE LA RÉPUBLIQUE. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-</i>	
<i>Calédonie, Wallis et Futuna)</i>	
Étienne CORNUT.....	447
Chapitre 1/ Un traitement différent entre les trois statuts particuliers	449
Chapitre 2/ Quel avenir ?	457
<i>Conclusion.....</i>	467
<i>Annexes.....</i>	475
<i>Bibliographie générale.....</i>	493
<i>Table des matières</i>	513

Membres de l'équipe de recherche

Amina ALI SAÏD, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion, Centre de Recherche Juridique

Clotilde AUBRY DE MAROMONT, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion, Centre de Recherche Juridique

Betty BAROUKH, Vice-présidente chargée des fonctions de juge d'instruction, en fonction à Mamoudzou depuis octobre 2016

Louis-Augustin BARRIERE, Professeur en histoire du droit à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Christine BIDAUD, Professeure à l'université Jean-Moulin Lyon 3, Co-directrice du Centre de droit de la famille, Équipe Louis Josserand

Ségolène DE BRETAGNE, Directrice du GIPL-Commission d'Urgence Foncière de Mayotte

Aurore CAMUZAT, Doctorante contractuelle du Centre de droit de la famille, Université Jean Moulin Lyon 3, Équipe Louis Josserand

Étienne CORNUT, Professeur à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne, Directeur du CERCRID (UMR CNRS 5137), chercheur associé au LARJE

Fleur DARGENT, Maître de conférences en droit public, Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte

Vincent EGEA, Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à Aix-Marseille Université, Directeur du Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles (UR n° 4690)

Hugues FULCHIRON, Professeur agrégé des Facultés de droit, Conseiller SE à la Cour de cassation, Directeur du Centre de droit de la famille (Université Jean Moulin Lyon 3)

François HERMET, Maître de Conférences à l'Université de La Réunion, CEMOI

Antoine HOCHET, Maître de conférences en anthropologie, Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte, UMR Savoirs, Environnement, Société (IRD-CIRAD-Université Montpellier 3 Paul Valéry)

Céline KUHN, Maître de conférences à la Faculté de Droit et d'Économie de La Réunion

Moinamaoulida MADI, Doctorante en droit, Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, OMIJ EA 3177, ED 88 DSP

Thierry MALBERT, Anthropologue, Maître de conférences HDR en Sciences de l'éducation, Université de La Réunion, Laboratoire de recherche sur les espaces Créoles et Francophones EA : 7390

Yves MOATTY, Ancien magistrat et vice-président du Tribunal de première instance de Mamoudzou

Bertheline MONTEIL, Magistrat honoraire, Présidente de la commission d'urgence foncière de Mayotte

Valérie PARISOT, Professeur à l'Université de Rouen Normandie, Centre Universitaire Rouennais d'Études juridiques (CUREJ) — EA 4703

Mathilde PHILIP-GAY, Professeure de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Co-directrice du Centre de droit constitutionnel EDPL — EA 666

Pascal PUIG, Professeur à l'Université de La Réunion, Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie

Élise RALSER, Professeur à l'Université de La Réunion, Directrice adjointe de la fédération de recherche « Observatoire des sociétés de l'océan Indien » (OSOI)

Nicolas ROINSARD, Maître de conférences en sociologie, Université Clermont Auvergne, Laboratoire d'études sociologiques sur la construction et la reproduction sociales (LESCORES).

Aurélien SIRI, Maître de conférences en droit privé, Directeur du Centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte, Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles d'Aix-Marseille Université (UR 4690)

Remerciements

La direction scientifique tient à remercier chaleureusement l'ensemble des membres de l'équipe de recherche, enseignants-chercheurs, magistrats, doctorants, qui ont accepté de participer à ce projet au long cours. Chacun a permis, par son expérience et sa connaissance du terrain et de l'outre-mer, de donner à ce rapport sa dimension pluridisciplinaire – juridique bien entendu, mais aussi anthropologique, sociologique, historique – qui était nécessaire pour comprendre la place de la coutume mahoraise dans une société unique et complexe en pleine mutation.

Cette recherche n'aurait pu être menée à bien sans l'apport précieux des nombreux acteurs du terrain – magistrats et greffiers, avocats, notaires, cadis, officiers de l'état civil, fonctionnaires, associations – qui ont accepté de témoigner de leur expérience, approche et conception du sujet.

Dès l'origine, ce projet a été accueilli très favorablement par la Première Présidente de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, le Président du tribunal judiciaire de Mamoudzou et par la Direction de la médiation et de la cohésion sociale du conseil départemental. Ces soutiens ont été particulièrement précieux pour l'organisation des rencontres et des entretiens avec les acteurs de la coutume.

L'Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice (IERDJ, ex. Mission de recherche Droit & Justice) sera enfin remerciée pour son soutien constant et renouvelé. Dans un contexte marqué par la crise sanitaire mondiale rendant complexe voire impossible les déplacements depuis et vers Mayotte, la Mission a fait preuve de compréhension, en prolongeant d'une année la durée du contrat, nous permettant de mener à bien la réalisation des entretiens, matériau essentiel du projet.

Introduction

§ 1 – Contexte de la recherche

L'article 75 de la Constitution, selon lequel « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut de droit civil commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé » permet aux Mahorais, en théorie, de continuer à être régis par la coutume, pour toutes les questions relevant, dans un sens élargi, de leur statut personnel. Si cet ensemble inclut la capacité, l'état de la personne, ses relations familiales extrapatrimoniales comme patrimoniales, la coutume mahoraise est elle-même entendue ici dans un sens large, car le statut personnel mahorais présente la particularité de puiser en réalité à deux sources. D'une part, la coutume puise dans le *Minhâdj Al Talibin* (dont l'orthographe varie d'un auteur à l'autre, que l'on peut traduire par *Le guide des zélés croyants*), recueil d'aphorismes et de préceptes fondés sur la Charia réunis par Al Nawawi, un juriste de Damas, de rite chafite, complété par le *fath al quarib*, le *kétab el tambin* et le *fath el moeni*, traités également de rite chaféite. D'autre part, la coutume intègre des éléments africains et malgaches, dont l'origine remonte à la période préislamique.

Ce dualisme des sources interpelle. Les statuts personnels particuliers de l'article 75 de la Constitution sont souvent qualifiés de « coutumiers », comme c'est effectivement le cas en Nouvelle-Calédonie¹, ou encore de « statut de droit local », comme à Mayotte² et à Wallis et Futuna³. Cette dualité de sources pose ici plus qu'ailleurs la question du sens à donner à la « coutume » compte tenu du caractère polysémique du mot et de l'absence de définition dans les textes, voire de son utilisation par certains textes dans des sens différents⁴. Faut-il la comprendre au sens strict (règle de droit « spontané »⁵, le plus souvent de source populaire), ce qui renverrait plutôt aux usages et pratiques d'origine est-africaine et malgache, ou faut-il y intégrer les règles d'origine religieuse transcrites dans le *Minhâdj* ?

Dans un premier sens, la coutume peut être entendue au sens de statut personnel tel qu'inscrit à l'article 75 de la Constitution. Elle se caractérise donc par la dualité de sources déjà évoquée.

Dans un deuxième sens, qui apparaît dans certains textes anciens⁶ et dans des écrits, la coutume s'entend des coutumes bantoues et malgaches, par opposition au *Minhâdj*.

Dans un troisième sens, la coutume ou plutôt les coutumes recouvrent l'ensemble des usages et des pratiques sociales considérés comme obligatoires par les personnes qui y sont soumises.

¹ Art. 7 et s. de la loi organique n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie.

² Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

³ Art. 5 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer.

⁴ L'article 6, alinéa 2, du décret du 1^{er} juin 1939 complété par l'arrêté du 13 juillet 1944 place les coutumes indigènes au même rang que le droit musulman. Le second alinéa de l'article 7 de la délibération du 3 juin 1964 a érigé les traditions orales de Mayotte en source du statut personnel de droit local.

⁵ P. Deumier, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002.

⁶ Cf. *supra* note 4.

C'est dans ce sens très large que sociologues et anthropologues, notamment, entendent généralement le terme.

La recherche, quant à elle, porte sur la coutume au sens de l'article 75 de la Constitution : elle comprend les usages bantous et malgaches ainsi que les règles de droit musulman, *i.e.* l'ensemble des règles qui régissent la société mahoraise et dont le constituant garantit le respect aux personnes de statut local.

Il est peu probable que les habitants de Mayotte fassent ces distinctions, qu'ils soient ou non de statut civil de droit local, musulmans ou non, qu'ils soient simples citoyens ou praticiens du droit. Il semble que la question de la place de la coutume à Mayotte soit aussi celle de la place qu'y occupent la religion et la pratique religieuse. La recherche conduit également à se pencher sur la confusion parfois faite entre le coutumier et le culturel, la coutume et la tradition, la coutume et la pratique, les usages... Or un « statut » régissant l'état de la personne ne peut contenir que des règles de droit, des normes à caractère juridiquement contraignant. Lorsqu'il est affirmé que la coutume est toujours bien vivante à Mayotte, en pratique, fait-on allusion à la tradition culturelle ou à la véritable coutume au sens juridique ?

Alors, que reste-t-il aujourd'hui exactement de la coutume mahoraise ? Quelle est également sa place par rapport au droit commun ?

La question de la concurrence entre la coutume au sens de statut personnel de droit local avec le droit commun est directement liée à l'évolution statutaire de Mayotte. Si le processus de départementalisation n'a pas remis en cause le principe d'application de règles particulières garanti par l'article 75 de la Constitution, la volonté « d'accompagner » l'évolution statutaire de Mayotte a conduit le législateur à diverses adaptations vidant peu à peu le domaine de la coutume locale de son contenu, notamment pour le mettre en conformité avec les droits et libertés fondamentaux garantis par les lois de la République, et à transférer les compétences juridictionnelles et notariales des cadis, autorités de « droit local », vers les juges et notaires dits « de droit commun ».

Ainsi, aux termes de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes, le juge de droit commun est désormais la seule juridiction compétente pour connaître des litiges impliquant des Mahorais relevant du statut personnel coutumier, dans les matières qui continuent d'en relever, sauf renonciation. Auparavant cette compétence pouvait relever (au choix de l'intéressé) des juridictions cadiales. De même, la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte, ratifiant l'ordonnance précitée, a abrogé l'intégralité de la délibération n° 64-12 bis de la Chambre des députés des Comores et mit fin aux fonctions notariales des cadis. Quelques années encore en arrière, c'est leur rôle en matière d'état civil qui avait été remis en cause. La délibération du 17 mai 1961 avait déjà transféré une partie de l'état civil aux chefs de canton et aux maires, mais les cadis avaient conservé leur compétence en matière d'actes de mariage, de divorce et de jugement supplétif d'acte de l'état civil⁷. Plusieurs modifications ont plus tard été entreprises, formalisées par deux ordonnances du 8 mars 2000, relatives au nom et à l'organisation de l'état civil et par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration qui a mis fin à la nécessaire présence du *cadi* en mairie pour la célébration du mariage. Officiellement démis, donc, de leurs attributions juridictionnelles et notariales, et de leurs attributions en matière d'état civil, les cadis n'ont pas

⁷ Articles 17, 25, 26 et 27 anciens, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

pour autant été désinvestis de toutes fonctions et assurent désormais – officiellement – une mission de « médiation et de cohésion sociale ».

Il semblerait toutefois que, officieusement, les cadis n'aient pas complètement perdu leur autorité auprès de la population mahoraise qui peine à comprendre ou à admettre leur remplacement brutal par des représentants de l'État qui n'ont pas, à ses yeux, la même aura, ni surtout la même connaissance de la coutume, partant la même légitimité à l'interpréter pour intervenir dans les familles et régler les problèmes familiaux.

L'objet de la recherche présentée est dès lors d'étudier de quelle façon ces principes sont mis en pratique, à la fois par les justiciables et par les praticiens du droit, de manière à mieux connaître la coutume elle-même, la façon dont son application est appréhendée, vérifier si cela contribue ou non à une meilleure compréhension d'une République qui se veut laïque, dans un jeune département français ultramarin, complexe et unique, marqué par de fortes tensions sociales, où 95 % de la population est de confession musulmane. L'étude a aussi pour ambition de mieux comprendre quel(s) rôle(s) jouent les représentants de l'État (officiers ministériels, juges...), mais aussi certaines associations et certains acteurs de la société civile. Enfin, l'intérêt de la recherche à Mayotte réside autant dans l'application de la coutume par le représentant de l'État que dans sa non-application, dans le fait de recourir à l'autorité de droit commun que dans le fait de ne pas y recourir, dans la revendication de la coutume devant le juge ou le praticien du droit ou tout autre interlocuteur public, que dans sa non-revendication au profit du droit commun. Cette recherche offre aussi l'occasion de s'interroger sur une éventuelle permanence des pratiques dans le recours aux autorités traditionnelles pour régir les relations familiales, y compris les différends familiaux, ce malgré la réduction des domaines régis par la coutume et le transfert de compétence réalisé au profit du juge civil. Cela pose la question de la concurrence de deux modes de régulation qui se déploient en parallèle, dont l'un régit la société en profondeur et l'autre en surface seulement, et, au-delà, de l'efficacité des politiques menées depuis plus de vingt ans pour « éradiquer » la coutume.

§ 2 – Méthodologie de la recherche

Le projet initialement défini entendait s'appuyer sur l'expertise acquise lors de la recherche sur *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*⁸. S'il existe des différences fondamentales entre les deux terrains d'étude, il y a des problématiques comparables, outre le fondement constitutionnel commun, liées à l'articulation entre corpus normatifs différents, à la prise en compte des minorités ou au respect des droits fondamentaux. Pour autant, non seulement les contextes sociaux et politiques sont dans l'un et l'autre cas très particuliers, mais encore les raisons et les enjeux de l'application (ou de la non-application) de la coutume ne sont pas les mêmes : revendiquée devant le juge en Nouvelle-Calédonie, elle ne l'est pas à Mayotte, quand bien même la société resterait très largement régie par elle ; l'articulation entre droit commun et coutume en est bouleversée. Mais, surtout, s'ajoute à Mayotte une dimension religieuse qui inscrit le cas mahorais dans des problématiques plus générales.

Pour autant, les connaissances acquises, les obstacles théoriques et pratiques rencontrés et les questions de méthode résolus dans le cadre de la recherche en Nouvelle-Calédonie ne pouvaient

⁸ Rapport de recherche pour le GIP-Justice, 2016, sous la direction d'Étienne Cornut et de Pascale Deumier, <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/lintegration-de-la-coutume-dans-le-corpus-normatif-contemporain-en-nouvelle-caledonie-2/>

que constituer une expérience précieuse pour l'équipe. Elles l'ont effectivement été, mais dans un sens tout à fait différent de ce qui avait été imaginé : elles ont permis de prendre très vite conscience de la nécessité de repenser complètement les outils de recherche et d'en construire de nouveaux.

Telle qu'elle était prévue, la recherche reposait en effet sur deux types de travaux :

– *Une étude des décisions rendues en matière familiale par le juge de droit commun depuis 2010.* Ces décisions devaient faire l'objet d'un recueil systématique, avec constitution d'une base de données sur le modèle de la recherche menée en Nouvelle-Calédonie⁹. À terme, cette base aurait pu être ouverte à des utilisateurs extérieurs, notamment aux magistrats, et servir de référence documentaire sur la thématique en donnant accès au corpus le plus complet sur le droit local mahorais.

Il s'agissait donc d'opérer une recension systématique des décisions de justice depuis que les juridictions de droit commun ont acquis la compétence d'appliquer la coutume. L'accès à des décisions devait se faire directement auprès des juridictions qui avaient donné leur autorisation à cette fin.

Trois types d'analyses devaient être menées : une étude des cas, des conditions et des modalités d'application ou de mise à l'écart de la coutume ; une analyse des décisions dans lesquelles le juge n'applique pas la coutume en s'interrogeant sur les causes de cette inapplication (absence d'invocation de la coutume ou mise à l'écart pour des raisons liées à des considérations « d'ordre public » ?) ; une étude thématique des décisions rendues dans le domaine matériel du statut local : état des personnes, mariage (partiellement), divorce (partiellement), filiation, autorité parentale, obligation alimentaire, régimes matrimoniaux, successions. La problématique aurait été ici, notamment, de connaître et comprendre la coutume telle qu'elle est comprise et appliquée par le juge, de comparer les solutions retenues avec le droit commun, d'analyser l'évolution de la jurisprudence dans le temps. Ces travaux devaient être complétés par des analyses de questions transversales sur la place et sur le rôle de la coutume telle qu'ils dussent apparaître directement ou indirectement dans les décisions.

– *Des entretiens de type semi-directif avec les différents acteurs évoqués* (magistrats, avocats, notaires, huissiers, policiers et gendarmes, officiers de l'état civil, travailleurs sociaux et responsables associatifs) ; une autre série d'entretiens concernait les cadis et leurs anciens secrétaires-greffiers. Ces entretiens visaient à évaluer, notamment, la connaissance et le suivi des décisions rendues ; l'appréciation de la prise en compte de la coutume par la juridiction et les professionnels du droit (en particulier des notaires pour les questions relatives aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités) ; la perception qu'ont ces acteurs du statut civil local ; la manière dont la coutume est appréhendée depuis la réforme de 2010.

Or, dès les premiers entretiens réalisés avec les magistrats en poste à Mayotte, il est apparu que les juges n'appliquaient pas la coutume dans leurs décisions. Certes, ils avaient conservé la culture de son application avant 2011 par des magistrats en poste avant cette date. Ainsi, des décisions et des documents présentant la coutume à l'intention des futurs magistrats se transmettent de cabinet en cabinet. Mais les magistrats en poste avant 2011 sont pour la plupart partis vers d'autres juridictions, ont été affectés à des fonctions qui ne concernent pas les matières coutumières ou ont été admis à prendre leur retraite. De plus, les mouvements de

⁹ Voir le site *Droit coutumier en Nouvelle-Calédonie* : <https://coutumier.unc.nc/>

magistrats sont fréquents à Mayotte, avec l'arrivée de nouveaux juges, qui prennent parfois leur premier poste au sortir de l'École nationale de la magistrature et qui très souvent repartent au bout de quelques années. Il est donc difficile pour eux, malgré l'intérêt que certains ont manifesté pour ces questions lors des entretiens, de se consacrer à des problèmes d'une grande complexité.

Les décisions dont la mémoire judiciaire demeure chez les magistrats actuellement en poste sont donc des décisions datant d'avant la réforme de 2010, celles-là même qui avaient été évoquées dans la phase de construction du projet.

De même les rencontres avec les responsables des greffes, qui par leur permanence constituent la véritable « mémoire » judiciaire des juridictions mahoraises, ont été très intéressantes, et ont d'ailleurs permis de pressentir l'importance du rôle du greffe comme médiateur entre le justiciable et le juge, ne serait-ce que parce que les greffiers parlent la langue des intéressés. Mais ces entretiens ont aussi conduit à une conclusion similaire de non-application de la coutume.

Il apparaît ainsi que la coutume n'est pas invoquée devant le juge par les parties et leurs conseils, et que le juge lui-même ne procède pas d'office à son application. Si, comme l'ont dit certains magistrats, ils la prennent en considération pour penser leur décision afin de l'adapter aux réalités locales et aux attentes des parties, ils ne s'y réfèrent pas en tant que telle dans leurs motifs et moins encore dans leur dispositif. Au vu de ce constat, la constitution d'une base de données jurisprudentielles n'avait plus de sens... faute de données.

D'un point de vue scientifique, il s'agit là d'un premier résultat de la recherche : la coutume mahoraise n'est pas appliquée par le juge de droit commun, dont il a pourtant seul la compétence depuis 2011 et alors même que d'après les textes elle devrait l'être au regard de ses domaines personnel et matériel.

Les raisons de la non-application judiciaire de la coutume à Mayotte sont complexes et mériteront une analyse approfondie. Une des hypothèses à vérifier serait que les motifs qui conduisent les Mahorais à recourir au juge « étatique » pour régler tel ou tel problème sont très particuliers : destinées aux autorités étatiques comprises au sens large (juridictions, administrations, organismes sociaux à Mayotte, à La Réunion ou en Métropole), ces décisions semblent appeler, du moins dans l'esprit des justiciables et peut-être de leurs conseils, l'application du droit commun, alors même qu'elles auraient vocation à être régies par la coutume.

Pour comprendre les raisons d'une telle situation, la recherche a dû être réorientée vers le seul travail sur entretiens, en l'enrichissant par rapport à ce qui avait été initialement prévu. Cette reconstruction est intervenue suffisamment tôt pour ne pas bouleverser *a priori* le calendrier de la recherche. Mais elle a requis une plus forte présence de l'équipe à Mayotte et à La Réunion. Le contexte local ne permettait pas en effet de travailler avec un système d'entretiens par correspondance : pour appréhender une réalité complexe, pour essayer de déchiffrer des discours parfois contradictoires, selon les interlocuteurs et même, dans certains cas, au fil d'un même entretien selon la façon dont la question est posée, un contact direct avec les personnes interrogées était indispensable.

§ 3 – Terrains et données ayant servi de support à la recherche

C'est dans ce cadre défini ci-dessus que plusieurs séries d'entretiens ont été effectuées.

Ils se sont déroulés, pour la plupart, dans les premiers mois de l'année 2019, et jusqu'au début de l'année 2020. Plusieurs séries ont été menées à Mayotte : par Aurélien Siri, directeur du centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte, accompagné du professeur Hugues Fulchiron (25 février – 2 mars 2019), du professeur Élise Ralser (8 – 10 avril 2019), du docteur Thierry Malbert (26 juin – 3 juillet 2019), ou encore du professeur Vincent Egéa (9 mars 2020). Quelques entretiens ont été menés à La Réunion par le professeur Élise Ralser, où se situe la cour d'appel dont le ressort géographique s'étend jusqu'à Mayotte : avec le professeur Hugues Fulchiron (2 – 7 mars 2019) et avec le docteur Clotilde Aubry de Maromont (juin et décembre 2019).

Parallèlement (et, précédemment, entre octobre 2018 et février 2019) l'équipe de Mayotte avait déjà pris contact avec certains référents, notamment le président et le vice-président du tribunal de grande instance de Mamoudzou, le procureur de la République ainsi qu'avec le magistrat coordonnateur du service des affaires familiales. Certains (comme un juge des tutelles) avaient alors déjà spontanément fourni quelques rapports ou documents (relatifs notamment à la protection des majeurs vulnérables ou sur la place de la coutume dans les actes juridictionnels relatifs à la famille à Mayotte).

Toutefois, à partir de mars 2020, le travail sur le terrain a été fortement perturbé par l'avènement de la pandémie et l'instauration d'un état de crise sanitaire qui a fortement remis en cause le calendrier de la recherche. Le report d'une année du terme du projet a été accordé par l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice. Pour autant la situation sanitaire a été telle sur les années 2020 et 2021 que les restrictions au voyage vers Mayotte ont été maintenues, contraignant l'équipe à renoncer aux ultimes entretiens envisagés.

Cette situation n'a cependant pas fondamentalement nuit, sur le fond, à la recherche. Le panel des personnes interrogées a volontairement été très varié, l'équipe n'ayant pas souhaité se limiter au personnel judiciaire ou aux praticiens du droit. Dès l'origine l'équipe a considéré l'apport scientifique indéniable que pourraient avoir les rencontres avec des représentants de la société civile et du monde politique.

Ont été ainsi interviewés des magistrats et anciens magistrats, avocats, notaires, officiers de l'état civil, agents du greffe, anciens secrétaires-greffiers de cad, archivistes, agents territoriaux, responsables d'organismes sociaux, travailleurs sociaux ou membres d'associations, mais aussi personnes et agents du monde socio-éducatif ou du secteur économique privé. La liste complète des entretiens figure en annexe du présent rapport de recherches.

Pour entamer et mener ces échanges, un guide d'entretien semi-directif a été élaboré (en annexe du rapport) et utilisé pour la plupart des entretiens. D'autres entretiens ont été menés de façon non directive, sur la base d'échanges plus informels. À chaque fois les principaux questionnements ont été posés et il y a été répondu. Les entretiens organisés de vive voix ont été davantage porteurs d'enseignements. Le questionnaire a en effet parfois été transmis par voie électronique, mais les retours écrits ont été quasi nuls : seul un ancien magistrat (avec lequel l'équipe était en soi en contact régulier) a fait parvenir ses réponses.

Certains entretiens ont été enregistrés et une partie retranscrite (lorsque c'était possible). Idéalement, il en aura aussi été fait une synthèse ou un compte rendu, afin d'en faciliter l'exploitation par le reste de l'équipe.

L'ensemble des données, résultats, dossiers et fichiers de travail a été partagé entre les membres de l'équipe, disséminés à Mayotte, à La Réunion et en France métropolitaine, par l'intermédiaire d'un système de partage de fichiers (Cloud). Ce système de partage était destiné à faciliter les échanges entre les membres de l'équipe, à accéder aux différents outils de la recherche, ainsi qu'à collecter et mettre en commun toute la documentation relative au thème de la recherche : comptes-rendus des réunions de travail et des missions ; calendrier ; liste des thématiques retenues ; courrier type facilitant les démarches et les prises de contact ; agenda et liste des entretiens, guide semi-directif ; enregistrements et synthèses d'entretiens ; documentation (bibliographies, textes officiels, jurisprudence, doctrine...) ; notes, schémas et fiches pratiques ; documents collectés auprès des différents interlocuteurs (magistrats, avocats...).

§ 4 – Plan du rapport

Sur la base des données collectées lors de ces entretiens, des travaux menés sur ces questions par des universitaires, juristes, historiens ou sociologues principalement, des témoignages écrits de magistrats en poste à Mayotte et de la jurisprudence rendue sur la période antérieure à la départementalisation, le rapport de recherche interroge la place de la coutume mahoraise dans le système juridique et institutionnel français et, au-delà, celle du pluralisme juridique et de la reconnaissance d'un droit à l'identité des « populations d'outre-mer » (art. 72-3 de la Constitution) au sein du peuple français.

Les enjeux théoriques sont multiples : comment définir la coutume ? Quel est le fondement de sa reconnaissance institutionnelle ? Quelle est sa place dans l'évolution institutionnelle de Mayotte ? À qui s'applique-t-elle et pour quels rapports juridiques ? Quel est le régime procédural de sa mise en œuvre ? Quel est le rôle du *cadi* ? Quelles sont les limites à cette juridicité de la coutume, notamment au regard des principes fondamentaux et des valeurs républicaines, notamment de l'égalité et de la laïcité ?

Les enjeux pratiques de la recherche sont également redoutables : est-ce que les justiciables s'adressent au juge de droit commun ou continuent-ils à recourir à la fois aux règles et aux autorités « traditionnelles » pour régir leurs relations familiales, y compris leurs différends familiaux, ce qui signifierait qu'une justice familiale informelle fonctionne parallèlement à la justice officielle ? Ce recours éventuel a-t-il dans l'esprit du justiciable une fonction créatrice de droits et obligations au sens civil du terme ou des droits et obligations moraux ou religieux ? Quel est alors le rôle reconnu à la justice officielle dans la régulation des relations sociales en général et des relations familiales en particulier ? De façon plus précise : comment pour chaque question relevant de son domaine matériel la coutume mahoraise est-elle comprise et interprétée par les autorités chargées de l'appliquer ? Sous ce prisme seront étudiées en particulier les questions relatives au mariage et sa dissolution, à la filiation, la capacité ou encore les violences intrafamiliales, ainsi que les rapports patrimoniaux du champ notarial. En outre, la question foncière sera étudiée, de façon approfondie et sous plusieurs approches, tant elle soulève des difficultés pratiques en raison d'un désordre foncier endémique, ce même si la question de l'application de la coutume ne se pose pas directement.

Au-delà de ses enjeux théoriques et pratiques, la réflexion sur la place de la coutume revêt une importance capitale dans le cadre des débats sur l'intégration de Mayotte dans la République,

tant il est vrai que le juge est non seulement le représentant de l'État, mais aussi le gardien des principes et des valeurs de la République, notamment des principes de liberté et d'égalité. De ce point de vue, l'étude de la place de la coutume à Mayotte constitue le miroir de la complexité et, à bien des égards, des contradictions d'une société mahoraise en pleine mutation. Et parce qu'une partie de ce qui constitue la coutume mahoraise est fondée sur la *Charia*, la place qui lui est juridiquement reconnue ou qu'elle occupe *de facto*, la façon dont le juge de droit commun l'applique ou ne l'applique pas, les relations complexes que la population mahoraise, mais aussi les autorités françaises, entretiennent avec elle, constituent un révélateur des tensions qui traversent la société française dans son ensemble.

Ce sont à toutes ces questions et enjeux que la recherche collective sur *La place de la coutume à Mayotte* s'est donnée comme objectif de répondre.

À cette fin, le rapport s'articulera en cinq mouvements.

Il s'agira tout d'abord de définir les contours de la coutume mahoraise, ce dans une perspective pluridisciplinaire (juridique, sociologique et historique), afin de mesurer pleinement la complexité des enjeux au regard de passé, du présent et de l'avenir, autant que poser les bases des analyses suivantes (**1^{re} partie : Les contours de la coutume mahoraise**).

Il s'agira ensuite d'identifier, d'une part, les destinataires du statut personnel (qui relève de ce statut ? Comment identifier les intéressés ? Quelle est leur importance démographique ?) et, d'autre part, son champ d'application matériel (quelles sont les droits et rapports juridiques relevant de la coutume ? Sous quelles limites ?). Ces questions *a priori* simples, se révèlent en réalité d'une complexité extrême. Elles sont d'ailleurs apparues assez diversement comprises lors de nombreux entretiens menés, alors même que leur résolution est un préalable indispensable à la bonne application de la coutume, rendant une clarification nécessaire (**2^e partie : Les domaines de la coutume mahoraise**).

Il s'agira également d'analyser les « pratiques » de la coutume, c'est-à-dire la manière dont la coutume est réceptionnée aussi bien par les Mahorais eux-mêmes, que par les professionnels chargés de l'interpréter (juge, cadí, notaire, avocat et plus largement les acteurs sociaux et de la vie civile qui peuvent, dans leurs fonctions, y être confrontés), principalement dans le domaine familial, mais aussi dans le domaine foncier qui est une source importante de problèmes spécifiques à Mayotte (**3^e partie : La coutume mahoraise en pratique**).

Ces éléments posés et compris, il s'agira aussi d'aborder des problématiques transversales que soulève l'application de la coutume mahoraise, liées à la difficulté de son identification, ainsi qu'à sa confrontation avec les droits fondamentaux ou la laïcité (**4^e partie : L'encadrement de la coutume mahoraise**).

Dans une optique de comparaison et pour clore l'analyse, il s'agira enfin de s'interroger sur la place qu'occupent la coutume et les statuts personnels ultramarins dans le système juridique français et, plus loin, sur le rapport que la République entretient avec les coutumes de ses Outre-mer, dans une vision portée sur l'avenir (**5^e partie : La coutume mahoraise et les statuts personnels dans les Outre-mer de la République**).

Plusieurs annexes sont proposées en fin du rapport de recherches. Outre celles déjà évoquées (guide semi-directif et liste des entretiens réalisés), il s'agit principalement de deux tableaux synthétiques, l'un sur le domaine du statut personnel mahorais, l'autre sur la répartition dudit statut entre ses différentes sources.

Partie I – LES CONTOURS DE LA COUTUME MAHORAISE

Cette première partie permettra de définir les contours de la coutume mahoraise, ce dans une perspective pluridisciplinaire, afin de mesurer pleinement la complexité des enjeux de la recherche au regard de passé, du présent et de l'avenir. Dans un premier temps, sera portée une analyse anthropologique de la coutume afin d'en comprendre le sens profond (Chapitre 1). Dans un deuxième temps, il s'agira d'interroger le fondement constitutionnel de la protection de la coutume au sein de l'ordonnancement juridique français (Chapitre 2). Il s'agira enfin, dans un troisième et dernier mouvement, de porter une analyse historique sur la place de la coutume mahoraise, depuis la cession de Mayotte à la France en 1841 à l'époque contemporaine (Chapitre 3).

Chapitre 1/ Connaissance de la coutume. Approche anthropologique

Ce chapitre est consacré à l'approche anthropologique de la coutume, entendue au sens des modèles de comportements transmis par la tradition. Ce faisant, il s'agit ici de décrire les règles et les valeurs partagées qui organisent traditionnellement la vie sociale à Mayotte et qui concourent à l'érection d'une société intégrée. On ne saurait traiter de la coutume à Mayotte sans la rattacher à l'historicité de l'archipel des Comores et plus particulièrement ici à son creuset bantou-islamique. L'île de Mayotte – et plus largement l'aire culturelle formée par Madagascar et les archipels des Comores, des Seychelles et des Mascareignes – est présentée par les anthropologues comme un carrefour migratoire et de civilisations unique en son genre : « Celui-ci est en effet le seul creuset civilisationnel afro-eurasiatique, forgé dans l'un des derniers endroits habités de la planète, à la croisée des influences bantoue, arabo-persane, austronésienne, indienne et occidentale »¹⁰. Les origines du peuplement de l'archipel des Comores remontent au VIII^e siècle avec l'arrivée de pêcheurs et d'agriculteurs bantous originaires de l'Afrique de l'Est et de proto-Malgaches d'origine malayo-polynésienne. Son islamisation s'étend lentement du XI^e au XV^e siècles sous l'effet d'échanges commerciaux avec les Arabes et les Perses, puis de l'installation de Chiraziens (XIII^e siècle) et d'Arabes (XV^e siècle) qui concourent à l'édification de villes commerçantes et au développement de nouvelles hiérarchies sociales¹¹. Ces derniers œuvrent à une refonte de l'organisation politique en substituant des sultanats aux chefferies traditionnelles, mais la société mahoraise conserve cependant une large part de ses propriétés bantoues et villageoises (sa langue, des croyances animistes qui se combinent à la religion musulmane, une organisation sociale matrilocale et par classes d'âge, une économie d'autosubsistance, etc.). Le creuset bantou et arabo-persan de la société mahoraise résistera tout autant à la colonisation française laquelle en accentuera même les effets en contribuant au brassage des populations de l'archipel et du continent africain (les Makois du Mozambique en particulier) recrutées alors pour travailler dans les plantations¹². La présence française – sous la forme d'un régime colonial entre 1841 et 1946, suivie d'un long processus d'intégration politique qui s'achève avec la départementalisation de 2011 – n'a pas totalement altéré la structure et l'organisation sociales locales. Avec 95 % de la population de confession musulmane sunnite, la religion notamment y occupe une place centrale en cela qu'elle informe des normes morales et des rôles sociaux attendus. D'autres propriétés telles que la langue, les croyances animistes, les systèmes de parenté, les règles d'alliance et de mariage ou encore les régimes d'obligations privés témoignent pour leur part d'une influence bantoue toujours en vigueur.

¹⁰ L. Berger, S. Blanchy, « La fabrique des mondes insulaires. Altérités, inégalités et mobilités au Sud-Ouest de l'océan Indien », *Études rurales*, EHESS, n° 194, 2014, p. 11.

¹¹ On distingue alors trois grands groupes sociaux : les *Kabaila* (de lignée arabo-persane, ils détiennent le pouvoir politique, la terre et les esclaves), les *Wangwana* (hommes libres) et les *Warumwa* (esclaves). La dimension lignagère de cette division hiérarchique perdurera jusqu'en plein XX^e siècle avant d'être concurrencée par de nouveaux principes de division sociale assis sur le capital culturel et le capital économique. Encore aujourd'hui, la filiation au groupe des *Kabaila* et davantage encore à celui des *Sharifu* (descendants en ligne masculine du Prophète Muhammad) est gage de prestige. À l'inverse, la filiation aux *Warumwa* peut être interprétée comme un signe de malchance.

¹² V. Forest, « L'immigration à Mayotte au cours de la période sucrière (1845-1900) », *Études océan Indien*, dossier : « Regards sur Mayotte », n° 33-34, INALCO, 2002, p. 91-114.

En nous appuyant ici sur la littérature anthropologique traitant du fonctionnement de la société mahoraise, notre propos ne vise pas, à la manière de l'anthropologie culturelle, à réifier des propriétés inertes, impassibles au changement, mais plutôt à mettre en perspective certaines de ces propriétés (régimes d'obligations privés à l'échelle des villages et des parentèles, économie morale, organisation familiale, classes d'âge, rapports hommes/femmes, religion, animisme, etc.) qui, de fait, constituent autant de points d'achoppement avec les régimes de valeur (juridique, économique, sociaux, symboliques...) véhiculés et mis en œuvre dans le cadre de la départementalisation (communauté vs État et individu de droit commun, valeurs spirituelles vs valeurs matérielles, droit coutumier vs droit commun, régimes de réciprocité vs rapports économiques marchands, etc.). On observe traditionnellement à Mayotte un modèle d'intégration sociale fondé sur les obligations familiales, villageoises, religieuses et par classe d'âge. Ce modèle est en pleine mutation, mais certains de ses mécanismes opèrent toujours et sont autant d'indices d'un ordre social en voie continue de recomposition. Adossés à la littérature anthropologique et aux enquêtes ethnographiques que nous avons réalisées à Mayotte entre 2013 et 2020 à raison, en moyenne, d'un mois de terrain par an, les propos qui suivent s'efforcent ainsi de décrire tout à la fois le régime coutumier et certaines de ses transformations contemporaines¹³.

Section 1/ L'islam au fondement des normes sociales et morales locales

Comme le rappellent très justement Sophie Blanchy et Yves Moatty, l'islam est à Mayotte et aux Comores « le mode d'expression des solidarités sociales et le guide moral de l'action individuelle »¹⁴. Si les propriétés coutumières bantoues (vie villageoise, matrilocalité, famille matrifocale, animisme, etc.) de la société mahoraise continuent de peser sur la vie quotidienne, la religion musulmane dicte également, pour une large part, les normes locales.

§ 1 – L'institution du *banga* ou la construction sociale des identités de genre

Les inégalités de genre au cours de l'enfance sont traditionnellement très marquées à Mayotte. Le traitement socialement réservé aux jeunes garçons et aux jeunes filles ne fait que reprendre, et anticiper, les règles sexuées de distribution des hommes et des femmes dans l'espace social : aux premiers la sphère publique et le droit à une plus grande autonomie, aux secondes la sphère domestique assortie d'un contrôle familial très strict destiné à préserver leur virginité jusqu'au mariage. Le rite de puberté que représentait l'institution du *banga* en est l'illustration exemplaire. Le *banga* – qui signifie littéralement « tiens-toi prêt », est traditionnellement une « petite case de célibataire » construite par, et à destination des jeunes garçons pubères. « En construisant son *banga*, le jeune se construit lui-même, découvre et affirme sa personnalité. C'est pour lui une expérience formatrice inoubliable. L'entraide dont il profite l'inscrit aussi dans une aventure collective et l'engage dans la règle fondamentale de la société traditionnelle, celle du don et du contre-don »¹⁵. Construits à partir de matériaux végétaux, les *banga* étaient destinés à favoriser l'autonomie des garçons et prévenir les relations incestueuses dans la fratrie. *A contrario*, les jeunes filles pubères étaient précieusement gardées au domicile parental. Elles n'en sortaient que lorsqu'elles se mariaient, passant ainsi directement du statut d'enfant à celui de femme. On situe la fin de l'institution du *banga* au début des années 2000 s'agissant des

¹³ Pour un bilan de ces recherches, voir : N. Roinsard, *Gouverner les marges. Fragmentations et (dé)régulations sociales à Mayotte*, Paris, CNRS Éditions, 2022.

¹⁴ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, n° 80, 2012, p. 137.

¹⁵ C. Chanudet, « "Le banga". Figure emblématique de la culture mahoraise », *Études Océan Indien*, « Regards sur Mayotte », n° 33-34, 2002, p. 217.

villages de brousse, et un peu plus tôt pour les villages urbanisés¹⁶. Si les conditions de la socialisation juvénile ont muté, ses principes sexués demeurent pour une large part. Ainsi, dans les représentations émiqes, une jeune fille est qualifiée de « délinquante » dès lors qu'elle est en situation d'errance, c'est-à-dire en dehors du cercle familial qui contrôle et qui protège¹⁷.

§ 2 – L'institution de l'école coranique

La religion a une place éminemment centrale dans l'éducation des enfants et ce dès leur plus jeune âge. Si chaque village possède sa mosquée, on peut aussi dire que chaque quartier possède son école coranique (*shioni*). L'enseignement coranique, qui démarre dès l'âge de trois ou quatre ans, poursuit deux objectifs simultanés : la fabrique du musulman pieux d'une part, et l'apprentissage des règles du vivre-ensemble et des rapports sociaux attenants (de genre, de séniorité, de classe d'âge, etc.) d'autre part. Pour ce faire, la soumission et l'obéissance sont deux dispositions auxquelles les enfants sont rapidement tenus. Figure tout à la fois autoritaire et paternaliste, le maître coranique (*fundi wa shioni*) assure ce travail éducatif dans l'enceinte de l'école et en dehors. Autrefois – c'est moins vrai aujourd'hui – il n'hésitait pas à rendre visite aux familles pour y prolonger son travail éducatif.

En dehors des milieux sociaux élitistes, l'école de la République a longtemps été perçue comme une institution concurrente à l'école coranique qui pouvait ainsi détourner les enfants de l'éducation islamique. Mettre ses enfants dans « l'école des Français », c'était aussi le risque d'en faire littéralement des Français, des *kafirs* (non-croyants) et de les éloigner des valeurs morales et spirituelles qui informent d'un éthos mahorais défini en opposition d'une culture occidentale individualiste et matérialiste : « Pauvres enfants mahorais pris entre les injonctions de l'école et celles de la société familiale ou villageoise ! (...) Parler français est fortement découragé sur le plan des normes sociales : on est “*vantara*” (vantard), car celui qui “fait le *mzungu*” (le Blanc) dans un milieu mahorais veut se hisser au-dessus des autres (telle est en effet la place des *wazungu*, qu'on le veuille ou non, dans la plupart des situations à Mayotte). Parler français, c'est donc manquer de respect, de simplicité, c'est provoquer, vouloir dominer les autres, trahir aussi un peu, car se réclamer de l'autre bord »¹⁸.

Aujourd'hui, les enfants fréquentent dans l'ensemble les deux écoles, *a minima* jusqu'à l'entrée au collège. Selon l'enquête « Migrations, familles et vieillissement » conduite par l'INED et publiée en 2017, on compte 70 % des 3-6 ans et 90 % des 7-10 ans qui fréquentent l'école coranique¹⁹. D'autres enfants, pour leur part, fréquentent la madrasa en lieu et place de l'école coranique. Les madrasas se sont implantées à Mayotte à partir des années 1990 sous l'effet du retour de jeunes Mahorais et Comoriens qui avaient fait des études théologiques au Proche et au Moyen-Orient. Elles se distinguent des écoles coraniques qui sont beaucoup plus portées sur l'apprentissage du civisme et la fabrique d'une jeunesse docile et obéissante. À ce titre, les *fundis* ont longtemps usé de la badine (*shengwe*) en appui de leur activité éducative, ce qui a

¹⁶ J. Cassagnaud, « “Le banga”. Expression d'un rite de passage », *Études Océan Indien*, dossier : « Regards sur Mayotte », n° 33-34, 2002, p. 197-213.

¹⁷ Le temps qui sépare la sortie du collège/lycée du retour au foyer parental constitue, sur ce point, un enjeu important de lutte et de négociation de la part des adolescentes vis-à-vis de leurs parents. Ce temps hors champ scolaire et hors champ familial représente, pour bon nombre d'entre elles, le seul temps d'oisiveté et de liberté qui leur est octroyé. La trame du rappel à l'ordre exercé à l'endroit des jeunes filles renvoie invariablement à l'enjeu de leur virginité et ce faisant aux conduites jugées adéquates.

¹⁸ S. Blanchy, « Les Mahorais et leur terre : autochtonie, identité et politique », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, p. 178.

¹⁹ C.-V. Marie, D. Breton, M. Crouzet, É. Fabre, S. Merceron, « Migrations, natalité et solidarités familiales. La société mahoraise en pleine mutation », *Insee Analyses Mayotte*, n° 12, mars 2017.

aussi été un argument avancé par certaines familles (et en premier lieu les familles acculturées au modèle occidental) pour sortir leurs enfants de l'école coranique.

Avec le développement des madrasas et surtout celui de l'école républicaine, la position d'élève a muté. Elle est davantage orientée vers l'apprentissage d'une culture scolaire, tantôt laïque, tantôt théologique. Parallèlement à cela, les enfants occupent davantage une position de sujet, laquelle ne cessera de se développer au cours de leur scolarité. Adolescents, ils témoignent déjà d'une subjectivité qui, de fait, opère une rupture avec les conditions de socialisation traditionnelles. Yves Moatty, ancien magistrat à Mayotte, résume ainsi les logiques de concurrence éducative entre l'école coranique et l'école laïque qui peuvent transparaître dans les représentations des adultes – même s'ils défendent aujourd'hui les deux écoles – et les mineurs : « L'éducation nationale est donc perçue de façon ambiguë. Si l'école métropolitaine est susceptible de transmettre une culture et une vision du monde étrangère à l'islam, la réussite scolaire est aussi l'occasion d'apprendre le français et le meilleur moyen de réussite sociale. La juxtaposition de ces deux systèmes d'enseignement provoque un véritable choc des mentalités. (...) Les jeunes Mahorais ont tendance à imiter au collège le mode de vie et le comportement des adolescents métropolitains (wazungu). Ils remettent en cause les rapports traditionnels entre les générations, fondés sur l'âge, le savoir et le spirituel »²⁰.

En ce sens, les témoignages quelque peu nostalgiques des adultes sur la place centrale qu'occupait l'école coranique dans la socialisation des enfants expriment une certaine inquiétude vis-à-vis des nouvelles formes de socialisation et de déviance juvéniles davantage qu'une attaque en règle de l'école républicaine. Ce que l'on remet en question, ce n'est pas tant la nature des savoirs produits par l'école républicaine que le coût social engendré par la transformation des cadres éducatifs à l'échelle de la société dans son ensemble. Et si cette transformation vient de l'extérieur (sous l'effet de l'assimilation politique), elle est aussi soutenue de l'intérieur (sous la forme d'une acculturation en partie consentie). On s'aperçoit ainsi à quel point les contradictions que Sophie Blanchy relevait déjà il y a vingt ans entre, d'une part, la volonté populaire d'une intégration française « à tout prix »²¹ et, d'autre part, la peur d'une acculturation davantage subie que désirée demeurent d'actualité : « Le choix politique majoritaire des Mahorais de ne pas partager le destin des trois autres îles les a obligés à accepter sur leur sol une évolution de la situation sociale et culturelle dont ils n'ont pas le contrôle. En faisant venir dans l'île des techniciens du développement et de la gestion publique du territoire, on crée une double société, parlant deux langues distinctes et ne partageant pas la même conception du monde et des rapports sociaux »²².

§ 3 – L'institution du mariage musulman

Si l'institution de l'école coranique s'est fragilisée sous l'effet de l'assimilation, celle du mariage musulman, pour sa part, résiste largement au droit commun. Le mariage à Mayotte est, dans la très grande majorité des cas, un mariage avant tout musulman (*nikāh*), célébré par un *cadi* ou un imam qui rappelle ainsi les droits et obligations des époux. Selon l'enquête « Migration, famille, vieillissement » : en 2012, 98 % des mariages étaient coutumiers et ils étaient combinés à un mariage civil dans seulement 12 % des cas²³. Au-delà de 35 ans, plus de

²⁰ Y. Moatty, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », in L. Sermet, J. Coudray, *Mayotte dans la République*, Paris, éditions Montchrestien, 2004, p. 481.

²¹ S. Blanchy, « Mayotte : "française à tout prix" », *Ethnologie française*, Paris, vol. 32, n° 4, 2002, p. 677-687.

²² S. Blanchy, « Les Mahorais et leur terre : autochtonie, identité et politique », *loc. cit.*, p. 180.

²³ C.-V. Marie et al., « Migrations, natalité et solidarités familiales. La société mahoraise en pleine mutation », *loc. cit.*

neuf personnes sur dix sont mariées ou l'ont déjà été. Parmi les femmes âgées de 35 à 64 ans, plus du tiers déclare s'être marié au moins deux fois. Enfin, un homme sur dix se déclare polygame. S'il est désormais sans valeur légale, le mariage musulman reste une institution de première importance : il donne un statut social aux conjoints et sanctionne leur valeur morale. Traditionnellement, le statut de célibataire ou de séparé(e) n'existe pas dans les mêmes termes que ceux observés en France métropolitaine. Il désigne nécessairement une situation transitoire entre deux mariages (*mtsumba*), le statut de célibat et plus encore la relation hors mariage (*hawara*) étant socialement sanctionnés en cela qu'ils sont associés au péché de fornication (*zina*). Une des expressions ainsi consacrées donne le ton : « *outsoumba ou ho m'lango wa bouha wa ma bibi piya* » (« être célibataire, c'est une porte d'entrée de tous les animaux »). Le mariage, qu'il soit encore effectif ou non, donne ainsi un statut honorifique (*sheo*) aux conjoints. C'est aussi ce qui explique la continuation des pratiques polygames, informelles du point de vue du droit commun, mais tout à fait formelles du point de vue de l'ordre coutumier : des femmes non mariées vers l'âge de trente ans, par exemple, accepteront de contracter un mariage avec un homme polygame pour disposer de ce statut. « *Bora chibaho bombo rana mloguo woidzi* », dit le dicton local : « il vaut mieux avoir une maison avec une porte bancale qu'une maison sans porte ». Autrement dit : la femme doit avoir un mari, quel que soit son niveau de présence et de contribution à l'économie familiale. Le statut symbolique du mariage l'emporte sur sa fonction économique. Lorsque les femmes estiment que leur mari n'assume pas l'entretien de la famille, elles peuvent alors solliciter un *cadi* pour mettre fin à ce mariage, condition *sine qua non* pour s'engager à terme dans une nouvelle relation conjugale à des fins tout autant morales qu'économiques.

Section 2/ Une société animiste : le recours à la possession comme mode de régulation sociale

La vision du monde transmise par la culture mahoraise à ses membres est essentiellement une vision musulmane, mais qui se trouve mêlée à des éléments non-musulmans venant autant des traditions animistes arabes antéislamiques que des traditions africaines (bantoues), apportées avec les mouvements de populations. Trois mondes sont ainsi représentés : le monde invisible (ou surnaturel) composé de créatures divines (anges, *djinn*, âmes des morts) ; le monde social des êtres humains qui est, lui aussi, créé par Dieu et soumis à lui ; puis, enfin, le monde matériel. À Mayotte, on recense principalement des esprits mahorais (*patrosi*), malgaches (*trumba*), grand-comoriens (*rauhani*) et anjouanais (*mugala*) qui témoignent ainsi de l'intégration des populations issues des différentes vagues migratoires et de la pluralité des ressources et des répertoires cognitifs²⁴. Stigmatisés aujourd'hui en qualité de « clandestins », les Anjouanais ont été intégrés dans les sphères animistes : les lieux sacrés des *mugala* se situent d'abord à Anjouan, mais les *patrosi*, qui sont leurs alliés, leur ont laissé des sites sacrés sur le sol mahorais²⁵. Or la possession se présente comme un acte politique visant à réaffirmer la nécessaire coordination des lieux de pouvoirs sur l'île : celui des Hommes et celui des esprits. Le rituel de possession est toujours une entreprise de réparation d'un préjudice subi²⁶. Les

²⁴ M. Lambek, *Knowledge and Practice in Mayotte. Local discourses of Islam, Sorcery and Spirit Possession*, Toronto University Press, 1993.

²⁵ S. Bouffart, *La possession comme lieu et mode d'expression de la complexité sociale : le cas de Mayotte*, thèse d'ethnologie, Université Paris Ouest Nanterre, 2009.

²⁶ Les travaux de Gérard Althabe sur la possession à Madagascar montrent ainsi combien le canal animiste est un lieu d'expression imaginaire et de contestation politique de la colonisation et de ses effets qui ne trouve à s'exprimer dans la vie politique réelle : G. Althabe, *Oppression et libération dans l'imaginaire. Les communautés villageoises de la côte orientale de Madagascar*, Paris, Maspero, 1969. Dans les travaux de S. Bouffart, l'assimilation se substitue à la colonisation mais la logique est la même. Ainsi conclut-elle sa thèse : « De nos

esprits communiquent d'abord et avant tout aux initiés pour réaffirmer leur pouvoir, supérieur à celui des humains, et les rappeler au nécessaire respect des traditions animistes. On observe ainsi des interactions entre des réseaux de possession et des réseaux politiques dans une logique, d'abord, de réserve électorale : les premiers sont « doublement intéressants à mobiliser comme électoralat : ils offrent des groupes déjà constitués, mais surtout, déjà structurés où l'avis des *mafundi* [maîtres] ou autres dirigeants, sera suivi par leurs élèves ou leurs membres »²⁷. Ensuite, la mobilisation des réseaux animistes peut également avoir une visée plus politique : ils sont un canal de diffusion de messages, les esprits n'hésitant pas à donner leurs avis et conseils aux élus et autres candidats à un mandat²⁸.

Une des fonctions essentielles de la possession est de recréer du lien social là où il est déficient ou faible. Ainsi, « une des raisons de déclenchement d'une possession, hormis la prédisposition, est le non-respect d'un tabou (*miko*), d'une manière consciente ou inconsciente, volontaire ou involontaire »²⁹. Le contrôle social, déjà largement mis en œuvre par les membres d'un même village ou d'un même groupe familial, est également assuré par des logiques de possession. Une autre caractéristique de la possession à Mayotte est qu'elle concerne majoritairement des femmes, qui agissent ainsi sur deux plans : familial et social. Sur un plan familial, la possession est une des voies possibles par laquelle une femme peut exercer son autorité et jouer un plus grand rôle au sein de la famille élargie (*djama*) et de la communauté. Sur le plan social, la possession est un outil de régulation sexuée : il permet aux femmes de rappeler aux hommes (leur mari, frère, fils adulte, etc.) leurs obligations quand celles-ci ne sont pas respectées : « Les esprits réclament, disent qu'ils manquent de tout, comme pourrait le faire une épouse ou un enfant, et le mari ou les hommes de l'entourage doivent fournir et réunir tout ce qu'il faut pour les cérémonies, comme ils pourraient le faire pour un mariage, ou pour tout simplement entretenir leur femme et leurs enfants »³⁰. En ce sens, la possession d'un individu concerne plus largement son groupe d'appartenance. La guérison individuelle passe nécessairement par la mobilisation du collectif (implication financière et thérapeutique), de même que l'aide reçue par le possédé le met dans une relation d'obligation réciproque pour la suite. La possession est un canal qui permet ainsi de réaffirmer le lien social.

Section 3/ L'appartenance au village natal et à son groupe familial : un statut qui oblige et qui concourt à la régulation sociale

§ 1 – Une identité construite autour du statut de *Munyeji*

Du point de vue anthropologique, l'identité mahoraise est construite par deux types de filiation : la filiation biologique et le lien au village natal. Ces deux propriétés sont essentielles dans les rites de présentation de soi et d'interaction. Un des grands principes d'identification et de

jours, à travers la possession, les Mahorais ne se sentent pas encore obligés de défendre leur terre et leur identité face à cette France désirée mais déstructurante, car les djinns le font pour eux. La possession leur permet d'avoir une certaine forme de résistance qui s'exprime, tout en restant dans l'ignorance des Métropolitains, comme un exutoire à usage interne, passant de la conscience historique à la conscience rituelle » : S. Bouffart, *La possession comme lieu et mode d'expression de la complexité sociale : le cas de Mayotte, op. cit.*, p. 234-235.

²⁷ *Ibid.*, p. 216.

²⁸ *Ibid.*, p. 214-222. L'auteure rappelle, sur ce point, que certains esprits, appelés *shenge*, sont précisément des anciens personnages politiques célèbres de Mayotte qui continuent ainsi de peser sur le devenir de l'île via le canal animiste. C'est le cas, par exemple, de Zéna Mdéré, née en 1920 et décédée en 1999, figure historique du combat pour la départementalisation.

²⁹ *Ibid.*, p. 54.

³⁰ *Ibid.*, p. 59.

classification des individus renvoie ainsi à leur appartenance villageoise avec, d'un côté, les *Wanyieji* (sing. *Munyeji* : natif et « propriétaire » du village, ce qui signifie que l'on y a des droits) et, de l'autre, les *Wadjeni* (sing. *Mudjeni* : étranger, hôte que l'on accueille dans un village). « Le statut de *Munyeji* est essentiel à la définition de la personne à Mayotte. L'individu est d'abord identifié, par les autres et par lui-même, comme membre d'un réseau interactif au sens de son village natal. Le statut inverse de *Mudjeni* ne représente que la position d'un individu qui est *Munyeji* dans un autre village (...) Mais la définition structurelle de *Munyeji* ne suffit pas : il faut aussi considérer la façon dont on met en acte ce rôle de "propriétaire du village" »³¹.

Ces deux statuts essentiels dans les définitions identitaires sont donc déterminés par la naissance pour les *Wanyieji*, et par le mariage pour les *Wadjeni* : il s'agit ici des hommes qui, conformément à la règle de la matrilocalité, vont habiter dans le village de leur épouse. Ne disposant ainsi d'aucun droit, « les wadjeni mariés dans le village sont généralement désireux de se rapprocher du statut de munyeji par des comportements appropriés, et être intégrés comme membre du village »³². Un *Mudjeni* peut, « s'il en a le temps et les moyens financiers, se conduire comme un munyeji et se rapprocher de ce statut : s'il reste marié (donc résident) pendant un temps assez long, s'il construit (pour ses filles, sa femme), s'il cotise assidûment pour la mosquée fréquentée »³³. Ce principe de classification est encore très opérant de nos jours. Ainsi témoigne, sur ce point, l'un de mes informateurs : « *La notabilité à Mayotte, c'est d'abord la naissance dans un village [Munyeji], et ensuite, il y a aussi la référence à l'arabité, de famille arabe, parce que si tu es d'origine africaine, tu ne peux pas être notable tellement, à la base, donc voilà. Et quand toi, tu arrives en tant qu'étranger [Mudjeni], le seul lien que tu as, c'est le mariage. C'est par le mariage que, à un moment donné, tu vas vers tel village. Mais la notabilité, dans tous les cas (insiste), n'est pas pour toi. Donc les choses sont très claires à Mayotte. Moi-même, j'habite à XXX, je suis un étranger* » (né à Mayotte, 46 ans, fonctionnaire territorial).

§ 2 – Un statut qui implique des droits et des devoirs : l'exemple du champ politique

Ce principe de classification des individus fondé sur l'appartenance villageoise et le mariage se retrouve ainsi dans les logiques d'accès à des positions de pouvoir au sein des villages (imams, maîtres coraniques, élus, etc.). Par exemple, le statut de *Munyeji* est déterminant pour une élection municipale : la grande majorité des maires sont issus du village où ils exercent leur fonction d'élu. Comme le disent les élus eux-mêmes, le parachutage n'existe pas à Mayotte. Il est tout simplement inconcevable de laisser l'administration de son village à un étranger (*Mudjeni*), c'est-à-dire ici à un individu qui n'y a pas d'ascendance maternelle. Les candidats à un mandat vont ainsi mobiliser leur réseau villageois qui est formé par un ensemble de cercles concentriques : famille maternelle, confrérie musulmane (*twarika*)³⁴, classe d'âge (*hirimu*), école coranique (*shioni*), groupes de *deba* (chants musulmans féminins), réseau animiste, etc. L'action politique à Mayotte est encastrée dans différents réseaux qui sont autant de voies d'accès au pouvoir. Ainsi, note Estelle Richard, « les logiques propres au système électoral métropolitain font l'objet d'adaptations multiformes qui sont à rapporter aux formes spécifiquement locales de légitimation des élites, qui déterminent à leur tour les formes

³¹ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, Paris, L'Harmattan, 1990, p. 58.

³² *Ibid.*, p. 52.

³³ *Ibid.*, p. 62.

³⁴ La *twarika Shadhiliya* est celle qui comporte le plus de membres à Mayotte. Elle est donc préférable pour qui veut entrer en politique.

spécifiques de la compétition démocratique locale »³⁵. C'est ce que l'auteure nomme « la compétence métisse » des élus : ces derniers savent mobiliser les différentes ressources institutionnelles endogènes et exogènes pour arriver à leurs fins. Mais ce soutien que l'on peut compter auprès de ses affiliés, il faut ensuite le payer. Les travaux de Jean-François Bayart sur l'État néopatrimonial et « la politique du ventre » en Afrique³⁶, c'est-à-dire sur la manière dont les ressources tirées d'une position de pouvoir sont affectées à son propre clan, sont particulièrement utiles pour comprendre l'importance et la forme du clientélisme à Mayotte. Si les logiques d'accès au pouvoir reposent sur la mobilisation de réseaux claniques, l'exercice du pouvoir se fait également à l'intérieur de ces mêmes réseaux selon une logique de don et de contre-don d'une part, et d'affirmation de ces affiliations d'autre part. Les règles du jeu sont connues des deux parties. Ainsi, du point de vue des électeurs, les logiques clientélares ne sont pas forcément perçues comme un détournement de l'argent public et un dévoiement de la finalité première d'un mandat électoral. Elles se fondent plutôt sur une logique de dette, de don et de contre-don qui traverse l'ensemble des relations sociales à Mayotte. Les logiques d'obligations réciproques entre un élu et son groupe d'appartenance légitiment ainsi un principe de rotation des élus. À quelqu'un qui vient d'achever un mandat et qui souhaite se représenter, on lui dira à coup sûr : « *tu as bien mangé toi, et tu as bien fait manger les tiens. Il faut laisser la place à présent pour que d'autres mangent !* ». Cette logique de rotation fonctionne à l'échelle d'une lignée et d'un village. Chaque commune comprend plusieurs villages historiques. De fait, si le maire sortant est issu de tel village, il y a de grandes chances que son successeur soit issu d'un autre village de la commune. Paradoxalement, si la population peut parfois se plaindre de ces jeux clientélares, on ne comprendrait pas qu'un élu ne fasse pas profiter les siens. Le pouvoir doit servir à améliorer la situation de sa propre famille, de son propre village, des réseaux et des clans afférents.

§ 3 – Le groupe avant l'individu

Le lien, l'enracinement de tout individu à son village natal est affirmé tout au long de la vie par l'observation des obligations familiales et communautaires qui lui incombent, comme la construction de maisons au profit des apparentés (en particulier des filles, à qui l'on doit transmettre une maison sous forme de dot en vue de leur mariage), la prise en charge des parents devenus âgés, la cotisation pour la mosquée, la participation physique et financière aux enterrements des membres du village, aux grands mariages, aux circoncisions, etc. À l'inverse, celui qui déroge aux règles et au régime d'obligations peut être expulsé du groupe, sinon géographiquement, au moins symboliquement. Dans un texte publié au début des années 2000, Jean-François Hory décrit ainsi quelques-unes des procédures infrajudiciaires qui étaient alors observées à l'échelle des villages selon des normes partagées, le souci premier étant de préserver l'ordre social et l'unité du groupe : « Particulièrement attachée à la primauté de la communauté sur les individus et à la prééminence des valeurs spirituelles sur les repères matériels, la population continue à régler une bonne partie des conflits qui apparaissent en son sein selon des procédures traditionnelles qui tendent principalement à rétablir l'unanimité au sein du groupe social concerné par le conflit »³⁷. « L'objectif commun des différentes procédures examinées réside dans le rétablissement d'une harmonie sociale qu'un conflit était venu mettre en péril. Rien, pas même les droits des individus ou quelquefois la simple vérité,

³⁵ E. Richard, *Compétence métisse : mobilisations et métier politique à Mayotte (1975-2005)*, Doctorat en sciences politiques, Université de Montpellier I, 2009, p. 317.

³⁶ J.-F. Bayart, *L'État en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989.

³⁷ J.-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises. Les procédures infra-judiciaires de règlements de conflits », in L. Sermet, J. Coudray, *Mayotte dans la République*, op. cit., p. 393.

n'est plus important que ce rétablissement de l'ordre préexistant. C'est cette conception de la communauté considérée dans une unité harmonieuse qui dicte, par exemple, l'unanimité souvent observé dans la société mahoraise ou au moins dans les groupes qui la composent : l'absence de décision sur un problème, fût-il important, dont la solution serait potentiellement conflictuelle est préférable à une décision qui aurait pour effet de diviser la communauté ; un déni de justice convenablement unificateur est, lui aussi, préférable à une justice laissant des "cicatrices sociales" »³⁸.

Qu'il s'agisse des procédures infrajudiciaires ou des médiations assurées par les cadis, la réparation d'un trouble social repose traditionnellement sur la conciliation entre les parties beaucoup plus que sur la punition du fauteur. Ces logiques de règlement de conflit trouvent encore à s'exprimer aujourd'hui dans le cadre de procédures pénales où victimes et auteurs (et leurs familles) cherchent un arrangement rapide plutôt qu'une longue instruction motivée par l'enjeu d'une condamnation.

§ 4 – L'économie morale au fondement des obligations familiales

La société mahoraise est régie par un ensemble d'obligations privées qui ont comme double fonction la prise en charge matérielle de l'ensemble des apparentés et la réaffirmation des liens qui les unissent et qui concourent à présenter l'image d'un groupe intégré. La famille élargie³⁹ – dont les lignées féminines sont resserrées le plus souvent autour d'une même unité résidentielle (propriété en indivision) – demeure le lieu d'exercice privilégié de ces solidarités. Celles-ci sont très codifiées. Elles informent des comportements attendus des uns et des autres en fonction de leurs positions dans les cycles de vie. « À Mayotte, on a coutume de dire qu'"avant de se marier, il faut d'abord avoir marié sa mère" »⁴⁰, c'est-à-dire avoir fait la preuve que l'on est en mesure de prendre en charge une famille. Les relations d'obligations, dont une bonne part sont sexuées, se déclinent ainsi sur plusieurs axes de parenté : la mère assure l'entretien et l'éducation de ses enfants, le père survient à leurs besoins et projette l'apport d'une maison en dot pour le mariage de sa fille, le fils adulte participe à la prise en charge de sa mère, le frère célibataire soutient financièrement sa sœur, le neveu vient en aide à ses oncles et tantes dans le besoin, etc. Du fait du développement économique observé aujourd'hui à Mayotte et des inégalités d'accès à la condition salariale, les comportements attendus sont également fonction de la position socioprofessionnelle des uns et des autres. Si la réussite individuelle est désormais promue de par l'adhésion des familles aux enjeux de la scolarisation, celle-ci doit être socialement investie au profit de la famille, du village, de sa confrérie (*twarika*), etc. « La réussite sociale ne découle donc pas directement de la réussite économique, mais de l'habileté à l'employer pour élargir son réseau d'influence. L'accumulation de richesses n'est pas appréhendée comme une fin en soi qui satisferait les intérêts privés, mais essentiellement parce qu'elle concourt à établir des liens entre les personnes »⁴¹. Prendre de la distance avec ce régime d'obligations, c'est aussi prendre le risque d'une « mise à mort sociale », d'une moindre intégration dans son groupe. Parmi les nouvelles générations acculturées au modèle individualiste occidental, certains franchissent le pas. Ils partent vivre dans d'autres villages ou quartiers, adoptent des conduites d'évitement pour ne pas participer à l'organisation et au financement des différentes célébrations familiales et religieuses qui rythment la vie de tout village. Ce faisant, ils se coupent ainsi du lien social et des formes d'honorabilité

³⁸ *Ibid.*, p. 408.

³⁹ Alors que la famille nucléaire se réduit aux parents et à leurs enfants, la famille élargie comprend l'ensemble des ascendants (grands-parents paternels et maternels) et des collatéraux (oncles, tantes, cousins, cousines).

⁴⁰ C. Barthès, *L'État et le monde rural à Mayotte*, Paris, Karthala, 2003, p. 37.

⁴¹ *Ibid.*, p. 31.

traditionnellement recherchées. Si ce type de comportement progresse, pour beaucoup d'autres, il s'agit davantage de redéfinir l'espace des pratiques coutumières. La socialisation reçue dans l'enfance et la pression familiale, encore très forte aujourd'hui, suffisent de toute manière à les rappeler à leurs obligations. Les logiques d'honneur et de réciprocité qui engagent le groupe familial dans son ensemble constituent un garde-fou efficace aux trop grandes tentations individualistes.

En guise d'illustration de ce régime d'obligations coutumier encore très vivace aujourd'hui, on peut citer l'institution du grand mariage (*arusi*) qui est très coûteux pour les familles, mais très payant du point de vue de l'économie morale. Le grand mariage offre à toute la communauté villageoise une fête et un festin sur plusieurs jours pouvant réunir plusieurs centaines de personnes (parfois entre 1000 et 2000 personnes). Plus la fête est majestueuse, plus l'investissement financier offert pour la communauté est important et plus l'honneur et le prestige de la famille seront reconnus par la société villageoise. Si, de nos jours, ces obligations de réciprocité sont parfois contestées, c'est très justement au nom de la surenchère des dépenses engagées. Les conditions d'accès à une position sociale de prestige se sont progressivement mêlées à la monétarisation des échanges, ce qui peut placer les familles dans des difficultés économiques certaines (par exemple : recourir au prêt bancaire pour financer le grand mariage). Si les nouvelles générations peuvent ainsi être réticentes à l'idée de faire le grand mariage, la pression familiale les y contraint très souvent selon une logique de dette : lorsque l'on a mangé le *shungu* des autres, on doit les faire manger à leur tour. Le *shungu* est traditionnellement un festin de classe d'âge, organisé et offert à l'occasion de son mariage, de celui de ses enfants ou de la circoncision d'un fils⁴². L'institution du *shungu* – exemple emblématique des règles du don et du contre-don qui structurent les relations sociales à Mayotte – se fait dans la classe d'âge (*shikao*) à laquelle on appartient avec ses frères et sœurs d'âge (*hirimu*). On peut définir le *shikao* comme l'institution, dans un village, qui donne le rôle, le statut d'un homme et d'une femme dans le groupe, depuis la naissance jusqu'à la mort et au-delà. De nos jours, le *shikao* ne trouve à s'exprimer, pour l'essentiel, qu'à l'occasion du *shungu*, lui-même englobé dans une cérémonie villageoise (grand mariage, circoncision).

Un autre exemple de continuation du régime d'obligations coutumier réside dans la construction d'un habitat dans son village natal. La construction de l'habitat figure parmi les signes les plus saillants de la réussite sociale et du prestige que l'on peut en tirer. Construire une maison, pour sa mère et/ou sa fille (plus rarement, aujourd'hui, pour une sœur, une nièce, une tante ou une cousine), c'est honorer ses obligations familiales. Peu importe, d'ailleurs, le temps que l'on mettra à finaliser cette construction. C'est l'acte qui prime, le signe envoyé à la communauté villageoise. Car si la construction de l'habitat répond à la nécessité de loger les siens, elle vient signifier plus largement les obligations attendues d'un père (construire une maison pour sa ou ses filles dans le village de son épouse) et celles d'un fils quand la construction se fait dans son village natal au profit de sa mère. Y construire une maison, c'est mettre en acte son statut de *Munyeji*, de « propriétaire et natif du village ». « *Mudjeni mkirini* », dit le dicton local : « les étrangers dorment à la mosquée ». *A contrario*, un natif du village doit y avoir sa maison, qu'il l'occupe lui-même ou qu'il la mette à disposition d'un apparenté. La forte migration des Mahorais observée ces vingt dernières années n'a pas altéré cette obligation, bien au contraire. Construire un habitat dans son village natal permet d'y signifier sa présence matérielle et symbolique, son attachement. Ceux et celles qui ne parviennent à honorer cette obligation

⁴² Pour une lecture historique du *shungu* et des principes d'égalité et de réciprocité qu'il symbolise, voir : M. Lambek, *Island in the Stream. An Ethnographic History of Mayotte*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.

n'auront d'ailleurs jamais l'idée de revenir s'installer à Mayotte⁴³. On leur reprocherait, à coup sûr, d'être partis vivre en France métropolitaine ou à La Réunion pour leur seul profit, sans retour pour le village. Ces attentes, ici, contraignent ainsi très souvent les économies familiales, là-bas. Des Mahorais, vivant dans des cités HLM des grandes villes métropolitaines ou de La Réunion, « se serrent la ceinture » au jour le jour pour s'acquitter de leurs obligations dans leur village natal. Compte tenu de la force du lien au village natal, on peut dire avec Guy Fontaine que « malgré l'accélération du phénomène urbain, Mayotte reste, et restera longtemps encore, un pays de villages »⁴⁴. Si aujourd'hui le village représente toujours une unité d'analyse pertinente de la société mahoraise, cela tient moins à la géographie sociale de l'île qu'aux fonctions attachées aux filiations villageoises qui, si elles se recomposent et s'affaiblissent pour une part, demeurent un support essentiel de l'identification sociale et des régimes d'obligations.

Plus largement enfin, et au-delà de la dimension symbolique que revêt encore, de nos jours, la construction d'un habitat au profit de ses apparentés, un autre trait essentiel du régime d'obligation coutumier réside dans la prise en charge, par les enfants-adultes, de leurs parents. En venant en aide à ses parents, l'enfant adulte vient s'acquitter de la dette qu'il aura tout au long de sa vie à leur égard. Il obtiendra ainsi leur bénédiction, leur assentiment (*rhadi*). Dans le cas contraire, l'enfant peut être banni du groupe familial, ce qui représente évidemment une sanction très lourde que d'aucuns ne souhaitent vivre. Ainsi, les transferts monétaires entre enfants et parents ne sont pas conditionnés par la seule nécessité économique des seconds. Ils s'observent également dans des milieux sociaux plus aisés selon une logique du don et du contre-don : « *Quand on travaille, on est obligé de subvenir aux besoins des parents, même si les parents travaillent aussi, il faut quand même contribuer. Donc, en fait, il ne faut même pas se poser la question. Nous, on se dit... C'est dans nos têtes, en fait, c'est comme ça que ça se passe de génération en génération. Il faut absolument aider les parents* », témoigne l'une de mes informatrices, âgée de 25 ans, salariée, mariée et mère d'un enfant.

L'enquête « Migrations, famille et vieillissement » conduite par l'INED nous informe ainsi de la vitalité des solidarités familiales à Mayotte⁴⁵. On y apprend, par exemple, que l'entraide financière régulière y est deux fois plus importante que dans les autres DOM. Les données détaillées de l'enquête dévoilent à la fois les difficultés économiques vécues par un grand nombre de ménages et les logiques de redistribution monétaires et non monétaires opérées à l'échelle de la famille. Alors que la moitié des adultes âgés de 18 à 79 ans déclarent avoir des difficultés à boucler leurs fins de mois, 56 % des personnes interrogées disent aider régulièrement des proches, et 34 % le font sous la forme d'une aide financière. Dans 75 % des cas, l'aide est destinée aux parents, et plus particulièrement à la mère de famille (60 %). Ces différentes formes de redistribution interviennent dans un contexte marqué par de forts taux de chômage et d'inactivité ainsi qu'un faible niveau de protection sociale. Elles assurent, de fait, une fonction de régulation sociale et de mutualisation des risques que l'État n'a pas encore totalement organisée localement : « *Nos parents nous ont éduqués pour qu'on vienne les aider. Nous sommes leur Sécu et leur Caf, c'est nous !* » résume ainsi l'un de mes informateurs.

Les données que nous avons recueillies confirment largement ces pratiques d'entraide monétaires et non monétaires : elles sont déclarées à la fois par les pauvres qui reçoivent, et par les apparentés qui donnent. Si l'entraide familiale est d'abord une valeur sociale et symbolique

⁴³ B. Cherubini, N. Roinsard (dir.), *Stratégies migratoires et enjeux de la protection sociale à La Réunion et à Mayotte : conflits et concurrences dans les espaces sanitaires et sociaux*, rapport à la MiRe-DREES, 2009, 225 p.

⁴⁴ G. Fontaine, *Mayotte*, Paris, Karthala, 1995, p. 51.

⁴⁵ C.-V. Marie et al., « Migrations, natalité et solidarités familiales », *loc. cit.*

de premier plan à Mayotte, dans les milieux paupérisés que nous avons côtoyés, elle est aussi et surtout une nécessité économique. Compte tenu de la faiblesse du montant des prestations sociales et familiales sinon de la difficulté, pour un grand nombre de ménages, de recourir à ces droits, peu de familles pauvres parviennent à tenir leur budget sur la seule base des revenus sociaux. L'étude des économies familiales dévoile au contraire la démultiplication des transferts privés et les règles d'échanges formalisées à l'échelle de la parentèle⁴⁶. Ainsi, il est très courant pour les enfants d'assumer une part des charges mensuelles de leurs parents, et de leur mère en premier lieu : les différents membres de la fratrie s'organisent, en fonction de leurs propres revenus et charges familiales, pour régler les factures et autres abonnements, pour déposer chaque semaine un sac de courses ou des ressources vivrières s'ils disposent eux-mêmes d'un champ. Pour d'autres – et c'est particulièrement vrai des enfants résidant en France métropolitaine ou à La Réunion – l'aide est strictement financière et est formalisée par un versement mensuel ou trimestriel s'il s'agit d'une aide régulière, un versement ponctuel si l'aide est soumise à la demande expresse du parent. Ces logiques de transferts monétaires reposent également sur la reconduction de formes de tontine mensuelle (*shikoa*) à la fois à Mayotte et dans les autres départements français. Composées pour l'essentiel de femmes, ces tontines constituent un support important des entraides réalisées sur un axe à la fois collatéral (entre sœurs et cousines) et ascendant (aide apportée à la mère en particulier). Quand leur tour est venu de recevoir l'argent collectivement épargné, ces femmes peuvent ainsi destiner une part de leurs ressources au financement d'une maison, d'un événement familial ou tout simplement pour faire face aux dépenses courantes de la famille.

Sur le plan des aides non monétaires, on observe en premier lieu des formes d'échanges autour de l'usage du foncier agricole. Les femmes trop âgées pour le cultiver délèguent ce travail à leurs enfants ou à leurs collatéraux (et en priorité à ceux qui n'ont pas d'emploi), les ressources étant ensuite partagées entre les différentes parties de l'échange. Ce travail peut aussi être délégué à un étranger qui conserve ainsi une part des récoltes pour ses propres besoins (autoconsommation et/ou ventes informelles sur le marché) et qui en redistribue une autre part au propriétaire⁴⁷. Il s'agit moins ici d'entraide que de rapports économiques, mais l'enjeu demeure la survie des uns et des autres : ceux qui possèdent la terre et ceux qui ne possèdent que leur force de travail⁴⁸.

⁴⁶ N. Roinsard, « La régulation sociale de la pauvreté féminine à Mayotte. Une sociologie de la recomposition des rapports de solidarité au prisme du genre », *Carnets de Recherches de l'océan Indien*, n° 5, 2020, p. 21-36.

⁴⁷ N. Roinsard, « Des frontières à géométrie variable : une sociologie des alliances objectives entre citoyens français et étrangers comoriens à Mayotte », in M. Arnold, C. Duboin, J. Misrahi-Barak, *Borders and ecotones in the Indian ocean*, Montpellier, PULM, 2020, p. 171-185.

⁴⁸ Traditionnellement, nombre des activités productives, dans l'agriculture et la construction notamment, reposaient sur des logiques d'entraide et de réciprocité (*musada*) et non de marché. Pendant longtemps, les immigrés comoriens présents à Mayotte étaient intégrés à ces systèmes d'échanges. De même, ils pouvaient accéder au foncier agricole en mobilisant pour cela leurs réseaux de parenté, d'amitié et d'alliance. Les relations d'amitié entre propriétaires fonciers et travailleurs immigrés pouvaient avoir à terme le même statut que des relations de parenté (« *unfanya udjama* » : « tisser une relation familiale »). Elles étaient alors régies par tout un ensemble d'obligations sociales et morales qui modifiaient ainsi les termes du contrat initialement noué entre les deux parties : P. Burnod, J.-P. Colin, « Polanyi et Granovetter sur une île : l'enclassement social de l'accès à la terre et au travail dans le secteur rural à Mayotte », IRD, *Les frontières de la question foncière : enclassement social des droits et politiques publiques*, 2006, 38 p. Le développement des emplois salariés d'un côté, et l'accroissement de l'immigration comorienne de l'autre, ont eu pour effet de recomposer les relations de travail dans ces secteurs d'activité traditionnels. On note, en particulier, une marchandisation croissante de ces relations et une ethnicisation du travail : P. Burnod P., J.-M. Sourisseau, « Changement institutionnel et immigration clandestine à Mayotte : quelles conséquences sur les relations de travail dans le secteur agricole ? », *Autrepart*, n°

Une autre forme d'entraide essentielle s'observe autour de l'habitat et des formes d'hébergement. Au recensement de 2017, 15 % des ménages mahorais étaient logés à titre gratuit, contre 2 % en France métropolitaine⁴⁹. Les règles qui fondent les pratiques d'hébergement suivent, elles aussi, les étapes du cycle de vie. Ainsi, une jeune femme non mariée a de grandes probabilités d'habiter dans le foyer matrifocal occupé par sa mère (et sa grand-mère le cas échéant)⁵⁰. Les premiers salaires perçus sont destinés à faire vivre ce ménage selon une logique de partage des responsabilités : la mère fournit la maison, l'enfant en assure la charge. Quand elle se marie, en principe, la fille part occuper la maison fournie par son père où elle accueille son époux ou ses époux successifs. Dans un certain nombre de cas – et notamment parmi les ménages pauvres qui n'ont pas les moyens de construire une maison pour chaque fille – la maison fournie en dot est celle qui était déjà occupée. Dans ce cas, la mère sera accueillie par un autre de ses enfants ou de ses collatéraux. Lorsque ces obligations ont été prévues suffisamment à l'avance, la mère ira plutôt occuper la maison que ses enfants lui auront construite, conformément aux attentes socialement définies sur ce point. La prise en charge des mères de famille par les enfants adultes symbolise alors leur réussite sociale et leur accès à un nouveau statut : celui d'une mère accomplie qui a donné pour ses enfants et qui reçoit aujourd'hui leur contre-don. Aux obligations morales qui conduisent les femmes plus jeunes à chercher des ressources pour leurs enfants se substitue ici un comportement inverse qui signe un autre pan de l'économie morale familiale et une inversion des rapports de dépendance.

Le qualificatif de « famille-providence » utilisé par Claudine Attias-Donfut et Nicole Lapierre pour décrire l'institution familiale en Guadeloupe⁵¹ s'avère particulièrement approprié pour Mayotte. En marge d'un État qui n'a pas encore les qualités providentielles qu'on lui prête, à tort ou à raison, les familles mahoraises assurent en quelque sorte, et à leur échelle, le principe de redistribution assis sur les régimes assuranciel et assistanciel de la protection sociale. On note, sur ce point, que les différences de salaires perçus par les uns et les autres conditionnent très justement les pratiques d'entraides. Par exemple, les membres de la parentèle qui appartiennent à la fonction publique et qui disposent, à ce titre, de traitements relativement avantageux grâce à l'indexation des salaires à hauteur de 40 % seront particulièrement attendus dans leur fonction d'entraide. « *Vous savez, ici, à Mayotte, culturellement un salaire c'est pour cinq ou six personnes. Il n'y a pas moi, ma femme et mes enfants, comme dans le modèle occidental. Il y a ma mère, mes tantes, mes oncles, tous ceux qui ne travaillent pas et qui comptent sur l'enfant qui a fait des études, qu'il arrose un peu toute la famille. Moi, tous les mois, je fais des courses pour ma mère ou je lui donne de l'argent. On est trois frères dans la famille, on fait tous la même chose* », témoigne un natif de Mayotte, âgé de 37 ans et doté d'un emploi dans la fonction publique territoriale. On observe ainsi une appropriation de l'économie de la départementalisation avec des formes de redistributions privées qui sont d'autant plus nécessaires que les transferts sociaux sont, pour l'heure, largement déficitaires. À Mayotte, comme dans bien d'autres pays du Sud, la régulation sociale de la pauvreté tient à l'économie morale inscrite dans des rapports sociaux de dépendance et de solidarité davantage qu'à une

43, 2007, p. 165-176 ; A. Hochet, V. Bianchini, « L'économie informelle à Mayotte en contexte de départementalisation », *Revue internationale des études du développement*, n° 244, 2020, p. 7-28.

⁴⁹ INSEE, « Évolution des conditions de logement à Mayotte. Quatre logements sur dix sont en tôle en 2017 », *Insee Analyses Mayotte*, n° 18, avril 2019.

⁵⁰ Qu'elles vivent sous le même toit que l'un de leurs enfants ou dans leur propre maison, les personnes âgées demeurent dans le cercle étroit de la parenté co-résidentielle. Mayotte ne dispose d'aucune maison de retraite et les représentations attachées à ce type d'institution révèlent la valeur encore très forte accordée aux obligations intergénérationnelles.

⁵¹ C. Attias-Donfut, N. Lapierre, *La famille providence. Trois générations en Guadeloupe*, Paris, La Documentation française, 1997.

économie redistributive fondée sur une seule logique libérale⁵². La survie de toute une partie de la population ne repose, *en soi*, ni sur les revenus d'assistance, ni sur ceux du marché, mais sur des règles coutumières de solidarité et de réciprocité.

Section 4/ Famille matrifocale et rôles sociaux de sexe

§ 1 – L'organisation familiale et les règles de parenté

L'organisation de la famille mahoraise repose sur les règles de la matrilocalité (une fois marié, l'homme s'installe dans la résidence et le village de son épouse qui, elle-même, vit aux côtés de sa mère) et celles de la matrifocalité : contrairement aux organisations matrilineaires et agnatiques, les principes de filiation sont ici indifférenciés. On note cependant une organisation de la famille centrée sur la lignée maternelle. Les pères et les époux, souvent de passage compte tenu de la fragilité des unions conjugales, sont de fait davantage attendus dans leurs obligations de frères et de fils⁵³. Comme le souligne Sophie Blanchy : « Le mariage apparaît, aux Comores, comme un point de contact provisoire entre deux familles. Ce qu'il en reste après rupture éventuelle, ce sont les enfants, qui seront partagés entre les deux lignages et auront une image de la mère et du père souvent démultipliée et parfois conflictuelle »⁵⁴.

La famille s'entend ici au sens large. Le modèle familial traditionnel se construit sur des figures paternelles et maternelles pouvant s'élargir au-delà de la mère et du père biologique. Les familles où les enfants sont nombreux peuvent se reposer sur des figures parentales élargies au simple cercle de la famille nucléaire. Par exemple, le mot *baba* (papa) désigne tout à la fois : père, frère du père, mari de la sœur de la mère ou nouveau mari de la mère. De même, le mot *mama* (maman) s'adresse à la mère, mais aussi à la sœur de la mère, la femme du frère du père ou la nouvelle femme du père. On peut parler de « père femelle » à propos de la tante paternelle, car elle est appelée à exercer une extrême autorité sur l'enfant en tant que substitut du père, et inversement de « mère mâle » pour l'oncle maternel. Oncles et tantes sont ainsi assimilés aux parents biologiques. De la même manière, les cousins le sont aux frères et sœurs. D'une manière générale, l'enfant va appeler « papa » et « maman » les apparentés chez qui il vit. Dans cette organisation de la parenté, les grands-parents représentent souvent pour l'enfant l'image stable de la structure familiale. À Mayotte, les personnes âgées sont traditionnellement au sommet de la hiérarchie familiale en qualité de sages et de garants de l'ordre familial. Elles tiennent une grande place dans la construction de l'identité personnelle et dans l'équilibre affectif des petits-enfants, d'autant plus qu'auparavant les grands-mères les élevaient souvent. Ce système de régulation des liens de parenté est évidemment rendu possible par la proximité géographique des familles qui, souvent, habitent le même village. Les enfants d'une même fratrie pouvant avoir des pères différents, ce système de figures paternelles et maternelles élargies aux oncles et tantes et aux grands-parents permet ainsi, pour eux, de poser des repères affectifs et éducationnels stables en réponse aux nombreux mouvements possibles, surtout des pères et, mais aussi parfois des mères.

⁵² J. Ferguson, *Give a Man a Fish: Reflections on the New Politics of Distribution*, Durham and London, Duke University Press, 2015.

⁵³ S. Blanchy, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », *Journal des Africanistes*, vol. 62, n° 1, 1992, p. 7-53 ; — « Matrilocalité et système d'âge à Mayotte », *Tarifā, Revue des Archives départementales de Mayotte*, 2012, p. 9-21.

⁵⁴ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit.*, p. 69.

Les pratiques de circulation et de placement des enfants, le plus souvent sur la lignée maternelle, sont en effet très courantes dans l'archipel des Comores⁵⁵. Inscrites dans un ordre normatif partagé par toutes les parties de l'échange⁵⁶, elles peuvent se présenter comme une réponse sociale à l'infertilité comme c'est le cas dans bien d'autres sociétés ou tout simplement être motivées par la recherche d'un cadre familial protecteur quand les parents biologiques sont « empêchés » dans leur fonction éducative, sous l'effet d'un projet migratoire par exemple. Ces logiques de placement se renouvellent et se reconfigurent au gré des transformations sociales et juridiques en cours. Pour être en conformité avec le droit commun, ces pratiques auparavant médiatisées par le *cadi* font désormais l'objet d'une délégation d'autorité parentale. De même, alors qu'ils étaient essentiellement observés à l'échelle de Mayotte et de l'archipel, les placements épousent aujourd'hui les nouveaux axes migratoires empruntés par les femmes mahoraises. Par exemple, une mère va confier son enfant en bas âge à sa sœur qui habite à La Réunion et qui, à ce titre, bénéficie de prestations familiales plus avantageuses que celles en vigueur à Mayotte⁵⁷. De même, de jeunes adolescents sont envoyés chez leurs tantes en métropole pour y poursuivre une scolarité qui est jugée de meilleure qualité que celle délivrée dans les collèges et lycées mahorais. À l'échelle de l'archipel, les circulations d'enfants demeurent évidemment importantes du fait des projets migratoires de leurs familles et des effets des reconduites à la frontière qui obligent à recueillir des mineurs isolés. Si ces placements sont souvent difficilement vécus par les mineurs – et ce d'autant plus qu'on ne leur en explique pas toujours les motivations – ils sont pensés du point de vue de leurs parents comme une forme de protection (assurer leur prise en charge immédiate et leur avenir) et non d'un abandon. Cet exemple est emblématique des ruptures générationnelles observées aujourd'hui à Mayotte, et dont on perçoit les effets cliniques : « Les professionnels de santé mentale et du champ éducatif [soulignent] la corrélation sinon la causalité entre les modes contemporains de circulation des enfants et les formes de souffrance chez les adolescents »⁵⁸.

§ 2 – Des rapports de genre très codifiés...

L'organisation matrifocale de la famille mahoraise détermine fortement les relations entre les femmes et leur mari, et entre les mères et les pères en cas de séparation du couple. Traditionnellement à Mayotte, « la responsabilité du ménage, ou des ménages si le mari est polygame, incombe à l'homme, chef de famille(s). Il doit subvenir aux besoins alimentaires et financiers de ses dépendants grâce à ses différentes activités. À une mère revient la gestion du budget, l'essentiel de l'éducation des enfants, l'entretien quotidien de la maison, la préparation des repas et une grande partie des travaux agricoles sur le vivrier »⁵⁹. En cas de divorce, et conformément à la règle de la matrilocalité qui confond la mère et la maison maternelle, c'est au mari de quitter le foyer. L'homme est et demeurera toujours un étranger dans la maison de sa femme (c'est précisément cette règle qui détermine pour une bonne part le statut de *Mudjeni* chez un homme, qui demeurera *Munyeji* dans le village de sa mère). En ce sens, la matrilocalité se présente comme une sorte de contre-pouvoir face à l'autorité absolue de l'homme (il est le seul, dans le droit musulman, à disposer du pouvoir de répudiation). Celui-ci entre dans la maison et a de grandes chances d'en sortir un jour ou l'autre. Ceci est une caractéristique

⁵⁵ S. Blanchy, M. Allaoui-Chami, « Circulation des enfants aux Comores : classe sociale, lignage, individu », in I. Leblic (dir.) *De l'adoption. Des pratiques de filiation différentes*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2004, p. 172-200.

⁵⁶ S. Lallemand, *La circulation des enfants en société traditionnelle. Prêt, don, échange*, Paris, L'Harmattan, 1993.

⁵⁷ Les prestations familiales servies à Mayotte ont été alignées au 1^{er} janvier 2021.

⁵⁸ J. Sakoyan, *Les mineurs isolés à Mayotte originaires des Comores*, Rapport ethnographique des données recueillies en juin et juillet 2013, Université de Rouen, INEMA, 2014, p. 149.

⁵⁹ C. Barthès, *L'État et le monde rural à Mayotte*, op. cit., p. 40-41.

fondamentale de la famille matrifocale : les hommes favorisent leur propre parentèle à celle issue de l'alliance matrimoniale. Ils circulent de maisonnée en maisonnée, tandis que les femmes sont attachées au foyer matrifocal et à la cellule qu'elles composent avec leurs enfants⁶⁰. Contre une lecture ethnocentrique qui ne verrait ici qu'un rôle défaillant chez les pères, il importe de prendre en compte les multiples rôles attendus des hommes dans la société mahoraise. Si l'on revient sur la place importante dans le cercle familial élargi des oncles et des tantes, on comprend que chaque père est aussi l'oncle des enfants de ses sœurs. Or la place de l'oncle en tant que figure paternelle affective et éducative est traditionnellement très importante à Mayotte. Les hommes doivent ainsi se partager entre leur rôle de mari (rôle de reproduction et d'entretien de la famille) et leur rôle d'oncle où ils assurent une présence morale, affective et éducative.

§ 3 – ... qui se recomposent et fragilisent la situation économique des femmes en situation de dépendance

Malgré les avantages que la transformation statutaire de Mayotte apporte aux femmes sur le plan juridique⁶¹, la position sociale qu'elles occupent aujourd'hui témoigne encore d'une organisation sexuée de l'économie familiale et du marché du travail. Si en l'espace de vingt ans l'activité féminine a progressé, c'est beaucoup moins vrai dans les strates inférieures de l'espace social où nombreuses sont celles qui n'ont pas été scolarisées ou seulement dans l'enseignement primaire. Au recensement de 2017, parmi la population âgée de quinze ans et plus, on comptait 37 % de femmes qui n'étaient jamais allées à l'école contre 25 % pour les hommes. À diplôme identique, les hommes sont plus souvent en emploi que les femmes et ces dernières sont surreprésentées dans les emplois à durée déterminée et à temps partiel. En 2018, le taux d'emploi féminin était ainsi de 25 % (contre 41 % pour les hommes) et leur taux de chômage de 42 % (29 % pour les hommes)⁶². À la même époque, près de sept allocataires du RSA sur dix sont des femmes. Si ces quelques données semblent objectiver une pauvreté féminine et des inégalités sexuées, il n'en demeure pas moins que ces indicateurs sont très eurocentrés. En ce sens, ils ne permettent pas ou prou de mesurer les circuits de redistribution économique traditionnellement observés à Mayotte et les logiques honorifiques qui les sous-tendent, la femme (épouse, sœur, mère) étant normalement prise en charge par un homme (mari, frère, fils) selon des régimes d'obligations et de réciprocité socialement institués. Les transferts privés observés à l'échelle des parentèles échappent en partie à la statistique publique et aux catégories administratives et fiscales de l'État dont l'unité de mesure reste le ménage. Pour mesurer la pauvreté et sa régulation sociale à Mayotte, il faut nécessairement déconstruire les indicateurs conventionnels pour suivre au plus près les circuits économiques endogènes et la manière dont ils se reconfigurent ou non sous l'effet de la départementalisation.

Les récits de vie recueillis auprès des femmes de classe sociale inférieure témoignent de la césure que représente aujourd'hui la désunion dans l'économie familiale. Tant qu'elles étaient

⁶⁰ R. T. Smith, *The Negro family in British Guiana. Family Structure and Social Status in the Villages*, London, Routledge and Kegan, 1956 ; E. Clarke, *My Mother who Fathered me. A Study of the Family in Three Selected Communities in Jamaica*, London, Allen and Unwin, 1966.

⁶¹ F. Gémieux, « Départementalisation et condition des femmes mahoraises. Avancées et attentes », *Carnets de Recherche de l'océan Indien*, n° 1, 2018, p. 145-160.

⁶² Mesuré ici au sens du BIT, cet indicateur du chômage comporte des limites car beaucoup de femmes souhaiteraient travailler mais ne font pas de recherche d'emploi au sens conventionnel du terme. La notion de chômage au sens du recensement de la population est plus proche de la réalité car elle repose sur la déclaration des individus se considérant comme chômeurs. Selon cette définition, le taux de chômage féminin était ainsi près de deux fois plus élevé que celui des hommes en 2012 (47,2 % contre 28 %).

mariées – et davantage encore si leur époux occupait un emploi salarié – les revenus du ménage permettaient de subvenir aux besoins de la famille. Une fois le couple séparé, les femmes se retrouvent doublement exposées à des difficultés économiques : elles bénéficient trop rarement d'une pension (légale ou informelle) de la part de leur ex-mari tandis que les charges attachées aux enfants leur reviennent en grande partie. Ce principe de distribution des rôles sociaux de sexe dans la prise en charge des enfants, s'il n'était déjà pas parfait pour les générations précédentes⁶³, révèle un peu plus aujourd'hui les inégalités de genre face aux obligations familiales. Avec la « vie chère » et les nouveaux standards de consommation dont les enfants et les adolescents sont aussi les premiers promoteurs, la prise en charge de la famille est de plus en plus coûteuse. De nos jours, nombreuses sont les mères de familles séparées qui déplorent le caractère aléatoire et discontinu de l'aide apportée par le père du ou des enfants. Si certaines d'entre elles, appuyées en cela par le travail social, s'engagent dans une démarche auprès du juge aux affaires familiales pour réclamer une pension alimentaire⁶⁴, la majorité de celles que nous avons interviewées s'en remet à l'ordre coutumier attaché à l'organisation de la famille matrifocale. « *On ne se bagarre pas pour un enfant, l'enfant revient toujours à sa mère* », me confie l'une d'elles, âgée de 44 ans, divorcée avec quatre enfants à charge⁶⁵. Dans un certain nombre de cas, notamment lorsque le père est parti vivre en France métropolitaine, les contacts sont littéralement rompus.

Interrogés sur cette question de l'obligation alimentaire, les hommes avancent plusieurs arguments. Si les uns estiment faire ce qu'il faut selon leurs moyens (des représentations qui, très souvent, sous-estiment les besoins réels des enfants), d'autres en revanche justifient leur non-participation économique selon deux logiques de substitution : les allocations familiales versées aux mères de famille d'une part, et la présence d'un nouveau mari dans le ménage occupé par leurs enfants et leur ex-femme d'autre part. Celle-ci est présentée tantôt comme la nouvelle figure masculine à qui revient la prise en charge du ménage qu'il a rejoint, tantôt comme une figure concurrente que l'on ne veut surtout pas nourrir en apportant à la famille des ressources monétaires. Une dernière raison, enfin, renvoie aux dépenses engagées par les hommes dans la maison de leur ancienne épouse et, le cas échéant, dans la construction d'une maison pour la dot de leur fille. En clair, pour reprendre le registre argumentatif souvent avancé : « *je ne paye pas pour mes enfants, car j'ai déjà donné pour la maison* ». Si le nouveau droit en vigueur appelle les pères à recentrer leur responsabilité sur leur propre progéniture, beaucoup continuent de raisonner selon le modèle matrifocal et investissent leur rôle d'oncle maternel davantage que celui de père biologique. Dans ces conditions, ils peuvent être surpris d'être rappelés à des obligations légales (sous l'effet, notamment, d'un recours auprès du juge aux affaires familiales) quand ils estiment répondre à un autre régime d'obligations usuelles.

Les monographies que nous avons réalisées auprès des femmes allocataires du RSA dévoilent ainsi toute la construction sociale de leur situation de dépendance économique vis-à-vis des hommes. La majeure partie d'entre elles n'a pas été scolarisée ou alors sur des niveaux très bas, correspondant aux classes du primaire, au mieux du collège. Elles sont ainsi restées enfermées dans un ordre social et conjugal selon lequel une jeune fille non ou faiblement scolarisée doit chercher son salut dans le mariage et, dans ce cadre, dans une relation de dépendance

⁶³ Les registres anciens des cadis sont remplis de plaintes de mères de familles qui réclamaient, par la médiation du droit musulman, une aide alimentaire de la part du père des enfants : S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ S. Blanchy, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française*, n° 169, 2018, p. 47-56.

⁶⁵ À l'organisation matrifocale de la cellule familiale s'ajoute ici la règle inscrite dans la charia selon laquelle un enfant âgé de moins de sept ans ne peut être confié à son père.

économique vis-à-vis d'un homme. Une certaine pression sociale et familiale s'exerce aussi en ce sens, l'enjeu pour les familles pauvres étant de « placer » leurs filles dans un nouveau ménage pris en charge par le mari. Une fois mariées, une autre pression s'exerce sur elles : celle d'avoir un ou plusieurs enfants. À Mayotte, le mariage entre un homme et une femme n'est réellement validé que lorsqu'il donne lieu à une naissance. Dans le cas contraire, la famille du mari peut se réunir en conseil (*machouhra*) et discuter de l'opportunité ou non de rester dans ce mariage si celui-ci n'apporte aucune descendance. De fait, la dimension honorifique attachée au statut du mariage et à la procréation a manifestement un coût économique supérieur pour les femmes qui ont à supporter la charge familiale, quel que soit le niveau de participation du père des enfants. Les trajectoires biographiques des femmes allocataires du RSA illustrent tout à fait ces règles sociales et conjugales : qu'elles soient ou non séparées aujourd'hui, elles ont le plus souvent contracté plusieurs mariages (dont certains avec un mari polygame) et, dans l'ensemble, chaque mariage a donné lieu à une ou plusieurs naissances. Cette propriété sociale peut avoir deux effets. Pour celles qui ont encore des enfants à charge et qui sont séparées, elle représente de fait un facteur d'appauvrissement qui appelle à la mobilisation d'autres ressources. Les transferts privés entre collatéraux, les prestations sociales et familiales et les emplois aidés remplissent cette fonction économique. À l'inverse, les mères de famille dont les enfants sont aujourd'hui adultes peuvent espérer un soutien financier de leur part. La figure de l'enfant adulte demeure en effet la plus opérante sur le plan des solidarités familiales, suivie de celle du frère. Les autres membres de la parentèle sont plus rarement sollicités ou seulement pour des occasions ponctuelles et dont le caractère d'obligation demeure très fort. C'est le cas, en particulier, pour le financement des réceptions villageoises liées au grand mariage, à la circoncision et aux enterrements.

Pour autant, on note ici ou là des signes de fragilisation de cet ordre coutumier et d'une économie formalisée à l'échelle de la parentèle. Quand, en effet, les apparentés attendus dans leur fonction d'entraide sont eux-mêmes en situation de précarité, à Mayotte, à La Réunion ou en métropole, les logiques de soutien deviennent plus difficiles à honorer. Le registre argumentatif des enfants adultes est parfois sans équivoque et témoigne des situations partagées de pauvreté dans la famille : « *Je suis moi-même en galère ici, elle touche le RSA là-bas, je ne peux pas lui donner ce que je n'ai pas* » témoigne ainsi le fils d'une allocataire, âgé de 32 ans, vivant en France métropolitaine où il alterne, depuis une dizaine d'années, entre contrats précaires, assurance chômage et revenus sociaux. Précarisation et individualisation vont ici de pair et informent d'un nouvel éthos de survie individué. Le chômage, la « vie chère », l'obligation pour les jeunes adultes de migrer dans d'autres départements en vue de leur propre survie sont autant de réalités nouvelles qui sont présentées comme un obstacle au maintien des solidarités. De fait, le recours aux aides publiques (RSA, allocations familiales et allocation de rentrée scolaire essentiellement) et, le cas échéant, aux quelques emplois aidés offerts ponctuellement par les communes et le département est pensé et justifié par les intéressées comme un moyen essentiel d'autonomisation économique vis-à-vis des (ex)conjointes d'abord, des enfants et des frères ensuite. Rapportées à leur trajectoire biographique, les prestations se substituent ainsi aux revenus du mari ayant quitté le foyer conjugal et dispensent les femmes de se mettre immédiatement en quête d'un nouveau mari afin de subvenir à leurs besoins⁶⁶. En écho à ce que nous avons dit plus haut au sujet des logiques honorifiques qui entourent le statut du mariage, les femmes qui recourent au RSA témoignent ainsi d'une nouvelle liberté vis-à-vis

⁶⁶ À propos des effets de la protection sociale Outre-mer sur les rapports sociaux de sexe, Huguette Dagenais et Jean Poirier ont pu parler, à juste titre, d'une « attaque involontaire du pouvoir des hommes par l'État » : H. Dagenais, J. Poirier, « L'envers du mythe : la situation des femmes en Guadeloupe », *Nouvelles questions féministes*, n° 9-10, 1985, p. 72.

de cette règle coutumière dont elles connaissent trop bien les inconvénients sur le plan économique. La garantie de ressources obtenue avec le RSA contraste avec les revenus discontinus liés aux changements courants de situation matrimoniale et à l'irrégularité des aides reçues de la part de leur conjoint. Elle est donc plutôt bien perçue par ses bénéficiaires qui en appellent cependant à davantage de droits pour faire face à l'accroissement des besoins sociaux et du coût de la vie.

Si le recours au droit permet de s'affranchir des relations de dépendance inscrites dans le mariage coutumier, il demeure inscrit dans un ordre social continué dès lors qu'il est pensé et légitimé depuis leur place de mère de famille à qui, dans les faits, revient la charge des enfants une fois que le père a quitté le foyer et, bien souvent, ses obligations alimentaires par la même occasion. En confortant ainsi leur statut de mère nourricière *via* le recours au droit, ces femmes continuent d'occuper une position sociale gratifiante⁶⁷. Une « assignation à résidence » qui reste un moindre mal, car si les rapports de genre sont mis à distance dans l'espace domestique, ils continuent d'opérer et de se combiner aux rapports de classe sur le marché du travail, qui plus est pour ces femmes non ou faiblement scolarisées et dont les rares expériences professionnelles se cantonnent aux emplois aidés et aux activités non déclarées (ménages, gardes d'enfants, ventes sur le marché, épicerie [*duka*], etc.). Selon une approche intersectionnelle, la famille – et plus précisément ici le statut de mère de famille – constitue ainsi une structure refuge et intégrée⁶⁸ : si l'émancipation féminine est portée par une volonté d'autonomisation économique face aux hommes, elle n'est pas présentée comme devant remettre en cause la place et la fonction de la femme/mère au sein du foyer matrifocal. Celles-ci ne sont pas décrites comme des positions aliénantes, au moins pour leur génération. Le regard qu'elles portent sur leurs enfants et plus particulièrement leurs filles est tout autre :

« Il est hors de question que mes trois filles ne reçoivent pas d'éducation, qu'elles vivent ce que j'ai vécu. Avant, à l'époque de moi et mes sœurs, on ne scolarisait pas les filles pour pas qu'elles côtoient les garçons trop tôt. Aujourd'hui, on parle de l'égalité, que les filles soient autonomes, et ça nous rappelle que nous, on n'a pas vécu cette situation. Ça nous met dans une situation de combativité. Je sais que mes filles ne vont pas vivre la même époque que moi. Si le papa ne travaille pas, la maman pourra toujours avoir son travail. Et vous savez, les hommes ici peuvent être arrogants ! Avant, on faisait pas trop attention, mais aujourd'hui on le voit bien ! On dit toujours : "les enfants restent chez leur maman", et c'est mieux si la maman a quelque chose pour les prendre en charge, comme le RSA pour moi ou un emploi pour mes filles » (Sakina, 40 ans, née à Mayotte, non scolarisée, mariée, 3 enfants, allocataire du RSA).

« Je veux que mes filles fassent des études et qu'elles n'aient pas la même vie que moi. Je n'ai jamais été à l'école, j'ai eu beaucoup de problèmes dans la jeunesse, dans mes mariages. Mes enfants pourront faire une revanche sur ma vie, et me faire oublier tout ce que j'ai vécu, comment je les ai élevés dans la pauvreté, et avoir un retour positif. Et si mes enfants réussissent, qu'ils n'oublient pas leur mère ! » (Rahma, 51 ans, née aux Comores, non scolarisée, installée à Mayotte depuis 25 ans, titre de séjour de 10 ans, mariée, 4 enfants, allocataire du RSA).

⁶⁷ Stéphanie Mulot a montré, pour le cas de la société guadeloupéenne, combien la transformation des rapports sociaux de sexe ne remettait nullement en question la place centrale de la mère dans l'organisation de la famille matrifocale : S. Mulot, « *Je suis la mère, je suis le père !* » : l'énigme matrifocale. *Relations familiales et rapports de sexe en Guadeloupe*, thèse en ethnologie, Paris, EHESS, 2000, 639 p.

⁶⁸ C. Poirret, « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques. Quelques enseignements du débat nord-américain », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 1, 2005, p. 195-226.

« Pour les femmes, ça va pas. Vous savez bien comment fonctionnent les hommes ? Moi, je travaillais pas, donc je dépendais de mon mari. Aujourd'hui, avec la France à Mayotte, les personnes en difficulté peuvent être accompagnées pour réussir leur vie, leur projet. Je ne suivrais pas ma fille si elle voulait se marier à 15 ans. Elle a besoin d'une éducation, un emploi, et avoir une considération, de l'honneur, avec un métier » (Nessah, 43 ans, née à Mayotte, niveau 3^e, séparée, 4 enfants, allocataire du RSA).

À l'instar de ce dernier extrait d'entretien, il est intéressant de noter combien la mobilité sociale des nouvelles générations féminines est pensée comme une voie nouvelle d'accéder à une position honorifique dans la société. Si hier l'honneur passait par le mariage et, de fait, par la soumission à un ordre conjugal inégalitaire, il s'obtient également aujourd'hui par la capacité à être autonome sur le plan financier et à disposer d'un statut professionnel socialement reconnu. Une nouvelle aspiration qui ne remet pas en question la norme du mariage, mais qui en redéfinit les contours en y associant une égalité des sexes. Le discours tenu par les mères de famille sur la scolarité et les perspectives d'avenir de leurs filles témoigne ainsi d'une volonté très forte d'émancipation féminine à leur endroit. Les quelques extraits d'entretien cités ici montrent combien elles ont une représentation tout à fait informée des déterminismes sociaux de leur propre trajectoire biographique et des limites dans lesquelles elles ont évolué : absence ou faible scolarisation, obligation de se marier très tôt, situation de dépendance économique vis-à-vis de leur mari, etc. Le regard éclairé qu'elles portent aujourd'hui sur la domination masculine démultiplie leurs attentes vis-à-vis de la réussite scolaire des filles⁶⁹. L'investissement éducatif – qui est d'ailleurs une des motivations premières de la migration dans les autres départements français – est présenté tantôt comme une revanche par procuration pour Ego, tantôt comme la clé d'une redéfinition des rôles sociaux de sexe dans la société mahoraise.

⁶⁹ Cette observation d'une émancipation par l'école dans la transmission intergénérationnelle féminine est courante. Si la scolarisation prolongée des filles annonce de plus grandes perspectives d'émancipation féminine, les mobilisations familiales autour de l'enjeu de leur réussite scolaire y sont aussi pour beaucoup : Terrail J.-P., « Destins scolaires de sexe : une perspective historique et quelques arguments », *Population*, n° 3, 1992, p. 645-676 ; Hassini M., *L'École : une chance pour les filles de parents maghrébins*, Paris, CIEMI/Karthala, 1997.

Chapitre 2/ La protection constitutionnelle de la coutume

En 1991, le procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou déclarait que « la transformation rapide de la société mahoraise qui se développe et s'ouvre sur l'extérieur n'est pas sans incidence sur les traditions et les vêtements juridiques, tissés dans le passé, craquent de toutes parts »⁷⁰. Cette phrase prononcée il y a exactement trente ans témoigne de l'enjeu auquel la collectivité de Mayotte est confrontée au rythme des changements de statut successifs et des adaptations législatives et réglementaires afin de lui rendre très progressivement applicable le régime juridique métropolitain.

La question du statut civil de droit local reflète bien en effet les tiraillements que connaît l'île depuis plus de soixante ans, entre la volonté sans cesse renouvelée de s'ancrer toujours plus dans la République française, et celle de conserver certaines spécificités locales qui semblaient justement l'en éloigner et justifier, aux yeux de certains élus de la République, la défiance manifestée à son égard et le souhait de retarder sans cesse l'échéance de la départementalisation.

En effet, si Mayotte est devenue protectorat français dès 1841 lors de son acquisition par la Monarchie de Juillet, bien avant les trois autres îles des Comores (Grande Comore, Anjouan et Mohéli qui ne le furent qu'en 1886), elle devint, avec ses voisines, un territoire d'outre-mer en 1946⁷¹. S'inscrivant à rebours du mouvement contemporain de décolonisation, elle fut la seule de l'archipel à se prononcer contre l'indépendance lors d'une consultation organisée par la Métropole, à la suite de laquelle la Chambre des députés proclama l'indépendance unilatérale des Comores dans ses frontières coloniales. Les élus locaux exprimèrent même le souhait, lorsque la question fut posée à l'occasion d'une consultation en 1976, que Mayotte devînt un département d'outre-mer, mais le projet de loi de départementalisation fut retiré et la loi du 24 décembre 1976 fit de Mayotte une collectivité territoriale *sui generis* sur le fondement de l'article 72 de la Constitution. Tendait à devenir à plus ou moins long terme un département de la République, la collectivité ainsi créée n'en conservait pas moins l'application du principe de spécialité législative, réservé aux seuls territoires d'outre-mer, et semble-t-il propice à la conservation de spécificités locales puisqu'il était précisé à l'article 10 de la loi susvisée que « les lois nouvelles ne sont applicables à Mayotte que sur mention expresse ». Si la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 n'a pas modifié le statut de Mayotte, devenue collectivité départementale par une loi de juillet 2001, elle a eu pour mérite de la mentionner au titre des départements, régions et autres collectivités d'outre-mer, en son article 72-1, mais l'application du principe de spécialité législative restait de mise, dès lors que la collectivité n'était pas explicitement un département ou une région d'outre-mer au sens du nouvel article 73 de la Constitution. Il fallut attendre le 31 mars 2011, deux ans après un référendum au résultat sans appel, pour que Mayotte accède pleinement à la départementalisation et au principe d'identité législative voué à s'appliquer dans les départements et régions d'outre-mer.

⁷⁰ P. Brossier, « L'État civil à Mayotte », in O. Gohin et P. Maurice (dir.), *Mayotte*, Actes du colloque universitaire tenu à Mamoudzou les 23 et 24 avril 1991 à l'occasion du cent-cinquantième anniversaire du rattachement de Mayotte à la France, Publications de l'Université de La Réunion, 1992, p. 233-258, spéc. n° 87.

⁷¹ Loi n° 46-973 du 9 mai 1946 tendant à accorder l'autonomie administrative et financière à l'archipel des Comores, *JO* 10 mai 1946.

Dès lors et de façon progressive, Mayotte devait se voir appliquer l'entière de la législation française, bien que des adaptations⁷² puissent être mises en œuvre pour tenir compte des problématiques locales, comme c'est le cas en matière d'immigration.⁷³

Au-delà de ces dispositions, qui résultent mécaniquement de la soumission de la nouvelle collectivité à l'article 73, il existe à Mayotte un autre droit, issu de la coutume, beaucoup plus spécifique et assez strictement cantonné, qui échappe à l'assimilation législative depuis le XIX^e siècle, soumis à des vents contraires qui l'ont ébranlé dans ses fondements sans parvenir pour le moment, à le faire totalement plier. Si certains avaient prédit sa disparition en arguant notamment de son incompatibilité avec le régime de l'article 73 de la Constitution⁷⁴, il continue aujourd'hui, dans les textes du moins, à trouver une place parmi les autres sources de droit (Section 1).

D'un autre côté, la reconnaissance d'un cadre protecteur n'emporte pas de garanties concernant sa délimitation et son contenu. Il appert donc que l'article 75 de la Constitution, qui dispose que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé », interprété de manière libérale par le législateur sous l'œil bienveillant du Conseil constitutionnel, ne forme plus qu'un bouclier de papier face aux velléités de restrictions du statut personnel (Section 2).

Section 1/ L'affirmation du principe

L'application d'un statut personnel à Mayotte s'est développée dans un contexte colonial qui reposait sur le constat que « certaines populations connaissant des traditions juridiques trop différentes de celles connues dans d'autres parties de l'État, ne peuvent se voir imposer le statut civil de droit commun »⁷⁵. Les différents régimes politiques, de la III^e à la V^e République, ont tous reconnu, pour des raisons différentes, des spécificités aux territoires d'outre-mer (§ 1).

Si le principe peut sembler, à certains égards, aujourd'hui obsolète, il demeure pourtant vivace dans la Constitution et son existence, malgré les atteintes, n'est pas remise en cause (§ 2).

§ 1 – Un contexte historique propice

Selon les termes de l'article 82 de la Constitution de la IV^e République, « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français ».

⁷² L'article 73 al. 1 prévoit le principe d'adaptation.

⁷³ Par exemple, depuis la promulgation de la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, un enfant né de parents étrangers à Mayotte ne peut acquérir la nationalité française que si l'un de ses parents réside sur le territoire français de manière régulière et ininterrompue depuis plus de trois mois avant sa naissance.

⁷⁴ Le statut civil de droit local était déjà considéré comme un obstacle à la départementalisation lors des débats parlementaires de la loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976. La même opinion ressort des propos des auteurs du Rapport d'information au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, à la suite d'une mission d'information effectuée à Mayotte du 1^{er} au 6 septembre 2008, n°115, Sénat, session ordinaire 2008-2009, p. 15. Voir également M. Hachimi-Alaoui, « Françaises et français de Mayotte. Un rapport inquiet à la nationalité », *Politix*, 2016/4, n°116, 2016, p. 115-138.

⁷⁵ A. Boyer, « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ*, 1994-2, p. 387-399, spéc. p. 388.

Cet article reflète la volonté du constituant de la IV^e République, confronté à un ensemble territorial et hétérogène composite, de tenir compte des spécificités culturelles des anciennes colonies. Cette préoccupation est toutefois loin d'être récente. Alain Boyer relevait qu'il existait déjà sous l'Ancien Régime, des traces de la reconnaissance de traditions locales par les autorités françaises⁷⁶. La France étant elle-même soumise à une diversité de statuts liés à l'application du droit écrit et du droit coutumier sur son territoire, il ne faut donc pas s'étonner que les populations des colonies voient elles aussi leurs droits différenciés selon leur situation personnelle et géographique.

Après des hésitations textuelles dues aux bouleversements de la période révolutionnaire, corrélées à l'abolition puis au rétablissement de l'esclavage qui a nécessairement eu un impact sur le traitement réservé aux habitants des possessions françaises, c'est finalement l'article 1 de la loi du 24 avril 1833 relative à l'exercice des droits civils et politiques dans les colonies qui a établi un régime voué à perdurer jusqu'à la fin de la période coloniale. En effet, selon les termes de cet article, « toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit, dans les colonies françaises : 1° des droits civils ; 2° des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois ». À cet égard, Alain Boyer souligne le fait que cet article, censé unifier le statut applicable dans l'ensemble des colonies a, au contraire, mis en lumière le caractère différencié du traitement juridique réservé aux différents habitants de ces colonies et particulièrement des autochtones⁷⁷. Confrontée à la question d'une applicabilité de ce texte à une population qui ne suivait pas le droit commun français, la Cour de cassation a conclu que, lorsque c'était le cas, celle-ci devait continuer à se voir appliquer son statut personnel⁷⁸.

À ce stade, la reconnaissance de l'existence d'un statut personnel et son application sont donc placées entre les mains du législateur, mais il ne s'agit pas réellement là d'une garantie dans la mesure où cet élément de différenciation devait être appréhendé dans un sens négatif. En effet, en refusant aux autochtones des colonies toute application du droit commun français, c'est un certain nombre de droits reconnus aux citoyens français⁷⁹ qui leur étaient refusés, et ce, sans autre possibilité de choix.

Or, en 1946, c'est une philosophie inverse qui a vu le jour. En premier lieu, c'est désormais la Constitution qui consacre l'existence de statut personnel, mais en outre, il s'agit à présent davantage d'un élément de garantie que d'un élément de discrimination pour les populations concernées. De ce point de vue, la rédaction de l'article 82 de la Constitution est éloquentة puisque d'une part, la conservation du statut personnel ne peut constituer un motif d'exclusion ou de limitation des droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français et d'autre part, les citoyens de ces populations choisissent librement et individuellement le droit qu'ils souhaitent se voir appliquer. Dès lors, « la notion de statut personnel remplit une fonction politique positive, elle garantit le droit des minorités à respecter certaines règles traditionnelles et interdit de fonder une discrimination notamment en matière politique »⁸⁰.

⁷⁶ On considérait dans ces contrées que les autochtones non convertis ne pouvaient pas exercer les droits des régnicoles. Voir A. Boyer, *ibid.* p. 388.

⁷⁷ A. Boyer, « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *loc. cit.*, p. 388.

⁷⁸ Cass. civ., 29 juil. 1889, D.P. 1889, I, 457.

⁷⁹ On peut notamment citer les droits politiques.

⁸⁰ A. Boyer, « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *loc. cit.*, p. 390.

Sur ce point, l'article 75 de la Constitution de la V^e République, entrée en vigueur le 4 octobre 1958, n'a pas apporté d'innovations majeures au régime applicable sous la brève IV^e République. Il a d'ailleurs été considéré par ses contemporains comme rapidement privé d'effets concrets en tant qu'« article de transition qui a perdu de son importance pratique au fil des années »⁸¹, Gérard Conac ajoutant qu'« il intéressait en effet en 1958 les territoires d'outre-mer, et nous savons que, depuis cette époque, la quasi-totalité d'entre eux a choisi l'indépendance »⁸².

Certes aujourd'hui, le nombre de territoires outre-mer s'est considérablement réduit et la plupart des possessions françaises devenues départements ou collectivités d'outre-mer ne présentent plus de régime juridique spécifique, en dehors de ceux prévus par les articles 73 et 74 de la Constitution. Tout au plus la Constitution reconnaît-elle quelques possibilités d'adaptations⁸³ ou dérogations⁸⁴ aux principes d'identité ou de spécialité législative. Il n'y a désormais qu'en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et à Mayotte que l'article 75 de la Constitution a vocation à s'appliquer officiellement, bien que la situation réelle soit plus contrastée puisqu'« en Polynésie française, par exemple, il n'existe plus, officiellement, de statut personnel depuis 1945, et ce en dépit de la vitalité de certaines coutumes. En Guyane encore, les trois communautés traditionnelles (Amérindiens, Noirs-Marrons ou Noirs-Réfugiés et Hmong) vivent *de facto* sous l'empire de leurs droits coutumiers, sans pour autant bénéficier de la protection constitutionnelle de l'article 75 »⁸⁵.

Si la Nouvelle-Calédonie et Mayotte partagent la protection constitutionnelle de leur statut personnel, leurs différences de trajectoires n'en sont pas moins significatives et éclairantes. La Nouvelle-Calédonie, d'un côté, est l'objet de revendications indépendantistes depuis plusieurs dizaines d'années malgré trois résultats négatifs aux référendums sur sa séparation d'avec l'État français⁸⁶, alors que Mayotte, de l'autre côté, a connu il y a dix ans l'aboutissement d'un processus d'inclusion pleine et entière dans la République réclamée par les élus locaux depuis plusieurs dizaines d'années.

Or, si dans un territoire dont l'avenir dans la République est indécis, la perpétuation de coutumes locales paraît pleinement justifiée, elle semble moins évidente dans un département désormais soumis à l'article 73 de la Constitution au même titre que les autres DROM. Dans la mesure où ce statut personnel a fait l'objet de nombreuses adaptations et où il risque de ne plus

⁸¹ P. Lampué et C. Purtschet, « Article 75 », in G. Conac, F. Luchaire (dir), *La constitution de la République française*, Economica, 1980, p. 894-895, spéc. p. 894.

⁸² *Ibid.* p. 894.

⁸³ Selon l'article 73 de la Constitution, « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

⁸⁴ L'article 72 al. 4 de la Constitution, applicable à l'ensemble des collectivités territoriales d'outre-mer dispose que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ».

⁸⁵ V. Parisot, « Les conflits internes de lois », *Rép. internat. Dalloz*, 2015, n° 51.

⁸⁶ Les deux premiers référendums ont été organisés le 4 novembre 2018 et le 4 octobre 2020 et ont conclu, à une courte majorité, au rejet de l'indépendance. Lors du troisième référendum qui s'est tenu le 12 décembre 2021, le non à l'indépendance l'a emporté à une écrasante majorité de 96,50% à la faveur de l'appel à l'abstention des indépendantistes qui protestaient, pour des raisons sanitaires et sociales, contre la date choisie.

concerner que Mayotte, la question de la pertinence actuelle de l'article 75 de la Constitution peut être posée.

§ 2 – Une protection constitutionnelle toujours justifiée

Aujourd'hui, la raison d'être de l'article 75 pourrait être remise en cause pour deux raisons. D'une part, comme on l'a vu plus haut, cette disposition ne concerne plus que Wallis-et-Futuna, la Nouvelle-Calédonie, dont l'avenir au sein de la République est incertain, et Mayotte qui bénéficie depuis 2011 du statut de département au même titre que les quatre vieilles colonies qui l'ont acquis dès 1946⁸⁷. Cet argument n'emporte toutefois pas la conviction en faveur d'un changement constitutionnel dès lors que ce n'est pas parce qu'il ne concerne qu'un territoire que cet article perdrait sa pertinence.

D'autre part, l'étude des conditions d'application de la coutume et surtout les atteintes possibles à son contenu de la part du législateur⁸⁸ pourraient laisser envisager un avenir sombre à l'article 75 de la Constitution. Et pourtant, depuis l'avènement de la Constitution de la IV^e République, et après elle, de la V^e République, il n'a jamais été question de supprimer la protection constitutionnelle accordée au statut personnel. Cela pour plusieurs raisons. D'abord, il est vrai que l'article 75, bien que non obsolète, est peu connu. Certes, il est utile de procéder à un toilettage de la Constitution lorsque certaines dispositions ne trouvent plus à s'appliquer, comme cela a été le cas après que la Communauté française a pris fin à l'issue d'un processus de décolonisation⁸⁹. Toutefois en l'espèce, bien que le nombre de citoyens soumis au statut civil de droit local tende à diminuer nettement et que le champ d'application du parapluie constitutionnel ainsi déployé se soit drastiquement réduit, la disposition constitutionnelle n'en a toutefois pas perdu de sa pertinence dès lors qu'elle s'applique toujours et peut être revendiquée dans les rapports entre les individus concernés.

Outre l'applicabilité toujours actuelle de l'article 75 de la Constitution, d'autres obstacles se dressent face à son éventuelle disparition. À moins d'envisager de supprimer la disposition à l'occasion d'une révision constitutionnelle portant sur un autre sujet, le congrès ne sera pas réuni pour l'occasion, d'autant que même les révisions constitutionnelles envisagées sur d'autres sujets dans un passé récent ont dû être repoussées *sine die* faute de certitude concernant la constitution d'une majorité suffisante par l'exécutif initiateur du projet de révision. En outre, les territoires concernés par l'application d'un statut particulier sont très éloignés de la métropole et la question ne suscite pas une attention particulière de la part des autorités politiques, à l'heure où Mayotte a enfin vu son statut évoluer sur un plan statutaire et où la Nouvelle-Calédonie s'apprête à voir le sien clarifié de manière pérenne. Par ailleurs, chacun de ces territoires est confronté à des problématiques particulières et, notamment à Mayotte, il y a déjà beaucoup à faire pour mettre fin aux inégalités structurelles qui l'éloignent encore de la métropole et pour achever l'application du principe d'identité législative promis avec le processus de départementalisation.

Enfin, à l'heure où les droits nationaux et supranationaux tendent à reconnaître des droits spécifiques aux minorités⁹⁰, il pourrait paraître peu judicieux d'effectuer, concernant la coutume, le chemin inverse et de retirer aux habitants des territoires concernés un particularisme qui leur a été reconnu de longue date sans annihiler leur appartenance à la République.

⁸⁷ Il s'agit de la Martinique, de la Guadeloupe, de la Guyane et de La Réunion.

⁸⁸ V. *infra*.

⁸⁹ Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995.

⁹⁰ V. par ex. S. Pierré-Caps, « Les minorités et la notion de représentation », *Cah. Cons. Const.*, n° 23, févr. 2008.

L'intégration dans la Constitution d'un article consacré à la reconnaissance des langues régionales et minoritaires témoigne, à ce titre, d'une volonté de reconnaître, sans que cela remette réellement en cause la conception, encore très jacobine, de l'organisation administrative française, que les citoyens français possèdent, selon leur origine territoriale, un patrimoine culturel propre et différencié.

Ces différents arguments plaident pour un maintien en l'état de l'article 75 dans la Constitution française sans que toutefois ne puissent être éludées certaines questions tenant à la compatibilité du contenu de cette coutume au regard des principes constitutionnels français dans des territoires pleinement intégrés dans la République comme c'est le cas de Mayotte aujourd'hui. C'est ainsi que plutôt que d'évoquer la nécessité éventuelle de mettre fin à la protection constitutionnelle de la coutume, on s'interroge aujourd'hui sur l'élasticité du parapluie constitutionnel qui la protège.

Section 2/ La malléabilité du contenu

Il existe depuis longtemps un affrontement idéologique autour de la question de la reconnaissance d'un statut particulier à une certaine catégorie de citoyens, surtout lorsque cette reconnaissance est profondément mâtinée d'histoire coloniale. Pendant longtemps, en effet, ce statut ne servait, au contraire, que de prétexte pour faire obstacle à l'acquisition d'une réelle citoyenneté, et semblait marquer l'infériorité dans laquelle le législateur de la Troisième République avait voulu placer les autochtones de ces territoires. C'est donc une conception plutôt négative de la coutume qui est retenue ici, comme porteuse d'une protection moindre pour ceux qui y sont soumis que le droit commun, davantage vecteur de progrès.

Le paradigme change à l'heure de la reconnaissance par les États d'un certain nombre de droits et libertés et d'un contrôle de constitutionnalité étoffé et effectif. Se pose alors la question de la compatibilité matérielle de la coutume avec les principes constitutionnels français, mais surtout de la nature et de l'étendue de l'immunité accordée par l'article 75 à son contenu (§ 1). Le pragmatisme de la solution retenue a conduit le législateur à progressivement resserrer le champ d'application de ce statut particulier (§ 2).

§ 1 – Un resserrement permis par la Constitution

La reconnaissance, par l'État, d'un statut particulier a pris, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, un sens différent. Il ne s'agissait plus alors de maintenir les citoyens d'outre-mer dans une catégorie inférieure, mais au contraire de leur accorder le privilège de conserver certaines spécificités identitaires, par dérogation à la conception traditionnelle française. Cela devait donc passer par la jouissance pleine et entière du droit commun pour ces citoyens, la coutume ne jouant qu'un rôle de différenciation positif et surtout volontaire et non plus comme un élément de ségrégation juridique au détriment de certaines populations.

Ce changement est, à cette période, de taille puisqu'il concerne toutes les possessions françaises et, en premier lieu l'Algérie, déjà en pleine effervescence pour la reconnaissance des droits attachés à la citoyenneté. Le général de Gaulle, conscient de cette réalité, prononça le 12 décembre 1943 à Constantine, un discours qui témoigne de cette volonté d'inverser la perspective, déclarant que le Comité de la Libération avait « décidé, d'abord, d'attribuer immédiatement à plusieurs dizaines de milliers de Français musulmans leurs droits entiers de

citoyens, sans admettre que l'exercice de ces droits puisse être empêché ni limité, par des objections fondées sur le statut personnel »⁹¹.

Dès lors, la rédaction de l'article 82 de la Constitution de 1946, puis celle, substantiellement équivalente, de l'article 75 de la Constitution de 1958, ne font que retranscrire cette recherche d'équilibre. L'application du statut personnel demeure la norme pour une certaine catégorie de citoyens, mais deux garde-fous permettent de s'assurer qu'ils ne bénéficieront pas de droits moindres que le reste des citoyens français. D'une part, ils ont la possibilité d'y renoncer afin d'endosser le statut de droit commun. Cette faculté emporte un renoncement définitif à Mayotte alors qu'il est réversible en Nouvelle-Calédonie⁹². D'autre part, le statut personnel ne saurait être un motif de limitation des droits associés à la citoyenneté. On trouve ici la distinction entre la fonction politique négative du statut personnel qui constituait un élément de discrimination avant la Quatrième République et la fonction politique positive de cette notion qui « garantit le droit des minorités à respecter certaines règles traditionnelles et interdit de fonder une discrimination, notamment en matière politique »⁹³.

Si l'articulation entre coutume et droit commun ne pose pas réellement de problèmes, dans la mesure où l'application des deux droits est exclusive et que la coutume n'a vocation à régir que les rapports juridiques entre les titulaires de statut civil de droit local, s'ils le souhaitent, la question de l'insertion dans la hiérarchie des normes de règles héritées d'une tradition orale fixée par le temps en est une autre, dès lors que s'est opérée la constitutionnalisation des branches du droit et l'essor du juge constitutionnel. La problématique s'est posée avec d'autant plus de prégnance à Mayotte, d'une part parce que c'est un corpus de règles issu majoritairement du droit musulman qui y est appliqué, et d'autre part parce que l'île a simultanément entamé sa mue vers la départementalisation et l'assimilation législative qui lui est corrélée.

L'existence d'un statut personnel a d'ailleurs constitué, pendant longtemps, un argument majeur pour les détracteurs de la départementalisation de l'île, qui arguaient d'une incompatibilité de principe entre les deux statuts. Dès les débats parlementaires relatifs à l'organisation de Mayotte en 1976, la question s'est posée de la conservation du statut de droit local pour pouvoir accéder à la départementalisation⁹⁴. Bien plus tard, des sénateurs de retour d'une mission d'information effectuée à Mayotte en septembre 2008, faisaient part dans leur rapport de leur scepticisme quant à cette compatibilité, estimant que « le statut de collectivité d'outre-mer apparaissait plus adapté à une population souhaitant conserver des spécificités

⁹¹ Cité par D. Boisdon, « Du sort des articles 81 et 82 de notre Constitution de 1946 », *RJPUF*, 1956, p. 234-256, spéc. p. 239 et s.

⁹² L'article 13 al. 1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie dispose que « Toute personne ayant eu le statut civil coutumier et qui, pour quelque cause que ce soit, a le statut civil de droit commun, peut renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier. »

⁹³ A. Boyer, « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *loc. cit.*, p. 389.

⁹⁴ Myriam Hachimi-Alaoui cite ainsi qu'« un élu de Mayotte utilisait la métaphore du “verrou du département” pour évoquer ce statut faisant référence aux institutions musulmanes litigieuses, notamment la polygamie et la répudiation, dont la suppression constituait, pour lui, un préalable indépassable pour accéder au statut de département : “À Paris, quand on disait on veut être département, on nous disait : ‘Vous ne pouvez pas être département puisque vous avez votre statut de droit local !’” ». M. Hachimi-Alaoui, « Française et français de Mayotte. Un rapport inquiet à la nationalité », *loc. cit.* p. 125.

importantes »⁹⁵ ou se demandant encore si « la forte présence de l’Islam à Mayotte ne rendait pas la départementalisation impossible, dans la mesure où la population, attachée à ses traditions, risquait par exemple de ne pas accepter la disparition des cadis »⁹⁶.

Pourtant, et les faits l’ont prouvé, la soumission d’un territoire au régime de l’article 73 ou de l’article 74 de la Constitution ne fait pas obstacle, malgré le principe de l’identité législative notamment, à la reconnaissance d’un statut personnel. Le 31 mars 2011, Mayotte est ainsi devenue le 101^e département français, sans préjudice de l’application de la protection constitutionnelle accordée par l’article 75.

Une fois le principe posé, on peut tout de même s’interroger sur les difficultés de subsistance du statut personnel dans un tel cadre. De fait, c’est finalement le Conseil constitutionnel qui a dû préciser les conditions de conciliation entre protection de la coutume et conformité de celles-ci avec le bloc de constitutionnalité et particulièrement avec les droits et libertés que la Constitution garantit.

§ 2 – Un resserrement mis en œuvre par le législateur

À Mayotte, le législateur s’est progressivement saisi de la question de l’évolution du statut personnel afin de le rendre compatible avec les principes constitutionnels français. Certaines coutumes telles que la polygamie, la répudiation ou encore les règles successorales en défaveur de la femme par rapport à l’homme apparaissaient comme contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit ou encore à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme.

C’est d’abord la loi de programme du 21 juillet 2003 pour l’outre-mer qui est venue limiter le champ d’application du statut personnel de droit local à l’état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités, à l’exclusion de tout autre secteur de la vie sociale. Elle a aussi interdit la polygamie pour les personnes ayant atteint l’âge de se marier à compter du 1^{er} janvier 2005, prohibé la répudiation unilatérale pour les personnes ayant atteint l’âge de se marier au 1^{er} janvier 2005 et interdit les discriminations entre enfants fondées sur le sexe ou le caractère légitime ou naturel de la naissance devant l’héritage, dès lors qu’ils sont nés après la promulgation de la loi de programme⁹⁷. Si cette loi n’était pas la première à remettre en cause le contenu du statut personnel à Mayotte⁹⁸, elle a été la première à faire l’objet d’un contrôle de constitutionnalité⁹⁹, ce qui lui a permis de confirmer l’intangibilité du principe posé par l’article 75, mais la malléabilité du contenu ainsi protégé.

Les requérants contestaient la constitutionnalité du deuxième alinéa de l’article 52-1 de la loi précitée en ce qu’il disposait que « l’exercice des droits, individuels ou collectifs, afférent au

⁹⁵ Propos du sénateur Christian Cointrat, Rapport d’information au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale à la suite d’une mission d’information effectuée à Mayotte du 1^{er} au 6 septembre 2008, loc. cit. p. 15.

⁹⁶ Propos du sénateur Jean-Pierre Vial, *Ibid*, p. 15.

⁹⁷ On notera que la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 a ajouté l’application de la procédure de droit commun en matière de divorce entre personnes relevant du statut civil de droit local et l’accès au juge de droit commun pour la partie la plus diligente pour les conflits de toute nature entre personnes relevant du statut civil de droit local.

⁹⁸ La loi du 11 juillet 2001 a déjà modifié le statut personnel mahorais, ainsi que d’autres dispositions telle l’ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 relative à l’état civil de droit local applicable à Mayotte. Le statut civil de droit local avait aussi été réaménagé par la délibération n° 64-12 *bis* du 3 juin 1964 de la Chambre des députés du territoire des Comores.

⁹⁹ Cons. Const., n° 2003-474 DC, 17 juil. 2003, *Loi de programme pour l’outre-mer*.

statut civil de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français ». Rappelant les dispositions combinées du Préambule de la Constitution de 1958, des articles 1^{er}, 72-3 et 75 de la Constitution, le Conseil constitutionnel estime que « les citoyens de la République qui conservent leur statut personnel jouissent des droits et libertés de valeur constitutionnelle attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations ». La solution retenue n'est pas étonnante étant donné que la disposition critiquée ne fait que reprendre l'article 82 de la Constitution du 27 octobre 1946, bien qu'elle n'ait pas la même implication que sous la IV^e République où « les droits et libertés de valeur constitutionnelle » reconnus étaient logiquement bien moins nombreux qu'en 2003¹⁰⁰. Le Conseil constitutionnel considère donc que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, [le législateur] pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés ».

À la suite de cette interprétation libérale de la protection constitutionnelle du statut personnel, le législateur a pu en 2010, en légiférant par ordonnance¹⁰¹, marquer « une nouvelle étape dans la modernisation du statut civil de droit local et dans son rapprochement avec le droit commun »¹⁰². Outre les questions d'applicabilité du statut personnel¹⁰³, elle vise à renforcer l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière de droit du travail, elle proscrie la répudiation et les unions polygames, relève l'âge du mariage à 18 ans pour les femmes et supprime la justice cadiale au profit de la juridiction de droit commun quel que soit le droit applicable au litige¹⁰⁴.

La philosophie générale de cette réduction progressive du contenu du statut personnel n'est pas un mystère, d'autant que le nombre de ses bénéficiaires tend également à diminuer au fil du temps. Après la fonction politique négative du statut personnel puis sa fonction politique positive, on se trouve aujourd'hui devant la fonction politique neutralisée du statut personnel, autrement dit une existence consacrée puis réaffirmée, mais un constat toujours plus marqué d'une incompatibilité manifeste entre de nombreux principes coutumiers qui se réfèrent au Coran et au *Minhâdj Al Talibin*, (traduisible par « Guide des zélés croyants»), ainsi que certains préceptes d'origine africaine, interprétés par les autorités religieuses locales et le bloc de constitutionnalité français.

¹⁰⁰ Jean-François Hory, ancien député de Mayotte, avance comme explication que « cette limitation explicite n'est pas reprise par le texte de 1958, sans doute parce qu'elle est d'application tacite, mais peut-être aussi parce que certaines règles locales (régime des successions en droit musulman, par exemple) ne sont pas parfaitement compatibles avec des droits fondamentaux tels que l'égalité (celle des héritiers en particulier), et qu'il vaut donc mieux laisser à la régulation sociale le soin d'assouplir des mécanismes que des textes trop précis pourraient paralyser ». Voir J.-F. Hory, « Article 75 », in G. Conac, F. Luchaire (dir), *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1309-1313.

¹⁰¹ Ord. n° 2010-590 du 30 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte.

¹⁰² J.-P. Sueur, C. Cointrat, F. Desplan, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale à la suite d'une mission effectuée à Mayotte du 11 au 15 mars 2012, n° 675, Sénat, session ordinaire 2011-2011, p. 27.

¹⁰³ L'ordonnance prévoit la procédure de renonciation (irrévocable) au statut de droit local et l'application du droit commun dans les rapports entre personnes, sauf entre personnes relevant du droit local et dans une des matières concernées.

¹⁰⁴ Les cadis sont désormais des agents du conseil départemental et exercent une fonction de médiation sociale. Par la loi n°2010-1487 du 7 décembre 2010, ils se voient également supprimer leur rôle de tuteur légal et leurs fonctions notariales.

D'ailleurs, les autorités normatrices n'en font pas mystère, ce sont avant tout les inégalités femmes-hommes présentes dans certaines coutumes mahoraises que l'on entend combattre par l'amenuisement du contenu du statut personnel. Il est toutefois intéressant de noter qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Quelques dizaines d'années plus tôt, la protection constitutionnelle accordée à la coutume mahoraise était présentée par les commentateurs du texte suprême comme un garde-fou face à l'impérialisme du droit musulman comorien qui discriminerait les femmes au profit des hommes¹⁰⁵. Au contraire, Mayotte, « soumise pour l'essentiel du droit des biens à un régime de matriarcat pondéré »¹⁰⁶ voyait, grâce à l'article 75 de la Constitution, ses coutumes, présentées comme quasi progressistes, protégées des influences extérieures.

Si le statut civil de droit local apparaissait encore comme un progrès en 1987 par rapport au droit comorien, il semble devoir, aujourd'hui, être appréhendé négativement par comparaison au droit français. Face à son changement de statut, Mayotte n'a ainsi plus besoin d'être défendue contre les velléités d'appropriation des Comores, mais doit faire preuve de sa parfaite intégration dans la République. Or abolir les uns après les autres les principes du statut coutumier, c'est reconnaître implicitement le caractère incompatible de la tradition mahoraise avec les principes fondamentaux de la République française. Pour devenir un département d'outre-mer comme les autres, l'Île se doit d'ingérer entièrement le bloc de constitutionnalité et les lois de la République. Cela doit se traduire par l'application pleine et entière de la législation française – conséquence du rattachement à l'article 73 de la Constitution – et d'autre part, par un renoncement volontaire – et définitif à Mayotte¹⁰⁷ – au statut personnel ou, pour ceux qui souhaitent le conserver, un alignement progressif sur le droit commun opéré par le législateur.

À travers l'exemple de Mayotte, la protection constitutionnelle de la coutume aujourd'hui montre tout ce qu'elle a de paradoxal. Toujours réaffirmée en miroir aux atteintes dont elle fait l'objet, la coutume doit trouver sa place entre respect des lois républicaines et reconnaissance des spécificités de certains territoires. Le statut différencié n'en est aujourd'hui plus guère un dès lors que les individus soumis au statut civil de droit local doivent bénéficier des mêmes droits que ceux assujettis au droit commun¹⁰⁸. Il est alors permis de s'interroger sur la plus-value d'un article de la Constitution censé proposer – et protéger – un statut particulier qui aurait finalement vocation à reconnaître des droits équivalents et une protection identique.

Autrement dit, devenu une « coquille vide »¹⁰⁹, le statut personnel n'aurait plus qu'une fonction proclamatoire, comme une relique gravée dans le marbre constitutionnel pour rappeler les origines coloniales de la France et ses relations complexes avec certains de ses territoires. Si la question de la reconnaissance de la coutume en Nouvelle-Calédonie pouvait trouver une issue prochainement, l'écoulement du temps et l'ignorance de ce statut pourraient jouer un rôle déterminant à Mayotte. Peu informés de leurs droits et non consultés sur le maintien ou l'abandon de leur statut personnel lors des différentes phases de l'évolution du changement

¹⁰⁵ J.-F. Hory, « Article 75 », *loc. cit.*, p. 1309-1313.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1313.

¹⁰⁷ En Nouvelle-Calédonie, ce renoncement peut être réversible.

¹⁰⁸ Les parlementaires soulignent volontiers que les femmes de statut de droit local doivent bénéficier des mêmes droits que les femmes de droit commun. V. Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale à la suite d'une mission d'information effectuée à Mayotte du 1^{er} au 6 septembre 2008, *loc. cit.*

¹⁰⁹ V. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, n°80, p. 117-139, spéc. p. 137.

statutaire de l'île, les citoyens mahorais doivent aujourd'hui renoncer, de fait, progressivement au bloc de mahorité¹¹⁰ pour adhérer totalement au bloc de constitutionnalité.

Bien que l'avenir formel de l'article 75 de la Constitution semble assuré, faute de volonté contraire du pouvoir constituant, « à long terme, si l'on fait confiance à l'évolution des mœurs et au progrès social, la notion de statut local devrait disparaître pour laisser place à une complète application de la loi de la République partout en France »¹¹¹. Ce souhait d'un rapporteur à l'Assemblée nationale, formulé il y a déjà plus de vingt ans, pourrait bien, à plus ou moins brève échéance, être exaucé.

¹¹⁰ V. F. Bonnelle, *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Rapport au Secrétaire d'Etat à l'outre-mer, La Documentation française, 1999, p. 16.

¹¹¹ Propos du député J. Floch, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2932), relatif à Mayotte, n° 2967, Assemblée nationale, session ordinaire 2008-2011, p. 154.

Chapitre 3/ Le statut de la coutume à Mayotte. Approche historique

Dans nombre de territoires extra-européens de la France, il a existé ou il existe encore des statuts locaux particuliers, appelés parfois statuts personnels, ceux-ci portant principalement sur l'état et la capacité des personnes ainsi que sur les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités. Ces droits locaux consistaient initialement en des règles juridiques locales antérieures à l'annexion que le législateur français a laissé subsister. Le plus souvent, ces règles étaient appliquées par des juridictions autochtones, organisation judiciaire et statuts personnels étant étroitement liés. Le maintien de ces systèmes juridiques et judiciaires traduit la spécificité de l'organisation sociale de la population locale à laquelle il aurait été vain, au moins au moment de l'annexion, de vouloir imposer les règles de droit métropolitaines.

Toutefois, la tendance générale a été de contrôler davantage cette organisation judiciaire, puis, parfois, de modifier le contenu de ces statuts personnels en fonction des connaissances qu'on en avait et de l'évolution de la place de ce territoire dans l'ensemble institutionnel français.

Ces considérations valent en particulier pour Mayotte cédée à la France par le sultan Andriansouli en vertu du traité du 25 avril 1841. S'agissant de celle-ci, quatre périodes peuvent être distinguées : une période au cours de laquelle la justice et le droit autochtones ont été simplement supervisés, ce qui ne supposait pas la connaissance du droit local (1841-1934). Une autre pendant laquelle le législateur a essayé d'améliorer l'organisation judiciaire et au cours de laquelle le contenu du statut du droit local a été précisé (1934-1961). Une troisième, caractérisée par l'autonomie conférée aux Comores dont faisait partie Mayotte pendant laquelle l'Assemblée territoriale puis la Chambre des députés des Comores ont pris des délibérations importantes (1956-1975). Enfin, une quatrième, depuis le début de ce siècle, marquée par le processus de départementalisation accompagné de modifications profondes apportées au statut de droit local.

Section 1/ La supervision de la justice autochtone et la méconnaissance du droit local

Les premiers textes relatifs à la justice à Mayotte contenaient principalement des dispositions destinées à assurer la domination de la France sur l'île et laissaient une large autonomie à la justice autochtone, celle-ci différant selon la composition de la population mahoraise, composée d'africains orientaux, d'Arabes et de Malgaches (sakalaves)¹¹².

Ainsi, l'ordonnance royale du 26 août 1847¹¹³ instituait dans son article premier un Conseil de justice dont les membres étaient pour la plupart des militaires, qui était chargé de réprimer les

¹¹² Ali Saïd Attoumani, *Mayotte : prise en compte du shimaore et du kibushi dans la charte européenne des langues régionales. Expressions*, Institut universitaire de formation des maîtres (IUFM) Réunion, 2000, Îles, francophonie, langues vernaculaires et formation d'enseignants, pp.163-184, notamment p. 166. <https://hal.univ-reunion.fr/hal-02406163/> document consulté le 13 juillet 2022. Quelque temps après l'annexion par la France, un magistrat, Alfred Gevrey avait déjà décrit les populations de l'île dans son *Essai sur les îles Comores*, Pondichéry, A. Saligny, 1870, p. 205 et s.

¹¹³ *Bulletin des lois* 1847, tome 35, p. 614 n° 13.788 Ordonnance du Roi qui contient des dispositions sur l'administration de la Justice dans les établissements français du Canal de Mozambique, et investit le Commandant supérieur de Mayotte de certains pouvoirs spéciaux.

crimes de « rébellion et d'attentat à la sûreté de la colonie ». Elle créait aussi un tribunal correctionnel chargé de connaître les délits commis par les autochtones que le législateur appelait jusqu'à la seconde guerre mondiale les indigènes contre des Français non natifs de Mayotte ou des étrangers et des délits commis par des Français non natifs de Mayotte et des étrangers entre eux, ou au préjudice des autochtones¹¹⁴. Par ailleurs, elle établissait un tribunal civil compétent dans les litiges autres que ceux dans lesquels les deux parties étaient autochtones¹¹⁵. Lorsque dans un procès civil, l'une des parties était autochtone, et lorsque dans un procès correctionnel l'un des prévenus ou l'une des parties était autochtone, deux notables autochtones devaient être également adjoints avec voix délibérative à ce tribunal¹¹⁶. Cependant, les crimes commis entre autochtones, les procès engagés entre ceux-ci devaient être « jugés par les tribunaux et selon les lois du pays »¹¹⁷. Mais cette justice était supervisée par l'appareil judiciaire de droit commun : en matière civile, les autochtones pouvaient porter en première instance d'un commun accord, ou, en appel à la demande de l'une des parties, leur affaire devant la juridiction de droit commun ; celle-ci était alors assistée de deux notables « arabes » ou « sakalaves » suivant l'origine ethnique des parties.¹¹⁸ Il était également loisible au tribunal d'entendre, « pour s'éclairer », l'un des cadis s'il jugeait en première instance, ou dans le cas de l'appel, celui des deux cadis qui n'avait pas connu de l'affaire en premier ressort »¹¹⁹. En matière pénale, le commandant supérieur avait la faculté d'intervenir pour modérer les peines prononcées par les juges autochtones¹²⁰.

Il ressort de ces dispositions que les pouvoirs publics cherchaient avant tout à établir leur autorité et à maintenir la paix sociale entre les autochtones et les nouveaux arrivants ; ~~que~~ le juge métropolitain n'appréhendait les normes qui régissaient la société autochtone que par le truchement des juges et des notables locaux. L'ordonnance reconnaissait l'existence de droits et de juridictions particulières à au moins deux populations, la population dite arabe, et la population dite sakalave sans chercher à apporter de précision sur la nature ou le contenu de ceux-ci.

Les décrets du 30 janvier 1852¹²¹, du 25 octobre 1879¹²² et du 5 novembre 1888¹²³ n'apportèrent pas de modification significative à l'administration de la justice indigène autochtone.

Le décret du 5 novembre 1904¹²⁴, outre qu'il rattachait le tribunal de première instance de Mayotte non plus à la cour d'appel de La Réunion, mais à la cour d'appel de Madagascar¹²⁵, prévoyait expressément le maintien des « tribunaux indigènes existants » « pour le jugement des affaires civiles et commerciales intéressant exclusivement les indigènes »¹²⁶. Cependant, il étendit la compétence du tribunal de première instance de Mayotte aux délits et contraventions commis par les autochtones, ce qui montre la volonté du législateur de renforcer le contrôle de

¹¹⁴ Ordonnance du 26 août 1847, art. 4.

¹¹⁵ Ordonnance du 26 août 1847, art. 5.

¹¹⁶ Ordonnance du 26 août 1847, art. 9.

¹¹⁷ Ordonnance du 26 août 1847, art. 7.

¹¹⁸ Ordonnance du 26 août 1847, art. 8 al. 1^{er}.

¹¹⁹ Ordonnance du 26 août 1847, art. 8 alinéa 2.

¹²⁰ Ordonnance du 26 août 1847, art. 12, alinéa 1^{er}.

¹²¹ Décret qui règle l'organisation du service de la justice pour Mayotte et Nossi-Bé et pour l'île Sainte Marie, *Bulletin des lois* 1852 p. 329.

¹²² *JORF* 30 octobre 1879.

¹²³ *JORF* 22 novembre 1888.

¹²⁴ *JORF* 12 janvier 1905.

¹²⁵ Décret du 5 novembre 1904 art. 5.

¹²⁶ Décret du 5 novembre 1904, art. 3, 3^o.

la société et une diminution du champ d'application du droit local sans contenir davantage de disposition sur la nature de ce droit.

Le décret du 22 novembre 1906 modifiant l'organisation du service de la justice à Mayotte et dépendances¹²⁷ tout en maintenant « les tribunaux indigènes existants » posait les principes de publicité des audiences – sauf déclaration par jugement préalable – de motivation et de prononcé public des jugements et que les jugements devaient être prononcés publiquement y compris pour les tribunaux autochtones¹²⁸. C'était l'amorce d'une organisation de la juridiction autochtone. Cependant, celle-ci a pu être ralentie par l'évolution institutionnelle de Mayotte. En effet, la loi du 25 juillet 1912 déclara colonies françaises les îles d'Anjouan, Mohéli et de la Grande Comore et les rattacha avec Mayotte au gouvernement général de Madagascar¹²⁹. Un règlement d'administration publique en date du 23 février 1914 précisa les modalités de ce rattachement au gouvernement général de Madagascar en en faisant des circonscriptions administratives de cette colonie¹³⁰. Un décret du 30 août 1917¹³¹ réduisit l'importance juridictionnelle de Mayotte en supprimant le tribunal de première instance et le tribunal de paix à compétence ordinaire de Mayotte et en créant à leur place une justice de paix à compétence étendue ayant pour ressort les circonscriptions de Mayotte, d'Anjouan, de Mohéli et de la Grande Comore.

Les inconvénients de la dépendance trop étroite des Comores par rapport à Madagascar appurent assez vite. Dans son rapport au président de la République sur le décret du 27 janvier 1925 qui réorganisait l'administration des Comores, le ministre des Colonies, Édouard Daladier, soulignait que « L'application (...) des lois et règlements de Madagascar aux Îles Comores, habitées par des populations musulmanes, ayant un statut personnel, des mœurs et des coutumes que ne connaît pas la Grande-Île, présente de sérieux inconvénients au point de vue social et économique »¹³². Aussi, ce décret prévoyait que l'archipel des Comores serait désormais administré par un administrateur des colonies désigné par le gouverneur général de Madagascar¹³³.

Il fallut attendre un décret du 5 novembre 1934 pour que soit réalisée une réforme d'ampleur de la justice autochtone.

Section 2/ L'encadrement de la justice autochtone et la connaissance du droit local

Cet encadrement fut réalisé par le décret du 29 mars 1934, réformé par le décret du 1^{er} juillet 1939 dont l'application fut réglée par un arrêté du 13 juillet 1944.

Sous l'empire du décret du 29 mars 1934¹³⁴, la seule juridiction autochtone qui était maintenue était la juridiction cadiale. Les litiges entre autochtones non-musulmans, ainsi que ceux qui

¹²⁷ *JORF* 25 octobre 1906. Ce décret était relatif à l'établissement dans chaque île de l'archipel des Comores un tribunal répressif spécial « pour le jugement des contraventions et des délits échappant au régime de l'indigénat ».

¹²⁸ Décret du 22 novembre 1906, art. 2.

¹²⁹ *Recueil Dareste* 1912, p. 799.

¹³⁰ *Recueil Dareste* 1914, p. 487.

¹³¹ *JORF* 8 septembre 1917, *Recueil Dareste* 1917 p. 769.

¹³² *JORF* 30 janvier 1925.

¹³³ Décret 27 janvier 1925, art. 1^{er}.

¹³⁴ *JORF* 5 avril 1934.

survenaient entre un musulman et un non-musulman où dans lesquels un non-musulman était intéressé étaient de la compétence des tribunaux de droit commun¹³⁵.

Dans leur rapport au président de la République, le ministre des Colonies et le ministre de la Justice soulignaient que : « en fait la justice, en matière civile et commerciale, est rendue par des cadis que nous avons trouvés en fonctions au moment de notre installation dans nos possessions du canal de Mozambique et qui continuent à distribuer la justice comme au temps des sultans, sans aucune espèce de règles, et sans aucun contrôle. » Pour autant, s'il n'était pas proposé d'étendre à l'archipel des Comores le décret du 9 mai 1909 sur la justice indigène dans la Grande-Île ni de supprimer les cadis « auxquels la population indigène musulmane reste, malgré tout, profondément attachée », il apparaissait nécessaire « de réglementer l'institution des tribunaux des cadis ».

Relevaient des tribunaux des cadis, nommés par le gouverneur général¹³⁶ « tous les indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores ou d'autres possessions françaises », et les autochtones musulmans qui n'étaient pas soumis à « un statut personnel les rendant justiciables des tribunaux de droit commun »¹³⁷. Toutefois, comme auparavant, les parties pouvaient saisir, d'un commun accord les tribunaux de droit commun. Il était bien précisé qu'il ne s'agissait alors que d'une « simple substitution de juridiction » et que les tribunaux de droit commun devaient alors « statuer conformément à la loi musulmane »¹³⁸.

Le décret circonscrivait aussi la compétence *ratione materiae* des cadis : les cadis connaissaient en dernier ressort des affaires portant sur l'« état civil, mariages, dots, hadénas [hadanas], déplacements et garde d'enfants, filiation, divorce et halas, répudiations, pensions à l'épouse, aux ascendants, aux descendants, etc. Ils ne connaissaient qu'en premier ressort des affaires de succession, de testaments et de donation. Dans les autres matières, ils n'avaient qu'un pouvoir de conciliation¹³⁹.

Le décret étendait aux cadis l'interdiction faite au juge métropolitain d'invoquer « sous peine de déni de justice, le silence, l'obscurité, ou l'insuffisance pour refuser de statuer sur les demandes des parties »¹⁴⁰ et réglementait la procédure suivie devant leur juridiction¹⁴¹.

L'article 6 du décret précisait que « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le Code musulman Minihadji et Talihir est seul officiel et applicable dans l'archipel »¹⁴². Cet ouvrage avait été écrit par un auteur du XIII^e siècle, Nawawî (1233-1277)¹⁴³ qui suivait le rite chaféite, rite le plus suivi sur les rives de l'océan indien. Si plusieurs ouvrages du rite malékite avaient été traduits en français depuis le XIX^e siècle parce que ce rite était le plus répandu en Afrique du Nord et en Afrique de l'Ouest sous domination française, il était, semble-t-il, le seul ouvrage de rite chaféite traduit en français. Il l'avait été sous le titre *Minhâdj at tâlibîn, le Guide des zélés croyants, manuel de jurisprudence musulmane selon le rite de*

¹³⁵ Décret 29 mars 1934, art. 4, al.5 et al. 6.

¹³⁶ Décret 1934 art. 2 al. 2.

¹³⁷ Décret 29 mars 1934, art. 4, al. 1^{er}.

¹³⁸ Décret 29 mars 1934, art. 4, al.2.

¹³⁹ Décret du 29 mars 1934, art. 9.

¹⁴⁰ Décret du 29 mars 1934, art. 8.

¹⁴¹ Décret du 29 mars 1934, art. 10 et suivants.

¹⁴² Décret du 29 mars 1934 art. 6.

¹⁴³ *Encyclopédie de l'Islam, nouvelle édition, tome VII*, Leiden, Brill, Paris, Maisonneuve et Larose, V° Al-Nawawi, Voir H. Bleuchot, *Droit musulman*, t. 1 histoire, PUAM, 2000, p. 372.

Châfi 'î par R. France de Tersant avec la collaboration de M. Damiens¹⁴⁴. Cet ouvrage avait été édité à Batavia (aujourd'hui Djakarta), les Néerlandais, alors maîtres de l'Indonésie s'étant particulièrement intéressés au rite chaféite le plus répandu dans ce pays.

En érigeant cet ouvrage en code, les autorités françaises reprenaient un procédé qui avait déjà été utilisé en Afrique du Nord au cours du XIX^e siècle et en particulier en Algérie avec l'abrégé de Sidi Khalil. Ce moyen encourait la même critique que celle qui avait été formulée en Afrique du Nord dès le début du XX^e siècle par celui qui était alors le chef de file des études en droit musulman algérien, Marcel Morand¹⁴⁵ : ériger en code un ouvrage vieux de plusieurs siècles, pouvait aboutir à imposer à la population des règles déjà tombées en désuétude et les éloigner de la société française¹⁴⁶.

Toutefois un jeune auteur a fait observer récemment que le risque d'appliquer une règle obsolète était plus encouru par les juges métropolitains que par les cadis qui connaissaient les coutumes et l'état de la société mahoraise¹⁴⁷.

Toujours est-il qu'en voulant considérer le *Minhâdj at Tâlibîn* comme un code, les auteurs du décret entendaient limiter les risques d'arbitraire de la part des cadis, de la même manière que les codificateurs de l'époque napoléonienne l'avaient fait plus d'un siècle plus tôt pour limiter l'autonomie des juges.

De surcroît, les décisions des cadis étaient contrôlées par deux voies de recours. D'abord par la voie de l'appel, qui pouvait être intenté devant les justices de paix ou le tribunal de paix à compétence étendue de Mayotte¹⁴⁸. Le président du tribunal, un métropolitain, devait être alors assisté par deux assesseurs musulmans ayant voix consultative¹⁴⁹, ce qui limitait aussi, comme on la fait remarquer la possibilité d'appliquer des règles obsolètes¹⁵⁰. Ensuite par une voie de recours qui était créée à l'instar de celle qui existait en Algérie depuis 1892 : la voie de recours en annulation qui pouvait être intentée contre un jugement en dernier ressort intervenu en violation des lois et coutumes musulmanes. Ce jugement était déféré par le procureur général devant la cour d'appel devant la chambre civile ordinaire¹⁵¹. La cour pouvait l'annuler ou le confirmer. Si elle l'annulait, elle pouvait évoquer l'affaire et statuer au fond, ou bien renvoyer l'affaire devant un autre tribunal de cadi¹⁵².

Le décret du 29 mars 1934 fut remplacé par un décret du 1^{er} juin 1939¹⁵³ qui reprenait l'essentiel de ces dispositions tout en adjoignant aux tribunaux de droit commun lorsqu'ils siégeaient en matière indigène des assesseurs de même statut que les parties¹⁵⁴ et en précisant davantage les règles de compétence et de procédure. Ce nouveau texte prenait davantage en compte les coutumes locales autres que musulmanes. Il précisait en effet que le recours en annulation

¹⁴⁴ Batavia, imprimerie du gouvernement 1882-1884.

¹⁴⁵ Voir *Dictionnaire des juristes ultramarins* (direction F. Renucci), éd. PUR, 2022, v° *Marcel Morand*.

¹⁴⁶ M. Morand, « Le droit musulman algérien (rite malékite), Ses origines », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de doctrine, législation et jurisprudence*, 1913, p. 205 et s.

¹⁴⁷ F. Anassi, *La justice cadiale à Mayotte de 1841 à 2010*, Mémoire master 2, Lyon 3, 2015, p. 38 et 39

¹⁴⁸ Décret du 29 mars 1934, art. 16.

¹⁴⁹ Décret du 29 mars 1934, art. 17.

¹⁵⁰ V. F. Anassi, *op. cit.* p. 39.

¹⁵¹ Décret du 29 mars 1934 art. 22. En Algérie, l'appel était déféré devant une chambre spécialement constituée auprès la cour d'appel d'Alger, la chambre de révision musulmane.

¹⁵² Décret du 25 mars 1934, art. 24.

¹⁵³ *JORF* 15 juin 1939.

¹⁵⁴ Décret du 1^{er} juin 1939, art. 19.

pouvait être formé non seulement en violation des lois et coutumes musulmanes, mais aussi des coutumes locales¹⁵⁵, et en cas d'annulation, elle pouvait renvoyer l'affaire devant un autre tribunal du même ordre que celui qui avait statué¹⁵⁶.

À la Libération, un arrêté pris par le gouverneur général de Madagascar et dépendances régla l'application de ce décret¹⁵⁷. Ainsi il était précisé, entre autres que les assesseurs autochtones près les tribunaux de paix statuant en matière civile et commerciale autochtone n'avaient que voix consultative, mais qu'ils devaient être obligatoirement consultés et que mention devait en être faite dans le jugement¹⁵⁸ ; que les cadis, secrétaires-greffiers des cadis et les assesseurs près les tribunaux de paix statuant en matière autochtone devaient prêter un serment professionnel sur le Coran¹⁵⁹. En outre, il était bien précisé dans l'arrêté que les affaires qui relevaient de la compétence du cadi en dernier ressort telles qu'elles étaient énumérées dans les décrets de 1934 et 1939 étaient réservées à leur compétence exclusive sauf option de juridiction¹⁶⁰. L'arrêté, tout en rappelant que le « Code musulman Minihadji et Talihir est seul officiel et applicable dans l'archipel des Comores », ajoutait que les juges pouvaient toutefois « faire état dans les motifs de leurs décisions, mais seulement à titre de références, des commentaires qui constituent les appendices de ce code »¹⁶¹. Cet ajout s'explique, selon un magistrat alors en poste aux Comores, Paul Guy, par le fait que la traduction en français de l'ouvrage de Nawawi était devenue introuvable, mais aussi parce que le Minhâdj est inapplicable sans des commentaires¹⁶². Ce magistrat avait observé que les cadis utilisaient quatre commentaires : la *Nihâyat-al-Mohtâdj*, la *Tohfât-al-Mohtâdj*, le *Moughoûni-al-Mohtâdj*, le *Sirâdj-al-Wahâdj* ainsi que d'autres ouvrages, et en particulier le *Kitâb et-Tanbîh*¹⁶³.

Deux ans plus tard, l'archipel des Comores devenait un territoire jouissant de l'autorité administrative et financière¹⁶⁴. Un décret du 24 septembre 1946¹⁶⁵ conférait à l'administrateur supérieur des Comores les pouvoirs d'un gouverneur¹⁶⁶ et un décret du 25 octobre 1946 créa un conseil général¹⁶⁷. Sous le régime de la Constitution de 1946, les Comores devinrent un territoire d'outre-mer. La Constitution proclamait que tous les ressortissants des territoires

¹⁵⁵ Décret du 1^{er} juin 1939, art. 25.

¹⁵⁶ Décret du 1^{er} juin 1936, art. 26 al. 2.

¹⁵⁷ JO Madagascar et dépendances, 29 juillet 1944.

¹⁵⁸ Arrêté de 1944, art. 5.

¹⁵⁹ Arrêté de 1944, art. 6 et suivants.

¹⁶⁰ Arrêté de 1944, art. 11.

¹⁶¹ Arrêté de 1944, art. 189 1^o.

¹⁶² P. Guy, *Cours de droit musulman chaféite comorien à l'usage des cadis du territoire des Comores*, Dzaoudzi, 1951, fascicule 1 « Le droit comorien. Ses sources. Ses justiciables. Les actes juridiques ». p. 18-19 n^o 15, cité par François-Pierre Blanc, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des Etats francophones de l'Océan Indien*, Balzac, 2015, p. 25.

¹⁶³ P. Guy, *ibid.* cité par François-Pierre Blanc, *op. cit.* p. 25 note 54.

¹⁶⁴ Loi n^o 46-973 du 9 mai 1946 (*JORF* 10 mai 1946) tendant à accorder l'autonomie administrative et financière à l'archipel des Comores, *JORF* 10 mai 1946.

¹⁶⁵ Décret n^o 46-2058 du 24 septembre 1946 portant réorganisation administrative de l'archipel des Comores (*JORF* 25 septembre 1946), p. 8195. Les Comores avaient déjà acquis une autonomie administrative et financière par la loi n^o 46-973 du 9 mai 1946.

¹⁶⁶ Décret 24 septembre 1946, art. 2.

¹⁶⁷ Décret n^o 46-2382 du 25 octobre 1946 portant création d'un conseil général dans l'archipel des Comores (*JORF* 27 octobre 1946).

d'outre-mer ont la qualité de citoyen¹⁶⁸ et que les citoyens qui n'avaient pas le statut civil de droit commun conservaient leur statut personnel tant qu'ils n'y avaient pas renoncé¹⁶⁹.

Ce nouveau contexte explique probablement pourquoi des études juridiques furent menées pour essayer de mieux déterminer le contenu du droit local, jusqu'alors très peu connu par les Européens. Ces études furent menées notamment par un magistrat, Paul Guy qui a fait la plus grande partie de sa carrière aux Comores et à Madagascar, qui a réalisé plusieurs études dans ce domaine et établi une nouvelle traduction du *Minhâdj at Tâlibin*¹⁷⁰. Paul Guy soulignait dans son cours de droit musulman chaféite comorien « qu'un des traits de l'Islam comorien est précisément son attachement général pour le droit écrit traditionnel »¹⁷¹ ; il relevait l'autorité qu'avait le *Minhâdj* aux yeux des Comoriens et mettait en exergue l'existence de six coutumes importantes dont le droit de la tutelle de la mère légitime, une sorte de bail à cheptel et le Magnahoulé (*manyahuli*), un mode de transmission matrilineaire de biens immeubles¹⁷².

Ce droit local fut aménagé au cours de la période suivante dans un contexte de décentralisation très poussée.

Section 3/ L'aménagement du droit local par les assemblées des Comores

Pris en application de la loi-cadre du 23 juin 1956, dite loi-cadre Deferre¹⁷³, le décret du 22 juillet 1957¹⁷⁴ conférait de larges pouvoirs aux instances locales, en particulier à une assemblée territoriale. Ce mouvement de décentralisation fut amplifié sous la V^e République dont la Constitution prévoit elle aussi que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun (...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé »¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Constitution de 1946, article 80.

¹⁶⁹ Constitution de 1946, article 82.

¹⁷⁰ *Minhâdj at Tâlibin, Le guide des étudiants et l'auxiliaire des mouftis dans la doctrine juridique : essai de traduction juxtalinéaire du Traité de jurisprudence musulmane chaféite de l'Imâm An-Nawawî (1233-1278)*, traduction présentée à Mayotte en 1952 et photocopiée par la Cour d'appel de Madagascar, 1952.

¹⁷¹ P. Guy, *Cours de droit musulman chaféite comorien, à l'usage des cadis dans le territoire des Comores*, Dzaoudzi, 1951, fascicule 1 « Le droit comorien. Ses sources. Ses justiciables. Les actes juridiques », p. 8, n° 4, cité François-Pierre Blanc, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des états francophones de l'océan Indien (république de Djibouti, Union des Comores)*, éd. Balzac, 2015, p. 23. Pour l'anthropologue Sophie Blanchy, Paul Guy a donné trop d'importance à « la chose écrite » (S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne, les raisons d'une méconnaissance durable », in N. Dodille (dir.) *Idées et représentations coloniales dans l'Océan Indien*, Paris, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2009, p. 210- 246 et notamment p. 243.

¹⁷² P. Guy, *Cours de droit musulman chaféite comorien, op. cit.*, p. 14 n° 11, cité par François-Pierre Blanc, *op. cit.* p. 26. V. aussi S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne, les raisons d'une méconnaissance durable », *loc. cit.* p. 241.

¹⁷³ Loi n° 56-619 du 23 juin 1956 autorisant le gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, *JORF* 24 juin 1956. Décret pour les Comores du 22 juillet 1957 portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale aux Comores (*JORF* 22-23 juillet 1957, p. 7268).

¹⁷⁴ Décret pour les Comores du 22 juillet 1957 portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale aux Comores (*JORF* 22-23 juillet 1957, p. 7268).

¹⁷⁵ Constitution de 1958, article 75.

Consultées, à l'instar des autres territoires d'outre-mer, sur leur avenir, les Comores choisirent de rester territoire d'outre-mer (référendum du 28 septembre 1958)¹⁷⁶.

Accentuant la décentralisation, la loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961¹⁷⁷ mit en place une organisation particulière du territoire des Comores « basée sur le principe de l'autonomie de gestion »¹⁷⁸ en créant notamment une Chambre des députés des Comores¹⁷⁹ dont les pouvoirs furent encore augmentés par une loi du 3 janvier 1968¹⁸⁰.

Cette décentralisation permit à l'assemblée locale de prendre en compte des problèmes qui se posaient à la société mahoraise¹⁸¹. Ainsi l'assemblée territoriale tenta de réorganiser l'état civil dans sa délibération n° 61-16 du 17 mai 1961¹⁸². Un peu plus tard la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des Comores relative à la réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, renforça la place de la coutume en érigeant les traditions orales des Comores en source du statut personnel de droit local¹⁸³ et précisa le domaine du droit musulman :

– Article premier : « La justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans autres que celles relevant du droit commun. Les litiges entre comoriens musulmans ayant conservé leur statut traditionnel sont jugés par les tribunaux des Qâdis [cadis], (...)»

– Article 7 : « Les Qâdis [cadis] (...) jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans les traités de *fiqh* « Minhâdj at Toilibin », « Fath ul Qarib », Kitab el Tanbin », Fath el Moeni » et leurs commentaires. Ils peuvent aussi invoquer les coutumes locales propres à chaque île. »

– Article 9 : « (...) ils connaissent des affaires relatives au statut personnel (état civil, mariage, dons nuptiaux, gardes d'enfants, entretien, filiation, répudiation, rachat Khol et autres séparations entre époux, etc. (...)). Ils statuent en outre en matière de succession, donation, testament, waqf, et magnahoulé et en matière d'obligations (...)»¹⁸⁴.

On observera que cette délibération – adoptée par des élus des Comores et non pas par une instance métropolitaine – fait référence à des ouvrages traditionnels de *fiqh* – de jurisprudence islamique – et en premier au *Minhâdj*, ce qui montre encore une fois l'autorité dont jouit ce

¹⁷⁶ À la suite du référendum du 28 septembre 1958. Par la délibération n° 58-42 du 11 décembre 1958, l'assemblée territoriale décida que « dans le cadre de la Constitution du 4 octobre 1958, le Territoire des Comores garde son statut actuel au sein de la République ».

¹⁷⁷ Loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961 sur l'organisation des pouvoirs publics aux Comores (*JORF* 23 décembre 1961)

¹⁷⁸ Loi du 22 décembre 1961, préambule.

¹⁷⁹ Loi du 22 décembre 1961, art. 1^{er} et art. 9. L'article 11 disposait « (...) Elle délibère sur les affaires communes de l'Archipel qui ne relèvent ni du domaine de la loi, aux termes de l'article 34 de la Constitution, ni des attributions du haut-commissaire de la République telles que définies au titre III de la présente loi ».

¹⁸⁰ Loi n° 68-4 du 3 janvier 1968 modifiant et complétant la loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961 relative à l'organisation des Comores (*JORF* 4 janvier 1968).

¹⁸¹ En ce sens, S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne, les raisons d'une méconnaissance durable », *loc. cit.* p. 244.

¹⁸² Modifiée par l'acte n° 71-13 du 30 septembre 1971 de la Chambre des députés des Comores.

¹⁸³ J.-R. Binet, « Le croissant et la balance, de quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *RIDC* 3-2002, p. 787- 809. et notamment p. 803.

¹⁸⁴ Articles cités par S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et Société* 2012, p. 117-139, notamment p. 121.

livre. On remarquera que cette délibération mentionne aussi d'autres livres de *fiqh* qui ne sont pas qualifiés de codes, mais qui devaient être considérés comme des ouvrages de référence ; ces dispositions correspondaient sans doute davantage à la méthode traditionnelle des cadis consistant à s'inspirer de ces ouvrages pour élaborer leurs décisions plutôt qu'à appliquer les dispositions d'un code au moyen d'un syllogisme judiciaire.

La Chambre des députés des Comores a également essayé de limiter les excès auxquels conduisaient certaines coutumes, notamment celles relatives au Grand mariage¹⁸⁵.

Mais cette œuvre réglementaire de la Chambre des députés des Comores prit fin au moment de l'indépendance des Comores le 31 décembre 1975. La population de Mayotte avait toutefois manifesté sa volonté de rester française. La loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976¹⁸⁶ aménagea le statut de celle-ci en « collectivité territoriale de la République française »¹⁸⁷.

Au cours du dernier quart du XX^e siècle, les coutumes locales, en particulier le magnaoulé ou *manyahuli*, ont été alors mieux connues grâce aux travaux d'ethnologues, notamment ceux de Sophie Blanchy¹⁸⁸, qui explique que les observateurs européens aient eu du mal à apprécier l'importance réelle de la coutume par le fait que les représentants des principaux lignages « soulignaient volontiers les traits arabo-islamiques de la civilisation comorienne plutôt que la loi orale du *mila na ntsi* (l'ensemble des traditions) »¹⁸⁹ et que les coutumes étaient marquées par le principe matrilineaire¹⁹⁰.

Pendant cette période, la Cour de cassation a appliqué le droit local, en se référant à l'article 75 de la Constitution, en adoptant parfois, pour respecter les règles de celui-ci, des positions qui pouvaient passer pour incohérentes avec celles qu'elle adoptait en droit international privé et avec les engagements internationaux de la France¹⁹¹. Cette incompatibilité est apparue encore plus nettement au moment de la départementalisation de Mayotte, voulue par sa population. Les règles du droit local ont été alors profondément modifiées.

Section 4/ La modification des règles du statut personnel

L'accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte, signé par le Gouvernement, le président du conseil général, et les représentants des principaux partis politiques de cette île¹⁹² prévoyait la mise en place d'un nouveau statut pour Mayotte après consultation de sa population. Il prévoyait notamment que le droit applicable à Mayotte ferait « l'objet d'un effort soutenu de modernisation et d'adaptation dans le sens du droit commun »¹⁹³ et il était prévu une « rénovation de l'état civil et la mise en place du cadastre »¹⁹⁴, un recentrage du rôle des cadis

¹⁸⁵ S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne », *loc. cit.* p. 244.

¹⁸⁶ Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976 relative à l'organisation de Mayotte (*JORF* 27-28 décembre 1976).

¹⁸⁷ Loi n° 76-1212 du 24 décembre 1976, art. 1^{er}.

¹⁸⁸ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte, une imposture », *loc. cit.* p. 123 et suivantes et références citées. Des travaux ont également été menés dans d'autres îles des Comores : F. Le Guennec-Coppens, « Le *manyahuli* grand comorien : un système de transmission des biens peu orthodoxe en pays musulman », in M. Gast (dir.), *Hériter en pays musulman*, habus, *lait vivant*, manyahuli, Paris, éd. du CNRS, 1987 p. 257-268.

¹⁸⁹ S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne », *loc. cit.*, p. 239.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Cass. 1^{ère} civ. 25 février 1997, D. 1997, J. p. 453 note H. Fulchiron.

¹⁹² *JORF* n° 32 du 8 février 2000.

¹⁹³ Accord sur l'avenir de Mayotte, II, 4 alinéa 2.

¹⁹⁴ Accord sur l'avenir de Mayotte, II, 8.

sur « les fonctions de médiation sociale »¹⁹⁵. L'accord prévoyait en outre que les droits des femmes dans la société mahoraise seraient confortés¹⁹⁶ et que « la clarification du statut personnel » serait poursuivie¹⁹⁷.

Ce programme reçut application au cours de la décennie suivante, avec le processus de départementalisation.

Les premières réformes concernèrent l'état civil, réformes qui conditionnaient toutes les autres.

Ainsi, l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000¹⁹⁸ a institué l'identification des personnes par nom et prénom à la place de la dénomination musulmane¹⁹⁹ et a institué une commission de révision de l'état civil (CREC) chargée de remédier aux carences de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte²⁰⁰.

Une autre ordonnance datée du même jour²⁰¹ apportait des modifications aux règles de l'état civil. En particulier, les déclarations de naissance des enfants de statut civil de droit commun devaient être faites à l'officier d'état civil dans les quinze jours de l'accouchement par dérogation au droit commun de l'article 55 du Code civil qui prévoyait alors un délai de trois jours. Cette ordonnance a aussi introduit un âge minimum pour le mariage (18 ans pour l'homme, 15 ans pour la femme) avec possibilité pour le procureur de la République du lieu de célébration de l'union d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves²⁰². La célébration du mariage devait être faite « par le cadî, en présence des futurs époux, du tuteur matrimonial (Wali), de deux témoins et de l'officier de l'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux. »²⁰³ L'officier de l'état civil ne dressait plus un acte recognitif de mariage comme dans la délibération de 1961, mais un acte de mariage.

La loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte²⁰⁴ érigeait cet archipel, conformément à l'article 72 de la Constitution en une collectivité territoriale prenant le nom de « collectivité départementale de Mayotte »²⁰⁵. Elle fixait le champ d'application du statut civil de droit local à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions ainsi qu'aux libéralités. Elle énonçait les règles de conflit interpersonnel²⁰⁶. Elle précisait aussi les modalités de renonciation du statut civil de droit local au profit du statut de droit commun²⁰⁷. De surcroît, elle prévoyait que la collectivité départementale de Mayotte et l'État mettraient en œuvre

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Ordonnance n° 2000-218 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicables à Mayotte (*JORF* 10 mars 2000). Une loi n° 99-899 du 25 octobre 1999 (*JORF* 26 octobre 1999) avait habilité le Gouvernement à prendre, par ordonnances, les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adaptation du droit applicable outre-mer. L'article 1^{er} 5° de cette loi autorisait le Gouvernement à prendre des mesures dans le domaine de l'état des personnes et le régime de l'état civil à Mayotte.

¹⁹⁹ Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, art. 1 et suivants.

²⁰⁰ Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, art. 18 et suivants et notamment art. 20.

²⁰¹ Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte (*JORF* 10 mars 2000).

²⁰² Ordonnance 2000-219 du 8 mars 2000, art. 16, I modifiant l'article 26 de la délibération du 17 mai 1961 de l'Assemblée territoriale des Comores.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, *JORF* 13 juillet 2001.

²⁰⁵ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 1 al. 3.

²⁰⁶ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 59.

²⁰⁷ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 57.

conjointement les actions destinées à assurer, à Mayotte, l'égalité des femmes et des hommes²⁰⁸ et disposait que toute femme de statut de droit local, mariée ou majeure de dix-huit ans, pouvait librement exercer une profession, percevoir et disposer de ses gains et salaires, ainsi qu'administrer, engager et aliéner ses biens personnels²⁰⁹.

Enfin cette loi créait un « comité de réflexion sur la modernisation du statut civil de droit local ». Ce comité devait présenter, « chaque année, un rapport au Gouvernement sur l'application du statut civil de droit local à Mayotte ainsi que des propositions de modernisation de ce statut »²¹⁰.

L'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire²¹¹ a voulu harmoniser le droit applicable à Mayotte avec le droit commun tout à la fois en l'actualisant et a ajouté au Code civil un livre IV « Dispositions applicables à Mayotte », contenant les articles 2284 à 2302 du Code civil²¹². Mais elle ne traitait pas des règles du droit local traditionnel.

En revanche, la loi n° 2003-660 de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003²¹³ a poursuivi le rapprochement des règles de ce droit avec le droit commun tout en supprimant le comité de réflexion sur la modernisation du statut civil de droit local²¹⁴.

Elle a ainsi interdit, pour les personnes qui accédaient à l'âge minimum pour se marier le 1^{er} janvier 2005, la polygamie²¹⁵ ainsi que la répudiation unilatérale²¹⁶. Elle a aussi interdit « toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions de l'ordre public de la loi », cette règle étant applicable aux enfants nés après sa promulgation²¹⁷. Cette loi insérait aussi un article 52-1 dans la loi du 11 juillet 2001. Celui-ci maintenait l'option de législation et précisait qu'il devait être « fait application, à titre supplétif, du droit commun », « en cas de silence ou d'insuffisance de statut civil de droit local »²¹⁸. Cette disposition a fait l'objet d'un recours formé par des députés qui soutenaient que cette disposition était contraire à l'article 75 de la Constitution et portaient atteinte, en raison de leur imprécision, au principe de sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel a décidé que le législateur, « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local » (...) « pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés. »²¹⁹

Par la suite d'autres lois ont posé des règles qui rapprochèrent les règles du statut personnel de droit local du droit commun. Ainsi les dispositions de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce

²⁰⁸ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 52.

²⁰⁹ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 53.

²¹⁰ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, art. 63.

²¹¹ Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire (*JORF* 21 décembre 2002).

²¹² Cette ordonnance a été ratifiée par l'article 65-V-3° de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003.

²¹³ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 (*JORF* 22 juillet 2003).

²¹⁴ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, art. 68, 3°.

²¹⁵ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 68 1° créant un article 52-2 dans la loi du 11 juillet 2001.

²¹⁶ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 68 1° créant un article 52-3 dans la loi du 11 juillet 2001.

²¹⁷ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 68 1° créant un article 52-4 dans la loi du 11 juillet 2001.

²¹⁸ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003, art. 68, 1° créant un article 52-1 dans la loi du 11 juillet 2001.

²¹⁹ Décision n° 2003-474 DC, 29.

ont été étendues aux personnes de statut civil local accédant à l'âge requis pour se marier à compter du 1^{er} janvier 2005²²⁰. La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration²²¹ a rapproché les règles de célébration du mariage de celles du Code civil en ne mentionnant plus le *cadi* et le *wali* et en énonçant simplement que cette cérémonie devait être « faite en mairie en présence des futurs époux et de deux témoins par l'officier d'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux »²²².

Le dernier texte relatif au droit local, pris après le référendum sur la départementalisation de Mayotte le 29 mars 2009 et la loi organique du 4 août 2009 transformant la collectivité départementale de Mayotte en département de Mayotte²²³ est l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010²²⁴.

En se référant à la décision n° 2003-474 du Conseil constitutionnel qui pose que le législateur pouvait adopter des dispositions de nature à faire évoluer les règles du statut personnel « dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés » ainsi que pour se conformer aux engagements internationaux de France²²⁵ et sur la base de la loi du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer²²⁶, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 a réformé, dans le cadre du projet de départementalisation de Mayotte, les règles du statut personnel du droit local applicable dans cet archipel qui dérogeaient à ces principes²²⁷.

Cette ordonnance a repris la plupart des règles relatives au statut de droit local contenues dans la loi de 2001, tout en abrogeant corrélativement les articles de ce texte portant sur cette matière²²⁸. Ainsi ont été reprises les dispositions relatives aux matières relevant du statut personnel de droit local²²⁹, à l'option de législation en faveur du droit commun²³⁰ et aux conflits interpersonnels²³¹. Il est toutefois prévu que dans les rapports entre personnes qui ne relèvent pas du statut civil de droit commun, mais qui sont de statuts personnels différents, les parties peuvent choisir de ne pas être soumises au droit commun par clause expresse²³². Ont été également reprises les dispositions relatives à la liberté d'exercice d'une profession par une femme mariée ainsi qu'à sa capacité à administrer, à obliger et à aliéner ses biens personnels²³³.

²²⁰ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (*JORF* 27 mai 2004), art. 32- II et III modifiant l'article 52-3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 et insérant un article 2290-1 dans le Code civil.

²²¹ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration (*JORF* 25 juillet 2006).

²²² Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006, art. 111.

²²³ 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* du 6 août 2009), art. 63.

²²⁴ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître (*JORF* 4 juin 2010).

²²⁵ Voir le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître (*JORF* 4 juin 2010).

²²⁶ Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, art. 72. I, 1° a.

²²⁷ Voir le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-590, loc. cit.

²²⁸ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 16 II 3°.

²²⁹ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 1, al. 1.

²³⁰ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 1, al. 4 et art. 3.

²³¹ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 5.

²³² Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 5 al. 3.

²³³ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 10.

et la prohibition de toute discrimination dans la dévolution des successions contraire à l'ordre public²³⁴.

Accentuant le rapprochement avec le droit commun, cette ordonnance a supprimé la condition d'âge à laquelle étaient soumises l'interdiction de la polygamie²³⁵ et celle de la répudiation²³⁶. On ajoutera que la compétence des juridictions de droit commun fut étendue aux rapports juridiques entre personnes de statut de droit local²³⁷, le rôle des cadis étant « *recentré sur des fonctions de médiation sociale.* »²³⁸

Les règles relatives au statut de droit local n'ont pas connu depuis cette ordonnance de modification significative.

²³⁴ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 12

²³⁵ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 9

²³⁶ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 11.

²³⁷ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 15 insérant dans le code de l'organisation judiciaire les articles L. 522-2 à L. 522-3-2 et un article L. 522-11-2.

²³⁸ Voir le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2010-590, *loc. cit.* Voir infra le rapport d'Aurélien Siri, qui constate, en 2021, l'« essor poussif de la médiation cadiale ».

Partie II – LES DOMAINES DE LA COUTUME MAHORAISE

Dans cette deuxième partie, il s'agira d'identifier et d'analyser, d'une part le champ d'application *ratione personae* (Chapitre 1) et, d'autre part, le champ d'application *ratione materiae* (Chapitre 2) du statut personnel mahorais. Ces questions *a priori* simples dès lors qu'elles reposent sur une histoire et une pratique ancienne, se révèlent en réalité d'une complexité extrême. Les entretiens menés ont d'ailleurs montré de nombreuses ambiguïtés et divergences d'appréciation outre, s'agissant au moins du domaine matériel, une évolution parfois mal comprise parce que complexe et peu cohérente. Or, la résolution de ces deux questions est un préalable indispensable à la bonne application de la coutume par les autorités et professionnels chargés de l'appliquer, rendant une clarification nécessaire.

Chapitre 1/ Le domaine personnel. Les Mahorais : oui, mais lesquels ?

Il s'agira dans ce premier chapitre de définir les conditions d'appartenance au statut personne mahorais, c'est-à-dire de déterminer quels sont les destinataires directs de la coutume mahoraise (Section 1). Une fois analysées ces conditions théoriques d'appartenance, une problématique sera d'identifier, officiellement et concrètement, *ad hominem*, les personnes concernées, par quel instrumentum (Section 2). Dès lors et dans un regard pluridisciplinaire, il s'agira enfin de se demander quelle est l'importance démographique de la population mahoraise de statut personnel de droit local, avant de s'interroger sur les conséquences que ces données démographiques entraînent sur l'avenir du domaine personnel de la coutume (Section 3).

Section 1/ Les critères d'appartenance au statut personnel

Le point de départ : l'article 75 de la Constitution. L'article 75 de la Constitution française du 4 octobre 1958, qui n'a été affecté par aucune des vingt-quatre révisions constitutionnelles de la V^e République, proclame :

« Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. »

Se trouvent de la sorte opposés les citoyens français, qui relèvent du « statut civil de droit commun », et ceux qui, parce qu'ils ont souhaité conserver leur « statut personnel », n'en relèvent pas. La coutume ne s'appliquant qu'à cette deuxième catégorie de personnes, la question des critères d'appartenance au statut personnel mahorais apparaît d'emblée comme une question centrale, afin de délimiter le domaine d'application *ratione personae* de la coutume et, partant, de mieux appréhender la place qu'elle occupe au sein de ce groupe. L'objectif de ce chapitre est donc de répondre à la question suivante : QUI relève du statut personnel en général, et du statut personnel mahorais en particulier ?

Le statut personnel en général. Trois enseignements au moins peuvent être tirés de la disposition constitutionnelle ci-dessus reproduite :

① L'article 75 de la Constitution, d'abord, ne s'adresse qu'aux seuls « citoyens de la République ». Tous les Français étant, depuis 1946, des « citoyens de la République », ce texte revient à poser une condition de nationalité : seul un Français peut revendiquer l'application de son statut personnel. La précision est d'importance dès lors que l'on s'intéresse à Mayotte, où près de la moitié de la population est comorienne et où un tiers de cette population est née à Mayotte²³⁹. Or, depuis l'indépendance des Comores, ces Comoriens ne peuvent pas être

²³⁹ Plus précisément, d'après le recensement de l'INSEE de 2017, Mayotte compte 256 518 habitants, dont 122 777 ont une nationalité étrangère, soit près de 48 % de la population totale. Par ailleurs, 95 % des étrangers sont Comoriens, tandis que 4 % sont Malgaches. Ces données sont disponibles sur le site de l'INSEE

considérés comme étant de « statut personnel » (mahorais), au sens de l'article 75 de la Constitution, dans la mesure où ils ne possèdent pas ou plus la nationalité française.

En toute hypothèse, cette condition de nationalité se heurte à des obstacles redoutables. Le droit du sol ayant longtemps été exclu dans les territoires concernés par l'article 75 de la Constitution, la nationalité française résulte généralement de la filiation avec un Français. Pour établir sa nationalité française, le requérant doit rapporter la preuve qu'il est né d'au moins un parent français, ce qui postule que ce parent lui-même est né d'un parent français et ainsi de suite. La détermination de la nationalité des populations ultramarines s'avère alors complexe pour deux raisons. D'une part, l'absence d'un état civil fiable dans les territoires concernés ne permet pas toujours de remonter la chaîne des filiations jusqu'à un ascendant français et d'échapper à cette *regressio ad infinitum*. D'autre part, le droit transitoire de la nationalité nécessite bien souvent de mobiliser des textes anciens, pourtant abrogés aujourd'hui, ce qui complique encore davantage la tâche.

② L'article 75 de la Constitution, ensuite, n'est destiné qu'aux citoyens qui ont « conservé » leur statut personnel, ce qui emporte deux conséquences.

D'une part, il ne vise que les citoyens qui disposaient officiellement d'un statut personnel au moment de la promulgation de la Constitution. Se trouvent de la sorte exclus aussi bien les Polynésiens, dont le statut personnel a été aboli au plus tard en 1945, que les Amérindiens et les Noirs-Marrons de Guyane, dont les coutumes n'ont jamais réellement été officiellement reconnues. Que ces populations continuent, *de facto*, à vivre selon leurs coutumes ou que diverses voies puissent être explorées afin de répondre à leurs revendications identitaires, ne modifie pas la donne : elles sont, *de jure*, privées d'un statut personnel au sens de l'article 75²⁴⁰. En définitive, les statuts personnels ne sont consacrés officiellement qu'en Nouvelle-Calédonie²⁴¹, à Wallis et Futuna²⁴² et à Mayotte²⁴³, où ils revêtent d'ailleurs des physionomies différentes²⁴⁴ ; ils sont dépourvus de toute existence légale en dehors de ces territoires.

D'autre part, l'article 75 envisage uniquement la « conservation » d'un statut personnel, à l'exclusion de l'accession à ce statut. Autrement dit : on naît de statut personnel (et on décide ou non de le conserver) ; on ne devient pas de statut personnel. Sauf dérogation à la Constitution, comme pour la Nouvelle-Calédonie, ni un citoyen français de statut de droit commun, ni un étranger ayant obtenu la nationalité française, ne peuvent demander à appartenir à un statut personnel, quel qu'il soit.

(insee.fr/fr/statistiques/), dont une synthèse est présentée par *INSEE Première*, n° 1737, févr. 2019. – Voir également *infra* le rapport de Fr. Hermet, « Mayotte : le défi démographique ».

²⁴⁰ Voir notamment, sur la Polynésie et la Guyane françaises, N. Rouland, « Les statuts personnels et les droits coutumiers dans le droit constitutionnel français », in A.-M. Le Pourhiet (dir.), *Droit constitutionnel local*, Coll. Droit public positif, PUAM/Economica, 1999, p. 145, spéc. p. 164-171.

²⁴¹ Loi org. n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie (art. 7), *JO* 21 mars 1999, p. 4197. – Voir en particulier, sur la situation dans ce territoire, É. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Coll. LARJE, PUNC, 2018.

²⁴² Loi n° 61-814 du 29 juill. 1961, conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer (art. 3, al. 1), *JO* 30 juill. 1961, p. 7019.

²⁴³ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, *JO* 4 juin 2010, texte 59.

²⁴⁴ Voir *infra* le rapport d'É. Cornut, « Les statuts personnels d'Outre-mer reconnus par la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna) ».

③ L'article 75 de la Constitution, enfin, suppose que ces citoyens n'ont pas renoncé à leur statut. Cette renonciation au statut personnel présente pour caractéristiques principales d'être totale (elle atteint l'ensemble du statut civil, puisqu'elle emporte changement de statut) et définitive (aucun retour au statut de droit commun n'est permis), ce dernier point ayant été confirmé par le Conseil d'État²⁴⁵. Elle est parfois appelée « option de statut »²⁴⁶, par opposition à l'« option de législation », qui n'est que partielle (elle est limitée à l'opération juridique à l'occasion de laquelle elle est exercée) et provisoire (elle ne vaut que le temps de cette opération), les intéressés demeurant soumis à leur statut personnel pour tous les rapports juridiques qui échappent à cette option.

Ces deux mécanismes – la renonciation au statut personnel et l'option de législation – sont offerts aux Mahorais²⁴⁷. Ils permettent à ceux qui relèvent d'un statut personnel de ne pas se voir imposer leur coutume « contre leur volonté », ce qui respecte pleinement le « droit de libre identification », affirmé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son aspect négatif, qui implique « le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité »²⁴⁸.

Ces facteurs, communs à tous les statuts personnels reconnus par l'article 75 de la Constitution, ne suffisent pas à déterminer quels sont les Français qui relèvent du statut personnel mahorais en particulier.

Le statut personnel mahorais en particulier. À Mayotte, et comme dans d'autres territoires ultramarins, l'état civil reflète la dualité des statuts : il existe deux registres d'état civil distincts, l'un pour les personnes de statut de droit local (DL), et l'autre pour les personnes de statut de droit commun (DC). Toutefois, et à la différence de ce qui est prévu pour la Nouvelle-Calédonie, par exemple²⁴⁹, aucun texte n'énonce les critères d'appartenance au statut personnel mahorais.

Certains de nos interlocuteurs ont déploré le flou entourant les conditions permettant de bénéficier du statut de droit local, les magistrats qui se sont succédé à Mayotte n'ayant pas

²⁴⁵ CE, avis, 16 juin 1983, n° 333 227 : « Il ressort [de l'article 75 de la Constitution] que les citoyens français de statut coutumier disposent tant du droit de conserver ce statut que de celui d'y renoncer ; qu'en revanche, les personnes bénéficiant du statut civil de droit commun ne peuvent y renoncer pour être placées sous statut coutumier. »

²⁴⁶ Y. Gouët, « L'Article 82 (paragraphe I) de la Constitution relatif à l'option de statut et l'élaboration de la "théorie des statuts civils" du droit français moderne », *Penant* 1957, p. 1, spéc. p. 31.

²⁴⁷ Faisant écho à la norme constitutionnelle, l'art. 3, al. 1, de l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, prévoit que « Toute personne de statut civil de droit local peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun », tandis que l'art. 1, al. 4, autorise « les personnes relevant du statut civil de droit local [à] soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ».

²⁴⁸ Voir, à propos de la succession d'un citoyen grec, appartenant à la minorité musulmane de Thrace occidentale, CEDH, Gr. ch., 19 déc. 2018, *Molla Sali c/Grèce*, req. n° 20452/14, § 157 : *D.* 2019, p. 316, Point de vue H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2019, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 1002, note Ch. H. Pamboukis ; *JDI* 2019, Chron. p. 1243, spéc. p. 1352, note H. Apchain.

²⁴⁹ En Nouvelle-Calédonie, l'appartenance au statut coutumier est définie par la loi org. n° 99-209 du 19 mars 1999, et par la délibération n° 424 du 3 avr. 1967, relative à l'état civil des citoyens de statut civil particulier, *JONC* 27 avr. 1967, p. 360. Le statut coutumier kanak peut être hérité à la naissance ou, ce qui déroge à l'article 75 de la Constitution, être choisi par un citoyen français de droit commun : voir, comparant ce statut à la nationalité, du point de vue de ses critères d'appartenance et du point de vue de ses effets, V. Parisot, « Le statut civil coutumier kanak, une nationalité dans la nationalité ? », in A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke, F. Marchadier et V. Parisot (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 183-199.

toujours opté pour des critères identiques²⁵⁰. Dans l'ensemble, ils se satisfont néanmoins des mentions (DL ou DC) qui figurent sur les actes de l'état civil reconstitués par la commission de révision de l'état civil (CREC)²⁵¹, qu'il s'agisse des actes de mariage ou des actes de naissance²⁵², tout en relevant des écueils. Dans un entretien conduit en 2015, un ancien magistrat, après avoir admis qu'il s'en remet, pour déterminer concrètement le statut personnel des parties, aux actes de l'état civil établis par la CREC, reconnaît aussitôt que tous les Mahorais n'ont pas forcément saisi cette commission. Or, en ce cas, leurs actes d'état civil d'origine restent valables, et ce, même s'ils n'ont pas été portés sur le bon registre. De façon plus générale, l'absence de fiabilité des actes de l'état civil et leurs insuffisances sont fréquemment soulignées²⁵³.

Ces constats laissent entière la question de savoir sur la base de quels critères le registre (de droit commun ou de droit local) est choisi, afin d'inscrire la naissance d'un enfant ou, le cas échéant, afin de porter la mention DL ou DC sur les actes de l'état civil reconstitués par la CREC. À cet égard, plusieurs conditions émergent. La reconnaissance du statut personnel mahorais suppose, d'une part, que l'intéressé, de nationalité française, soit de confession musulmane. Mais ces critères ne sauraient suffire : tout Français musulman ne peut pas se prévaloir du statut personnel mahorais. Encore faut-il qu'il présente, d'autre part, une certaine attache avec le territoire mahorais, laquelle est fréquemment qualifiée d'« origine mahoraise ».

Conformément aux observations qui précèdent, la commission de révision de l'état civil s'est basée sur les trois critères suivants, afin de déterminer le statut personnel des intéressés, et d'établir en conséquence leur état civil, voire de le modifier²⁵⁴ :

- la confession musulmane ;
- « la nationalité française continue » ;
- et « l'origine mahoraise ».

Un agent du greffe du service des affaires familiales nous a confirmé que ces trois critères ont effectivement été mis en œuvre par la commission afin de déterminer si une personne relève ou non du statut de droit local. Ces critères, de surcroît, sont cumulatifs. Partant, ne relèvent pas

²⁵⁰ Entretien avec un notaire à Mayotte. Tous les entretiens mentionnés dans ce rapport, à l'exception de celui de 2015 cité au texte, ont été réalisés en 2019.

²⁵¹ La commission de révision de l'état civil (CREC) a été instituée par l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte (art. 18 à 25), *JO* 10 mars 2000, p. 3799. Installée en avril 2001, la CREC a mené ses travaux pendant 10 ans. Elle avait notamment pour mission « d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte » (art. 18). À cette fin, elle devait dresser les actes de l'état civil destinés à suppléer « les actes devant être inscrits sur un registre de l'état civil de droit commun lorsqu'il est constaté qu'ils ont été inscrits à tort sur le registre concernant les personnes relevant du statut de droit local » (art. 20, 4°), ainsi que « les actes devant être inscrits sur un registre de l'état civil de droit local lorsqu'il est constaté qu'ils ont été inscrits à tort sur le registre concernant les personnes relevant du statut de droit commun » (art. 20, 5°).

²⁵² Entretiens avec un avocat et avec un agent du greffe du service des affaires familiales.

²⁵³ Voir C. Mouriapregassin, « La révision de l'état civil à Mayotte », *RJOI* 2009, n° spécial, p. 99, qui dresse un état des lieux de l'état civil mahorais, avant de présenter le travail de la CREC, et en particulier les obstacles d'ordre procédural auxquels s'est heurtée cette commission, ainsi que ses dysfonctionnements. La contribution s'achève par l'analyse de différentes mesures visant à relancer la révision de l'état civil. – Voir également *infra* le rapport de Chr. Bidaud et A. Camuzat, « L'état civil à Mayotte ».

²⁵⁴ Ces trois critères sont énoncés par Françoise Perron, magistrate et ancienne présidente de la commission de révision de l'état civil : « La commission de révision de l'état civil à Mayotte », *in* L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 345, spéc. p. 354.

du statut personnel : un citoyen français, d'origine mahoraise, mais qui ne serait pas de confession musulmane ; une personne de confession musulmane et résidant à Mayotte, mais qui serait de nationalité comorienne ; ou encore un citoyen français et de confession musulmane, mais qui ne serait pas d'origine mahoraise.

Pour autant, toute difficulté n'est pas, tant s'en faut, résolue. Si l'exigence relative à la confession musulmane ne semble guère poser problème (§ 1), la définition de l'origine mahoraise est loin d'être claire (§ 2). En outre, la détermination de la nationalité s'avère complexe (§ 3). Plusieurs situations seront envisagées, en guise de conclusion, afin d'illustrer concrètement l'articulation des règles exposées dans le cadre de ce rapport (§ 4).

§ 1 – Une condition évidente : la confession musulmane

Une condition ancrée dans la pratique et dans les textes. La nécessité, pour appartenir au statut personnel mahorais, d'être de confession musulmane, est très souvent décrite comme une évidence. Or, de par son appellation, le « statut civil de droit local applicable à Mayotte »²⁵⁵ est dépourvu de toute connotation religieuse, les expressions telles que « indigènes musulmans » ou « Comoriens musulmans » (il faudrait lire aujourd'hui « Mahorais musulmans »)²⁵⁶, ou encore « personnes de statut personnel coranique »²⁵⁷, ayant définitivement disparu des textes officiels en vigueur. Il n'empêche ! Si une personne est de nationalité française et d'origine mahoraise, sa confession musulmane, à condition qu'elle ne soit pas le fruit d'une conversion religieuse, déclenche l'application des règles composant le statut personnel mahorais, lesquelles ne sauraient pourtant être confondues avec le droit musulman. Par ailleurs, l'application de ces règles a longtemps été l'apanage de juges musulmans, dénommés « cadis ». Bien ancrée dans la pratique (I), l'exigence d'une confession musulmane ressort donc également des textes qui se sont succédé à Mayotte et dans les Comores afin d'organiser la justice et de préciser le droit applicable (II).

I. La confession musulmane vue par les praticiens

Un critère important et d'application simple. En pratique, le critère religieux ne semble guère soulever de difficultés, dans un pays où 95 % de la population est de confession musulmane. La CREC, requise de déterminer le statut des personnes, n'hésite pas à se fonder sur les déclarations de l'intéressé²⁵⁸, afin de vérifier qu'il est bien musulman. Simple d'application, l'importance du critère n'en est pas moins fondamentale : il conduit à exclure de l'appartenance au statut de droit local une personne française et d'origine mahoraise, mais qui serait de confession catholique ou de toute autre confession. L'un des agents du greffe du service des affaires familiales prend l'exemple du sénateur Henri ou du docteur Martial : ces personnes, de nationalité française et nées à Mayotte, sont de droit commun, car elles sont de confession catholique. Plus largement, les Mahorais non-musulmans, tels les créoles chrétiens ou les hindous, relèvent du statut de droit commun²⁵⁹.

²⁵⁵ À notre connaissance, l'expression apparaît pour la première fois avec l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000, fixant les règles de détermination des nom et prénoms, et l'ord. n° 2000-219 du 8 mars 2000, relative à l'état civil à Mayotte, *JO* 10 mars 2000, p. 3801. Elle est reprise notamment par l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010.

²⁵⁶ Ces expressions figurent dans les textes relatifs à l'organisation judiciaire ou à l'état civil : voir *infra*.

²⁵⁷ Ord. n° 77-450 du 29 avr. 1977, portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du code des communes (art. 4), *JO* 30 avr. 1977, p. 2490.

²⁵⁸ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355.

²⁵⁹ Fr. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Coll. Rapports officiels, La documentation Française, 1998, spéc. p. 63.

Les effets de la conversion religieuse sur l'appartenance au statut personnel mahorais. La question des effets d'une conversion religieuse sur le statut personnel est susceptible de se poser à Mayotte, même si elle n'a jamais été évoquée par les personnes interrogées²⁶⁰. Une décision, certes ancienne, mais qui reste, nous semble-t-il, d'actualité, illustre le propos²⁶¹. Deux musulmans comoriens, nés à Anjouan et mariés selon les coutumes musulmanes, laissent à leur mort une fille mineure. L'enfant, recueillie par une femme chrétienne, reçoit de cette dernière une « éducation européenne » et elle se convertit à la religion catholique, culte qu'elle continue de pratiquer. La naissance de cette mineure, âgée de moins de 17 ans au jour de la requête, n'ayant pas été déclarée à l'état civil, la personne qui l'a recueillie sollicite un jugement tenant lieu d'acte de naissance. Toute la difficulté consiste à déterminer sur quel registre – de droit local ou de droit commun – ce jugement doit être transcrit. C'est en faveur de la seconde option que se prononce le tribunal, au motif que la jeune femme ne peut plus, « à raison de sa conversion au catholicisme, et par suite de son éducation européenne par la personne qui l'avait recueillie [...] être réputée de statut personnel comorien », et qu'« elle appartient, depuis sa conversion, à la catégorie des “citoyens français de statut métropolitain” ».

En d'autres termes, l'abjuration de la religion musulmane a pour effet de soustraire le converti aux règles de son statut musulman antérieur pour le soumettre aux droits des citoyens français de statut métropolitain, et ce, à compter de sa conversion, c'est-à-dire sans rétroactivité. À l'inverse, la conversion à la religion musulmane ne devrait emporter aucun effet sur le statut personnel de l'intéressé : celui-ci continue de relever du statut civil de droit commun, l'article 75 de la Constitution permettant uniquement de « conserver » un statut personnel et non de l'acquérir, par le truchement notamment d'une conversion religieuse.

La confession musulmane, indéniable lorsque l'on interroge les acteurs du droit, est aussi appréhendée par les textes.

II. La confession musulmane dans les textes

Si les textes ont très tôt reconnu la compétence, dans les litiges survenant entre les habitants de Mayotte et ceux des Comores, d'une juridiction spécifique, appliquant des lois particulières, il semblerait que le lien explicite entre la confession musulmane et le statut personnel ne soit apparu que tardivement.

Une condition absente des textes à l'origine. Mayotte, qui fait géographiquement partie de l'archipel des Comores, fut cédée à la France le 25 avril 1841 par le sultan de Mayotte, Andrian Souli. La France n'a établi son protectorat sur les autres îles de l'archipel comorien qu'en 1886 (Mohéli) et 1892 (Anjouan et Grande Comore). Toutefois, et contrairement à ce que l'on peut parfois lire, ni le traité de cession, ni les traités de protectorat ultérieurs²⁶², ne contiennent d'engagement de la France à « respecter les autochtones, leurs us et coutumes et à préserver la culture comorienne et l'Islam »²⁶³.

²⁶⁰ La question était très débattue dans l'Algérie coloniale, où la confession musulmane constituait également une condition d'application du statut personnel reconnu par les textes : V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Coll. Bibliothèque de l'RJS – *André Tunc*, IRJS, 2013, vol. 1, p. 1348-1373.

²⁶¹ Trib. Paix à compétence étendue Dzaoudzi, 7 juill. 1949, *Penant* 1951, p. 188, note Fr. Arbousset.

²⁶² Les traités de protectorat ont été consultés sur le site internet <https://www.culture-islam.fr/> [Site dédié aux documents littéraires, épigraphiques, archéologiques et architecturaux du monde de l'Islam]. – Voir également *supra* le rapport de L.-A. Barrière, « Le statut de la coutume à Mayotte : approche historique ».

²⁶³ J.-B. Toinette, « La reconnaissance du droit coutumier mahorais », in J.-P. Martres et J. Larrieu (dir.), *Coutumes et droit en Guyane*, Economica, 1993, p. 57, spéc. p. 58. Cette affirmation du bâtonnier du barreau de Moroni

En réalité, le traité de cession de 1841 se contente d’instaurer une juridiction mixte, composée d’« hommes sages et éclairés choisis dans les deux populations », pour trancher les litiges impliquant « les Français et les anciens habitants de Mayotte » (article 7). Ce n’est que dans l’ordonnance royale du 26 août 1847²⁶⁴ que, pour les affaires civiles ou criminelles intéressant exclusivement des indigènes, la compétence de « la justice du pays », statuant selon les « lois du pays », est affirmée explicitement, des tribunaux mixtes étant prévus en sus pour les litiges mixtes (articles 7, 9 et 16). En outre, les traités de protectorat ont opté pour des formules variées : tandis que le traité du 26 avril 1886 concernant Mohéli est muet sur la question de l’organisation de la justice et du droit applicable dans les litiges impliquant des autochtones, les traités conclus avec le sultan d’Anjouan en 1887 et en 1892 se contentent de reprendre le principe d’une juridiction mixte dans les litiges mixtes²⁶⁵. Seul le traité du 6 janvier 1892, conclu avec le Sultan de la Grande Comore, est davantage prolixe sur le sujet, puisqu’il prévoit que « La justice sera rendue au nom du sultan, conformément aux lois, usages et coutumes du pays, par des cadis régulièrement investis. » (article 6).

Les textes ne contiennent donc, à l’origine, aucune référence explicite à la confession des « indigènes », soumis à leurs coutumes et justiciables de la « justice du pays », voire des « cadis ». Certes, cette justice cadiale, mise en place à Mayotte lors de l’arrivée des Shiraziens entre le XIV^e et le XVI^e siècle, et maintenue par les traités de protectorat, s’adresse *de fait* principalement à des justiciables musulmans. Pour autant, elle n’est pas exclusivement réservée à ces derniers. Les cadis sont, de façon plus générale, et avec les chefs de villages, « les intermédiaires indispensables de l’administration avec la population ». En 1853, il était constaté que tous les indigènes, *y compris les non-musulmans*, étaient soumis à la judicature de trois cadis arabes²⁶⁶. Par ailleurs, la référence aux « Lois, usages et coutumes du pays » ne dit rien de la confession de leurs destinataires.

Il faut attendre l’incorporation de l’archipel des Comores dans la colonie de Madagascar pour que la confession musulmane des populations indigènes soit expressément visée par les textes.

Une prise en compte explicite tardive de la confession musulmane par les textes. En 1912, l’archipel des Comores fut rattaché à la colonie de « Madagascar et dépendances », dont il devint une simple « circonscription administrative »²⁶⁷. Cette intégration n’a pourtant pas produit tous les résultats escomptés. Dans un rapport au président de la République française de 1925²⁶⁸, on peut lire que « L’application [prévue par le décret du 23 février 1914] des lois et règlements de Madagascar aux îles Comores, habitées par des populations musulmanes ayant un statut personnel, des mœurs et des coutumes que ne connaît pas la grande île, présente de

(Comores), répandue dans la doctrine, est reprise entre autres par P. Schultz, « Le statut personnel à Mayotte », *Droit et Cultures* 1999, p. 95, spéc. p. 97.

²⁶⁴ Ordonnance du Roi du 26 août 1847, qui contient des dispositions sur l’administration de la Justice dans les Établissements français du Canal de Mozambique, et investit le Commandant supérieur de Mayotte de certains Pouvoirs spéciaux, *Bulletin des lois du Royaume de France* n° 1416, 1847, p. 614, texte 13788.

²⁶⁵ Traité du 15 oct. 1887, art. 2 et 4, non remis en cause par le traité du 8 janv. 1892. L’art. 4 du traité du 21 avr. 1886 prévoit au contraire que ces différends seront jugés par les tribunaux français.

²⁶⁶ *Droit(s) et justice à Mayotte à l’époque coloniale (1841-1946)*, Service éducatif des Archives départementales de Mayotte [Dossier pédagogique réalisé par P. Boissel et coordonné par P. Gendry], 2014, spéc. Dossier 4. « Droit musulman et statut personnel », spéc. p. 3 et 5.

²⁶⁷ Loi du 25 juill. 1912, déclarant les îles d’Anjouan, de Mohéli et de la Grande Comore colonies françaises, *JO* 3 août 1912, p. 6961, et décret du 23 févr. 1914, portant règlement d’administration publique pour l’exécution de l’art. 2 de cette loi, *Dareste* 1914, p. 487.

²⁶⁸ Rapport du 27 janv. 1925, suivi d’un décret de même date, portant réorganisation administrative de l’archipel des Comores, *BO ministère des colonies* 1925, p. 88.

sérieux inconvénients au point de vue social et économique ». Ce constat a conduit à réorganiser, d'un point de vue administratif, l'archipel des Comores.

Moins de dix ans plus tard, le rapport au président de la République, précédant le décret du 29 mars 1934 réorganisant la justice indigène dans l'archipel des Comores²⁶⁹, prend acte de ce que la justice est, dans les faits, rendue par des cadis, « auxquels la population indigène musulmane reste [...] profondément attachée » et il en déduit qu'« il ne saurait être question de [les] supprimer ». Écartant toute extension à l'archipel du décret du 9 mai 1909 portant réorganisation de la justice indigène à Madagascar²⁷⁰, le décret de 1934 se propose de réglementer l'institution des tribunaux de cadis. Deux dispositions majeures, reprises à l'identique par le décret du 1^{er} juin 1939, organisant la justice indigène dans l'archipel des Comores²⁷¹, érigent alors la confession musulmane en condition d'accès à la justice cadiale et hissent le droit musulman au rang de source officielle du statut personnel²⁷². À ce décret de 1939 s'ajoute une délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, qui s'est, dans la pratique, substituée au premier²⁷³. La délibération reprend l'exigence de la confession musulmane pour être justiciable des tribunaux de cadis, et elle tempère l'exclusivité du *Minhâdj*²⁷⁴. Ces textes ont été maintenus en vigueur jusqu'en 2010²⁷⁵.

Deux observations seront formulées pour conclure. En premier lieu, les sources du statut personnel mahorais ne peuvent, à elles seules, justifier que l'appartenance à ce statut soit limitée aux personnes de confession musulmane, et ce, même si le droit local nous a été décrit par un agent du greffe du service des affaires familiales comme un « droit d'émanation musulmane ». En effet, d'une part, le statut personnel mahorais n'est pas un droit exclusivement musulman. Il est mêlé de coutumes locales, provenant notamment de populations d'origine bantoue, ce dont, d'ailleurs, ont pleinement conscience certains de nos interlocuteurs²⁷⁶. D'autre part et surtout, le « privilège de religion », dont l'application est généralisée dans les États musulmans du Maghreb et du Moyen-Orient, révèle que l'application du droit musulman n'est pas réservée aux seuls adeptes de l'Islam. En tant que droit commun, il joue dans toutes les relations, internes ou internationales, impliquant un musulman et un non-musulman, voire, comme c'est par

²⁶⁹ JO 5 avr. 1934, p. 3526.

²⁷⁰ JO 22 mai 1909, p. 5636.

²⁷¹ JO 15 juin 1939, p. 7581.

²⁷² Article 4 § 1. « Sont justiciables des tribunaux des cadis tous les indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores ou d'autres possessions françaises, ainsi que les autres indigènes musulmans qui ne possèdent pas un statut personnel les rendant justiciables des tribunaux de droit commun. »

Article 6. « Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman Minihaji el Talihir est seul officiel et applicable dans l'archipel. »

²⁷³ L. Sermet, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in *Mayotte dans la République*, op. cit., p. 439, spéc. note 4, p. 440.

²⁷⁴ Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, JO Comores 16 déc. 1964, p. 476.

Art. 1. « La justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans autres que celles relevant du droit commun. Les litiges entre comoriens musulmans ayant conservé leur statut traditionnel sont jugés par les tribunaux de Qâdis, les tribunaux de Grands Qâdis (Qâdis-1-godat) [...] »

Art. 7. « Les Qâdis, les Qâdis-1-qodat jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans les traités de fiqh "Minhadj at-Toilibin", "Fath ul Qarib", "Kitab el Tanbin", "Fath el Moeni" et leurs commentaires. Ils peuvent invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île. »

²⁷⁵ L'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 abroge tant le décret de 1939 (art. 16, II, 6°) que la délibération de 1964 (art. 16, II, 5°, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1487 du 7 déc. 2010, relative au Département de Mayotte, art. 31, I, 13°, JO 8 déc. 2010, texte 2).

²⁷⁶ Entretien avec le Directeur de l'Agence Régionale de Santé (ARS), dont il ressort nettement que le droit musulman, le droit local et la coutume ne se recoupent pas, même s'ils sont entremêlés.

exemple le cas en Égypte, impliquant deux personnes non-musulmanes, mais ne partageant pas la même confession ou le même rite (l'un relève du rite catholique copte et l'autre du rite catholique maronite)²⁷⁷.

En second lieu, la compétence des cadis est, en revanche, explicitement subordonnée à la confession musulmane des justiciables. L'expression de « Comoriens musulmans », utilisée par la délibération de 1964, ne doit toutefois pas être comprise – notons-le au passage – comme désignant les « musulmans de nationalité comorienne », tous les originaires des Comores étant, à cette date, de nationalité française, en tant que « sujets » des colonies²⁷⁸. Elle désigne les « musulmans originaires de l'archipel des Comores ». Or, précisément, cette notion d'« originaire » est particulièrement difficile à saisir.

§ 2 – Une condition insaisissable ? L'origine mahoraise

La nécessité d'être d'« origine mahoraise », pour appartenir au statut personnel mahorais, ne suscite aucun débat. La notion, cependant, fait l'objet d'appréciations divergentes, pour ne pas dire contradictoires, de la part tant de la doctrine que des praticiens, dès lors qu'il s'agit de l'identifier concrètement (II). Un retour sur des textes anciens permet, nous semble-t-il, d'élucider la notion (III). Au-delà des difficultés d'interprétation du critère, un accord paraît se faire sur un point, central au demeurant : ne peut appartenir au statut personnel mahorais que celui dont les parents relèvent également de ce statut. L'assertion, dont le fondement juridique n'est jamais évoqué, est parfois mentionnée par la doctrine²⁷⁹, et elle ressort entre autres de l'entretien mené avec un officier d'état civil à Dombéni. Autrement dit – mais cela est très rarement formulé de la sorte – le statut personnel mahorais se transmet par filiation. Cette composante de l'origine mahoraise doit être clarifiée en premier lieu (I).

I. La transmission par filiation du statut personnel mahorais : l'incidence du statut des parents sur le statut des enfants

Un statut transmissible par filiation. L'article 75 de la Constitution, nous l'avons dit, n'autorise que la « conservation » d'un statut personnel existant au moment de sa promulgation, à l'exclusion de l'accession à ce statut par une personne qui en serait dépourvue initialement. Si l'on raisonne par analogie avec les grands principes du droit de la nationalité, on peut dire que seule l'*attribution* d'un statut personnel est envisageable, c'est-à-dire sa reconnaissance dès la naissance de l'individu. À l'inverse, l'*acquisition* d'un statut personnel est proscrite, ce qui signifie qu'un individu qui n'est pas né de statut personnel ne saurait obtenir ce statut à un moment quelconque de sa vie : ni un citoyen français de statut de droit commun, ni un étranger ayant obtenu la nationalité française, ne peuvent demander à appartenir à un statut personnel.

En droit de la nationalité, encore, la nationalité française d'origine peut être attribuée soit en raison de la filiation avec un parent français, soit en raison de la naissance en France. Le principe ne peut être transposé tel quel pour définir l'appartenance à un statut personnel : tandis qu'un enfant né en France de parents étrangers peut, dans certains cas, être français dès la naissance²⁸⁰, la simple naissance à Mayotte ne saurait suffire à conférer le statut personnel mahorais à un

²⁷⁷ Voir, sur le privilège de religion, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., vol. 1, p. 1177-1211.

²⁷⁸ Voir *infra* II, C, 1), sur ce point.

²⁷⁹ A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, Thèse dact. dirigée par I. Barrière-Brousse, 5 févr. 2016, Université d'Aix-Marseille, spéc. p. 37 ; S. Blanchy, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française* 2018/1, p. 47, spéc. p. 49.

²⁸⁰ C. civ., art. 19 à 19-4.

enfant dont les parents relèveraient du statut de droit commun. La solution était déjà fermement arrêtée à l'époque coloniale. Dans son *Traité de la condition des indigènes*, Solus, énumérant de façon générale les cas dans lesquels la qualité de « sujet français » peut s'acquérir, mentionne à ce titre « la naissance aux colonies de parents eux-mêmes sujets français »²⁸¹ : la filiation à l'égard d'un parent de statut personnel était nécessaire, pour être considéré comme un « sujet français », même si la naissance a eu lieu dans un territoire sous souveraineté française.

Cette solution est retenue, aujourd'hui encore et de façon explicite, pour la Nouvelle-Calédonie : l'attribution du statut coutumier à la naissance ne peut résulter que de la filiation de l'enfant avec un parent de statut coutumier²⁸² ; elle ne saurait découler de la seule naissance dans ce territoire. Il n'est guère surprenant qu'elle vaille aussi pour Mayotte, si l'on excepte le cas de l'enfant né de parents inconnus²⁸³. Il convient ainsi de distinguer selon que la filiation de l'enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents (**1^{re} situation**) ou à l'égard de l'un de ses parents puis, le cas échéant, à l'égard de l'autre (**2^e situation**). Par ailleurs, l'accession à l'indépendance des Comores étant susceptible d'affecter le statut des personnes, nous supposons que la naissance a lieu après le 11 avril 1976.

1^{re} situation. Lorsque la filiation de l'enfant est établie simultanément à l'égard de ses deux parents, cet enfant ne peut bénéficier du statut de droit local que si ses deux parents relèvent, à sa naissance, de ce statut. La nature de la filiation – qui peut être légitime, naturelle ou adoptive – est sans importance de ce point de vue. Néanmoins, si la filiation de cet enfant résulte d'une adoption, l'enfant doit en outre être de statut de droit local à la naissance²⁸⁴.

Deux conséquences en découlent. Premièrement, l'enfant d'un couple mixte – l'un des parents est de statut personnel mahorais et l'autre est originaire des Comores, par exemple²⁸⁵ – relève automatiquement du statut civil de droit commun. La règle – qui semble en contradiction avec celle du *Minhâdj*²⁸⁶, qui déclare qu'un enfant est musulman dès lors que l'un de ses parents est musulman – est évoquée par plusieurs de nos interlocuteurs – un avocat et un docteur en droit – ainsi que par un rapport parlementaire : « Ce statut civil de droit local, inspiré du droit musulman, ne [peut] être transmis que par deux parents ayant eux-mêmes conservé le statut personnel [...] Le statut de droit commun se transmet automatiquement aux enfants mineurs

²⁸¹ H. Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Sirey, 1927, spéc. p. 38.

²⁸² Aux termes de l'art. 10 de la loi org. n° 99-209 du 19 mars 1999, « L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier. ». – Voir, pour une analyse de ce texte et, de façon plus générale, sur le statut de l'enfant en Nouvelle-Calédonie, 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 », in É. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 404, spéc. p. 466-473.

²⁸³ Voir *infra* note 369 sur ce point.

²⁸⁴ L'enfant, qui relève à sa naissance du statut de droit commun, conserve ce statut s'il est adopté, et ce, nous semble-t-il, même si ses parents adoptifs sont de statut coutumier (comp. la solution en sens contraire pour la Nouvelle-Calédonie : V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, *loc. cit.*, spéc. p. 472). En effet, l'article 75 de la Constitution n'autorisant que la « conservation » d'un statut personnel, une personne de statut de droit commun ne saurait acquérir un statut personnel, de quelque manière que ce soit. De plus, on peut penser qu'un enfant, relevant du statut coutumier à sa naissance, mais qui est adopté par des parents de statut de droit commun, perd son statut initial pour prendre celui de ses parents adoptifs. Sa situation est analogue à celle d'un enfant reconnu par une mère de statut coutumier puis par un père de statut de droit commun : voir *infra* la 2^e situation.

²⁸⁵ Depuis l'accession à l'indépendance d'Anjouan, de la Grande Comore et de Mohéli, en 1975, les Français originaires de ces territoires ont perdu le bénéfice de leur statut personnel : voir *infra* III, A), sur ce point.

²⁸⁶ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn. Le Guide Des Zélés Croyants*, t. 2, Batavia, 1883, spéc. p. 214 : « La croyance Musulmane d'un mineur » s'établit notamment « par le fait d'être né de parents Musulmans, lors même qu'il n'y aurait qu'un seul d'entre eux qui fût Musulman au moment de la conception ».

d'un couple mixte. »²⁸⁷ Elle n'est toutefois pas toujours respectée dans la pratique, l'époux de statut particulier musulman – surtout s'il s'agit de l'homme – continuant à déclarer ses enfants à l'état civil local. Un ancien magistrat témoigne²⁸⁸ : « Cet enfant vivra selon la coutume musulmane et sera soumis à la juridiction cadiale car son inscription à l'état civil local sera un indice de son appartenance au statut de droit coutumier [...] Certains de ces enfants de couples mixtes vont contracter devant le Cadi un mariage non reconnu par le droit français. »

Deuxièmement, lorsque les deux parents relèvent du statut personnel mahorais au moment de la naissance de l'enfant ou, le cas échéant, de son adoption, et que l'un des deux perd ce statut, ce changement de statut n'a d'effet que sur les enfants à venir du couple. Il n'affecte pas le statut des enfants mineurs, qui conservent leur statut de droit local. La solution est tout à fait certaine si la perte du statut de droit local est le fruit d'une renonciation judiciaire. À l'opposé de ce qui était prévu à l'époque coloniale, où l'accession d'un parent à la citoyenneté française – emportant corrélativement renonciation à son statut personnel – était étendue automatiquement à ses enfants mineurs²⁸⁹, désormais, la renonciation d'un parent ne modifie le statut de ses enfants mineurs que si une demande expresse est formulée en ce sens²⁹⁰. À défaut, les enfants mineurs demeurent de statut de droit local. La solution inverse, posée encore relativement récemment par certains juges du fond²⁹¹, n'a donc plus lieu d'être. Le système présente le mérite de respecter le caractère individuel et personnel de la renonciation, résultant de l'article 75 de la Constitution. Il a en revanche pour résultat que tous les enfants d'une fratrie ne relèveront pas nécessairement du même statut. Cette conséquence s'impose, *mutatis mutandis*, en dehors de toute procédure judiciaire de renonciation, toutes les fois que l'un des parents accède au statut de droit commun, par exemple parce qu'il perd la nationalité française.

2^e situation. Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, l'enfant prend le statut de celui-ci. En général, cette situation est celle dans laquelle la filiation de l'enfant, né hors mariage, est établie tout d'abord à l'égard de sa mère : l'enfant relève du statut de droit local si sa mère est de droit local, et de droit commun dans le cas contraire. La bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte, évoquant incidemment cette règle, en examinant la prise en compte du droit coutumier en droit de la nationalité, la fonde sur l'article 311-14 du Code civil : elle estime que le statut d'un enfant, qui n'est pas issu du mariage de ses parents, est « celui de la maman », conformément à ce texte²⁹².

Si cet enfant, né d'une mère de statut coutumier, est reconnu ensuite par un père de statut de droit commun, il perd son statut coutumier initial pour prendre celui de son père. Le changement

²⁸⁷ Rapport d'information n° 115, Sénat, 27 nov. 2008, spéc. p. 9 et p. 34.

²⁸⁸ P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », in O. Gohin et P. Maurice (dir.), *Mayotte*, 2^e éd., Université de La Réunion/LGDJ, 1996, p. 275, spéc. p. 297.

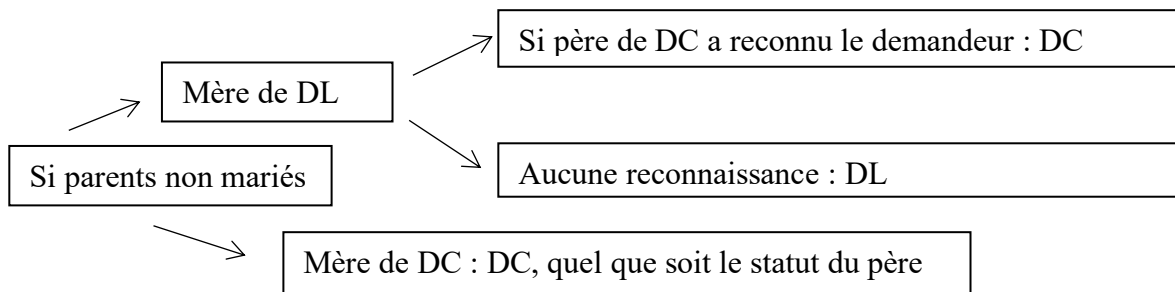
²⁸⁹ Décret du 7 avr. 1938, déterminant les conditions dans lesquelles les indigènes de Madagascar et dépendances, sujets français, peuvent obtenir ou obtiennent de plein droit, sur leur demande, la qualité de citoyen français (art. 21, al. 1), *JO* 12 avr. 1938, p. 4355.

²⁹⁰ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 3, al. 3. – Voir, sur ce point, Chateaneuf, « La procédure de renonciation au statut civil de droit local applicable aux originaires de Mayotte », in *Mayotte dans la République*, *op. cit.*, p. 369, spéc. p. 375, et Annexe 5, p. 385-386, à propos de l'art. 57, al. 3, de la loi n° 2001-616 du 11 juill. 2001, relative à Mayotte, *JO* 13 juill. 2001, p. 11199, qui contient la même règle.

²⁹¹ Voir, antérieurement à l'adoption de la règle énoncée au texte, CA Rennes, 5 mars 2001, RG 99/02563 [C'est nous qui soulignons] : « Un jugement donnant acte du changement de statut de droit civil a effet sur les descendants mineurs du requérant qui perdent *de ce seul fait* leur statut de droit particulier. »

²⁹² En réalité, ce fondement, retenu également par CA Nouméa, Ch. civ., 3 sept. 1990, RG 316/89, ne nous semble pas approprié : l'art. 311-14 C. civ., qui soumet l'établissement de la filiation à la loi personnelle de la mère, n'a pas vocation à définir le statut de l'enfant.

de statut de l'enfant, consécutif à cette reconnaissance, a été affirmé pour la Nouvelle-Calédonie tant par le Conseil d'État²⁹³ que par le Conseil constitutionnel²⁹⁴. À Mayotte, il a été consacré explicitement dès 1916²⁹⁵, et il est confirmé par une note interne – à l'attention, très probablement, de la CREC – que nous a transmise un magistrat, et dont nous reproduisons ci-après l'un des schémas, envisageant la situation d'un demandeur né après le 11 avril 1976 inclus.



Selon le témoignage d'un agent du greffe du service des affaires familiales, une telle pratique est fréquente à Mayotte. L'agent nous indique avoir rencontré à plusieurs reprises des affaires où la maman était de statut de droit local et où un homme, de statut de droit commun, s'est présenté par la suite comme le père et a reconnu l'enfant, ce qui a été accepté par les officiers d'état civil. Le service d'état civil du parquet, informé par ces derniers, a alors procédé à l'annulation – et pas seulement à la rectification – de l'acte de naissance initial, inscrit sur le registre de droit local, et a transcrit cette reconnaissance sur le registre de droit commun. À l'évidence, cette pratique doit être distinguée de celle qui consiste, pour un parent de droit local, à reconnaître son enfant, conformément à la loi française, mais en violation des règles de son statut personnel : cet acte doit être interprété comme une option (ponctuelle) de législation, n'ayant pas pour effet de modifier le statut des intéressés²⁹⁶.

Il résulte des développements qui précèdent que la détermination du statut d'une personne nécessite de s'interroger sur le statut de ses parents : le statut personnel mahorais ne peut être attribué à un enfant que si ses deux parents ou, le cas échéant, le seul parent à l'égard duquel sa filiation est établie, sont eux-mêmes de statut personnel mahorais. Cette incidence du statut des parents sur le statut des enfants peut être résumée par le tableau suivant.

²⁹³ CE, avis, 16 juin 1983, n° 333 227.

²⁹⁴ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, 12^e consid. – *Adde*, pour une appréciation critique de cette décision – à laquelle la cour d'appel de Nouméa a résisté – et pour une défense du rattachement de l'enfant au statut de sa mère, V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle... », *loc. cit.*, spéc. p. 469-470.

²⁹⁵ Décret du 7 nov. 1916, relatif à la reconnaissance des enfants métis naturels à Madagascar et dépendances, *JO* 13 nov. 1916 (art. 1 et 10), p. 9801. – Voir, pour une analyse de ce texte, *infra* notre rapport portant sur « L'établissement de la filiation à Mayotte ».

²⁹⁶ Voir, sur ce point, *infra* notre rapport portant sur « L'établissement de la filiation à Mayotte ».

Quel est le statut personnel d'un enfant français né après le 11 avril 1976 ?		
	Droit local	Droit commun
Filiation établie simultanément à l'égard des deux parents	<ul style="list-style-type: none"> – Les deux parents ont le statut de droit local. Leur changement de statut après la naissance de l'enfant ne modifiera pas le statut initial de ce dernier. – La filiation peut être légitime, naturelle ou adoptive (mais l'enfant adopté doit être de statut de droit local à la naissance). 	<ul style="list-style-type: none"> – L'un des parents au moins, qu'il soit français ou étranger, est de statut de droit commun. – OU l'enfant, initialement de statut de droit commun, est adopté (quel que soit le statut de ses parents adoptifs) – OU l'enfant, initialement de statut de droit local, est adopté par des parents de statut de droit commun.
Filiation établie à l'égard d'un seul parent, puis, le cas échéant, à l'égard de l'autre	L'enfant (en général né hors mariage) n'a de filiation établie qu'à l'égard d'un parent de statut de droit local (le plus souvent, sa mère).	L'enfant, le cas échéant de statut de droit local, est reconnu par un père, français ou étranger, de statut de droit commun.

Il reste à savoir si ces éléments peuvent se suffire à eux-mêmes pour déterminer le statut d'une personne ou bien s'ils doivent être complétés par d'autres, tels que la naissance à Mayotte. La question de l'« origine mahoraise » au sens strict se trouve ainsi posée. Or, sa perception dans la pratique est loin d'être uniforme.

II. La perception de l'origine mahoraise dans la pratique

L'origine mahoraise est appréhendée différemment selon les personnes interrogées. Tantôt, elle paraît reposer sur la naissance à Mayotte sur deux, voire sur trois générations, tantôt elle s'en détache, sans être pour autant précisément définie.

La naissance à Mayotte et l'interrogation qui en résulte quant à l'autonomie de la condition de l'origine par rapport aux conditions pour être Français. Certains estiment qu'une personne ne peut revendiquer l'application du statut personnel mahorais que si elle est née de parents eux-mêmes nés à Mayotte²⁹⁷, voire – mais ce point est controversé – de grands-parents nés à Mayotte. La naissance à Mayotte de l'intéressé est tantôt exigée en sus²⁹⁸, tantôt passée sous silence. D'autres interventions, par ailleurs, sont d'interprétation délicate.

D'après l'un des agents du greffe du service des affaires familiales, par exemple, la pratique de la commission de révision de l'état civil, sous la présidence de Jean-Jacques Gilland, était de requérir une naissance à Mayotte sur deux générations (celle des parents et des grands-parents), à laquelle s'ajoute une naissance de l'intéressé à Mayotte. Un notaire est également d'avis qu'il faudrait trois générations d'origine mahoraise pour bénéficier du statut de droit local. Un

²⁹⁷ Voir notamment A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, op. cit., spéc. p. 37.

²⁹⁸ S. Blanchy, « Mayotte : « française à tout prix » », *Ethnologie* 2002, p. 677, spéc. p. 683 : « Le droit local est issu de l'appartenance ethnique et religieuse : naissance à Mayotte de parents nés à Mayotte et adhésion à la religion musulmane ».

avocat, qui exerce à Mayotte depuis 2009, nous signale quant à lui que seul le « Mahorais », issu d'au moins deux générations de personnes de statut de droit local, peut relever de ce statut, sans que l'on comprenne réellement ce que désigne l'expression « Mahorais » : celui qui est né à Mayotte ou celui qui est Français, par opposition au Comorien ? Pour un officier d'état civil à Dombéni, enfin, il suffit, pour que la mention « DL » puisse être portée sur les actes de naissance, que le père et la mère de l'enfant relèvent de ce statut. L'acte de naissance des grands-parents n'est pas demandé, car il n'y avait pas d'actes de naissance à l'état civil à l'époque de cette génération.

Si l'exigence d'une naissance à Mayotte, à un moment donné, paraît faire consensus, les opinions divergent lorsqu'il s'agit d'identifier QUI doit être né à Mayotte pour jouir du statut personnel. Uniquement les parents, voire les grands-parents de l'intéressé ? L'intéressé et ses parents ? L'intéressé, ainsi que ses parents et ses grands-parents ?

Bien plus, nos discussions avec des praticiens ne nous ont pas permis d'identifier le fondement de cette nécessité d'une naissance à Mayotte. Sont tour à tour convoqués la pratique de la CREC, un avis du Conseil d'État de 1954, définissant, en matière de nationalité, l'origine par le lieu de naissance²⁹⁹, ou encore, en droit de la nationalité toujours, le décret du 24 février 1953, qui semble pourtant avoir un tout autre objet que celui de la détermination du statut, puisqu'il se contente d'exclure le droit du sol dans certains territoires se trouvant sous souveraineté française³⁰⁰. Un certificat de nationalité, où est évoquée cette « double naissance » à Mayotte, a d'ailleurs été produit au cours de ces entretiens. Ces échanges sont troublants³⁰¹. Pourquoi les références convoquées afin de définir l'origine mahoraise sont-elles toutes relatives à la nationalité ? N'y a-t-il pas confusion entre les conditions pour être de nationalité française (où le critère de l'origine – nous y reviendrons – peut jouer un rôle) et celles pour être « originaire de Mayotte » ? En toute hypothèse, la naissance à Mayotte n'est pas toujours présentée comme un critère pertinent, ce qui ajoute encore à la perplexité que peut susciter la notion.

L'indifférence quant au lieu de naissance de l'intéressé et l'explication tenant à l'évolution du territoire de la République française ? La naissance à Mayotte de l'intéressé n'est pas toujours érigée en critère d'appartenance au statut personnel mahorais. Selon la bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte, par exemple, ce n'est pas le lieu de naissance qui compte, mais « l'appartenance familiale » : « Les Comoriens installés à Madagascar restent Comoriens ». Plus fréquemment, il est affirmé que seuls « les Mahorais, c'est-à-dire les Français originaires de Mayotte » – définis comme des « musulmans ayant conservé leur statut personnel, même s'ils sont nés aux Comores ou dans le nord-ouest de Madagascar » – bénéficient d'un « statut personnel » au sens de l'article 75 de la Constitution³⁰². Inversement, certains « natifs de Mayotte », Comoriens par filiation, n'ont pas la qualité d'« originaires »³⁰³.

²⁹⁹ Entretien avec la bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte. Nos recherches ne nous ont malheureusement pas permis de retrouver cet avis du Conseil d'État.

³⁰⁰ Voir *infra* III, B). Il s'agit du décret n° 53-161 du 24 févr. 1953, déterminant les modalités d'application du code de la nationalité française dans les territoires d'outre-mer, *JO* 27 févr. 1953, p. 1984. Mention de ce décret est faite au cours d'un entretien avec un avocat.

³⁰¹ Les interrogations qui suivent prolongent celles émises au début de cette recherche par la direction scientifique. L'analyse des comptes rendus d'entretiens et des écrits afférents à cette question nous a pareillement plongée dans l'embarras.

³⁰² Fr. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, *op. cit.*, spéc. note 2, p. 15, et p. 63. Voir en ce sens P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 278 et p. 301.

³⁰³ *Ibid.*, p. 301.

Cette conception paraît rejoindre, à certains égards, celle qui a été retenue par la commission de révision de l'état civil à Mayotte. Françoise Perron, magistrate et ancienne présidente de cette commission, l'affirme avec force : « Pour déterminer le statut exact des personnes, la Commission a retenu comme critère prioritaire l'origine mahoraise et non pas le lieu de naissance. Elle a considéré que les personnes nées hors de Mayotte pouvaient se prévaloir d'un statut personnel particulier »³⁰⁴. Ainsi, « la personne née soit à Madagascar, soit aux Comores a été considérée comme relevant du statut personnel de droit local », dès lors qu'elle avait « deux parents originaires de Mayotte »³⁰⁵. Pourtant, pareille affirmation semble difficilement conciliable avec le témoignage, relevé précédemment de l'un des agents du greffe du service des affaires familiales, d'après lequel la pratique de la CREC, sous la présidence de Jean-Jacques Gilland, était de réclamer une naissance à Mayotte sur deux générations (celle des parents et des grands-parents), en sus d'une naissance de l'intéressé à Mayotte. Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais seraient-ils susceptibles de varier en fonction de la personnalité du président de la CREC ?

Le malaise n'est pas dissipé lorsque l'on consulte les rapports parlementaires. Certains affirment que « les Mahorais (c'est-à-dire les Français considérés comme originaires de Mayotte, même s'ils sont nés aux Comores ou dans le [nord-ouest] de Madagascar) musulmans sont automatiquement soumis à un statut personnel dérogatoire », tout en convoquant « l'article 6 du décret du 1^{er} juin 1939 sur la législation civile indigène »³⁰⁶. De fait, l'article 6 de ce décret, organisant la justice indigène dans les Comores, autorise le *cadi* à juger « d'après le droit musulman et les coutumes indigènes ». En revanche, il n'indique pas quels sont les justiciables de ces tribunaux. Il faut, à cet effet, lire l'article 4, qui précise qu'il s'agit de « tous les indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores ou d'autres possessions françaises, ainsi que les autres indigènes musulmans qui ne possèdent pas un statut personnel les rendant justiciables des tribunaux de droit commun. »

Paul Guy, dans la partie de son cours à l'usage des futurs *cadis* consacrée à leur compétence personnelle³⁰⁷, insiste sur le fait que les tribunaux de *cadis* ne jugent, d'après ce texte, « exclusivement que les citoyens français musulmans 'originaires des Comores ou originaires d'autres Territoires d'Outre-Mer de l'Union Française' ». Par conséquent, ils ne peuvent juger « ni des citoyens français non musulmans, ni des citoyens musulmans qui seraient nés en France métropolitaine ou dans d'autres anciennes colonies, ou bien qui seraient [étrangers] » et un jugement qui serait rendu en violation de cette règle serait « nul de nullité absolue ». Par contre, ces tribunaux restent compétents « pour juger des autochtones de Madagascar qui seraient musulmans (pratiquement les enfants des comoriens nés à Majunga, Diégo-Suarez, Tananarive, etc...) » [...] En d'autres termes, pour l'illustre magistrat, l'« origine » des personnes de confession musulmane, qui conditionne la possibilité, pour elles, d'accéder à la justice *cadiale*, est très clairement assimilée à la naissance. Une partie n'est pas justiciable des tribunaux de *cadis* si elle est « née en France ou à [La] Réunion ». Elle est au contraire justiciable desdits tribunaux – qui appliqueront le droit musulman et les coutumes indigènes, conformément à

³⁰⁴ Débats concernant le « Statut personnel », in *Mayotte dans la République*, *op. cit.*, spéc. p. 585.

³⁰⁵ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355.

³⁰⁶ Voir, faisant suite à des missions effectuées à Mayotte, les rapports d'information déposés au Sénat n° 115, 27 nov. 2008, spéc. p. 33, ou n° 675, 18 juill. 2012, spéc. p. 25.

³⁰⁷ P. Guy, *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadis dans le territoire des Comores*, Tananarive, École supérieure de droit, 1981 [Réimpr. de la polycopie de la Cour d'Appel de Madagascar de 1951], spéc. p. 56, et p. 88-89.

l'article 6 du décret de 1939 – si elle est « née aux Comores ou à Madagascar », par exemple à Majunga, qui se situe dans le nord-ouest de l'île.

En définitive, dans le décret du 1^{er} juin 1939, cité par les rapports parlementaires, les Français musulmans, même « nés aux Comores ou dans le nord-ouest de Madagascar », étaient justiciables des tribunaux de cadis et soumis aux règles dérogatoires de leur statut personnel. Le texte toutefois – rappelons-le, car la précision est d'importance – a été élaboré à une époque où l'archipel des Comores avait le statut de colonie, rattachée à Madagascar. Est-il possible d'en déduire qu'*aujourd'hui* une personne née dans les Comores ou à Madagascar pourrait, sur le fondement de ce décret, revendiquer son appartenance au statut personnel mahorais ? La réponse est loin d'être évidente. D'un côté, l'article 4, qui n'est pas frontalement remis en question par la délibération du 3 juin 1964³⁰⁸, est resté en vigueur jusqu'à l'ordonnance du 3 juin 2010. Or, si l'on s'en tient à la lettre du texte, telle qu'elle est interprétée par Paul Guy, les Français musulmans nés dans ces territoires devraient pouvoir être considérés comme étant de statut personnel. Mais, d'un autre côté, l'esprit du texte conduit à en limiter l'application aux territoires sous souveraineté française. Le texte a certes été maintenu pendant près de 70 ans, mais il doit sans doute être adapté à l'évolution du territoire de la République française. On peut donc légitimement penser que les Comores et Madagascar ont, dès leur accession à l'indépendance – à savoir respectivement en 1975 et en 1960 – cessé d'être visés par cet article 4. Partant, et depuis 1975, seuls les Français musulmans nés à Mayotte pourraient se prévaloir, le cas échéant, du statut personnel mahorais.

Les dernières observations qui précèdent révèlent que l'analyse des textes, parfois anciens, est de nature à apporter un éclairage nouveau sur la notion d'« origine mahoraise ». C'est à une exploration des textes que se livreront les développements qui suivent, afin de tenter de concilier des affirmations qui, de prime abord, paraissent inconciliables.

III. L'origine mahoraise dans les textes

Le critère de l'origine puise sa source dans des textes datant du début de l'époque coloniale. À Madagascar, comme dans les autres colonies, il permettait d'identifier les « sujets français », c'est-à-dire les « indigènes » des territoires annexés, qui perdaient leur nationalité d'origine pour prendre la nationalité française, tout en conservant un statut personnel propre (A). Contre toute attente, le critère de l'origine n'a pas disparu après 1946. Cette date, pourtant, marque tout à la fois le détachement de Mayotte de la colonie de Madagascar, et la généralisation de la citoyenneté française à l'ensemble des Français, ce qui signe la disparition de la catégorie des « sujets » des colonies. En réalité, le critère de l'origine a été renouvelé, à partir de l'accession à l'indépendance de l'archipel des Comores (B).

A. Le critère de l'origine au temps des colonies (1841-1946)

Le statut de Mayotte : de la cession à la France au territoire d'outre-mer. Trouver la source du critère de l'origine commande de revenir au temps des colonies. Mayotte, nous l'avons dit, fut cédée à la France en 1841. Pendant près d'un demi-siècle, elle demeura, au sein de l'archipel des Comores, la seule île sous souveraineté française. Paris n'établit son protectorat sur les autres îles de l'archipel qu'en 1886 (Mohéli) et 1892 (Anjouan et Grande Comore), ce qui constituera la colonie de « Mayotte et dépendances ». L'archipel fut rattaché à la colonie de « Madagascar et dépendances » en 1912, avant d'en être séparé en 1946 pour recouvrer son

³⁰⁸ Voir *supra* note 274 sur cette délibération.

autonomie administrative et financière³⁰⁹. Il prit alors la forme juridique d'un territoire d'outre-mer dénommé « territoire des Comores ». Entre 1914 et 1946, les textes applicables à Madagascar étaient par conséquent, et sauf dispositions contraires, applicables également dans les Comores³¹⁰, ce qui incluait Mayotte.

La condition juridique des populations dans les territoires annexés : origine, nationalité et statut personnel. Ces annexions de territoires ont, inéluctablement – à Madagascar et dans les Comores comme ailleurs – soulevé la question de la condition juridique de leur population. Or, d'un point de vue historique, la qualité d'« originaire » d'un territoire annexé, la nationalité et le statut personnel sont d'emblée apparus comme étant étroitement liés. Les Français, en effet, ont été classés en trois catégories : les « Français proprement dits », les « sujets français » et les « protégés français »³¹¹. Les « sujets français », qui nous intéressent au premier chef dans le cadre de cette étude, présentent deux caractéristiques principales.

– Ces sujets sont d'abord et avant tout des Français, et ce, du seul fait de l'annexion, dès lors du moins qu'ils sont *originaires du territoire annexé* : sont des « sujets français » les individus qui, en tant qu'« originaires des colonies faisant, par suite de l'annexion, partie intégrante du territoire français, sont soumis à la souveraineté directe de la France »³¹². Il s'agit donc des « habitants du territoire annexé » qui ont changé de nationalité avec l'annexion, « [perdant] la nationalité de l'État démembré pour acquérir celle de l'État annexant »³¹³.

– Ces Français, toutefois, sont des « sujets ». Qualifiés d'« indigènes », ils ne possèdent pas tous les droits des citoyens français. Étant régis par leurs lois et coutumes particulières, qui constituent leur « statut personnel »³¹⁴, et pouvant, le cas échéant, être justiciables de juridictions indigènes, ils ne jouissent pas, en principe, des droits politiques, réservés aux seuls Français jouissant des droits civils « de droit commun », tels que prévus par le Code civil³¹⁵.

En d'autres termes, les « originaires » des territoires annexés, qui deviennent des « sujets français », bénéficient d'une « sorte de nationalité amoindrie » : ce sont des Français « ne possédant pas la plénitude de la nationalité française »³¹⁶. L'ambivalence de leur situation a été affirmée avec une particulière netteté, à propos du Sénégal, par un arrêt très remarqué du 22 mai 1905³¹⁷, dont nous verrons qu'il est mobilisé par la présidente de la CREC à propos de l'origine mahoraise.

³⁰⁹ Loi n° 46-973 du 9 mai 1946, tendant à accorder l'autonomie administrative et financière à l'archipel des Comores, *JO* 10 mai 1946, p. 3973.

³¹⁰ Conformément au décret du 25 févr. 1914, portant règlement d'administration publique, cité note 267.

³¹¹ J. de Byans, « La nationalité aux colonies », *Daresté* 1911, p. 9.

³¹² H. Solus, « Colonies », in A. de Lapradelle et J.-P. Niboyet (dir.), *Rép. dr. internat.*, t. III, Sirey, 1929, p. 569, spéc. p. 579.

³¹³ E. Audinet, « Annexion, cession et démembrement de territoires », in A. de Lapradelle et J.-P. Niboyet (dir.), *Rép. dr. internat.*, t. I, Sirey, 1929, p. 567, spéc. p. 627.

³¹⁴ J. de Byans, « La nationalité aux colonies », *loc. cit.*, spéc. p. 18 ; H. Solus, « Colonies », *loc. cit.*, p. 580.

³¹⁵ Voir, sur ce lien entre l'attribution des droits politiques et la jouissance des droits civils « de droit commun », É. Ralser, in G. Giraudeau et M. Maisonneuve (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, LexisNexis, 2021, V° Citoyenneté(s), p. 72, spéc. p. 73-74. – Adde G. Légier, *Histoire du droit de la nationalité française. Des origines à la veille de la réforme de 1889*, PUAM, 2014, t. 2, spéc. p. 959-962.

³¹⁶ J. de Byans, « La nationalité aux colonies », *loc. cit.*, spéc. p. 17-18.

³¹⁷ Req. 22 mai 1905, *Daresté* 1905, p. 180, obs. anonyme ; *Rev. crit. DIP* 1906, p. 540, rapport Duboin ; *Rev. alg.* 1907, p. 180, obs. M. Morand : « Les indigènes musulmans du Sénégal sont devenus français par l'annexion de leur territoire à la France et [ils] conservent cette nationalité, bien qu'ils demeurent, dans certains cas, sous l'application exclusive de la loi musulmane. »

La condition juridique des populations à Madagascar et dépendances. Ces éléments se retrouvent à propos de Madagascar. Aux termes du décret précité du 9 mai 1909, portant réorganisation de la justice indigène dans ce territoire, « Sont indigènes [...] et justiciables des juridictions indigènes, les individus originaires de Madagascar et dépendances ou autres possessions françaises ne possédant pas la qualité de citoyens français ou une nationalité étrangère reconnue » (article 2). En outre, ces tribunaux indigènes appliquent, en matière civile, « les lois et coutumes locales et, s'il y a lieu, les lois et coutumes propres à la qualité des parties » (article 116). Se trouve de la sorte exprimé le lien entre la qualité d'indigènes – conférée aux seuls « originaires » de ce territoire – et l'existence d'un statut personnel propre.

Bien plus, le décret du 3 mars 1909, relatif à l'accession des indigènes de Madagascar et dépendances aux droits de citoyen français³¹⁸, précise la condition juridique de ces « sujets français », tout en identifiant concrètement les personnes auxquelles cette qualité peut être reconnue. Aux termes de son article 1^{er}, « L'indigène né avant l'annexion à Madagascar ou dans ses dépendances, ou né depuis cette époque de parents établis à Madagascar ou dans ses dépendances à l'époque où elle s'est produite, est sujet français ; il conserve néanmoins le statut indigène et continue à être régi par les lois et coutumes malgaches sous les réserves et sauf les exceptions prévues par la législation en vigueur ». Autrement dit, la qualité de « sujets français » et, partant, celle d'« originaires » de Madagascar et dépendances, peut résulter de la combinaison de deux critères alternatifs, à savoir :

1. la naissance à Madagascar ou dans ses dépendances, avant l'annexion de ce territoire
2. ou, lorsque la naissance est postérieure à l'annexion, la filiation à l'égard de parents établis à Madagascar ou dans ses dépendances. En ce cas, il nous semble que cette naissance pourrait avoir eu lieu en dehors de Madagascar, l'origine désignant alors « un lien acquis par la naissance et qui se transmet avec le sang »³¹⁹. Comme l'a écrit Laurent en matière de nationalité il y a plus de 150 ans : « Peu importe le lieu où l'enfant vient au monde ; ce n'est pas dans le lieu où il naît qu'il puise son droit, c'est dans le sang que lui ont transmis ses ancêtres. »³²⁰

Conformément à ce décret du 3 mars 1909, rendu applicable dans les Comores à partir de 1914 – et en excluant pour l'instant Mayotte –, peuvent être considérés comme « originaires des Comores » – et donc comme « sujets français » – les Comoriens nés à Mohéli avant 1886 ou à Anjouan et dans la Grande Comore avant 1892, ou les Comoriens nés après cette date, même en dehors de ces territoires, de parents qui y étaient établis. C'est en ce sens, nous semble-t-il, qu'il convient de comprendre la référence aux « indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores », à l'article 4 précité du décret du 29 mars 1934, repris sur ce point à l'identique par celui du 1^{er} juin 1939, déterminant les justiciables des tribunaux de cadis dans ces territoires.

B. Le renouvellement du critère de l'origine à partir de 1946

Le renouveau de la fonction du critère de l'origine. 1946 constitue une date charnière. D'une part, l'archipel des Comores s'est séparé de la colonie de Madagascar, pour devenir le territoire

³¹⁸ JO 10 mars 1909, p. 2411.

³¹⁹ M. Eliesco, *Essai sur les Conflits de lois dans l'espace, sans Conflit de souveraineté (les conflits d'annexion)*, Picart, 1925, spéc. p. 207.

³²⁰ Fr. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 1, Bruylant/Pedone, 1869, p. 447-451, à propos de l'art. 10 du Code civil, relatif à la situation de « l'enfant né d'un Français qui a perdu la qualité de Français ». Cet enfant, en raison de la « faveur due à [son] origine française », peut toujours recouvrer la qualité de Français.

d'outre-mer des Comores. D'autre part, la citoyenneté française a été étendue à l'ensemble des nationaux français³²¹, les anciens « sujets français » étant toutefois autorisés par la Constitution³²² à conserver le statut personnel qui était le leur avant cette date. En définitive, l'ancienne distinction entre les « citoyens » et les « sujets » disparaît formellement, mais elle est réintroduite sous un habillage nouveau, qui différencie les « citoyens de droit commun » et les « citoyens de statut personnel ».

Le statut de territoire d'outre-mer des Comores a prévalu jusqu'à l'indépendance d'Anjouan, de la Grande Comore et de Mohéli, en 1975. Derechef, le critère de l'origine a joué un rôle décisif en droit de la nationalité ainsi que, nous y reviendrons, sur le terrain du statut personnel. Une distinction a en effet été établie entre les Français originaires des Comores et les Français originaires de Mayotte³²³, qui peuvent seuls garder leur nationalité française et leur statut personnel, tout en étant domiciliés dans les îles devenues indépendantes³²⁴. La circulaire du garde des Sceaux du 22 juillet 1976, prise en application des lois de 1975 relatives à l'autodétermination des Comores, ne donnant que des indications sommaires sur ce qu'il convient d'entendre par « originaire »³²⁵, ce sont les critères de l'époque coloniale qui ont été mobilisés dans cette perspective.

La mobilisation par la CREC des critères de l'époque coloniale. Cherchant à définir « l'origine mahoraise », Françoise Perron, magistrate et ancienne présidente de la commission de révision de l'état civil à Mayotte, rappelle ce qu'elle considère comme un « principe [...] connu » : « La qualité d'originaire d'un territoire est attribuée à la personne qui, par elle-même ou ses ascendants est devenue française par le fait du rattachement à la France du territoire sur lequel elle était alors fixée (Cass., 22 mai 1905), cette qualité se transmettant par filiation »³²⁶. S'il convient de faire abstraction de la référence à cet arrêt, qui nous semble dénué de pertinence à cet égard³²⁷, l'extension des principes du droit colonial afin de définir l'origine mahoraise retient en revanche tout particulièrement l'attention. Pour décider, à la suite de l'autodétermination des îles des Comores, qu'une personne est originaire de Mayotte, et, partant, qu'elle est française et de statut personnel mahorais, il est fait appel aux deux critères alternatifs utilisés au début du siècle dernier pour attribuer à une personne la qualité d'originaire

³²¹ Loi *Lamine-Gueye* n° 46-940 du 7 mai 1946, tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer, *JO* 8 mai 1946, p. 3888, et art. 80 de la Constitution du 27 oct. 1946.

³²² Art. 82 de la Constitution de la IV^e République, dont l'art. 75 de la Constitution actuelle est un héritage direct.

³²³ Voir *infra* III, A), sur la situation des originaires des Comores, et III, B), sur celle des originaires de Mayotte.

³²⁴ Rép. min. n° 34059 du 7 déc. 1987, à propos des ressortissants français de Mayotte, *JO*, Déb. Ass. nat., 15 févr. 1988, p. 690.

³²⁵ Circulaire interministérielle n° 76-7 du 22 juill. 1976, relative à la situation, au regard de la nationalité, des personnes originaires des Îles des Comores à la suite de l'autodétermination de ces îles, *BO des armées* 6 déc. 1976, p. 4387, spéc. p. 4388 : « En pratique, la distinction entre personnes originaires de Mayotte et des autres îles sera délicate, car l'organisation de l'état civil aux Comores est récente. Dans ces conditions, il devra être principalement tenu compte du lieu de naissance des intéressés et, lorsqu'il pourra être connu, de celui de l'un quelconque de leurs ascendants immédiats. »

³²⁶ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355 ; définition reprise par J. Costalascoux, « La modernisation de l'état civil à Mayotte », Contribution interne présentée devant un groupe de réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte, nov. 1996-déc. 1997 [Anciennement disponible sur le site Internet du secrétariat d'État à l'outre-mer]. Seul le rapport officiel au secrétaire d'État à l'outre-mer a été publié : Fr. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, *op. cit.*

³²⁷ Cet arrêt ne concerne pas la notion d'« originaire » d'un territoire : voir *supra* note 317. Il se contente de préciser la condition des « indigènes musulmans » du Sénégal : de nationalité française, ils sont soumis, en matière successorale notamment, à la loi musulmane, laquelle exhéride les héritiers catholiques.

d'un territoire annexé par la France et, par conséquent, celle de sujet français, c'est-à-dire de Français soumis à un statut personnel propre.

- Soit elle doit prouver qu'elle est née dans ce territoire – en l'occurrence à Mayotte – avant qu'il ne soit annexé, en 1841 ;
- Soit, si elle est née après l'annexion de ce territoire, et, le cas échéant dans un territoire autre que le territoire annexé – c'est-à-dire en dehors de Mayotte après 1841 –, elle doit prouver sa filiation avec une personne qui était établie dans ce territoire avant l'annexion.

C'est cette dualité de critères qui explique sans doute le flottement, observé dans la pratique, entre le critère de la naissance à Mayotte et le critère de l'appartenance familiale, quel que soit le lieu de naissance. En toute hypothèse, la mise en œuvre de ces critères se heurte à une difficulté redoutable à Mayotte : la réglementation de l'état civil indigène ne date que de 1926³²⁸, ni le Coran ni le Minhâdj ne traitant de l'état civil. Un palliatif a dû être trouvé : il a été admis que l'origine mahoraise puisse être justifiée par la naissance à Mayotte sur trois générations³²⁹, puis, « devant l'impasse à laquelle conduit la demande de preuves de la filiation impossibles à fournir », par la naissance à Mayotte sur seulement deux générations³³⁰. C'est donc la défaillance du système de l'état civil qui a contraint à assouplir la règle initiale.

Ainsi, et pour résumer, une personne peut, aujourd'hui, être considérée comme étant d'origine mahoraise :

- Soit si, étant née à Mayotte, ses parents étaient nés à Mayotte ;
- Soit si, étant née en dehors de Mayotte (dans les Comores ou à Madagascar après l'indépendance par exemple), ses parents et ses grands-parents sont nés à Mayotte.

En tout état de cause, il nous semble que la preuve de ces naissances à Mayotte, et, partant, la preuve de l'origine mahoraise, devrait pouvoir être administrée par tout moyen, dans la mesure où il s'agit de rapporter la preuve d'un fait juridique. Ces résultats peuvent être synthétisés dans le tableau qui suit.

³²⁸ Arrêté du Gouverneur Général du 8 déc. 1926, portant réorganisation de l'état civil indigène dans l'archipel des Comores, *JO Madagascar et dépendances* 18 déc. 1926, p. 1155.

³²⁹ Selon S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Dr. et Société* 2012, p. 117, spéc. p. 130-131, la règle puiserait sa source dans le *Guide de l'accès au droit 2010-2011*, livret bilingue français *shimaore*, édité par le tribunal de première instance, et dans lequel on pourrait lire que pour avoir le statut civil de droit local, il faut « être né à Mayotte, de parents et grands-parents eux-mêmes nés à Mayotte, et de confession musulmane ». Cette interprétation pourrait être corroborée par la réponse ministérielle n° 34059 du 7 déc. 1987, dont le texte n'est toutefois pas d'une très grande clarté.

³³⁰ J. Costa-Lascoux, « La modernisation de l'état civil à Mayotte », *loc. cit.* Une note interne du 20 août 2001, émanant de la direction des services judiciaires du ministère de la Justice, fait notamment état, à propos de la CREC, d'un rapport de Mme Perron. Elle évoque les difficultés rencontrées par les intéressés pour prouver « leur origine mahoraise et donc leur qualité de Français », d'où la possibilité qui leur a été laissée de justifier de cette origine « par la naissance à Mayotte sur trois générations, puis seulement sur deux générations ». – Adde Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355. Après avoir défini l'origine mahoraise, tel que nous l'avons indiqué au texte, la présidente de la CREC ajoute : « Devant l'impossibilité de justifier d'une filiation à la date où Mayotte est intégrée à la France, la pratique instaurée en matière de nationalité exigeait la preuve de cette présence à Mayotte sur deux générations. La commission recherchait dès lors à fixer l'origine en remontant à deux générations pour les personnes majeures, et parfois trois générations en analysant les actes existants depuis 1926. »

À quelles conditions une personne est-elle, aujourd'hui, d'« origine mahoraise » ?	
Naissance (dont la preuve peut être rapportée par tout moyen)	
À Mayotte	En dehors de Mayotte
+ Parents nés à Mayotte (1 ^{re} génération)	
	+ Grands-parents nés à Mayotte (2 ^e génération)
↓↓↓	
La personne est considérée comme d'origine mahoraise	

Deux questions – non élucidées à ce jour – demeurent. À partir de quelle date la pratique a-t-elle abandonné l'exigence d'une naissance sur trois générations pour lui substituer une naissance sur deux générations ? Surtout, comment s'articulent les critères ? La logique voudrait que le critère de la naissance à Mayotte sur trois, puis sur deux générations, inventé par la pratique et qui a pu être comparé à un « triple droit du sol sans fondement juridique »³³¹, ne puisse jouer qu'à titre subsidiaire, lorsque les deux critères posés par les textes à l'époque coloniale ne sont d'aucune utilité, en raison de la défaillance de l'état civil. Mais ce critère de la double naissance n'a-t-il pas fini par suppléer les critères posés par les textes ? À moins qu'il ne faille pas déceler de véritable opposition entre ces critères, celui de la double naissance ne constituant, en définitive, que la mise en œuvre concrète du critère de l'origine, tel qu'il était conçu initialement.

En dépit de ces interrogations, le détour par les textes anciens (et en particulier par le décret du 3 mars 1909, portant sur l'accession à la citoyenneté française des indigènes de Madagascar, qui paraît avoir été mobilisé par la CREC) permet d'éclaircir le sens de la notion d'originaire. Une différence, et elle est de taille, apparaît néanmoins entre le décret de 1909 et la pratique de la CREC. Elle tient à la finalité de la notion :

– En 1909, l'« originaire » de Madagascar et dépendances désigne l'habitant de ce territoire auquel la qualité de « sujet » français doit être conférée : il perdra sa nationalité étrangère d'origine pour prendre la nationalité française, tout en demeurant soumis à ses coutumes.

– En 1975, tous les intéressés sont des citoyens français. La notion d'« originaire » mobilisée par la CREC ne vise pas à déterminer ceux qui perdront leur nationalité d'origine pour prendre la nationalité française, mais, tout au contraire, à identifier ceux qui conserveront leur nationalité française et ceux qui la perdront. Et de cette nationalité dépendra, en définitive, l'appartenance au statut personnel mahorais. C'est cette condition de nationalité qu'il convient à présent d'examiner.

³³¹ S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*, p. 131.

§ 3 – Une condition complexe : la nationalité française

La nationalité française, condition nécessaire, mais non suffisante d'appartenance au statut personnel mahorais. La nationalité française constitue une condition nécessaire d'appartenance au statut personnel mahorais : seul un Français peut revendiquer le bénéfice du statut personnel mahorais. Toutefois, tous les Français ayant une attache avec les Comores ou avec Mayotte ne relèvent pas de ce statut. Derrière cet énoncé, simple en apparence, se cache en réalité une question d'une très grande complexité, qui tient à divers facteurs, obligeant à voyager dans le temps et dans l'espace. Déterminer, aujourd'hui, si une personne a la nationalité française, suppose bien souvent, d'abord, de remonter dans le temps, le droit transitoire de la nationalité conduisant à appliquer des règles anciennes. Le droit de la nationalité française, ensuite, ne s'est pas toujours appliqué uniformément dans l'espace : les règles applicables outre-mer diffèrent parfois de celles qui sont applicables en métropole. En outre, l'accession à l'indépendance de certaines portions du territoire a eu d'importantes répercussions sur la nationalité des personnes qui y étaient domiciliées. Elle appelle des règles spécifiques, qui doivent être combinées avec les précédentes.

L'objet de ce rapport n'est pas d'exposer l'ensemble des particularités du droit de la nationalité dans les outre-mer en général, et à Mayotte en particulier³³². L'idée est de mettre en exergue les liens entre la nationalité française et le statut personnel mahorais à partir de 1975, date de l'autodétermination des îles des Comores. Dans cette optique, deux situations seront successivement examinées : celle des originaires des Comores, dont il sera démontré qu'ils ont perdu leur statut personnel avec l'accession à l'indépendance de ce territoire (I), puis celle des originaires de Mayotte qui, à l'inverse, ont conservé à certaines conditions leur statut personnel à compter de cette date (II).

I. La perte du statut personnel des originaires des Comores

En 1975, les habitants de trois des quatre îles qui composent l'archipel des Comores (Anjouan, la Grande Comore et Mohéli) se sont prononcés, par référendum, en faveur de leur indépendance, tandis que la population mahoraise, consultée en 1976, a exprimé fermement son désir de rester attachée à la République française. Pour décider du sort de la nationalité française de ces personnes, le législateur français a opté pour le critère du statut personnel (A). Le système mis en place a rendu impossible la conservation, par les originaires des Comores, de leur statut personnel au sens de l'article 75 de la Constitution (B). Cette situation, qui a des conséquences concrètes importantes tant sur la compétence que sur la loi applicable, est pourtant très largement méconnue par la pratique (C).

A. L'incidence du statut personnel sur le maintien dans la nationalité française

La distinction fondée sur le statut dans les lois de 1975. Pour régler les conséquences de l'indépendance des Comores sur la nationalité des personnes, une loi du 3 juillet 1975³³³, complétée par une loi du 31 décembre 1975³³⁴, établit une distinction reposant, comme pour

³³² Voir, sur l'ensemble de la question, V. Parisot, « Le juge et la nationalité française dans l'océan Indien », in É. Ralser et J. Knetsch (dir.), *La nationalité française dans l'océan Indien*, Coll. Colloques, Société de Législation Comparée, 2017, p. 47-101, et É. Ralser, « Particularités de l'application du droit de la nationalité dans les outre-mer », in *La nationalité : enjeux et perspectives*, op. cit., p. 165-182.

³³³ Loi n° 75-560 du 3 juill. 1975, relative à l'indépendance du territoire des Comores, JO 4 juill. 1975, p. 6764.

³³⁴ Loi n° 75-1337 du 31 déc. 1975, relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, JO 3 janv. 1976, p. 151.

l'Algérie³³⁵, sur le critère du statut personnel, entre les personnes qui conservent de plein droit la nationalité française et celles qui ne peuvent la conserver que par une déclaration de reconnaissance. Aux termes de l'article 9 du premier de ces textes, « Les Français de statut civil de droit commun domiciliés dans le territoire à la date de l'indépendance³³⁶ conserveront la nationalité française, quelle que soit leur situation au regard de la loi comorienne. »

Quant aux « Français de statut civil de droit local originaires du territoire des Comores », ils doivent, conformément à l'article 10 qui suit, transférer leur domicile en France et souscrire une déclaration de reconnaissance de la nationalité française (alinéa 1). Cette faculté était aussi ouverte aux « personnes de statut civil de droit local originaires du territoire des Comores domiciliées à l'étranger à la date de l'indépendance et immatriculées dans un consulat français », leur déclaration étant subordonnée en ce cas à l'autorisation du ministre chargé des naturalisations (alinéas 3 et 4). Cette possibilité de souscrire une déclaration de nationalité française a pris fin le 11 avril 1978³³⁷. Les Français qui n'ont pas souscrit de déclaration avant cette date, alors qu'ils étaient de statut de droit local – par exemple parce qu'ils se sont mariés devant le *cadi*³³⁸ – ont perdu leur nationalité française au 11 avril 1976.

En toute hypothèse, et conformément à l'article 11, les déclarations souscrites en application de cet article 10 « produiront effet à l'égard des enfants mineurs de dix-huit ans du déclarant, dans les conditions prévues à l'article 84 du code de la nationalité »³³⁹. Ceux-ci conservent donc de plein droit leur nationalité française, s'ils parviennent à prouver que leur filiation (légitime, naturelle ou adoptive), à l'égard du parent ayant souscrit cette déclaration, existait *avant ladite souscription*³⁴⁰.

La réception des lois de 1975 dans la pratique. La distinction, issue des lois de 1975, entre ceux qui sont demeurés Français de plein droit et ceux qui étaient astreints à une déclaration de reconnaissance, semble bien connue des praticiens. Elle est évoquée par plusieurs des personnes interrogées, et notamment par la bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte, qui nous a en outre appris que les déclarations recognitives de nationalité, réservées aux personnes

³³⁵ Ord. n° 62-825 du 21 juill. 1962, relative à certaines dispositions concernant la nationalité française, prises en application de la loi n° 62-421 du 13 avr. 1962, *JO* 22 juill. 1962, p. 7230.

³³⁶ Le texte n'envisage pas le sort des Français de statut civil de droit commun qui seraient originaires des Comores sans y être domiciliés au moment de l'indépendance. Il convient d'admettre, comme pour l'Algérie, qu'ils ne sont « pas [affectés] par l'indépendance du territoire » et qu'« [ils] demeurent, *a fortiori*, [français] » : P. Lagarde, commentaire ss la loi n° 75-560 du 3 juill. 1975, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 820, spéc. p. 822.

³³⁷ Les Français de statut civil de droit local disposaient initialement de deux ans à compter de l'indépendance pour souscrire cette déclaration (art. 10, al. 2, de la loi n° 75-560 du 3 juill. 1975). L'entrée en vigueur de cette disposition a été reportée au 11 avr. 1976, date de clôture du scrutin par lequel les Mahorais ont été invités à se prononcer sur le statut de Mayotte (art. 9 de la loi n° 75-1337 du 31 déc. 1975).

³³⁸ CA Saint-Denis de La Réunion, 7 mai 2013, RG 11/00033, 11/00021 et 11/00019 (3 arrêts), déduit du mariage devant le *cadi* des parents des requérantes que ceux-ci, de statut civil de droit local avant l'indépendance, avaient, à défaut d'avoir souscrit une déclaration de reconnaissance, perdu leur nationalité française. – Comp. CA Saint-Denis de La Réunion, 6 sept. 2016, RG 15/00151, qui examine les actes de naissance et de mariage des parents pour connaître leur statut et savoir s'ils devaient ou non souscrire cette déclaration.

³³⁹ Dans sa rédaction issue de la loi n° 73-42 du 9 janv. 1973, complétant et modifiant le code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française (art. 14), *JO* 10 janv. 1973, p. 467, ce texte dispose : « L'enfant mineur de dix-huit ans, légitime, naturel ou ayant fait l'objet d'une adoption plénière, dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit. »

³⁴⁰ Voir, refusant aux requérants l'effet collectif attaché à la déclaration de nationalité française souscrite par leur mère, car ils ne sont pas parvenus à établir leur filiation à l'égard de celle-ci avant ladite déclaration, CA Saint-Denis de La Réunion, 4 févr. 2014, RG 12/00197, 12/00198 et 12/00199 (actes de l'état civil non probants et dressés postérieurement à la déclaration de nationalité), ou encore CA Saint-Denis de La Réunion, 3 nov. 2015, RG 15/00012 (reconnaissance du requérant par la mère postérieure à sa déclaration).

relevant du statut civil de droit local, étaient tenues par les tribunaux d'instance, avec une centralisation auprès des services de l'état civil de Nantes, alors que les actes de naissance dressés à Nantes sont en principe réservés aux personnes de statut civil de droit commun (ce qui n'empêche pas de nombreuses personnes de Madagascar d'avoir leur état civil enregistré à Nantes, tout en ayant un statut personnel de droit local).

Il n'est en revanche pas certain que ce système soit réellement connu des justiciables. La bâtonnière nous révèle qu'il n'est pas rare que des Comoriens se présentent avec d'anciens papiers français de leurs parents, tels des cartes d'identité ou des passeports, afin de se voir reconnaître la nationalité française. Or, si les parents de statut de droit local n'ont pas souscrit la déclaration reconnitive de nationalité, ils ont perdu leur nationalité française, et leurs enfants, mineurs en 1976, ne sont plus français. Seuls ceux qui ont déclaré être de droit commun avant l'indépendance sont restés français. En toute hypothèse, les originaires des Comores ont, quelle que soit leur nationalité, perdu leur statut personnel à l'indépendance.

B. La perte, par les originaires des Comores, de leur statut personnel

Les « Français de statut civil de droit local originaires du territoire des Comores » ont perdu leur statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, qu'ils aient conservé (**1^{re} situation**) ou non (**2^e situation**) leur nationalité française.

1^{re} situation : conservation de la nationalité française. Les Français de statut civil de droit local, originaires des Comores, qui ont souscrit une déclaration reconnitive de nationalité française, ont, par là même, perdu leur statut – sans rétroactivité – pour accéder au statut civil de droit commun. La solution, qui n'est pas prévue par les lois de 1975, nous semble certaine, par analogie avec ce qui a été décidé à propos de l'Algérie³⁴¹, qui les inspire directement, et dont se fait un écho l'Instruction générale de l'état civil. On peut y lire que, dans les territoires d'outre-mer, dont faisaient partie les Comores, les « nombreuses personnes qui, à l'origine, étaient soumises aux statuts civils locaux » et qui « ont conservé la nationalité française soit de plein droit, soit par acte volontaire [...] ont accédé au statut civil de droit commun »³⁴². Telle est encore la position très clairement exprimée tant par une note interne du ministère de la Justice³⁴³, que par une ancienne présidente de la commission de révision de l'état civil³⁴⁴ et par un magistrat, lequel assimile, à cet égard, aux étrangers qui acquièrent ou recouvrent la nationalité française, les originaires des Comores ayant souscrit cette déclaration de reconnaissance ou qui, ne l'ayant pas souscrite dans les délais, ont sollicité leur réintégration dans la nationalité française : seul le statut de droit commun leur est ouvert³⁴⁵.

La solution n'est pas partagée par tous les auteurs³⁴⁶. De fait, elle peut, de prime abord, sembler surprenante, et ce, pour deux raisons principales. D'une part, et d'un point de vue théorique, elle peut sembler difficilement conciliable avec la Constitution, qui prévoit que tout citoyen de

³⁴¹ Voir, sur la situation en Algérie, V. Parisot, *Les conflits internes de lois, op. cit.*, vol. 1, p. 449-454.

³⁴² Instruction générale relative à l'état civil (IGEC) du 11 mai 1999, n° 681, *JO* 28 juill. 1999 (Annexe), p. 50001.

³⁴³ Note interne du ministère de la Justice du 20 août 2001, citée *supra* note 330. Relèvent du statut de droit commun « les Comoriens originaires des trois îles, nés avant l'indépendance et qui ont souscrit la déclaration de reconnaissance de la nationalité française » prévue par les lois de 1975, « ainsi que leurs enfants mineurs saisis par l'effet collectif ».

³⁴⁴ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 356.

³⁴⁵ P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 299-300.

³⁴⁶ Voir par exemple É. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Familles – Liber Amicorum Françoise Ringel*, PUAM, 2007, p. 261, spéc. p. 282, qui estime que les « Comoriens musulmans » qui ont conservé la nationalité française après 1975, se sont trouvés « dans la même situation que les Mahorais ».

la République conserve son statut personnel tant qu'il n'y a pas renoncé³⁴⁷. En effet, depuis 1946, les personnes originaires des Comores sont des citoyens français. En tant que tels, ils devraient pouvoir, *sauf renonciation*, conserver leur statut de droit local³⁴⁸. En d'autres termes, la perte d'un statut personnel devant nécessairement faire l'objet d'une « renonciation », elle ne saurait être automatique ; elle implique au contraire l'existence d'un acte volontaire de l'intéressé en ce sens. En réalité, cet obstacle constitutionnel peut être surmonté en admettant que le caractère volontaire des formalités de reconnaissance puisse, techniquement, être assimilé à une renonciation au sens de l'article 75 de la Constitution.

D'autre part, et surtout, le statut personnel des originaires des Comores est très semblable, sur le fond, à celui des originaires de Mayotte, leurs règles ayant la « même origine (textuelle et coutumière) »³⁴⁹. Partant, priver les originaires des Comores de leur statut personnel, au seul motif qu'ils ont conservé leur nationalité française, aboutit à cette situation curieuse que ces « Français des Comores » se voient dénier le droit de vivre selon les règles d'un statut dont continuent de bénéficier les « Mahorais », à côté desquels ils vivent.

Comment, dans ces conditions, peut-on justifier la solution retenue ? L'Instruction générale de l'état civil fonde l'accès au statut civil de droit commun des personnes soumises aux statuts civils locaux, qui conservent leur nationalité française, sur le fait que « leur statut originaire [relève], désormais, d'un droit étranger »³⁵⁰. L'explication, qui ressemble à s'y méprendre à celle qui est avancée à propos de l'Algérie³⁵¹, avait d'ailleurs déjà été retenue par la Cour de cassation, réputant non écrite la clause, insérée dans une déclaration de reconnaissance de nationalité française, par laquelle une personne entendait garder son statut personnel coranique³⁵². Pierre Lampué³⁵³, qui annote cette décision, approuve la solution :

« Puisque le statut civil de droit local algérien avait pour support un espace déterminé au sein du système juridique français pris dans son ensemble, et puisque cet espace ne fait plus partie de l'État depuis l'accession de l'Algérie à l'indépendance, il est clair que le droit auquel il fournissait sa base a cessé d'être un élément composant du système 'plurilégislatif' de la République française, et qu'il ne peut donc plus régir des nationaux

³⁴⁷ Art. 82 de la Constitution de la IV^e République, devenu art. 75 de la Constitution de la V^e République.

³⁴⁸ Comp. sur ce point Fr. Luchaire, « Le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer », *RJP* 1955, p. 1, spéc. p. 37-38, s'interrogeant sur le statut personnel d'un étranger qui acquiert la nationalité française : « Si l'étranger qui devient Français avait un statut personnel connu dans un territoire français, ce statut doit lui être maintenu en application de l'article 82 de la Constitution, car il est lui aussi un citoyen qui, n'ayant pas renoncé à son statut personnel, le conserve ; mais si son statut originaire était différent, peut-il acquérir un statut personnel en usage dans le territoire ? En réalité, la seule solution raisonnable consiste à attribuer à l'étranger devenu Français un statut analogue à celui qu'il possédait avant l'acquisition de la nationalité française. S'il avait un statut civil coutumier, il doit prendre le statut civil coutumier de la communauté à laquelle il s'intègre ; s'il avait un autre statut civil, il faut lui reconnaître le statut civil français. » Le raisonnement devrait *a fortiori* valoir lorsque c'est un citoyen français qui conserve sa nationalité.

³⁴⁹ É. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois », *loc. cit.*, spéc. note 35, p. 269, et note 89, p. 282.

³⁵⁰ IGE n° 681.

³⁵¹ *Ibid.*, n°s 695 et 696 : « L'ensemble des personnes qui avant le 3 juillet 1962 étaient soumises au statut local d'Algérie mais qui ont néanmoins gardé la nationalité française ont accédé au statut civil de droit commun [...] En effet, le statut civil particulier qui était applicable à ces personnes dépend désormais d'un ordre juridique étranger. » [C'est nous qui soulignons]

³⁵² Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1978, n° 77-12680, *Bull. civ.* 1978, I, n° 297 ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 389, note P. Lampué : la déclaration confère à l'intéressée « le statut de droit commun de la nationalité française exclusif du statut de droit local, devenu loi étrangère » [C'est nous qui soulignons].

³⁵³ P. Lampué, *loc. cit.*, spéc. p. 392-393.

de celle-ci. Il en résulte que les personnes qui relevaient de lui, et qui ont conservé la nationalité française, sont placées sous le régime du statut civil de droit commun. »

Appliqué à la situation des Comores, le raisonnement revient à confiner le statut personnel des originaires des Comores dans les limites géographiques du territoire qui est devenu la République fédérale islamique des Comores. Il ne suffit pas, pour revendiquer aujourd'hui le bénéfice d'un statut personnel garanti par l'article 75 de la Constitution, d'être un citoyen français originaire d'un territoire où l'existence de ce statut a pu être officiellement admise. Il faut encore que ce territoire soit resté *au sein de la République française*. Or, avec l'accession des Comores à l'indépendance, le statut personnel en vigueur dans ce territoire est devenu un statut étranger, dont ne peuvent plus se prévaloir les personnes de nationalité française. Au demeurant, cette territorialisation du statut personnel ne doit pas surprendre³⁵⁴ : s'il est souvent affirmé que la coutume mahoraise est très proche, sur le fond, de la coutume comorienne, un avocat nous apprend qu'en réalité, ces coutumes peuvent varier d'une île à l'autre, voire, sur une même île, d'un village à l'autre.

2^e situation : perte de la nationalité française. Les Français de statut civil de droit local, originaires des Comores, qui ont perdu leur nationalité française, ont, de ce fait, perdu leur « statut personnel » au sens de l'article 75 de la Constitution. Tel est le cas, entre autres, dans les situations suivantes :

- Ils n'ont pas souscrit – par ignorance – la déclaration de nationalité française dans le bref délai de deux ans imparti par la loi, étant entendu qu'au 31 mars 1978, seules 5425 déclarations avaient été souscrites³⁵⁵ ;
- Ils ont, certes, souscrit ladite déclaration dans les délais, mais ils sont restés dans les Comores ou ils se sont installés à Madagascar, alors que la loi subordonne la conservation de la nationalité française au transfert de leur domicile en France ;
- Étant domiciliés à l'étranger en 1975, ils n'étaient pas immatriculés dans un consulat français ou bien ils étaient immatriculés, mais le ministre chargé des naturalisations n'a pas donné son accord pour qu'ils souscrivent cette déclaration.

Devenues étrangères, ces personnes ne peuvent plus relever du statut personnel mahorais, réservé aux seuls « citoyens de la République ». En outre, elles ne peuvent pas davantage recouvrer ce statut pour le cas où elles redeviendraient françaises, par réintégration ou par possession d'état par exemple. Ces conclusions sont confirmées par une note interne du ministère de la Justice³⁵⁶.

Dans toutes ces hypothèses, où l'on constate la perte de leur statut personnel par les originaires des Comores, il semblerait que ni les praticiens ni les justiciables n'aient réellement pris la mesure du changement de statut personnel découlant du changement de statut de ce territoire.

³⁵⁴ Voir, démontrant l'influence du territoire non seulement sur l'existence des statuts personnels mais également sur la détermination de leur contenu, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., vol. 1, p. 433-641.

³⁵⁵ Rép. min. n° 467 du 20 avr. 1978, à propos de la nationalité des ressortissants de l'État comorien, *JO*, Déb. Ass. nat., 14 juin 1978, p. 2869.

³⁵⁶ Note interne du ministère de la Justice du 20 août 2001, citée *supra* note 330.

C. La méconnaissance, en pratique, de la perte du statut personnel

La perte de leur statut personnel par les originaires des Comores a des incidences à la fois sur la compétence et sur la loi applicable.

La fin de la compétence des cadis. Sur le terrain de la compétence d'abord, les Comoriens sont, depuis 1975, privés de la possibilité de s'adresser aux cadis. Cependant, les textes fixant la compétence des cadis – applicables jusqu'en 2010 aux seuls Mahorais – n'ont pas été modifiés afin de tenir compte de l'accession à l'indépendance des Comores. Ils ont donc, formellement, paru continuer à s'appliquer aux Comoriens, induisant en erreur la Cour de cassation.

L'article 1^{er}, § 2, de la délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, donne compétence aux cadis pour les litiges survenant « entre [Comoriens] musulmans ayant conservé leur statut traditionnel »³⁵⁷. Or, par deux arrêts en date du 20 mars 2001, la Cour de cassation n'hésite pas à déduire de cette disposition, combinée avec l'article 21 de la délibération³⁵⁸, que « Les litiges successoraux entre Comoriens musulmans relèvent de la compétence de la justice musulmane »³⁵⁹. Par ailleurs, la délibération du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores est relative à « l'état civil des Comoriens musulmans »³⁶⁰, et il a fallu attendre l'ordonnance du 8 mars 2000 pour qu'elle soit rebaptisée délibération « relative à l'état civil des personnes de droit local applicable à Mayotte », nom sous lequel elle est désormais applicable à Mayotte³⁶¹. Là encore, la Cour de cassation, sans pour autant viser ce texte, reconnaît la compétence du cadi à Mayotte « pour les actes de mariage et de divorce ainsi que pour les jugements supplétifs d'actes de naissance des personnes de statut coranique ». Elle accepte de faire produire effet au divorce prononcé en 1995 par le cadi entre un homme, né à Mamoudzou et de nationalité française, et une femme, née dans les Comores en 1973 et de nationalité étrangère, au motif « qu'il n'est pas contesté que [celle-ci] était de statut de droit local et qu'il n'est pas justifié d'un domicile hors de Mayotte à la date du divorce »³⁶².

Ce faisant, la Cour de cassation, dans ces deux affaires, méconnaît l'article 75 de la Constitution, de valeur hiérarchiquement supérieure aux délibérations précitées, qui réserve l'application du statut personnel aux seuls « citoyens français ». Partant, les Comoriens, même de confession musulmane et résidant à Mayotte, n'ont plus vocation à en bénéficier. Contrairement à ce que décide la Haute juridiction, la compétence des cadis, tant judiciaire qu'extrajudiciaire, qui découle de la conservation de ce statut, a disparu à leur égard³⁶³. Une

³⁵⁷ Comp. sur ce point l'art. 4, § 1, du décret du 1^{er} juin 1939, reproduit *supra* note 272.

³⁵⁸ En fonction de la matière et du montant du litige, ce texte donne compétence au Grand cadi pour statuer soit en tant que « juge d'appel des jugements rendus par les [cadis] », soit « en premier ressort et à charge d'appel devant le tribunal supérieur d'appel ».

³⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, n^{os} 99-10047 et 99-13252, *Bull. civ.* 2001, I, n^o 78, et Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2001, n^{os} 99-11249 et 99-13251, *RJOI* 2002-2003, p. 317, comm. É. Cadou.

³⁶⁰ Délibération n^o 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores, relative à l'état civil des Comoriens musulmans, *JO Comores* 1^{er} sept. 1961, p. 238. Cette délibération donne notamment compétence aux cadis pour être les témoins instrumentaires des mariages (art. 26), pour recevoir les déclarations de répudiation *talaq* du mari (art. 30) ou encore pour émettre un avis en cas de répudiation judiciaire par *faskh* (art. 31).

³⁶¹ Ord. n^o 2000-219 du 8 mars 2000, relative à l'état civil à Mayotte, art. 4.

³⁶² Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2005, n^o 03-13766, *Bull. civ.* 2005, I, n^o 170 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 96, obs V. Larribau-Terneyre. – *Addé* pour une présentation détaillée des faits et de la procédure, É. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois », *loc. cit.*, spéc. p. 262-263, et, pour une appréciation critique sous l'angle du droit international privé, V. Parisot, *Les conflits internes de lois, op. cit.*, vol. 2, p. 2030-2033.

³⁶³ Voir en ce sens É. Cadou, note ss les arrêts du 20 mars 2001, *RJOI* 2002-2003, p. 317, spéc. p. 323-325, et É. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois », *loc. cit.*, spéc. p. 282-284.

conclusion identique s'impose, au demeurant, à l'égard des Français de statut de droit local, originaires des Comores, et qui ont demandé à conserver leur nationalité française : ils sont certes français, mais ils relèvent dorénavant du statut de droit commun.

Cette méprise n'est pas propre à la Haute juridiction. Un agent du greffe du service des affaires familiales nous a confié que les cadis ont souvent éprouvé de réelles difficultés à tracer leur « ligne de compétence ». De fait, de nombreuses personnes nées à Maurice, à Madagascar ou dans les Comores, après l'indépendance – et qui relevaient, en tant que telles, du statut de droit commun – se sont adressées de façon systématique aux cadis, soit pour trancher leurs litiges (alors que les juridictions de droit commun étaient en ce cas compétentes), soit pour dresser des actes de l'état civil, le cadi étant pris dans sa fonction de « cadi-notaire ». Le cadi, faisant l'amalgame entre la confession musulmane et le statut personnel, a généralement retenu sa compétence. Constatant la bonne foi des justiciables – l'erreur est imputable au cadi et à lui seul – l'administration n'a pas remis en cause la régularité de ces décisions judiciaires et de ces actes de l'état civil, du moins jusqu'à la départementalisation. Cette tolérance valait aussi à l'égard des personnes naturalisées, qui se sont mariées à Mayotte devant l'officier de l'état civil, mais qui se sont néanmoins adressées au cadi afin qu'il prononce leur divorce. L'agent interrogé a souvent été consulté pour avis par le service d'état civil de Nantes, ayant dressé l'acte de naissance, pour savoir s'il convenait d'inscrire le divorce en marge de l'état civil. Là encore, la bonne foi des intéressés a été prise en compte afin d'accéder à leur demande.

En revanche, depuis la départementalisation et la suppression, en 2010, des compétences du cadi, cet agent du greffe nous assure que cette tolérance n'est plus de mise : les actes accomplis par le cadi ne sont plus reconnus. Ainsi, si des gens se rendent chez le cadi pour obtenir la répudiation « talaq » – comme l'y autorisait l'article 30 de la délibération du 17 mai 1961 – ils doivent, s'ils souhaitent que cette situation soit prise en compte par l'administration, déposer un dossier au tribunal pour obtenir un divorce de droit commun³⁶⁴.

Le changement de loi applicable. Les Comoriens musulmans ne peuvent pas davantage se prévaloir des règles de fond du statut personnel mahorais. Leur situation relève à présent du droit international privé. Par suite, leur statut de droit local – qui ne saurait être confondu avec le statut personnel mahorais, même s'il en est proche – ne peut être pris en compte que si la loi comorienne est désignée par la règle de conflit internationale pertinente. L'avocat interrogé à ce sujet est formel. Lorsqu'on lui demande si un Comorien peut se voir appliquer sa coutume, il répond par la négative, car « Il ne peut le faire qu'aux Comores ou bien si la règle de conflit désigne le droit comorien comme applicable. » Il ajoute : « Le statut personnel de droit local ne concerne que les Français. Pour avoir ce statut, il faut être Mahorais ».

Cette novation du conflit interpersonnel de lois en un conflit international de lois a pour conséquence de modifier sensiblement le domaine matériel d'application du statut personnel des Comoriens. Avant 1975, le Français originaire des Comores pouvait solliciter l'application des règles de son statut personnel dans un grand nombre de matières (état et capacité des personnes, famille, régimes matrimoniaux, successions et libéralités notamment). Ces règles spécifiques coexistaient, au sein de la République française, avec des règles dites de « droit commun », ce qui pouvait être à l'origine de ce que l'on appelle des « conflits internes » de lois³⁶⁵. Depuis 1975, le Français originaire des Comores, qui a perdu la nationalité française et

³⁶⁴ Voir *infra* le rapport d'A. Ali Saïd, « La pratique du divorce à Mayotte : entre essor du droit commun et survivance du statut civil de droit local ».

³⁶⁵ Voir, sur l'ensemble de la question, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*

qui a pris la nationalité comorienne, est un étranger. Le conflit qui s'élève entre sa loi nationale et la loi française est qualifié de conflit « international » de lois. Dit autrement, le Comorien musulman ne peut se prévaloir en France des règles de son statut personnel que dans les matières que la règle de conflit française rattache à la nationalité, ce qui est de nature, selon les situations, soit à élargir, soit à restreindre, les cas d'application de la coutume comorienne par rapport aux cas d'application de la coutume mahoraise³⁶⁶.

Les développements qui précèdent peuvent être synthétisés par le tableau qui suit.

Les Français originaires des Comores (en exceptant Mayotte) appartiennent-ils à un « statut personnel » au sens de l'article 75 de la Constitution ?		
Avant 1975	OUI	Les originaires des Comores sont, comme les Mahorais aujourd'hui, des « citoyens » de la République. Ils peuvent revendiquer leur appartenance à un « statut personnel », quelle que soit l'île de l'archipel des Comores dont ils sont originaires.
Après 1975	NON	Les originaires des Comores ont perdu leur « statut personnel », qu'ils aient perdu ou qu'ils aient conservé la nationalité française. S'ils sont devenus Comoriens, leur coutume pourra être reconnue – par le truchement de leur loi nationale – si elle est déclarée applicable par les règles françaises de droit international privé.

Depuis l'indépendance des Comores, le sort des originaires de Mayotte est tout à fait différent.

II. Le maintien sous conditions du statut personnel des originaires de Mayotte

Le maintien de Mayotte dans la République : la rencontre de l'origine, de la nationalité et du statut personnel. Conformément aux souhaits exprimés par la population mahoraise, consultée peu après l'indépendance des Comores, Mayotte est restée au sein de la République française. Or, les « Français de statut civil de droit local originaires de Mayotte » ont conservé de plein droit leur nationalité française, sans être astreints à une quelconque déclaration de reconnaissance de cette nationalité³⁶⁷. En d'autres termes, leur « origine mahoraise » a constitué une condition nécessaire – et suffisante – pour qu'ils puissent demeurer Français de plein droit avec l'indépendance des Comores. En outre, ce maintien dans la nationalité française a emporté conservation de leur statut personnel, ce que confirme, sans équivoque à cet égard, une note

³⁶⁶ Voir, pour une illustration, CA Saint-Denis de La Réunion, 3 sept. 2013, RG 12/00004. Constatant qu'au jour de leur mariage – pourtant célébré par un cadî de Mayotte en 1989, selon la coutume musulmane, puis transcrit sur le registre du droit local – les époux, nés dans les Comores avant l'indépendance, étaient de nationalité comorienne, la cour d'appel en déduit à juste titre « qu'ils ne relèvent pas du droit local réservé aux natifs de Mayotte, de sorte que les dispositions de l'ordonnance du 5 juin 2010 ne sont pas applicables ». Elle détermine alors le régime matrimonial du couple en se référant aux règles de droit international privé du droit commun. La volonté des époux étant de fixer à Mayotte leurs intérêts pécuniaires au moment de leur mariage, le régime applicable est le régime légal français de la communauté réduite aux acquêts, et non le régime de séparation de biens du droit musulman, comme le souhaitait la femme en se fondant sur la délibération du 3 juin 1964.

³⁶⁷ C'est ce qui résulte explicitement de l'art. 9, al. 2, de la loi n° 75-1337 du 31 déc. 1975.

interne du ministère de la Justice³⁶⁸. Leur situation contraste avec celle des Français « d'origine comorienne », qui ont perdu toute possibilité de conserver leur statut personnel, quelle que soit leur nationalité.

Mais encore faut-il, évidemment, pour que ces « originaires de Mayotte » puissent, après 1975, réclamer le bénéfice de la nationalité française et de leur statut personnel, qu'ils puissent être considérés comme tels avant cette date. Vérifier que tel est bien le cas suppose que l'on s'engage dans les méandres du droit de la nationalité, sans perdre de vue notre objectif premier, qui est d'identifier les personnes qui appartiennent au statut personnel mahorais.

Identification des règles pertinentes du droit de la nationalité pour déterminer le statut d'une personne. L'article 2492 du Code civil pose, pour Mayotte, un principe d'identité législative en droit de la nationalité : les règles du droit commun, prévues aux articles 17 à 33-2 du Code civil, sont applicables à Mayotte, sous réserve de quelques dispositions particulières. Néanmoins, toutes les règles de détermination de la nationalité française ne revêtent pas la même pertinence au regard du sujet qui nous préoccupe. Si l'on met à part le cas des enfants nés de parents inconnus, pour lesquels la règle du *jus soli* peut jouer un rôle³⁶⁹, le statut personnel mahorais se transmet exclusivement par filiation. Partant, seule l'attribution de la nationalité française d'origine, en raison de la filiation avec un Français (*jure sanguinis*), présente une utilité pour décider qu'une personne est de nationalité française et qu'elle appartient au statut personnel mahorais³⁷⁰. La règle principale résulte donc aujourd'hui de l'article 18 du Code civil : toute personne – quel que soit son lieu de naissance – est française dès lors que l'un au moins de ses parents est français au jour de sa naissance. Pour déterminer le statut d'une personne, cette règle doit être combinée avec celle selon laquelle l'enfant issu d'un couple mixte relève du statut de droit commun. En effet, une personne dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents ne peut revendiquer la nationalité française et le statut personnel mahorais que si ses deux parents, français, relèvent l'un et l'autre de ce statut. La précision est d'importance lorsque l'on sait que les trois quarts des enfants nés à Mayotte ont une mère de nationalité étrangère, principalement comorienne³⁷¹. L'enfant, dont la mère est comorienne, mais dont le père est français, sera certes français, mais il ne pourra pas se prévaloir du statut personnel mahorais.

En toute hypothèse, cette attribution de la nationalité *jure sanguinis* oblige à rechercher la nationalité des parents, entreprise qui peut s'avérer délicate dans l'océan Indien, et ce, pour deux raisons principales. D'une part, elle peut rendre nécessaire l'application de règles dérogatoires pour ces territoires, telle l'exclusion du droit du sol, qui n'a été levée pour Mayotte qu'en 1993, et qui s'est appliquée à Madagascar et dans les Comores jusqu'à leur accession à l'indépendance. D'autre part, ces règles doivent être combinées, le cas échéant, avec les lois de

³⁶⁸ Note interne du ministère de la Justice du 20 août 2001, citée *supra* note 330.

³⁶⁹ À l'époque coloniale, le lieu de naissance a pu permettre d'attribuer la nationalité française à l'enfant né dans les colonies de parents inconnus, et de présumer que cet enfant relevait du statut personnel de droit local : Cass. civ., 27 déc. 1951, *RJPUF* 1952, p. 123, notes cons. Attuly et J. F. ; *Penant* 1953, p. 75, note R. É. Charlier. Par souci de réalisme, la pratique a par ailleurs accordé de l'importance au statut des personnes ayant élevé l'enfant ou encore à l'apparence physique de celui-ci. Pourraient sans doute être aussi convoqués, par analogie, les éléments permettant d'établir si un parent, demeuré légalement inconnu, est de souche « française » ou « européenne », tels que « le nom que porte l'enfant, le fait qu'il a reçu une formation, une éducation et une culture françaises, sa situation dans la société » : Décret du 21 juill. 1931, relatif à l'accession des métis à la qualité de citoyen français, à Madagascar et dépendances (art. 2), *JO* 26 juill. 1931, p. 8225.

³⁷⁰ L'acquisition de la nationalité française après la naissance, quel qu'en soit le mode, ne permet pas à une personne d'acquérir un statut personnel au sens de l'article 75 de la Constitution : voir déjà *supra* sur ce point.

³⁷¹ *INSEE Première*, n° 1737, févr. 2019.

1975, précédemment examinées, ainsi qu'avec la loi du 28 juillet 1960, réglant les conséquences de l'indépendance de Madagascar sur la nationalité, qui ont conduit à poser une règle dérogatoire au droit commun de la nationalité française. En principe, la nationalité française est attribuée par filiation dès lors que l'un des parents a la nationalité française *au jour de la naissance de son enfant*. La perte, par ce parent, de sa nationalité française postérieurement à la naissance est sans effet sur la nationalité de son enfant. Or, cette règle n'est pas applicable lorsque le parent est domicilié, lors de l'indépendance, sur le territoire de ce nouvel État : les enfants mineurs et non mariés suivent la condition de ce parent³⁷². En d'autres termes, il ne suffit pas, si un parent est domicilié à Madagascar ou dans les Comores au moment de l'indépendance, que ce parent soit français avant l'indépendance, au moment de la naissance de son enfant, pour lui conférer, à titre définitif, la nationalité française. Il faut encore, si cet enfant est mineur au moment de l'accession à l'indépendance de ce territoire, que ce parent ait conservé sa nationalité française.

Ces deux catégories de règles – à savoir l'exclusion du droit du sol et le sort de la nationalité française à Madagascar et dans les États d'Afrique noire – doivent être clarifiées dans leur principe avant de pouvoir préciser l'articulation des différentes règles, à l'aune de plusieurs situations concrètes susceptibles de se poser.

L'exclusion du droit du sol à Madagascar et dans les Comores jusqu'à leur accession à l'indépendance, et à Mayotte jusqu'en 1993. Le droit du sol désigne deux catégories de règles : la règle dite du « double *jus soli* » – ou règle de la double naissance en France – qui permet d'attribuer la nationalité française à un individu né en France d'un parent (français ou étranger) qui y est lui-même né³⁷³, et la règle du « *jus soli* », qui désigne soit la possibilité, pour un enfant né de parents inconnus ou apatrides³⁷⁴, de se voir attribuer la nationalité française dès la naissance, soit l'acquisition par une personne de la nationalité française au cours de sa vie, à raison de sa naissance et de sa résidence en France³⁷⁵.

³⁷² Voir V. Parisot, « Le juge et la nationalité française dans l'océan Indien », *loc. cit.*, spéc. p. 81-84, sur le fondement de cette règle et sur son application par la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion.

³⁷³ L'introduction de la règle du double *jus soli* résulte d'une loi des 22, 29 janv. et 7, 12 févr. 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, et les enfants des étrangers naturalisés, *Bulletin annoté des lois, ordonnances, décrets, arrêts, etc.* 1851-1852, p. 23. Elle siège aujourd'hui à l'art. 19-3 C. civ., aux termes duquel, « Est français l'enfant né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né. » L'expression « en France » s'entend « du territoire métropolitain, des départements et des collectivités d'outre-mer ainsi que de la Nouvelle-Calédonie et des Terres australes et antarctiques françaises » : art. 17-4 C. civ., dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (art. 63), *JO* 27 nov. 2003, p. 20136.

³⁷⁴ Art. 19 et 19-1 C. civ. La règle s'applique aussi lorsque l'enfant est né de parents dont la loi nationale étrangère ne prévoit pas l'attribution de la nationalité par filiation.

³⁷⁵ La règle du *jus soli* est apparue dès les Constitutions de 1791, 1793, 1795 et 1799 : la naissance et la résidence en France étaient attributives de plein droit de la qualité de citoyen français. Elle a été reprise par l'article 9 du Code Napoléon, mais elle exigeait alors de l'intéressé qu'il réclame la qualité de Français dans l'année suivant sa majorité. Cette règle, dont les modalités ont été modifiées à plusieurs reprises, est prévue aujourd'hui à l'art. 21-7 C. civ., qui dispose : « Tout enfant né en France de parents étrangers acquiert la nationalité française à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans. »

Ces règles, un temps déclarées applicables dans les colonies³⁷⁶, y ont ensuite été exclues par le décret du 7 février 1897, et ce, jusqu'au 31 mai 1946 pour les personnes de droit local³⁷⁷. Elles ont en revanche été réintroduites pour les personnes de droit commun par le décret du 5 novembre 1928, avant que le décret du 6 septembre 1933, amendé par un décret du 12 novembre 1939, décide, pour Madagascar, de ne conserver que le *jus soli* simple à leur profit³⁷⁸. Le décret du 24 février 1953, enfin, applicable à toutes les personnes sans distinction de statut, étend, à compter du 1^{er} juillet 1953, le Code de la nationalité à l'ensemble des territoires d'outre-mer³⁷⁹, sous réserve d'un certain nombre de règles particulières. Parmi celles-ci, l'article 2³⁸⁰ exige, dans un certain nombre de territoires – dont les Comores et Madagascar – que l'enfant né en France, et qui veut se voir attribuer la nationalité française, établisse non seulement qu'il est né d'un parent qui est lui-même né aux colonies (double *jus soli*), mais encore, et ce, contrairement au droit commun, que ce parent est de nationalité française. La nationalité française de l'un des parents est requise également pour l'acquisition de la nationalité française en vertu de la naissance et de la résidence en France (simple *jus soli*). En dehors des territoires visés, les règles fondées sur le droit du sol jouent pleinement. Le texte a été retouché à plusieurs reprises, afin de tenir compte des modifications territoriales affectant la France, et notamment de l'accession à l'indépendance de Madagascar puis de trois des îles de l'archipel des Comores. Modifiée par

³⁷⁶ À l'origine, le droit de la nationalité était commun à l'ensemble des territoires annexés par la France. Ses règles, qu'elles soient contenues dans la Constitution, dans le Code civil ou dans les lois postérieures – telle la loi de 1851 relative au double *jus soli* – étaient applicables dans les colonies : G. Légier, *Histoire du droit de la nationalité française*, op. cit., t. 2, spéc. p. 963-964. La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, JO 28 juin 1889, p. 2977, rompt avec ce système : l'art. 5 prévoit un règlement d'administration publique pour déterminer les conditions auxquelles elle s'appliquera dans les colonies autres que l'Algérie, la Guadeloupe, la Martinique et La Réunion. Les trois grandes réformes du droit de la nationalité – la loi du 26 juin 1889, la loi du 10 août 1927, sur la nationalité, JO 14 août 1947, p. 8697, et l'ord. n° 45-2441 du 19 oct. 1945, portant code de la nationalité française, JO 20 oct. 1945, p. 6700 – ont donc nécessité l'édition de textes spéciaux, visant à définir les règles applicables dans ces colonies. Tel fut l'objet, respectivement, du décret du 7 févr. 1897, JO 10 févr. 1897, p. 895, du décret du 5 nov. 1928, JO 15 nov. 1928, p. 12112, et du décret n° 53-161 du 24 févr. 1953.

³⁷⁷ Les deux règles consacrant le droit du sol et codifiées à l'art. 8, al. 2, 3^o, et 4^o, C. civ., dans leur rédaction issue de la loi du 26 juin 1889, n'ont pas été reprises, pour les colonies, par le décret du 7 févr. 1897. Par la suite, les textes propres aux colonies ont exclu les « indigènes » de leur champ d'application (art. 26 du décret du 5 nov. 1928 et, pour Madagascar, art. 20 du décret du 6 sept. 1933, JO 16 sept. 1933, p. 9779, inchangé dans le décret du 12 nov. 1939, JO 17 nov. 1939, p. 13179, qui ne fait que le modifier). Afin d'éviter un vide juridique, le décret du 7 févr. 1897 est resté applicable à leur égard jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 1946, de la loi *Lamine-Gueye* n° 46-940 du 7 mai 1946, proclamant « citoyens » français tous les ressortissants des territoires d'outre-mer, et supprimant par là-même la distinction entre les citoyens et les indigènes : voir en ce sens CA Paris, 8 sept. 2015, RG 14/20164. À compter de cette date, et jusqu'au décret du 24 févr. 1953, toutes les personnes à Madagascar ont été régies, sans distinction de statut, par le décret du 6 sept. 1933, tel que modifié par le décret du 12 nov. 1939.

³⁷⁸ Le décret du 5 nov. 1928 étend aux colonies les règles sur le droit du sol consacrées par le Code civil (art. 2, 2^o, art. 3, 1^o, et art. 4). Pour Madagascar, le texte a été modifié par le décret du 6 sept. 1933, lui-même amendé par le décret du 12 nov. 1939 : seule la règle du *jus soli* est désormais prévue (art. 3).

³⁷⁹ Le Code de la nationalité, issu de l'ord. n° 45-2441 du 19 oct. 1945, conserve le principe de « dispositions spéciales » dans les colonies (art. 10). Il maintient donc en vigueur à Madagascar le décret du 6 sept. 1933, tel que modifié par le décret du 12 nov. 1939. Certes, le code étend la règle de la double naissance (art. 23, 24 et 25) : est Français l'enfant né en France d'un parent né aux colonies. Il prévoit par ailleurs l'acquisition de la nationalité française en raison de la naissance en France et de la résidence en France ou dans les colonies soit de façon automatique (art. 44, 45 et 47), soit par déclaration (art. 52). Les « colonies » désignent « les territoires relevant du ministère des colonies » (art. 7), tandis que la « France » s'entend du territoire métropolitain, de l'Algérie, de la Martinique, de la Guadeloupe et de La Réunion (art. 6). Partant, l'enfant né à Mayotte reste exclu, quel que soit son statut, du bénéfice de ces dispositions relatives au droit du sol.

³⁸⁰ Aux termes de ce texte, « À Madagascar et dépendances, en Nouvelle-Calédonie et dépendances, dans les Établissements français de l'Océanie et dans l'archipel des Comores, les articles 23, 24, 25, 44, 45, 47 et 52 du code de la nationalité française, ne sont applicables qu'aux personnes dont l'un des parents au moins avait déjà la nationalité française ou la qualité de citoyen de l'Union française prévue à l'article 81 de la Constitution. »

l'article unique de la loi du 8 juillet 1963³⁸¹, avant d'être intégrée à l'article 161 du Code de la nationalité, par la loi du 9 janvier 1973³⁸², cette disposition n'a été abrogée à Mayotte que par une loi du 22 juillet 1993³⁸³.

L'article 11 de la loi de 1993, modifiant l'article 44 du Code de la nationalité, introduit le *jus soli* simple pour Mayotte. En outre, l'article 44 de la loi de la loi de 1993, modifiant l'article 23 de la loi de 1973, réglemente le double *jus soli* dans les termes qui suivent :

« Les articles 23 et 24 du code de la nationalité [relatifs à la règle de la double naissance]³⁸⁴ sont applicables à l'enfant né en France³⁸⁵ avant le 1^{er} janvier 1994 d'un parent né sur le territoire qui avait, au moment de la naissance de ce parent, le statut de colonie ou de territoire d'outre-mer de la République française » (alinéa 1).

[...] Les articles 23 et 24 du code de la nationalité sont applicables à l'enfant né à Mayotte d'un parent né sur un territoire qui avait, au moment de la naissance de ce parent, le statut de colonie ou de territoire d'outre-mer de la République française et qui est demeuré depuis cette date un territoire de la République française. » (alinéa 3).

La combinaison de ces deux règles est délicate. Lors d'un colloque organisé à La Réunion en 2015, il nous avait semblé que ce texte attribuait « la nationalité française à tout enfant né en France de parents nés à Mayotte ou dans toute autre colonie ou territoire d'outre-mer demeuré un territoire de la République française », et que, « en revanche, si les parents sont nés dans un territoire ayant [ultérieurement accédé à l'indépendance], tels que la Grande Comore, Anjouan ou Mohéli, la loi ne [permettait] le jeu de la règle de la double naissance qu'à l'égard des enfants nés en France avant le 1^{er} janvier 1994. Les enfants nés en France (ce qui inclut Mayotte) après cette date, de parents nés dans les Comores et qui ont perdu leur nationalité française en 1975, pour ne pas avoir souscrit la déclaration de nationalité française à laquelle ils étaient astreints, n'ont pas la nationalité française »³⁸⁶.

Cette interprétation ne nous paraît plus complètement exacte. En réalité, la première règle, résultant de l'article 44, alinéa 1, de la loi du 22 juillet 1993, se contente d'abroger, pour l'avenir, l'article 23 de la loi du 9 janvier 1973. Aux termes de cette dernière disposition, « Les articles 23 et 24 du code de la nationalité sont applicables à l'enfant né en France³⁸⁷ d'un parent né sur un territoire qui avait, au moment de la naissance de ce parent, le statut de colonie ou de

³⁸¹ Loi n° 63-644 du 8 juill. 1963, modifiant l'art. 2 du décret n° 53-161 du 24 févr. 1953, *JO* 9 juill. 1963, p. 6131. Désormais, les territoires visés par la limitation du droit du sol sont la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, l'archipel des Comores, la Côte française des Somalis et les îles Wallis et Futuna.

³⁸² Dans l'archipel des Comores, dans le territoire français des Afars et des Issas ainsi qu'aux îles Wallis et Futuna, la loi n° 73-42 du 9 janv. 1973 décide que « les articles 23, 24, 44, 45, 47 et 52 [du code de la nationalité] ne sont applicables qu'aux personnes dont l'un des parents au moins avait la nationalité française » (art. 21 introduisant l'art. 161 C. nat.). À la suite de l'accession à l'indépendance d'Anjouan, de la Grande Comore et de Mohéli, en 1975, il faut en déduire que l'exclusion du droit du sol vaut toujours pour Mayotte.

³⁸³ Loi n° 93-933 du 22 juill. 1993, réformant le droit de la nationalité (art. 47), *JO* 23 juill. 1993, p. 10342.

³⁸⁴ L'art. 23 C. nat., dans sa rédaction issue de la loi n° 73-42 du 9 janv. 1973, attribue la nationalité française à « l'enfant, légitime ou naturel, né en France lorsque l'un de ses parents au moins y est lui-même né ». L'art. 24 C. nat. prévoit une faculté de répudiation de cette qualité « si un seul des parents est né en France ».

³⁸⁵ L'expression « en France » s'entend, outre « du territoire métropolitain, des départements et des territoires d'outre-mer », comme dans la loi n° 73-42 du 9 janv. 1973, « des collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre-et-Miquelon » (art. 2, complétant l'art. 6 C. nat., tel qu'issu de la loi de 1973).

³⁸⁶ V. Parisot, « Le jeu et la nationalité française dans l'océan Indien », *loc. cit.*, spéc. p. 63-64.

³⁸⁷ L'expression « en France » s'entend « du territoire métropolitain, des départements et des territoires d'outre-mer » (art. 6).

territoire d'outre-mer de la République française ». Dans l'archipel des Comores, toutefois, l'article 161 du Code de la nationalité³⁸⁸ ne rend ces textes applicables « qu'aux personnes dont l'un des parents au moins avaient la nationalité française ». En d'autres termes, *l'article 23 de la loi de 1973, abrogé par l'article 44 de la loi du 22 juillet 1993 pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 1994, ne vise pas l'archipel des Comores*, dans lequel le double *jus soli* était exclu (depuis 1897 pour les personnes de droit local et depuis 1933 pour les personnes de droit commun). Autrement dit, l'enfant né en France (ce qui inclut Mayotte ou La Réunion), et dont les parents sont nés dans les Comores, n'est pas français, *même s'il est né avant le 1^{er} janvier 1994*. En réalité, seuls les ressortissants d'anciennes colonies d'Afrique subsaharienne étaient concernés par la règle de la double naissance³⁸⁹. Partant, l'enfant né en France, de parents étrangers nés dans l'un de ces territoires, est français s'il est né avant le 1^{er} janvier 1994, tandis que ses frères et sœurs, nés après cette date, ne sont pas français à leur naissance. Ils pourront néanmoins le devenir.

La deuxième règle, propre à Mayotte, n'admet la règle de la double naissance que si le parent de l'enfant, né à Mayotte, est né dans une colonie ou dans un territoire d'outre-mer qui, depuis cette date, est demeuré un territoire de la République. Elle bénéficie à l'enfant dont les parents sont nés à Mayotte, mais elle ne joue pas à l'égard de celui dont les parents sont nés dans l'une des trois autres îles de l'archipel des Comores. En outre, elle n'est applicable qu'aux enfants nés après le 2 août 1975, c'est-à-dire mineurs à la date de l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 1993. Là encore, tous les enfants d'une fratrie ne posséderont pas nécessairement la même nationalité à la naissance : seuls ceux qui sont nés à Mayotte après le 2 août 1975, de parents étrangers nés à Mayotte, peuvent se voir attribuer la nationalité française d'origine (double *jus soli*) ; ceux qui sont nés avant cette date ne peuvent pas être déclarés français à leur naissance sur ce fondement.

Les règles relatives au droit du sol, codifiées aux articles 19-3 du Code civil (double *jus soli*, modifié en 2005)³⁹⁰ et 21-7 du Code civil (*jus soli* simple), modifié en dernier lieu en 2005³⁹¹, s'appliquent aujourd'hui, sans conteste, à Mayotte. Pour autant, les règles anciennes, qui excluaient le droit du sol dans un certain nombre de territoires, ne sont pas dénuées d'intérêt. Elles restent applicables en vertu des règles de droit transitoire du droit de la nationalité. Déterminer si une personne née dans les Comores ou à Madagascar avant l'indépendance, et dont les parents y sont eux-mêmes nés³⁹², a la nationalité française n'est donc pas aisé. Le jeu du double *jus soli* dépend du texte applicable, ce qui nécessite de prendre en compte tout à la fois le statut (de droit local ou de droit commun) de l'intéressé et sa date de naissance.

Le tableau qui suit a vocation à faciliter la tâche du praticien confronté à cette question. Pour la bonne compréhension des dates qui y figurent, il convient de rappeler que les textes posant la règle de la « double naissance en France » ou du double *jus soli*, qui attribuent la nationalité

³⁸⁸ Texte reproduit *supra* note 382.

³⁸⁹ Y.-M. Doublet, « La loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le code de la nationalité », *D.* 1994, p. 53.

³⁹⁰ Dispositions reproduites *supra* respectivement aux notes 373 et 375.

³⁹¹ Toute référence à la nature, légitime ou naturelle, de la filiation est désormais supprimée : Ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005 portant réforme de la filiation (art. 17, I), *JO* 6 juill. 2005, texte 19. – Comp. *supra* note 384.

³⁹² Le double droit du sol est évidemment exclu si l'enfant est né après l'indépendance de ces territoires, qui sont des territoires étrangers, ou si l'enfant est né à Mayotte et que ses parents sont nés dans les Comores après 1975 ou à Madagascar après 1960. Si cet enfant est né après le 1^{er} janv. 1994, il pourra acquérir la nationalité française à sa majorité s'il remplit les conditions liées à sa résidence en France (art. 11 de la loi du 22 juill. 1993, entré en vigueur au 1^{er} janv. 1994, conformément à l'art. 51, al. 2, 1°).

française d'origine, s'appliquent rétroactivement aux personnes qui sont mineures à la date de leur entrée en vigueur (c'est-à-dire qui sont âgées de moins de 21 ans avant 1974, et de moins de 18 ans après cette date). En outre, les textes spécifiques aux colonies, même communs à plusieurs territoires, sont entrés en vigueur à des dates différentes, qui dépendent de leur promulgation locale³⁹³. Seul le décret du 24 février 1953 a prévu une date uniforme fixée au 1^{er} juillet 1953.

Dans toutes les hypothèses où une personne n'est pas française en vertu du droit du sol, elle peut néanmoins être française si l'un de ses parents est français. C'est à ce moment-là que les lois de 1975 concernant les Comores ou les textes réglant le sort de la nationalité française à Madagascar sont susceptibles d'intervenir. La situation des Comores ayant déjà été analysée, nous nous limiterons à présenter (rapidement) l'état du droit à Madagascar.

³⁹³ Les dates retenues sont celles qui ont été publiées par le ministère de la Justice : La nationalité française – Recueil des textes législatifs et réglementaires, des conventions internationales et autres documents – Textes en vigueur au 15 octobre 2007, Coll. Textes et documents, La documentation Française, 2007.

Une personne née à Mayotte de parents étrangers, nés dans les Comores ou à Madagascar avant l'indépendance, est-elle française ?				
	Date de naissance	Texte applicable	Personne de droit local (DL)	Personne de droit commun (DC)
Texte général	Avant le 18 avr. 1876	Loi des 22, 29 janv. et 7, 12 févr. 1851	OUI	
Textes spécifiques aux colonies	– Entre le 19 avr. 1876 et le 31 mai 1925 si DL – Entre le 19 avr. 1876 et le 27 janv. 1908 si DC	Décr. 7 févr. 1897 (en vigueur depuis le 19 avr. 1897 à Madagascar et dans les Comores)	NON / Texte en vigueur dans les colonies jusqu'au 31 mai 1946	NON
	Entre le 28 janv. 1908 et le 19 nov. 1912 si DC	Décr. 5 nov. 1928 (en vigueur depuis le 28 janv. 1929 à Madagascar et dans les Comores)	Texte non applicable aux indigènes	OUI
	Entre le 20 nov. 1912 et le 30 juin 1932 si DC	Décr. 6 sept. 1933 (en vigueur depuis le 12 nov. 1933 à Madagascar) amendé par Décr. 12 nov. 1939	Texte non applicable aux indigènes	NON (mais admission en revanche du <i>jus soli</i>)
Loi <i>Lamine-Gueye</i> du 7 mai 1946, applicable depuis le 1 ^{er} juin 1946 : fin de la distinction entre les citoyens et les « indigènes »				
Textes spécifiques aux colonies	– Entre le 1 ^{er} juin 1925 et le 30 juin 1932 si DL – Entre le 20 nov. 1912 et le 30 juin 1932 si DC	Décr. 6 sept. 1933 , amendé par Décr. 12 nov. 1939	NON (mais admission en revanche du <i>jus soli</i>)	
	Entre le 1 ^{er} juill. 1932 et le 17 févr. 1952	Décr. du 24 févr. 1953 (en vigueur depuis le 1 ^{er} juill. 1953 dans tous les TOM)	NON SAUF si l'un des parents au moins a la nationalité française ou la qualité de citoyen de l'Union française de l'art. 81 de la Constitution (art. 2 du décret de 1953, limitant le jeu des art. 23, 24, 25 C. nat. à Madagascar et dans les Comores)	
Texte général (Principe d'identité législative)	Entre le 18 févr. 1952 et le 1 ^{er} août 1975	Loi du 9 janv. 1973 (en vigueur depuis le 18 févr. 1973 dans les Comores)	NON SAUF si l'un des parents au moins a la nationalité française (art. 161 C. nat., visant les Comores et non plus Madagascar, devenue indépendante) / Depuis 1975, seule Mayotte est concernée / Jeu possible de la règle de la double naissance (art. 23 loi 1973) dans les territoires non visés par l'art. 161 C. nat. (Afrique subsaharienne)	
	Entre le 2 août 1975 et le 1 ^{er} juill. 1988	Loi du 22 juill. 1993 (en vigueur depuis le 2 août 1993 à Mayotte)	OUI : abrogation de l'art. 161 C. nat. et introduction du double <i>jus soli</i> pour Mayotte (art. 23, al. 3, loi 1973) / À noter ! Dans les territoires non visés par l'art. 161 C. nat., où la loi de 1973 admettait le double droit du sol, celui-ci est désormais exclu pour les enfants nés après le 1 ^{er} janv. 1994 (art. 23, al. 1, loi 1973)	
	Depuis le 1 ^{er} juill. 1988	Art. 19-3 C. civ. (Ord. du 4 juill. 2005, en vigueur en France depuis le 1 ^{er} juill. 2006)	OUI pour Mayotte, seule concernée par ce texte, Madagascar et les autres îles de l'archipel des Comores ayant accédé à l'indépendance	

Le sort de la nationalité française à Madagascar et dans les États d'Afrique noire : la notion d'originaire d'un territoire de la République. À Madagascar et dans les États d'Afrique noire, la loi du 28 juillet 1960³⁹⁴ établit, comme après elle la loi de 1975 pour les Comores, une distinction entre les Français de plein droit et les Français sous condition de reconnaissance. Toutefois, elle ne retient pas le critère du statut des intéressés, mais celui de l'origine, les deux critères n'étant pas interchangeables³⁹⁵. La règle, insérée par la loi du 9 janvier 1973 à l'article 152 du Code de la nationalité, figure aujourd'hui à l'article 32 du Code civil. Aux termes de ce texte, « les Français originaires du territoire de la République française, tel qu'il était constitué à la date du 28 juillet 1960, et qui étaient domiciliés au jour de son accession à l'indépendance sur le territoire d'un État qui avait eu antérieurement le statut de territoire d'outre-mer de la République française » ont conservé de plein droit leur nationalité française à l'indépendance, sans avoir été astreints à aucune formalité, et il en est de même « des conjoints, des veufs ou veuves et des descendants desdites personnes »³⁹⁶. Quant à ceux qui n'étaient pas « originaires » de ce territoire et qui étaient domiciliés dans un territoire d'outre-mer devenu indépendant, ils ne pouvaient continuer à bénéficier de la nationalité française qu'à la double condition d'avoir souscrit une déclaration en ce sens et d'avoir transféré leur domicile sur le territoire français.

La notion d'originaire est une notion débattue³⁹⁷, qui ne doit pas être confondue avec la notion d'originaire – de Mayotte ou du territoire des Comores – retenue par les lois de 1975. Deux conceptions s'opposent à cet égard. La première conception, qui est sans doute la plus simple, s'inspire du *jus soli* : « Est originaire d'un territoire celui qui y est né ». La seconde conception repose quant à elle exclusivement sur le *jus sanguinis* : « Est originaire d'un territoire celui qui se rattache par filiation à la communauté ethnique implantée sur ce territoire »³⁹⁸. Cette dernière conception, retenue par la cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation, refuse de réduire la notion à une simple référence au lieu de naissance ; elle la définit par « le milieu humain auquel se rattache un individu »³⁹⁹. Le cumul de ces deux critères a également été proposé, ce qui n'est pas sans rappeler la notion d'« originaire » des territoires annexés, telle qu'elle était conçue au début du XX^e siècle pour attribuer la qualité de « sujets français » aux habitants de ces territoires. Il a été suggéré que le terme désigne « toute personne née sur le territoire de la République française ou dont un ascendant quelconque, en ligne paternelle ou maternelle, y serait né »⁴⁰⁰. Mais c'est finalement en faveur d'une autre interprétation que s'est prononcée la

³⁹⁴ Loi n° 60-752 du 28 juill 1960 portant modification de certaines dispositions du code de la nationalité, *JO* 30 juill. 1960, p. 7040.

³⁹⁵ Cass. 1^{re} civ., 9 sept. 2015, n° 14-50052, *Bull. civ.* 2015, I, n° 190 ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 335, note F. Jault-Seseke ; *AJFam.* 2015, p. 615, obs. A. Dionisi-Peyrusse. – Comp. CA Saint-Denis de La Réunion 21 juin 2019, RG 18/00062 : « La mention de statut civil de droit commun ou de statut civil français sur l'acte de décès ou la carte d'identité [...] n'a aucune incidence sur la qualité d'originaire au sens de la loi du 28 juillet 1960. »

³⁹⁶ Les métis pouvaient aussi, à certaines conditions, être considérés comme des descendants d'originaires d'un territoire de la République : voir CA Saint-Denis de La Réunion, 16 mars 2012, RG 11/00433, *RJOI* 2013, p. 199, note V. Parisot.

³⁹⁷ Voir, sur les conceptions possibles de la notion, P. Lagarde, « De quelques conséquences de la décolonisation sur le droit français de la nationalité (Étude comparative de la loi du 28 juillet 1960 et de l'ordonnance du 21 juillet 1962) », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 511, spéc. p. 517-521 ; P. Lagarde, *La nationalité française*, op. cit., p. 310-314 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., vol. 2, p. 2064-2069.

³⁹⁸ P. Lagarde, « De quelques conséquences de la décolonisation », loc. cit., spéc. p. 518-519.

³⁹⁹ CA Paris, 5 avr. 2005, RG 2003/11437. – Voir déjà Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-17409, *Bull. civ.* 1998, I, n° 298 : « La naissance sur le territoire de la République française ne [suffit] pas à conférer la qualité d'originaire de ce territoire ».

⁴⁰⁰ Définition tirée des travaux préparatoires et citée par Fr. Terré, « La reconnaissance de la nationalité française », *Penant* 1961, p. 17, spéc. p. 20.

cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion⁴⁰¹. Opérant une répartition purement objective des individus, qui ne tient aucunement compte de leur appartenance à une communauté ethnique particulière, et sans s'en tenir uniquement au lieu de naissance de l'intéressé, elle décide que la qualité d'originnaire « ne peut être considérée comme acquise qu'après la naissance d'au moins deux générations successives sur un territoire de la République ».

La notion de « territoire de la République française », au sens de la loi du 28 juillet 1960, revêt quant à elle un sens particulier. Les territoires ayant opté pour le statut d'« États membres de la Communauté » et jouissant d'une autonomie en tant que tels⁴⁰², en ont été exclus. En d'autres termes, le territoire de la République française ne comprend, « outre les départements métropolitains et d'outre-mer », que « les seuls territoires d'outre-mer ayant décidé de conserver leur statut initial au sein de la République »⁴⁰³. Ainsi, et nous limitant aux territoires de l'océan Indien, seuls les originnaires de La Réunion (en tant que département d'outre-mer) et de l'archipel des Comores (qui englobait à cette époque Mayotte) pouvaient conserver de plein droit, et à ce titre, la nationalité française. En revanche, les originnaires de Madagascar ne pouvaient pas, sur ce fondement, prétendre à la nationalité française, dans la mesure où Madagascar, qui avait opté en 1958 pour le statut d'État membre de la communauté, ne faisait plus partie, avant même d'être indépendant, du « territoire de la République française »⁴⁰⁴.

Déterminer le statut d'une personne s'avère délicat. L'exercice commande de vérifier que cette personne est française, ce qui conduit bien souvent à remonter la chaîne des filiations jusqu'à un ascendant français et, partant, à manier des règles anciennes, dérogatoires au droit commun (telle l'exclusion du droit du sol), et qui doivent de surcroît composer avec les règles liées à l'accession à l'indépendance de certains territoires de l'océan Indien. Cela suppose par ailleurs de combiner ces dispositions avec les principes concernant la transmission par filiation du statut personnel mahorais. Dans cette entreprise, le critère de l'« origine », dont le sens varie selon les textes, remplit diverses fonctions. L'articulation de ces règles peut être illustrée, en guise de conclusion, en examinant plusieurs situations concrètes.

§ 4 – En guise de conclusion : l'articulation des règles à l'aune de situations concrètes

Les critères pertinents : la date et le lieu de naissance. Quel doit être le raisonnement à suivre pour déterminer si, concrètement, une personne appartient ou non au statut personnel mahorais ? Deux critères doivent être d'emblée pris en compte : sa date de naissance et son lieu de naissance. Il convient en effet de distinguer selon qu'elle est née en France avant le 2 août 1975 (I) ou après le 2 août 1975 (II), ou selon qu'elle est née à l'étranger (III).

I. Naissance en France avant le 2 août 1975

Détermination de la nationalité. Par naissance « en France », il faut comprendre qu'une personne naît à La Réunion ou dans l'une des îles de l'archipel des Comores avant leur

⁴⁰¹ CA Saint-Denis de La Réunion, 10 juin 2011, RG 09/01968 à 09/01972, *RJOI* 2012, p. 174, note L. El Badawi.

⁴⁰² Voir, sur ce statut, les art. 76, 77 et 79 de la Constitution du 4 oct. 1958, dans sa rédaction initiale.

⁴⁰³ Cass. 1^{re} civ., 8 janv. 2002, n° 99-18552, *Bull. civ.* 2002, I, n° 4 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 77, note P. Lagarde (1^{er} arrêt).

⁴⁰⁴ Voir, excluant Madagascar des « territoires de la République française », au sens de la loi du 28 juill. 1960, Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2020, n° 19-50024, et CA Saint-Denis de La Réunion, 17 nov. 2017, RG 16/00092.

accession à l'indépendance en 1975. Lorsque les parents de cette personne sont nés dans les Comores ou à Madagascar, à une époque où ces territoires étaient sous souveraineté française, cette double naissance en France ne suffit pas à lui attribuer la nationalité française d'origine, car la règle du double *jus soli* n'était pas encore applicable dans ces territoires. À sa naissance, cette personne doit néanmoins être considérée comme étant française par filiation, si ses parents sont de nationalité française. On supposera que tel est bien le cas dans le développement qui suit, afin d'envisager uniquement si cette nationalité française a pu être conservée lors de l'accession à l'indépendance des Comores et de Madagascar.

Détermination du statut. À sa naissance, l'enfant, dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents, est de statut de droit commun dès lors que l'un au moins de ses parents relève de ce statut. Ce statut est définitif, le statut de droit local ne pouvant en aucun cas s'acquérir à Mayotte. Seule sera donc examinée la situation dans laquelle un enfant relève, à sa naissance, d'un statut de droit local. À l'indépendance, ce statut diffère selon que ses parents sont nés dans les Comores (A) ou selon qu'ils sont nés à Madagascar (B).

A. Naissance des parents avant 1975 dans les Comores

Détermination du statut à la naissance. Une personne relève du statut de droit local si ses deux parents sont de statut de droit local, peu importe, à ce stade du raisonnement, qu'ils soient originaires des Comores ou de Mayotte. Un agent du greffe du service des affaires familiales nous confirme que telle était bien la pratique de la commission de révision de l'état civil, « tout le monde étant de statut de droit local », avant l'indépendance des Comores. Il prend ainsi le cas d'une personne née à Mayotte en 1974, dont l'un des parents est né à Mayotte et dont l'autre est né aux Comores⁴⁰⁵. Les parents, qui produisent un acte de mariage de droit local, démontrent par là même qu'ils relèvent de ce statut. Leur enfant mineur est également de droit local et la mention « DL » peut être portée sur son acte de naissance.

Situation à l'indépendance des Comores. Pour déterminer si une personne, française et de statut de droit local à sa naissance, a conservé sa nationalité française et son statut à l'indépendance des Comores, il convient de distinguer selon qu'elle était majeure ou mineure au 11 avril 1976, date limite à laquelle une déclaration reconnaîtive de nationalité française pouvait être souscrite, conformément aux lois de 1975 relatives à l'indépendance des Comores. En d'autres termes, il convient d'examiner séparément selon qu'elle est née avant ou après le 12 avril 1958.

Première hypothèse : la personne est née avant le 12 avril 1958. Cette personne étant majeure de 18 ans au 11 avril 1976, la nationalité de ses parents au lendemain de l'indépendance est sans incidence sur sa situation⁴⁰⁶. Seul importe le comportement de cette personne. Deux cas doivent être distingués.

1^{er} cas. Cette personne est, avant l'indépendance, française et de statut de droit commun, soit depuis sa naissance (parce qu'elle est issue par exemple d'un couple mixte), soit postérieurement à sa naissance (parce qu'elle a renoncé judiciairement au statut personnel qui

⁴⁰⁵ Il faut comprendre, Mayotte faisant partie à cette date des Comores, que l'autre parent est né dans l'une des trois îles de l'archipel des Comores autres que Mayotte.

⁴⁰⁶ Voir en ce sens CA Saint-Denis de La Réunion, 4 sept. 2012, RG 11/00009. Le requérant, né dans les Comores le 1^{er} janv. 1957 et devenu majeur le 1^{er} janv. 1975, aurait dû, afin de conserver la nationalité française, établir qu'il était de statut civil de droit commun ou, à défaut, souscrire une déclaration de reconnaissance. L'examen de la situation des parents, au regard de la loi de 1975, est inutile.

était le sien à sa naissance). À l'indépendance, cette personne conserve de plein droit sa nationalité française et son statut de droit commun.

2^e cas. Cette personne est, avant l'indépendance, française et de statut de droit local. À l'indépendance :

– Elle est restée française de plein droit et elle a conservé son statut de droit local si elle est d'origine mahoraise. À cet effet, elle doit prouver, si elle est née à Mayotte, que ses parents sont nés à Mayotte et, si elle est née en dehors de Mayotte, que ses parents et ses grands-parents sont nés à Mayotte.

– Elle est devenue de statut de droit commun si elle est d'origine comorienne, et ce, qu'elle ait conservé sa nationalité française (en souscrivant en son nom propre une déclaration reconnitive de nationalité, ce qu'elle était capable de faire, étant majeure au 11 avril 1976) ou qu'elle soit devenue étrangère (dans le cas contraire).

Deuxième hypothèse : la personne est née après le 12 avril 1958. Mineure de 18 ans au 11 avril 1976, elle a suivi, à l'indépendance, la condition de ses parents. Pour rester française après l'indépendance, elle doit prouver non seulement que l'un de ses parents au moins était français au moment de sa naissance – on supposera que tel est le cas – mais également que ce parent a conservé sa nationalité française après l'indépendance. Quelles en seraient les conséquences sur son statut ? Trois cas doivent être distingués.

1^{er} cas. Si les deux parents, de statut de droit local, sont originaires de Mayotte, ils ont conservé de plein droit leur nationalité française, et ce, même s'ils se sont établis dans l'une des trois îles de l'archipel devenues indépendantes. Leur enfant est resté français de plein droit et de statut de droit local. Cette situation est envisagée explicitement par un agent du greffe du service des affaires familiales. Il estime que lorsque des personnes d'origine mahoraise sont affectées à la Grande Comore et qu'elles ont, avant 1976, un enfant qui naît dans ce territoire, « cet enfant peut revendiquer son droit local, car c'est un statut qui est transmis à la minorité et qui suit la personne. »

2^e cas. Si les deux parents, de statut de droit local, sont originaires des Comores, ils ont perdu leur statut de droit local pour accéder au statut de droit commun, et ce, qu'ils soient restés français ou qu'ils soient devenus étrangers. L'enfant, qui suit la condition de ses parents, perd le statut de droit local qui était le sien à la naissance et, le cas échéant, sa nationalité française. Il ne restera français que si ses parents ont souscrit une déclaration reconnitive de nationalité, celle-ci produisant effet à son égard, conformément à l'article 11 de la loi du 3 juillet 1975.

3^e cas. Qu'en est-il de la situation de l'enfant dont l'un des parents, originaire de Mayotte, est resté français et de statut de droit local, tandis que l'autre, originaire des Comores, a accédé au statut de droit commun ? Une note interne du ministère de la Justice, concernant la commission de révision de l'état civil à Mayotte⁴⁰⁷, tranche cette question sans aucune ambiguïté : l'enfant, né avant le 31 décembre 1975, et dont les parents se sont mariés avant cette date, « conserve son statut de droit local après l'indépendance, puisqu'il conserve la nationalité française comme originaire de Mayotte par l'un de ses parents ». Une ancienne présidente de cette commission, s'interrogeant sur le « statut des personnes dont l'un des parents est d'origine mahoraise et dont l'autre parent était originaire d'une des autres îles de l'Océan Indien », confirme qu'« Il est

⁴⁰⁷ Note interne du ministère de la Justice du 20 août 2001, citée *supra* note 330.

établi par la pratique en matière d'état civil, que les enfants nés avant l'indépendance des Comores d'un parent originaire de Mayotte bénéficient du statut personnel de droit local alors que celui né dans la même famille après 1976 se voit attribuer un statut de droit commun comme ayant un parent de droit commun »⁴⁰⁸.

Le système est conforme à ce que nous avons pu observer précédemment, en évoquant la question de la transmission du statut par filiation : le changement de statut de l'un seulement des parents – et notamment la renonciation au statut personnel – n'affecte pas le statut des enfants déjà nés ; il n'a d'effet que sur les enfants à naître.

B. Naissance des parents avant 1960 à Madagascar

Prise en compte du statut des parents uniquement pour déterminer le statut de l'enfant. Toute personne née en France avant le 2 août 1975 et dont l'un des parents français est né à Madagascar avant 1960, doit, à l'indépendance de ce territoire, établir en son nom propre qu'elle est restée française si elle est majeure. À défaut, elle suit la condition de ses parents.

Dans cette dernière situation, elle ne peut être considérée comme étant française que si l'un au moins de ses parents est français. Tel est le cas si ce parent est « originaire » du territoire de la République française au sens de la loi du 28 juillet 1960, c'est-à-dire s'il est issu de deux générations nées sur ce territoire, ou s'il est le conjoint, le veuf ou le descendant d'un originaire de ce territoire⁴⁰⁹. À la différence de ce qui est prévu pour les Comores, le statut des parents n'est pas pris en compte à ce stade. Pour conserver la nationalité française, la personne doit uniquement prouver que son grand-parent et son arrière-grand-parent sont nés à La Réunion ou dans les Comores.

S'ils sont nés dans les Comores et qu'ils relevaient du statut personnel de droit local, ils ont transmis leur statut aux parents de cette personne, qui l'ont à leur tour transmis à leur enfant. La pratique de la CREC a été de considérer comme étant de statut de droit local les personnes nées avant l'indépendance de Madagascar dont l'un des parents a « bénéficié du statut personnel de droit local lié à la pratique de la religion musulmane alors qu'il était originaire de Madagascar » et dont l'autre parent est originaire de Mayotte⁴¹⁰.

II. Naissance en France après le 2 août 1975

Incidence du lieu de naissance des parents. La situation d'une personne née en France, et en particulier à La Réunion ou à Mayotte, après le 2 août 1975, dépend du lieu de naissance de ses parents.

Une personne, dont les parents sont nés dans une colonie ou dans un territoire de la République française ayant accédé, depuis cette date, à l'indépendance (Madagascar, Grande Comore, Anjouan ou Mohéli), n'est pas française par le droit du sol. Elle peut néanmoins se voir attribuer la nationalité française, en raison de sa filiation avec un Français, si ce parent, né à Madagascar, est « originaire » d'un territoire de la République française ou s'il est le conjoint, le veuf ou le

⁴⁰⁸ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355.

⁴⁰⁹ Comp., sur cette situation, l'affaire ayant donné lieu aux cinq arrêts du 10 juin 2011 de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion mentionnés *supra* note 401 (enfants nés à Madagascar entre 1950 et 1959 – mère née à Madagascar en 1932 – grand-père des requérants nés à La Réunion – nécessité de prouver que l'arrière-grand-père y était également né pour que la mère ait la qualité de « descendante d'un originaire »).

⁴¹⁰ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 356.

descendant d'un originaire de ce territoire (ce qui suppose qu'il est issu de deux générations nées dans un tel territoire, tel que La Réunion ou Mayotte⁴¹¹) ou si ce parent, né dans les Comores, est « originaire » de Mayotte (ce qui suppose que ses parents et ses grands-parents sont eux-mêmes nés à Mayotte). En ce dernier cas, cette personne, française, est de statut de droit local si ses deux parents relèvent de ce statut. Par contre, elle est de statut de droit commun si elle est issue d'un couple mixte : un parent est un Français originaire de Mayotte, tandis que l'autre, de nationalité française ou étrangère, est de statut de droit commun.

En revanche, la personne dont le parent est né en France ou dans un territoire ayant le statut de colonie ou de territoire d'outre-mer et qui est demeuré depuis cette date un territoire de la République française – tel que La Réunion ou Mayotte – est française. La règle du double *jus soli* s'applique désormais pleinement à Mayotte. Son statut est celui du droit local si ses deux parents relèvent également de ce statut, par exemple parce qu'ils sont l'un et l'autre originaires de Mayotte, ayant conservé de plein droit leur nationalité française et leur statut à l'indépendance des Comores. Son statut sera au contraire celui du droit commun si ses deux parents sont comoriens⁴¹² ou si ses parents forment un couple mixte, composé d'un Français de droit local, originaire de Mayotte, et d'un Comorien⁴¹³, ou bien d'un Français de droit local, originaire de Mayotte, et d'un Français anciennement de droit local, mais originaire des Comores et ayant accédé au droit commun du fait de l'indépendance de ce territoire.

Les enfants issus d'une fratrie sont tous de nationalité française dès lors que l'un au moins de leurs parents est de nationalité française. À l'inverse, ils ne partagent pas tous le même statut, si l'un des parents est d'origine mahoraise et que l'autre est d'origine comorienne. Telle était, d'après une ancienne présidence de la CREC, « la pratique en matière d'état civil » : « Les enfants nés avant l'indépendance des Comores d'un parent originaire de Mayotte bénéficiaient du statut personnel de droit local alors que celui né dans la même famille après 1976 se voit attribuer un statut de droit commun comme ayant un parent de droit commun »⁴¹⁴.

Il reste à envisager la situation d'une personne qui naît à l'étranger.

III. Naissance à l'étranger

Exclusion des règles sur le droit du sol. Quel est le statut d'une personne qui naît dans un pays étranger, tel que Madagascar depuis 1960 ou les Comores depuis 1975, lorsque son parent est né en France – à La Réunion ou à Mayotte – ou à Madagascar avant 1960 ou encore dans les Comores avant 1975 ? Cette personne n'est pas concernée par l'application des règles sur le droit du sol, qu'il s'agisse des règles sur le double *jus soli* ou de celles sur le simple *jus soli* (si elle continue de résider dans son pays de naissance). Elle peut toutefois établir sa nationalité française par filiation, si ce parent, français avant l'indépendance de son pays de naissance, a conservé sa nationalité à l'indépendance. De surcroît, si ses parents sont de statut de droit local et qu'ils ont conservé ce statut à l'indépendance, cette personne relèvera de ce statut et elle

⁴¹¹ Madagascar n'est pas un « territoire de la République française », au sens de la loi du 28 juill. 1960 : voir *supra*.

⁴¹² Situation envisagée par un agent du greffe du service des affaires familiales.

⁴¹³ Situation envisagée explicitement par l'un des avocats de Mayotte : « Pour avoir le statut de droit local, il faut être Mahorais, de père et de mère eux-mêmes d'origine mahoraise. Même s'il est né à Mayotte mais que l'un des parents est issu d'un parent né aux Comores et qui n'est pas resté Français à l'indépendance, l'acte de naissance portera la mention DC (droit commun). Dans ce cas, la personne est issue d'un rapport mixte et est donc de statut de droit commun. »

⁴¹⁴ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil », *loc. cit.*, spéc. p. 355.

devrait pouvoir s'en prévaloir en dehors de Mayotte. En réalité, deux cas doivent être distingués.

1^{er} cas. Les parents sont d'origine mahoraise, au sens des lois de 1975⁴¹⁵. En ce cas, ils ont, en 1975, conservé de plein droit leur nationalité française et leur statut de droit local, lesquels ont été transmis à leur enfant, même né dans un pays étranger.

2^e cas. Les parents ne sont pas d'origine mahoraise, mais d'origine comorienne. En ce cas, ils n'ont pu conserver leur nationalité française que s'ils ont souscrit une déclaration de nationalité française, mais ils ont perdu leur statut de droit local. Cette situation n'est pas une hypothèse d'école. Elle est évoquée notamment par la bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte, qui nous a au demeurant fourni une copie de toutes les pièces du dossier. Une jeune femme, née en 1970 à Diégo-Suarez, dans le nord de Madagascar, et détenant un acte d'état civil dressé à Nantes, voulait se voir reconnaître la nationalité française par filiation. Elle produisait à cet effet les anciens papiers d'identité de ses parents et le passeport de son arrière-grand-père. De fait, son père, né en 1922 à Anjouan, domicilié à Diégo-Suarez et immatriculé au Consulat général de France, était de nationalité française. Cependant, ses parents n'ayant pas fait de déclaration reconnaîtive de nationalité au moment de l'indépendance, ils avaient perdu la nationalité française et, partant, leurs deux enfants mineurs étaient devenus étrangers. Toute possibilité de devenir français n'est pas exclue. Le frère de la requérante, d'ailleurs, se trouvant dans une situation semblable puisqu'il était né en 1968 à Diégo-Suarez, avait souscrit en 2011 une déclaration sur le fondement de l'article 21-13 du Code civil, afin d'acquérir la nationalité française par la possession d'état. En revanche, cette acquisition de la nationalité française ne permet pas de recouvrer le statut de droit local perdu à l'indépendance.

Ces différentes situations – dont plusieurs ont été évoquées par nos interlocuteurs – illustrent, s'il en était besoin, le caractère extrêmement complexe de la question de l'appartenance au statut personnel mahorais. Elle nécessite de combiner divers textes, parfois anciens, relatifs à la détermination de la nationalité française. Outre le lieu et la date de naissance de l'intéressé, elle suppose connus le lieu, la date de naissance et le statut de ses parents, voire de ses grands-parents et de ses arrière-grands-parents, ce qui n'a rien d'une évidence dans des territoires où des actes d'état civil fiables font très souvent défaut. L'existence, le cas échéant, d'une déclaration reconnaîtive de nationalité, permet certes d'établir la nationalité française des ascendants – et, avec elle, celle du requérant – mais elle peut alors être le signe que le statut personnel mahorais a été perdu.

Le tableau qui suit, proposé en guise de conclusion à cette étude, tente de schématiser les situations précédemment développées. Nous supposerons que les parents sont français au moment de la naissance de leur enfant. Leur enfant est donc français à sa naissance, à raison de sa filiation avec un parent français. Seules se posent la question de son statut à sa naissance ainsi que celle de sa nationalité et de son statut aujourd'hui.

⁴¹⁵ Les parents sont d'origine mahoraise s'ils sont nés à Mayotte, ainsi que leurs propres parents et, à défaut, si leurs parents et leurs grands-parents sont nés à Mayotte.

DL = Statut personnel de droit local (mahorais) / DC = Statut personnel de droit commun / Les situations dans lesquelles cette personne est, aujourd'hui, de statut de droit local, sont indiquées en caractères gras.

Originaire de Mayotte au sens des lois de 1975 = Né à Mayotte et parents nés à Mayotte OU né ailleurs qu'à Mayotte (Comores, Madagascar) et parents + grands-parents nés à Mayotte

Déclaration = Déclaration reconnaitive de nationalité française souscrite, en application des lois de 1975, par les Français DL, originaires des Comores, et, en 1960, par les Français de Madagascar, non-originaires d'un « territoire de la République française », au sens de la loi du 28 juillet 1960

Date et lieu de naissance de l'enfant		Date et lieu de naissance des parents	Statut de l'enfant à la naissance	Nationalité et statut de cette personne aujourd'hui
Naissance en France avant le 2 août 1975 (A)	Avant le 12 avr. 1958 A, 1) 1 ^{re} hypothèse	La Réunion ou Comores – Deux parents nés dans les Comores avant 1975 – Un parent né dans les Comores avant 1975 et un parent né à Mayotte – Deux parents nés à Mayotte	DC si l'un des parents au moins est DC	Française de plein droit et DC
			DL si deux parents DL , quelle que soit l'origine des parents (Comores ou Mayotte)	Française de plein droit et DC si renonciation judiciaire à son statut avant 1975
	Française de plein droit et DL si origine mahoraise			
Après le 12 avr. 1958 A, 1) 2 ^e hypothèse			– DC si origine comorienne – Française si souscription en son nom propre d'une déclaration / Étrangère dans le cas contraire	
A, 2)		Un parent né à Madagascar avant 1960		– Française de plein droit et DL si l'un au moins de ses parents est originaire de Mayotte (même si, selon la CREC, l'autre parent est, le cas échéant, originaire des Comores) – DC si deux parents originaires des Comores / Française si l'un au moins a souscrit une déclaration et étrangère dans le cas contraire
				– Si majeure à l'indépendance : elle doit établir en son nom propre qu'elle est restée française à l'indépendance – Si mineure à l'indépendance : Française si un parent est originaire d'un territoire de la République française (ou est le conjoint, le veuf ou le descendant d'un originaire de ce territoire) / DL si parents DL (même si, selon la CREC, l'un des parents est originaire de Mayotte et que l'autre est originaire de Madagascar)

Naissance en France après le 2 août 1975 (B)	La Réunion ou Mayotte	Parents nés à Madagascar avant 1960 ou dans les Comores avant 1975	<ul style="list-style-type: none"> – Française par filiation si le parent né à Madagascar est originaire d'un territoire de la République française (ou est le conjoint, le veuf ou le descendant d'un originaire de ce territoire), ou si le parent né dans les Comores est originaire de Mayotte – DL si deux parents originaires de Mayotte / DC dans le cas contraire
		Deux parents nés en France (La Réunion ou Mayotte)	<ul style="list-style-type: none"> – Française non seulement en raison de sa filiation avec un parent français, mais également par le double <i>jus soli</i> – DL si deux parents DL en tant qu'originaires de Mayotte – DC si enfant issu d'un couple mixte : un parent DL originaire de Mayotte et un parent DC (Comorien OU Français originaire des Comores)
Naissance en pays étranger (C)	Madagascar après 1960 ou Comores après 1975	Parent né en France : <ul style="list-style-type: none"> – La Réunion ou Mayotte – ou Madagascar avant 1960 – ou Comores avant 1975 	<ul style="list-style-type: none"> – Française par filiation si le parent, né à Madagascar ou dans les Comores, et français avant l'indépendance, a conservé sa nationalité française à l'indépendance – DL uniquement si deux parents d'origine mahoraise

Section 2/ La preuve de l'appartenance au statut personnel : L'état civil à Mayotte

Statut administratif de Mayotte - Le statut de Mayotte, vis-à-vis de la France métropolitaine, a eu un impact certain sur l'état civil. De colonie à département, en passant par territoire d'outre-mer, collectivité territoriale française et collectivité départementale d'outre-mer, le statut administratif de Mayotte a évolué au cours des années⁴¹⁶. Si cette évolution a permis la création de l'état civil tel que nous le connaissons aujourd'hui, elle a également entraîné de nombreuses difficultés.

Historique de l'état civil en France métropolitaine - S'il est une institution qui jalonne la vie des personnes, il s'agit sans conteste de l'état civil. Il est l'une des plus anciennes institutions de France. Si la possession a été, pendant de nombreuses années, l'unique preuve de l'état des personnes, depuis la découverte de l'écriture, elle a laissé sa place aux registres publics, et plus précisément aux actes de l'état civil⁴¹⁷.

À l'origine, l'état civil a été imaginé par l'Église catholique romaine et il releva d'abord du droit canonique. Dès 1406, Henri le barbu, évêque de Nantes, imposa aux prêtres de son diocèse de tenir un registre des baptêmes pour éviter que les paroissiens ne contractent « des mariages illicites et interdits par le droit, dans l'ignorance où ils étaient de leur parenté spirituelle »⁴¹⁸. Par la suite, les ordonnances de Villers-Cotterêts⁴¹⁹, de Blois⁴²⁰ et de Saint-Germain-en-Laye⁴²¹ ont réglementé les bases du service d'état civil, qui était tant religieux que civil. Il ne devint laïc qu'à la suite de la Révolution française. L'état civil est encore plus récent à Mayotte.

Historique de l'état civil à Mayotte - La coutume mahoraise⁴²² relève du *Minhâdj At-Tâlibîn*⁴²³ et des coutumes afro-malgaches. Si l'état des personnes y était invoqué, rien n'était indiqué quant à la tenue d'un état civil⁴²⁴. Lorsque Mayotte fut cédée à la France en 1841, une distinction apparut entre les personnes de statut civil de droit commun et celles de droit local. Les personnes de statut civil de droit commun furent soumises aux règles de l'état civil métropolitain à partir de l'introduction du Code civil par l'ordonnance royale du 26 août 1847⁴²⁵. Cependant, suite aux modifications successives du statut administratif de Mayotte,

⁴¹⁶ J-B. Seube, « Fasc. 50 : L'application de la loi à Mayotte », *J-Cl. Civ.*, 7 août 2014, pp. 3-5, n°6 et s.

⁴¹⁷ A. Lucas, « La preuve de l'état des personnes », in *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis Litec, 2004, p. 205.

⁴¹⁸ Ordonnance d'Henri le Barbu, évêque de Nantes, du 3 juin 1406, retranscrite par J. Dupâquier, in *Historama*, n° 40, janvier 1994. V. égal. P. Courbe, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Mémentos Dalloz, 7^e éd., 2009, p.30.

⁴¹⁹ Ordonnance sur le fait de la justice, dite de Villers-Cotterêts de 1539.

⁴²⁰ Ordonnance de Blois de 1579.

⁴²¹ Ordonnance sur la procédure civile, dite de Saint-Germain-en-Laye de 1667.

⁴²² Sur l'ambiguïté du terme « droit », voir la contribution de H. Fulchiron, « Statut personnel mahorais et droits fondamentaux », dans ce rapport.

⁴²³ Le guide des zélés croyants. Il s'agit d'un recueil de règles résultant du rite Chaféite, rédigé par l'Imam Am-Nawawî au XIII^e siècle.

⁴²⁴ F. Perron, « La commission de révision de l'état civil à Mayotte », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Actes du colloque de Mamoudzou des 14, 15 et 16 septembre 2002, *Montchrestien*, 2004, p. 345.

⁴²⁵ Ordonnance royale du 26 août 1847 sur l'administration de la justice dans les établissements français du canal du Mozambique.

certaines textes révisant l'état civil de droit commun n'ont pas été appliqués. Les personnes de statut civil de droit local furent soumises aux règles de l'état civil local, créées par une succession de textes. Dans un premier temps, l'arrêté du 8 décembre 1926⁴²⁶ créa des registres d'état civil, dont la charge fut attribuée aux chefs de canton. Par la suite, l'état civil de droit local fut légèrement amélioré avec la délibération du 26 avril 1947⁴²⁷ et l'arrêté du 12 octobre 1950⁴²⁸. Il fallut attendre la délibération 61-16 du 17 mai 1961⁴²⁹ pour que l'état civil des personnes de droit local commence réellement à être réglementé.

Dualité de système d'état civil mahorais - L'existence de deux systèmes d'état civil à Mayotte repose sur l'existence de deux statuts distincts. Selon l'article 75 de la Constitution française, « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. » Le problème étant de connaître le statut personnel⁴³⁰, duquel dépendent l'état des personnes et, par voie de conséquences, l'état civil. Cette dualité d'état civil a entraîné de nombreuses difficultés, que les réformes successives ont tenté de régler, parfois sans succès.

Annonce de plan - S'il existe deux états civils distincts à Mayotte (§ 1), les réformes successives tendent à un rapprochement, voire à la disparition de l'état civil de droit local (§ 2).

§ 1 – L'existence de deux états civils distincts

L'existence de deux statuts différents à Mayotte (I) entraîne deux états civils distincts : d'un côté, l'état civil coutumier, gouverné par des règles particulières (II), de l'autre, l'état civil de droit commun adapté au statut administratif de Mayotte (III).

I. L'impact de la dualité du statut personnel sur l'état civil

Historique - L'une des difficultés majeures repose sur l'identification du statut personnel des individus vivant à Mayotte. Avant la cession de Mayotte à la France, seul existait le statut personnel de droit local, plus précisément de droit coranique. Lors de la cession de Mayotte en 1841, la France s'engagea à respecter les coutumes autochtones. Cette décision pourrait en partie expliquer l'absence de réglementation de l'état civil de droit local jusqu'en 1926. Cet engagement de la France se cristallisa dans les articles 81 et 82 de la Constitution de 1946, repris à l'article 75 de la Constitution de 1958. Tout repose alors sur la détermination du statut personnel des individus. Comment savoir si telle ou telle personne est de statut civil de droit commun ou de droit local ?

Détermination du statut personnel - Par principe, en application de l'article 75 de la Constitution, les Mahorais conservent leur statut civil de droit local tant qu'ils n'y renoncent pas et sont, par extension, soumis à l'état civil de droit local. Si cela paraît *a priori* relativement clair, des difficultés sont survenues suite à l'indépendance des Comores en 1975. En effet, la délibération 61-16 du 17 mai 1961 est relative à l'état civil des Comoriens musulmans. Or après l'indépendance, si les Mahorais ont conservé la nationalité française, les Comoriens sont devenus des étrangers. Quel est le statut personnel des Comoriens résidant à Mayotte ? L'article

⁴²⁶ Arrêté du 8 décembre 1926 relatif à l'état civil indigène dans l'archipel des Comores.

⁴²⁷ Délibération du 26 avril 1947 du conseil général des Comores.

⁴²⁸ Arrêté du 12 octobre 1950 de l'Administrateur supérieur des Comores.

⁴²⁹ Délibération n°61-16 du 17 mai 1961 de l'Assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des Comoriens musulmans.

⁴³⁰ Voir *infra* H. Fulchiron, « Statut personnel mahorais et droits fondamentaux », dans ce rapport.

75 de la Constitution n'a plus vocation à leur être appliqué, puisqu'ils ne sont plus citoyens de la République. Cela signifie qu'en théorie, ils ne dépendent plus des règles de l'état civil de droit local, mais des règles de l'état civil de droit commun, à l'instar de tout étranger vivant sur le territoire français. En pratique pourtant, ils dépendaient encore de l'état civil de droit local, ce qui a soulevé et suscite encore aujourd'hui de réelles difficultés.

Changement de statut personnel - En vertu de l'article 75 de la Constitution, chaque individu soumis au statut personnel de droit local a la possibilité d'y renoncer et d'être soumis au statut civil de droit commun. Les conditions d'un tel changement ont été fixées par le Conseil d'État, dans son avis du 22 novembre 1955⁴³¹ : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la déclaration de renonciation ne pourrait être faite que par un autochtone (ayant moins de 18 ans) majeur de 21 ans, préalablement informé du caractère irrévocable de la renonciation et des conséquences que celle-ci entraîne ; que cet autochtone doit être célibataire ou monogame (et avoir des habitudes qu'un genre de vie qui se rapprochent de ceux observés ou pratiqués par les personnes de son voisinage déjà en possession du statut de droit commun) ; que la déclaration doit être formulée devant (l'autorité administrative française) la juridiction civile de droit français compétente en matière d'état des personnes qui sera la plus proche de la résidence du déclarant et qui donnera acte de la déclaration ; qu'il devra être tenu registre des déclarations ; que contre le refus de donner acte seront ouverts sans qu'il soit besoin de dispositions spéciales les recours (administratifs) ordinaires ».

Difficultés - Si en théorie, il semble aisé de connaître le statut personnel d'un individu, en pratique rien n'est moins vrai, ce qui soulève de nombreuses difficultés. En effet, les conséquences du statut personnel sont nombreuses en matière d'état civil. Le rattachement à l'un des statuts entraîne automatiquement le rattachement à l'un des systèmes d'état civil et aux règles qui y sont afférentes. Un individu dépendant de l'état civil de droit commun ne sera pas soumis aux mêmes règles que celui qui dépend de l'état civil de droit local. Les différences entre les systèmes sont nombreuses et seront abordées ultérieurement. Pour ne donner qu'un exemple : l'état civil mahorais ignore le principe de dévolution du nom de famille.

Cette différence de statut implique l'existence de deux services d'état civil, qu'il convient d'aborder successivement.

II. Les particularités de l'état civil coutumier

Historique - S'il est vrai que le droit local, basé sur la coutume et la tradition, ne connaissait pas le système d'état civil, il tenait tout de même compte de l'état des personnes, mais transmettait les informations de génération en génération de manière essentiellement orale. Les choses ont évolué suite à la cession de Mayotte à la France puisque l'état civil est apparu et avec lui, l'écrit. Des textes successifs ont organisé un semblant de tenue d'état civil, mais c'est la délibération n°61-16 du 17 mai 1961⁴³² qui a véritablement organisé le système d'état civil coutumier. Elle a été modifiée par différents textes en 2000⁴³³, en 2001⁴³⁴ puis en 2010⁴³⁵.

⁴³¹ CE, 22 novembre 1955, avis n°262.176.

⁴³² Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'Assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des Comoriens musulmans.

⁴³³ Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte.

⁴³⁴ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte.

⁴³⁵ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

Compétence - À l'origine, l'état civil de droit local dépendait de la compétence des cadis. La délibération du 17 mai 1961 l'a transféré en partie aux chefs de canton et aux maires⁴³⁶. Il y avait donc trois autorités compétentes en matière d'état civil de droit local. Les chefs de canton et les maires étaient compétents pour dresser les actes de naissance et de décès, tandis que les cadis avaient conservé leur compétence en matière d'actes de mariage, de divorces et de jugements supplétifs d'acte de naissance, de mariage et de décès⁴³⁷. Une fois le mariage célébré par le cadi, celui-ci devait effectuer la déclaration auprès du maire ou du chef de canton. Au total, 17 communes à Mayotte disposaient d'un service d'état civil de droit local⁴³⁸.

Tenue des registres - Quant à la tenue des registres, il existait un registre pour chaque évènement relatif à l'état des personnes. Cette pluralité des registres d'état civil a entraîné de nombreuses difficultés. À partir de 1961, ils devaient être déposés au greffe du tribunal de première instance ou tribunal de cadi⁴³⁹. Cependant, les premiers n'ont été déposés qu'en 1964⁴⁴⁰ et certains l'ont été plus tardivement encore⁴⁴¹. Les greffes des tribunaux ne disposent d'aucun registre antérieur à 1964, ce qui soulève de nombreuses difficultés pour les actes établis antérieurement. De plus, certains registres semblent avoir disparu et d'autres, pour de multiples raisons⁴⁴², ont été détériorés. Dès lors, comment prouver « son » état des personnes ainsi que son identité en l'absence d'écrit ? Quelles solutions apporter aux Mahorais qui ne disposent pas d'acte de l'état civil ou lorsque ceux-ci paraissent peu fiables ?

Déclaration des évènements intéressant l'état civil - Les délais de déclaration des évènements intéressant l'état civil étaient allongés dans le droit local. Cet allongement se justifiait par l'existence de coutumes et de traditions⁴⁴³. Les naissances devaient être déclarées dans un délai de quinze jours suivant l'accouchement⁴⁴⁴. Les mariages, après avoir été célébrés par le cadi, devaient être enregistrés dans les quinze jours⁴⁴⁵. Enfin, les décès devaient être déclarés dans les dix jours⁴⁴⁶.

Particularité de Mayotte en matière d'identification des individus - Le service d'état civil, qu'il soit local ou commun, permet d'identifier les individus au sein de leur propre famille et de la société. Cependant, le système d'identification de droit local était très différent de celui du droit commun. Dans la plupart des sociétés occidentales, chaque personne est désignée par un nom de famille et un ou plusieurs prénom(s). Tel n'était pas le cas à Mayotte, où la coutume et la tradition sont essentiellement orales et basées sur une structure, reposant sur la famille et le village.

⁴³⁶ Article 2 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

⁴³⁷ Articles 17, 25, 26 et 27 anciens, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

⁴³⁸ P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », in O. Gohin et P. Maurice (dir.), *Colloque universitaire sur Mayotte*, Université de la Réunion, *LGDJ*, 2^e éd., 1996, p. 280.

⁴³⁹ Article 10 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

⁴⁴⁰ Il s'agit des registres des cantons de Pamandzi, M'Tsapere, Tsingoni et Bandrele.

⁴⁴¹ Les registres du canton de M'Tzamboro ont été déposés au greffe à partir de 1970.

⁴⁴² Certains registres ont été attaqués par des termites, d'autres ont été manipulés, modifiés et recopiés suite à des erreurs.

⁴⁴³ K. Szklairez, « La nécessaire réforme de l'état civil ou les progrès de l'état civil », in Association France-Outre-Mer (dir.), *Mayotte à la croisée des chemins*, Actes du colloque organisé le 22 février 2001 au Palais du Luxembourg, *Association France-Outre-Mer*, 2001, p. 13.

⁴⁴⁴ Article 16 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

⁴⁴⁵ Article 26 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

⁴⁴⁶ Article 21 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

À Mayotte, un individu est identifié au sein de sa famille et de son village⁴⁴⁷. L'appartenance à un village est très importante aux yeux des Mahorais de statut civil de droit local. Par la suite, plusieurs qualificatifs, pouvant changer au cours de la vie, étaient employés pour désigner une personne. À sa naissance, l'enfant recevait un premier prénom. Puis, il était officiellement déclaré à l'état civil sous un prénom d'école. En pratique, l'enfant recevait un surnom, qui avait tendance à remplacer le premier prénom. Quant au nom de famille, il était totalement inconnu de la coutume mahoraise, qui employait des vocables. Un individu était désigné comme étant la fille ou le fils de son père (il est possible de parler de nom de filiation) lui-même fils de son propre père (nom du grand-père). En théorie, une personne était déclarée sous un prénom d'école, un nom de filiation, avec la possibilité d'ajouter le nom du grand-père. Par exemple, X, fille de Y, fils de Z. En pratique, cette même personne était appelée par son surnom, le nom du père, puis le nom du grand-père. Dans la continuité de l'exemple précédent, W, fille de Y, fils de Z. Il ne faut pas non plus oublier que le nom de filiation utilisé correspond au surnom du père, et non à son prénom d'école, à l'instar du nom du grand-père. Ainsi, l'identité officielle ne correspondait pas à l'identité utilisée par l'individu dans la vie courante.

Dans une société traditionnelle, ce mode d'identification, utilisé depuis des centaines et des centaines d'années, semblait parfaitement cohérent et relativement fiable. Dans une société moderne, il soulevait en revanche de nombreuses difficultés, auxquelles se sont ajoutées la mauvaise tenue, la destruction et la perte de certains registres. Comment prouver son identité « juridique » quand une même personne dispose de deux identités « factuelles » différentes ? Comment prouver le lien de filiation, dont l'établissement a des conséquences sur la nationalité française et sur la transmission du statut ? Des réformes ont été entreprises afin de répondre aux difficultés soulevées, parfois sans succès⁴⁴⁸.

Après avoir abordé les particularités de l'état civil de droit local, il convient désormais d'étudier plus en détail l'état civil de droit commun, qui a été adapté aux spécificités de Mayotte.

III. L'application adaptée de l'état civil de droit commun

Compétence - Avant l'arrêté préfectoral du 23 août 1977, le service d'état civil de droit commun était situé à Mamoudzou. Par la suite, il a été transféré à Dzaoudzi-Labattoir. Ce transfert a eu des conséquences pratiques pour les Mahorais de statut civil de droit commun. Ils devaient se rendre à la mairie de Dzaoudzi-Labattoir, située en Petite Terre et ainsi traverser deux kilomètres de lagon, afin de déclarer les événements relatifs à l'état civil (naissance, reconnaissance, mariage et décès).

Tenue des registres - À la différence de l'état civil de droit local, il existait un unique registre d'état civil de droit commun, où étaient enregistrés les événements et les actes juridiques relatifs à l'état des personnes. Cependant, à l'instar des registres de l'état civil de droit local, il a également fait l'objet d'une mauvaise tenue⁴⁴⁹ et a parfois été détérioré⁴⁵⁰.

Déclaration des événements intéressant l'état civil - Sur ce point, il n'y a eu aucune adaptation des règles de droit commun à Mayotte. Les événements intéressant l'état civil doivent être déclarés dans les délais prévus par le Code civil. Pour rappel, toute naissance doit aujourd'hui être déclarée à l'officier d'état civil dans un délai de cinq jours suivant

⁴⁴⁷ Est employé le terme de « *munyeji* » qui signifie membre du village.

⁴⁴⁸ Cf *supra* II.

⁴⁴⁹ Ratures, modifications, recopiages.

⁴⁵⁰ Par le temps, l'humidité et les attaques de termites.

l'accouchement⁴⁵¹ et tout décès doit être déclaré dans les vingt-quatre heures suivant sa constatation⁴⁵².

En tout état de cause, l'existence d'une dualité d'état civil a soulevé de nombreuses difficultés. En l'absence de critères précis permettant de déterminer le statut personnel, beaucoup de Mahorais ignoraient l'état civil vers lequel se tourner, et des conséquences que cela induisait. À l'ignorance du statut personnel, s'ajoutait la mauvaise tenue des registres, tant de l'état civil local que de droit commun. Pour tenter de répondre à ces problématiques, des réformes ont été entreprises, dont certaines interrogent quant à la disparition de l'état civil de droit local (II).

§ 2 – Vers la disparition de l'état civil de droit local ?

Face aux difficultés, des réformes ont été menées (I), mais au-delà, ce sont essentiellement le rapprochement entre les règles de l'état civil de droit local et de celles de l'état civil de droit commun (II) qui invitent à s'interroger sur une possible disparition de l'état civil de droit local.

I. Les réformes entreprises

Modification des règles de détermination du nom et des prénoms des personnes de statut mahorais - L'ordonnance 2000-218 du 8 mars 2000 a modifié les règles de détermination des noms et prénoms tant pour les Mahorais nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, *i.e.* le 10 mars 2000, que pour ceux nés après. Ainsi, pour ces derniers des règles totalement différentes de celles prévues par la coutume mahoraise ont été instituées. L'enfant né en mariage acquiert désormais le nom de son père (art. 2), tandis que l'enfant né hors mariage acquiert le nom de sa mère (art. 3). Dans cette dernière hypothèse, le père peut toutefois, avec l'accord de la mère, donner son nom à l'enfant par déclaration devant l'officier de l'état civil et « cette substitution emporte reconnaissance et établissement de la filiation paternelle » (art. 3). Quant aux prénoms, ils sont choisis par les deux parents lorsque l'enfant naît en mariage et par la mère lorsque l'enfant naît hors mariage (art. 4). Les changements de prénoms et de noms ont été, quant à eux, purement et simplement alignés sur le droit commun (art. 5 à 10).

En ce qui concerne les personnes majeures nées avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, des dispositions transitoires ont été adoptées. Elles ont eu la possibilité de présenter une demande à la commission de révision de l'état civil (CREC, cf. *infra*) afin que celle-ci décide de l'établissement d'un nom choisi parmi les vocables figurant dans son acte de naissance ou parmi les vocables servant à identifier leurs ascendants ou encore parmi les surnoms sous lesquels elles justifient par tout moyen être connues dans leur commune de résidence (art. 11). Les intéressés ont en revanche pu choisir librement leur prénom à l'occasion de cette demande d'attribution du nom (art. 12). Si des enfants mineurs étaient nés avant la publication de l'ordonnance et après que son ou ses parents ont effectué une demande de choix de nom, ils recevaient le nom choisi par leur père en cas de naissance en mariage et le nom choisi par leur mère en cas de naissance hors mariage (art. 13 et 15). Si des enfants mineurs étaient nés après la publication de l'ordonnance et avant que son ou ses parents n'aient fait de demande de choix de nom à la CREC, ils se voyaient attribuer, pour l'enfant né hors mariage, un nom choisi « parmi les vocables servant à identifier les ascendants de l'enfant dans la lignée paternelle ; ou parmi les surnoms sous lesquels son père justifie par tout moyen être connu dans sa commune de résidence » (art. 14). L'enfant né en mariage, dans les mêmes circonstances de temps, se

⁴⁵¹ Article 55 du Code civil.

⁴⁵² Article 78 et suivants du Code civil.

voyait quant à lui, attribuer un nom choisi « parmi les vocables servant à identifier la mère ou les ascendants de celle-ci ; ou parmi les surnoms sous lesquels la mère justifie par tout moyen être connue dans sa commune de résidence » (art. 16).

Si l'on comprend la volonté du législateur d'instaurer un processus d'identification fiable des personnes de statut mahorais, il est permis de rester perplexe quant aux dispositions adoptées. Tout d'abord, on remarquera que la personne doit s'adresser à la CREC afin de se voir attribuer un nom. *Quid* si elle ne le fait pas ? Les anciens actes de l'état civil de droit local continuent-ils à permettre aux intéressés de justifier de leur identité ? Certes, de nombreux problèmes de fiabilité des actes de l'état civil coutumiers existent. Pour autant, lorsque leur caractère frauduleux ou lacunaire n'est pas allégué, ils permettent tout de même l'identification de la personne. Ensuite, on ne peut que constater l'alignement des règles relatives « au nom » des personnes de statut mahorais sur le droit commun. Comme indiqué précédemment⁴⁵³, la notion de « nom » n'existe pas en tant que telle dans la coutume mahoraise. Dès lors n'y a-t-il pas une dénaturation de la coutume mahoraise en obligeant les intéressés à choisir un nom ? Enfin, il faudra sans doute un temps d'acculturation pour que ces nouvelles règles « d'appellation » ne soient réellement utilisées par les personnes de statut de droit local, la coutume mahoraise étant basée sur l'oralité et des principes bien moins rigides, permettant notamment aux intéressés d'être connus sous des « noms » différents au cours de leur vie⁴⁵⁴.

Instauration de la commission de révision de l'état civil (CREC) - Pour tenter de remédier aux diverses carences de l'état civil local (cf. *supra*), l'ordonnance 2000-218 du 8 mars 2000 a institué la CREC. Celle-ci était « chargée d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte » (art. 18). Plus précisément, selon l'article 20 de l'ordonnance, elle devait établir les actes destinés à suppléer :

- « 1° Les actes n'ayant jamais été dressés alors qu'ils auraient dû l'être en application des règles relatives à l'état civil de droit commun ou de droit local ;
- 2° Les actes perdus ou détruits ;
- 3° Les actes irréguliers et ceux dont l'état de conservation ne permet plus l'exploitation ;
- 4° Les actes devant être inscrits sur un registre de l'état civil de droit commun lorsqu'il est constaté qu'ils ont été inscrits à tort sur le registre concernant les personnes relevant du statut de droit local ;
- 5° Les actes devant être inscrits sur un registre de l'état civil de droit local lorsqu'il est constaté qu'ils ont été inscrits à tort sur le registre concernant les personnes relevant du statut de droit commun. »

En outre, le même texte rappelle que la CREC doit également procéder à l'établissement des actes rendus nécessaires par le choix d'un nom exercé dans le cadre des articles 11 et s. de l'ordonnance⁴⁵⁵.

Initialement instituée pour une période de cinq ans allant d'avril 2001 à avril 2006, son mandat a été reconduit jusqu'en avril 2011 par le décret n° 2005-1620 du 22 décembre 2005. Les raisons de cette prolongation sont diverses. D'abord, de nombreux dysfonctionnements peuvent être relevés : manque de moyens matériels et humains, manque de formation des rapporteurs, vacance de la présidence de la commission à deux reprises pendant plus de six mois à chaque

⁴⁵³ cf. *supra*.

⁴⁵⁴ cf. *supra*.

⁴⁵⁵ cf. *supra*.

fois, mauvaise communication entre la CREC et les mairies, etc⁴⁵⁶. Au-delà, le travail demandé à la commission était colossal alors que les moyens mis à sa disposition étaient relativement réduits. La CREC était composée d'un magistrat du siège (qui présidait la CREC), du préfet, représentant du Gouvernement à Mayotte, ou de son représentant, du président du conseil général ou de son représentant, du Grand cadé ou de son représentant, des maires des communes de Mayotte ou de leurs représentants, pour l'examen des dossiers se rapportant aux actes d'état civil relevant de leur commune. La procédure devant la CREC, prévue par le décret 2000-1261 du 26 décembre 2000 portant application de l'ordonnance du 8 mars 2000, était particulièrement lourde⁴⁵⁷, alors que le délai de la CREC pour instruire et statuer était de six mois, prorogable de six mois. Dans ce laps de temps, la CREC, après avoir été saisie par un requérant ou le ministère public, devait désigner des rapporteurs pour instruire le dossier. Ces derniers devaient alors procéder à des enquêtes, recueillir des témoignages, évaluer les dates souvent inconnues afin de situer dans le temps l'évènement d'état civil, etc. Les lacunes de l'état civil étaient telles qu'il était quasiment impossible pour la CREC de réaliser un travail fiable en respectant les délais. Ajoutées au manque de moyens, certaines décisions ont été rendues plus de six ans après la saisine de la CREC.

À l'instar des sénateurs⁴⁵⁸, il semble que l'on puisse qualifier de « demi-succès » le travail réalisé par la commission. Certes, elle a permis de pallier l'absence d'actes ou de reconstituer des registres lacunaires : en 2011, elle avait tout de même rendu 85 000 décisions ayant permis l'édition de 240 000 actes de l'état civil et certaines décisions étaient encore en attente de rédaction. Mais de nombreux Mahorais sont aujourd'hui encore dépourvus d'état civil. Peut-être fallait-il rendre la saisine de la CREC obligatoire pour toute personne dépourvue d'état civil fiable ? Il n'est toutefois pas certain que l'instauration d'une telle obligation ait été utile. Le poids des traditions, l'oralité inhérente à la coutume mahoraise, etc., ne permettent que difficilement aux Mahorais de prendre conscience des nouvelles règles liées à l'état civil et au-delà au changement de statut de Mayotte. On précisera que pour les Mahorais n'ayant pas saisi la CREC avant le 31 juillet 2011, une procédure dérogatoire simplifiée et gratuite a été mise en place auprès du parquet du tribunal de Mamoudzou.

Renforcement de la formation et du contrôle des agents communaux chargés de la tenue des registres - Abrogé par l'ordonnance n° 2000-219, l'article 2 de la Délibération de l'Assemblée territoriale des Comores du 17 mai 1961 a été rétabli par l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître. Au terme de la nouvelle rédaction du texte (cf. art. 14 de l'ordonnance n° 2010-590), les registres de l'état civil local sont tenus par des officiers de l'état civil qui peuvent être des agents de la collectivité départementale mis à disposition d'une commune aux fins d'exercer ces fonctions et/ou d'assurer l'encadrement et la formation des agents communaux affectés au service de l'état civil. Il faut espérer que cette formation et cet encadrement soient aujourd'hui mis en place compte tenu des éléments figurant dans le Rapport remis au Sénat en 2012⁴⁵⁹. Les rapporteurs précisent avoir « été frappés par le manque de formation des agents communaux officiers de l'état civil », ce « qui pourrait nuire aux travaux de la CREC ». Ils rappellent « que, avant la mise en place de la commission, les registres étaient accessibles à tout agent communal et délivrés à tout citoyen, la rectification

⁴⁵⁶ Sur les dysfonctionnements et au-delà sur le travail réalisé par la CREC, V. C. Mouriapregassin, « La révision de l'état civil à Mayotte », RJOI 2009, n° spécial « Mayotte 2009 », p. 99.

⁴⁵⁷ Sur ce point, v. le Rapport d'information n° 675 (2011-2012) de MM. Jean-Pierre Sueur, Christian Cointat et Félix Desplan, fait au nom de la commission des lois, déposé au Sénat le 18 juillet 2012.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*

d'un acte d'état civil étant réalisée sur simple intervention d'un élu avec un contrôle du parquet inexistant ». Ils « estiment que les officiers de l'état civil doivent aujourd'hui bénéficier de formations spécifiques destinées à renforcer le travail réalisé par la CREC et à mettre fin à ces pratiques qui semblent parfois perdurer ».

Cas particulier du mariage entre personnes de statut civil de droit local célébré antérieurement à la publication de l'ordonnance du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local - Lorsqu'un mariage ainsi célébré n'aura pas été déclaré à l'officier de l'état civil, en vertu de l'article 8 de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, celui-ci ne pourra pas être relaté sur les registres de l'état civil tant qu'un jugement supplétif de mariage rendu par le tribunal de première instance à la requête des époux ou de l'un d'entre eux ou du procureur de la République n'aura pas été rendu.

II. Le rapprochement entre les règles de l'état civil de droit local et de celle de l'état civil de droit commun

Alignement des délais de déclaration de naissance - Si les déclarations de naissance des Mahorais relevant du statut civil de droit commun étaient déjà alignées sur le délai prévu par le premier alinéa de l'article 55 du Code civil étendu à Mayotte aux termes de l'article 2492 du Code civil, les déclarations de naissance des Mahorais relevant du statut civil de droit local bénéficiaient d'un délai différencié. Elles devaient être faites dans le délai de quinze jours de l'accouchement conformément à l'article 16 de la délibération modifiée n°61-16 du 17 mai 1961 de l'Assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte. L'article 14, 4° de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, a modifié cette disposition. Un alignement du délai de déclaration de naissance sur celui du droit commun pour les enfants de statut civil de droit local nés à compter du 5 juin 2010 a été effectué.

Autorités compétentes pour la célébration et l'établissement des actes de mariage - Si les registres de l'état civil local étaient tenus par les chefs de canton et les communes depuis la délibération du 17 mai 1961⁴⁶⁰, les cadis restaient compétents en matière de célébration et d'établissement des actes de mariage qu'ils devaient ensuite transmettre à l'officier de l'état civil de la commune dans le délai de quinze jours. L'article 16 de l'ordonnance 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte a modifié cette compétence. Le texte prévoyait que le mariage était célébré par le cadi, mais en présence de l'officier de l'état civil qui dressait lui-même l'acte de mariage sur-le-champ. L'ordonnance 2010-590 du 3 juin 2010 a été plus loin en supprimant toute possibilité de mariage coutumier. Les mariages doivent, depuis ce texte, être célébrés par l'officier de l'état civil, conformément au droit civil et l'acte de mariage est donc établi par l'officier de l'état civil. Les Mahorais continuent pourtant d'avoir recours aux cadis pour célébrer leur mariage. Ils sont donc mariés socialement et religieusement, mais non juridiquement ce qui emporte de nombreuses difficultés.

Actes perdus et registres inexistant - L'article 46 du Code civil prévoyant que « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et, dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins. / Jusqu'à ce que la

⁴⁶⁰ Article 2 ancien, délibération n° 61-16 du 17 mai 1961.

reconstitution ou la restitution des registres ait été effectuée, il peut être suppléé par des actes de notoriété à tous les actes de l'état civil dont les originaux ont été détruits ou sont disparus par suite d'un sinistre ou de faits de guerre. / Les actes de notoriété sont délivrés par un notaire. / L'acte de notoriété est établi sur la foi des déclarations d'au moins trois témoins et de tout autre document produit qui attestent de l'état civil de l'intéressé. L'acte de notoriété est signé par le notaire et par les témoins. / Les requérants et les témoins sont passibles des peines prévues à l'article 441-4 du Code pénal » a été rendu applicable aux personnes de statut civil de droit local par l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010. Ainsi, depuis la fin des travaux de la CREC, les Mahorais de statut de droit local doivent recourir aux mêmes procédures de reconstitution des actes que les personnes de statut de droit commun.

Principales modifications du contenu du statut personnel mahorais ayant des incidences sur l'état civil - Depuis l'ordonnance du 3 juin 2010, la coutume mahoraise ne régit plus que l'état, la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités des personnes de statut mahorais. Surtout, la coutume mahoraise, empreinte de droit coranique, « ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français » depuis l'insertion de cette limite par l'article 68 de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer dans la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte et repris à l'article 1er de l'ordonnance de 2010. Dès lors, la coutume mahoraise ne peut aller à l'encontre du droit commun, du moins dans ses principes essentiels et dans les obligations qu'il impose. Nombre de règles issues de la Charia et faisant partie de la coutume mahoraise sont désormais interdites : polygamie, répudiation, inégalités de droits successoraux entre hommes et femmes, etc. Du point de vue de l'état civil, cela signifie que malgré le maintien d'un état civil de droit local, ces événements se rapportant à l'état des personnes désormais prohibés ne peuvent plus être mentionnés. Par exemple, si un homme de statut de droit local veut prendre une seconde épouse, il ne peut plus le faire et s'il le faisait tout de même par un mariage purement religieux, celui-ci n'aurait aucune valeur et ne pourrait évidemment pas faire l'objet d'une quelconque inscription ou mention dans les actes et registres de l'état civil de droit local.

Conclusion

Compte tenu des modifications apportées par le législateur au contenu du statut civil de droit local et de l'alignement des règles de l'état civil sur celles du droit commun, il est permis de douter du maintien à terme de l'état civil de droit local. Au-delà, la véritable difficulté semble résider dans le maintien concret de la coutume mahoraise en pratique. En effet, malgré les évolutions mises en place par le législateur, il semble que des mariages purement religieux continuent d'être célébrés, que les déclarations de naissance ne soient pas toujours effectuées et que des répudiations traditionnelles se produisent encore. Dès lors, les difficultés liées aux incertitudes de l'état civil constatées avant l'instauration de la CREC risquent fort de se reproduire que l'état civil local ait été modernisé ou non.

Section 3/ Mayotte : le défi démographique

En 1946, la nouvelle politique française vis-à-vis de ses colonies fait des quatre îles de l'archipel des Comores (Grande Comore, Mohéli, Anjouan et Mayotte) un territoire d'outre-mer (TOM) ; un statut doté d'une relative autonomie administrative et financière. Mayotte se sent mise à l'écart dans cet ensemble comorien dominé par les grandes îles de Grande Comore et d'Anjouan. En témoigne, le 14 mai 1958, la décision de l'assemblée territoriale, dont les membres sont élus en fonction du poids démographique de chaque île, de transférer le chef-lieu de l'archipel de Dzaoudi (Mayotte) à Moroni (Grande Comore). Cette décision, effective en 1966, est lourde de conséquences pour Mayotte. Mécontente de l'importante déperdition des ressources économiques (pertes d'emploi dues aux départs des fonctionnaires), et de la faiblesse des crédits qui lui sont dévolus pour ses équipements (routes en particulier), l'île milite pour un statut qui la maintiendrait au sein de la République française. Cette attache nationale n'étant pas partagée par les trois autres territoires de l'archipel, le climat entre les îles se détériore graduellement durant les années soixante. Aussi, lors du référendum d'autodétermination du 22 décembre 1974, Mayotte refuse l'indépendance⁴⁶¹ alors que 94,57 % de l'ensemble comorien y est favorable. Faisant fi d'une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies quelques jours avant le scrutin, la France décide de ne pas se séparer de Mayotte en se basant sur un décompte île par île visant à prendre en compte non pas le choix de « la population », mais « des populations » comoriennes. Alors que le 6 juillet 1975 les Comores proclament unilatéralement l'indépendance de leur territoire qui intègre Mayotte, la France y organise le 8 février 1976 une deuxième consultation. Cette dernière confirme de façon unanime (98,83%) le choix des Mahorais de rester français. Depuis, l'impasse juridique avec les Comores est totale : Mayotte est considérée par deux États souverains comme faisant partie de son territoire national !

Le choix de Mayotte de rester française s'est accompagné d'une amélioration relative de ses conditions de vie. Même si le dernier-né des départements français reste encore aujourd'hui le plus pauvre de France⁴⁶², son PIB par habitant reste 8 fois supérieur à celui des Comores. Globalement, les niveaux des différents indicateurs de développement humain de Mayotte sont sans comparaison avec ceux de l'Union des Comores (où le taux de mortalité infantile par exemple est encore en 2020 de 48,3 ‰, contre 9,5 ‰ à Mayotte). Même si les liens entre les populations des quatre îles de l'archipel ont toujours été historiquement forts, ce sont probablement ces écarts en matière de développement qui expliquent le mieux l'abondante arrivée, la plupart du temps illégale, de Comoriens à Mayotte (l'île n'étant séparée d'Anjouan que par un bras de mer d'à peine 70 kilomètres). En 2017, 69 % des naissances à Mayotte sont portées par des mères nées aux Comores. Leur comportement en termes de natalité pèse donc significativement sur la croissance démographique de Mayotte qui, dans le même temps, voit sa jeunesse native la quitter massivement.

⁴⁶¹ Les partisans du maintien dans la République l'emportent avec 63,21 % des voix à Mayotte.

⁴⁶² Est considérée comme pauvre en 2017 en France une personne seule qui vit avec moins de 1 010 euros par mois (1 515 euros pour un couple sans enfant, 2 120 euros pour un couple avec deux enfants). Calculé en référence à ce niveau de vie médian national, le taux de pauvreté monétaire s'élève à 77 % à Mayotte contre 14 % en France continentale (Insee, 2020).

L'augmentation de l'effectif de la population s'effectue donc à un rythme record sur cet étroit territoire de 374 km², qui affiche aujourd'hui une densité exceptionnelle de 685 habitants au kilomètre carré. Lors du dernier recensement de 2017⁴⁶³, Mayotte comptait 256 518 habitants, soit 43 900 personnes de plus qu'en 2012. L'effectif de la population a décuplé depuis 1958 (23 364 habitants en 1958), quadruplé entre 1985 et 2017, et doublé sur ces vingt dernières années (131 320 habitants en 1997) (figure 1).

Réguler cette pression démographique constitue probablement l'un des défis les plus exigeants à relever pour l'île hippocampe. Depuis la départementalisation de 2011, le taux de croissance de la population se situe en effet à 3,8 % en moyenne annuelle, un niveau bien au-delà de celui de tous les autres départements français (Guyane comprise). La progression actuelle rompt surtout la tendance de long terme qui était celle d'un ralentissement du taux de croissance démographique : partant d'un rythme record de + 5,8 % par an à la fin des années 1980, l'augmentation s'était en effet progressivement ralentie jusqu'en 2012. Ainsi, sur la période 2007-2012, elle s'établissait « seulement » à 2,7% par an.

L'analyse de la dynamique de la population mahoraise amène naturellement à se pencher sur l'ensemble des « arrivées » (naissances + immigrants) et l'ensemble des « départs » (décès + émigrants). Le mouvement qui est lié aux seuls naissances et décès constitue la composante naturelle de la croissance démographique. Celui lié aux immigrants et aux émigrants constitue la composante migratoire.

Source : Insee, 2020

Figure 1. Évolution de l'effectif de la population de Mayotte

Le mouvement naturel à Mayotte – excédent des naissances sur les décès – apporte en moyenne à l'île, entre 2012 et 2017, 7700 habitants supplémentaires par an. C'est le résultat d'une forte natalité (4,9 enfants par femme contre 1,9 en métropole) conjuguée à un faible nombre de décès (735 décès en 2017) du fait de la jeunesse de la population : 30 % des individus ont moins 10 ans, 50 % moins de 18 ans et les 60 ans et plus ne représentent que 4 % de la population (six fois moins qu'en France métropolitaine).

⁴⁶³ Le recensement du 5 septembre au 2 octobre 2017 est le dernier recensement classique, c'est-à-dire sous la forme d'une enquête exhaustive dans toutes les communes de Mayotte. Dorénavant, le protocole de collecte est identique à celui des autres départements français à savoir une collecte partielle mais annuelle (loi n° 2017-256 du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer).

Sur la même période, le mouvement migratoire est positif (+ 1100 arrivées par an en moyenne) alors qu'il était négatif entre 2002 et 2012. Ce solde migratoire relativement faible ne doit cependant pas faire illusion : les dynamiques entrantes et sortantes, particulièrement marquées à Mayotte, entraînent une recomposition importante de la population. La proportion de personnes étrangères progresse en effet fortement : en 2017 près de la moitié des individus (48 %) ne possède pas la nationalité française. Attirés par la prospérité relative de l'île, de nombreux habitants de l'Union des Comores, en particulier des femmes âgées de 15 à 34 ans accompagnées de leurs enfants, profitent de la proximité géographique de Mayotte pour émigrer de façon irrégulière. Bien qu'importante, cet afflux de migrants n'impacte pas de façon directe l'effectif de la population. En effet, perpétuellement présentée comme terre d'immigration, Mayotte est en réalité une terre d'émigration : les départs des natifs de l'île sont presque aussi importants que les arrivées des étrangers. Dans la tranche des 15-24 ans, elle est même supérieure : beaucoup de jeunes natifs vont poursuivre des études ou chercher du travail à l'extérieur de l'île, le plus souvent vers la métropole ou La Réunion.

Le solde migratoire étant faible, l'impact de l'immigration sur la croissance démographique à Mayotte est indirect : elle passe par une fécondité presque deux fois plus élevée des femmes étrangères par rapport à celles natives de Mayotte.

§ 1 – Un mouvement naturel porté par une forte natalité

Mayotte enregistre aujourd'hui un peu moins de 10 000 naissances par an (Tableau 1), un niveau nettement plus élevé qu'à la fin des années 2000 ou au début des années 2010 (7100 en moyenne annuelle entre 2007 et 2012). En 2017, le taux brut de natalité – nombre de naissances / population moyenne – s'établit à 38 ‰⁴⁶⁴, un niveau 3,5 fois plus élevé que celui de la France métropolitaine (11 ‰).

	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Ensemble	7310	9000	9500	9760	9590	9770	9180
Comorienne	4330	6270	6590	6740	6690	6810	6300
Française	2730	2430	2430	2560	2460	2450	2370
Malgache	200	260	440	420	390	440	440
Autre Nationalité	60	40	50	40	50	70	80

Source : Insee, statistiques de l'état civil

Tableau 1. Naissances vivantes domiciliées à Mayotte selon la nationalité de la mère

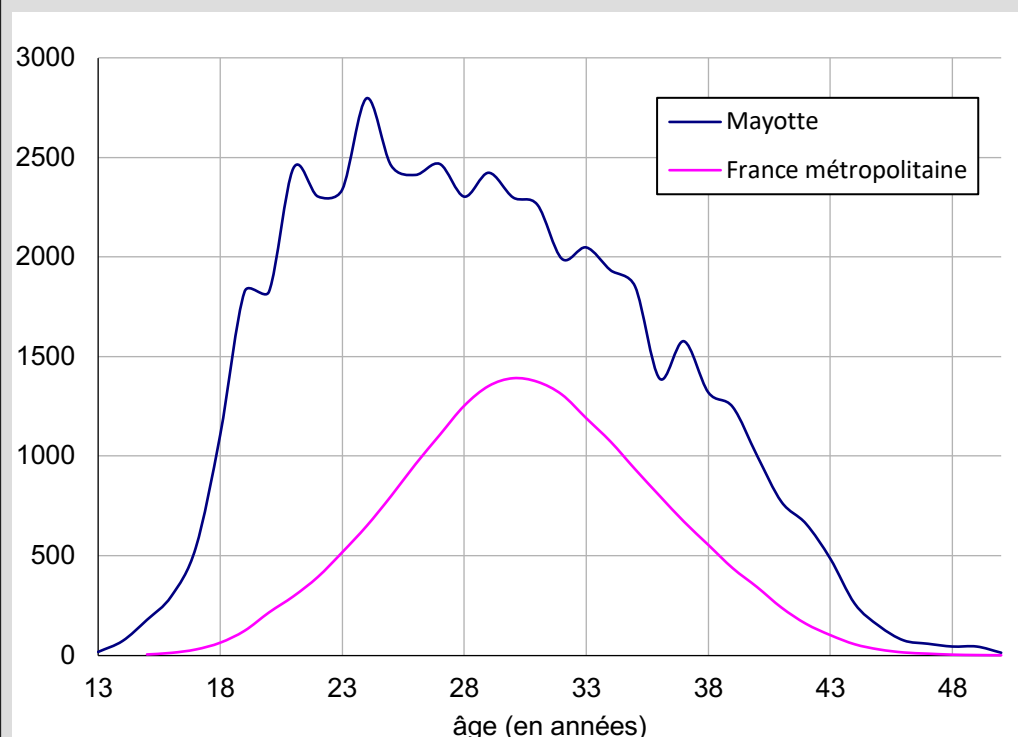
Par construction, le taux brut de natalité ne permet cependant pas de distinguer, dans le nombre des naissances, ce qui relève d'une part de l'intensité de la fécondité (nombre d'enfants par femme) et, d'autre part, de la proportion de femmes d'âge fertile dans la population (effet de structure par âge). Ainsi, pour les mêmes taux de fécondité par âge, une population avec une proportion élevée de femmes adultes jeunes aura un taux brut de natalité supérieur à celui d'une population ayant un pourcentage plus faible de femmes d'âge fertile. La structure par âge

⁴⁶⁴ Ce niveau est équivalent à celui du Sénégal ou du Nigéria (C.V. Marie et al., 2018).

pouvant masquer les forces propres de la fécondité, l'analyse de cette dernière doit donc faire appel à un indicateur capable de s'en affranchir (c'est-à-dire apprécier l'effet de la fécondité indépendamment de la structure par âge de la population). C'est la raison pour laquelle l'indicateur conjoncturel de fécondité est privilégié (encadré 1).

Encadré 1 : l'indicateur conjoncturel de fécondité (ICF)

L'ICF est la somme des taux de fécondité par âge d'une année. Le taux de fécondité à l'âge X se calcule en faisant le rapport du nombre de naissances vivantes issues de femmes d'âge X sur l'effectif moyen (c'est-à-dire de milieu d'année) de ces femmes dans la population. L'échelle d'âge généralement retenue est 15-50 ans (13-50 ans à Mayotte) (figure 2).



Source : Insee, état civil, recensement de la population 2017

Fig 2. Taux de fécondité par âge (Mayotte et France métropolitaine)

L'ICF se mesure en nombre d'enfants par femme. Plus précisément, il s'interprète comme le nombre moyen d'enfants que mettrait au monde une femme si elle connaissait, durant toute sa vie féconde, les conditions de fécondité observées cette année-là.

Il ne faut donc pas perdre de vue que les taux utilisés dans le calcul sont ceux observés au cours d'une année donnée dans l'ensemble de la population féminine (composée de plusieurs générations) et ne représentent donc pas les taux d'une génération réelle de femmes. Il est probable qu'aucune génération réelle n'aura à chaque âge les taux observés. L'indicateur conjoncturel de fécondité sert donc uniquement à caractériser d'une façon synthétique la situation démographique au cours d'une année donnée, sans qu'on puisse en tirer des conclusions certaines sur l'avenir de la population.

À Mayotte, l'essentiel des naissances est issu de mères étrangères récemment arrivées dans l'île au parfum : les trois quarts des naissances proviennent de ces femmes, pour la plupart de nationalité comorienne (69 %). Le comportement de ces immigrantes en matière de fécondité diffère en effet significativement de celui des femmes natives de Mayotte : leur indicateur conjoncturel de fécondité est presque deux fois plus élevé que celui des femmes natives de Mayotte (respectivement 6,0 et 3,5 enfants par femme).

En 2018, 10 % des nouveau-nés n'ont pas été reconnus par le père au moment de la naissance. C'est un chiffre en diminution (15 % en 2014). La proportion actuelle, équivalente à celle de la métropole, est moins élevée que celle de La Réunion (25 %). Lorsque la mère est de nationalité étrangère, davantage d'enfants ne sont pas reconnus par le père (11 %). Cette part est de 7 % lorsqu'elle est de nationalité française (7 %).

S'agissant des pères, ils sont aujourd'hui pour moitié environ de nationalité française (51,2 % en 2017, 47,8 % en 2018), une proportion en baisse par rapport à 2014 (62,4 %). Dans ces conditions :

- moins de 20 % des nouveau-nés à Mayotte ont leurs deux parents de nationalité française (19 % en 2017, 18,1 % en 2018, contre 27,9 % en 2014) ;
- moins de 40 % des nouveau-nés possèdent un de leurs deux parents de nationalité française (39,4 % en 2017, 37,2 % en 2018 contre 43,9 % en 2014) ;
- les naissances issues de deux parents étrangers progressent : 41,6 % en 2017, 44,6 % en 2018 contre seulement 28,2 % en 2014.

Les derniers chiffres disponibles (année 2020) confirment ces dynamiques (tableau 2).

		Nationalité du père				Total
		Comorienne	Française	Malgache	Autre	
Nationalité de la mère	Comorienne	3820	2420	30	30	6300
	Française	630	1670	60	10	2370
	Malgache	40	350	40	0	440
	Autre	10	30	0	40	80
Total		4510	4460	130	80	9180

Source : Insee, statistiques de l'état civil

Tableau 2. Nombre de naissances en fonction de la nationalité des parents (2020)

Sur le plan juridique, une partie significative de ces enfants de parents 100 % étrangers sera directement concernée par les récents changements du droit de la nationalité applicable à Mayotte. La révision du « droit du sol » impose en effet, depuis mars 2019, que l'obtention de la nationalité française à partir de 13 ans pour un enfant né de parents étrangers soit conditionnée par le fait qu'au moins un de ses parents résidait de manière régulière depuis plus de trois mois sur le territoire de Mayotte au moment de la naissance (art. 2493 et s., C. civ.).

Ces nouvelles dispositions juridiques sont donc de nature à faire augmenter davantage, dans le futur, la proportion des personnes de nationalité étrangère à Mayotte.

§ 2 – Un flux migratoire important dans les deux sens

Alors qu'il était négatif entre 2002 et 2012, le solde migratoire est aujourd'hui positif à Mayotte : l'effectif de la population augmente, de cette façon, de 1100 individus par an en moyenne. Le niveau relativement faible de ce solde ne doit cependant pas occulter les forts mouvements migratoires en place sur ce territoire. Pendant que 32 500 personnes, principalement originaires des Comores, s'installent à Mayotte sur la période 2012-2017, ce sont presque autant (26 900) qui prennent le chemin inverse, essentiellement de jeunes natifs (25 900) ayant pour objectifs de poursuivre leurs études ou de trouver du travail en métropole ou à La Réunion.

Une analyse de la structure par âges des migrations montre qu'il y a chez les jeunes de 15 à 24 ans davantage de départs que d'arrivées (-7930 individus entre 2012 et 2017). C'est l'inverse chez les enfants de moins de 15 ans (+5780 individus) et chez les adultes de 25 à 34 ans (+7090) dont près des deux tiers (64,45 %) sont des femmes. Sur ce point en effet, la structure par sexe des mouvements migratoires fait apparaître un solde excédentaire pour les femmes (+5800) en particulier dans la tranche 25-34 ans (+4570). Chez les hommes, le solde migratoire est quasi nul : les 5260 départs masculins enregistrés dans la tranche 15-24 ans sont compensés essentiellement par l'arrivée d'enfants garçons (+ 2100) et d'hommes dans la tranche 25-34 ans (+ 2530).

§ 3 – Une recomposition importante de la population

L'émigration massive de jeunes natifs de Mayotte, associée à l'intense fécondité des nombreuses femmes issues de l'immigration depuis les Comores, débouche naturellement sur une recomposition de la population mahoraise. Mayotte est le département français où la proportion d'étrangers dans la population est la plus importante. En 2017, 48 % de la population est de nationalité étrangère (+8 points depuis 2012) soit environ 123 000 personnes, la grande majorité de nationalité comorienne (95 %) et environ la moitié en situation administrative irrégulière. Cette proportion de natifs de l'étranger est très variable selon l'âge des individus. Comme le laisse supposer l'analyse du solde migratoire, elle culmine à 65 % pour la tranche 25-34 ans, en augmentation de 9 points de pourcentage par rapport à 2012.

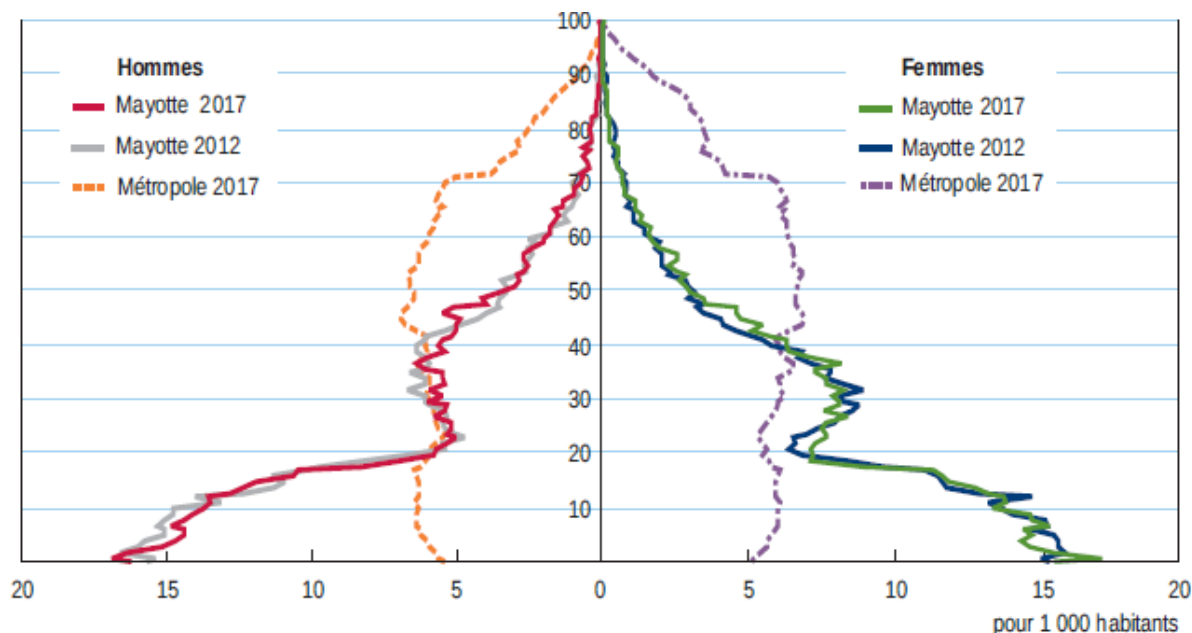
Parmi les 122 777 personnes de nationalité étrangère résidant à Mayotte en 2017, un tiers sont nés à Mayotte (40 626), ce qui représente environ 16 % de la population totale. Ce sont dans leur grande majorité des personnes mineures.

Au total, seulement un tiers des adultes résidant à Mayotte y sont nés d'une mère elle-même native du département. Cette proportion n'est que de 22 % pour les 18-24 ans.

C'est aussi la forte émigration des jeunes natifs de Mayotte qui contribue significativement à transformer la population de Mayotte. D'après l'enquête MFV-Mayotte, 26 % des adultes natifs de Mayotte résidant en 2012 en France vivent hors du département, principalement en métropole et à La Réunion. Près de la moitié des 18-24 ans est dans ce cas (45 %), soit une proportion bien plus élevée qu'aux Antilles et à La Réunion (33 % et 20 %). La mobilité des jeunes est donc plus forte à Mayotte que dans les autres DOM. Sans cette émigration, les natifs de Mayotte seraient majoritaires parmi les adultes résidant à Mayotte (57 % contre 45 % actuellement).

§ 4 – Des effets visibles dans la pyramide des âges

La pyramide des âges, qui offre une répartition de la population par âge et par sexe, constitue la pièce maîtresse de toute étude démographique. La forme particulière de cette dernière à Mayotte reflète les spécificités de ce territoire en termes de migration et de natalité (figure 3).



Lecture : en 2017, pour 1 000 habitants de Mayotte, 8,3 sont des hommes de 18 ans et 9,1 sont des femmes de 18 ans.

Source : Insee, recensements de la population de Mayotte 2012 et 2017 et estimations de population au 1er janvier 2018 pour la France métropolitaine

Figure 3. Pyramide des âges à Mayotte (2012 et 2017) et en France métropolitaine (2017)

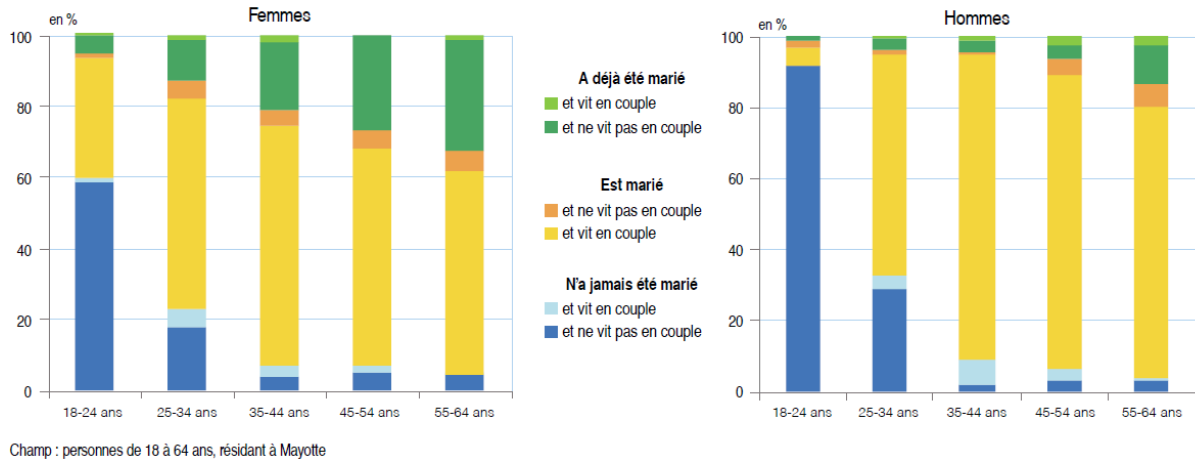
Sur la période 2012-2017, la répartition par âge de la population mahoraise a peu évolué. Comme évoqué précédemment, le vieillissement de la population reste contenu du fait des migrations et d'une natalité élevée. Mayotte possède la population la plus jeune de France. L'âge moyen des habitants s'établit à 23 ans, bien en deçà de celui de la Métropole (41 ans), de La Réunion (35 ans) ou encore de la Guyane (28 ans).

Si 52 % des habitants sont des femmes (une légère augmentation par rapport à 2012), c'est surtout dans la tranche 20-34 ans qu'elles sont bien plus nombreuses que les hommes. Le rapport de masculinité — nombre d'hommes pour 100 femmes — est inférieur à 70. Autrement dit, 59 % de la population est constituée de femmes dans la tranche 20-34 ans. Cet écart, déjà existant en 2012, s'est accentué au cours des cinq dernières années avec le déséquilibre d'une arrivée plus importante de femmes depuis les Comores.

Enfin, comme en 2012, la pyramide des âges présente un creux marqué autour de 20 ans. C'est la conséquence du déficit migratoire à ces âges.

§ 5 – Les caractéristiques de la nuptialité à Mayotte

Le mariage est l'un des faits marquants de la société mahoraise. Au-delà de 35 ans, plus de 90 % des personnes sont mariées ou déclarent avoir déjà été mariées, pour les hommes comme pour les femmes (figure 4).



Source : Ined-Insee, enquête MFV-Mayotte, 2015-2016

Figure 4. Caractéristiques de la nuptialité à Mayotte selon l'âge et le sexe

Les formes et la durée de l'union diffèrent néanmoins selon le sexe. Le mariage est plus tardif pour les hommes : un sur dix seulement est marié avant 25 ans, contre quatre femmes sur dix. Pour ces dernières, la cohabitation avec le mari n'est pas toujours durable : après 35 ans, la part de celles qui ne sont plus mariées et ne vivent pas en couple augmente avec l'âge, de 19 % à 31 %. En outre 5 % sont toujours mariées, mais ne vivent pas en couple. Pour les hommes, en revanche, la vie en couple devient le modèle dominant après 35 ans. Par ailleurs, plus d'une femme sur trois de 35 à 64 ans déclare s'être mariée au moins deux fois et plus d'une femme sur dix, trois fois ou plus.

Si le mariage reste encore précoce pour les femmes à Mayotte, les comportements changent avec les nouvelles générations : si 60 % des femmes nées entre 1945 et 1954 étaient mariées à 20 ans, elles ne sont plus que 40 % pour celles nées entre 1965 et 1974. Si cette proportion s'est stabilisée pour les générations suivantes, il existe néanmoins de fortes disparités selon le niveau d'études : les jeunes femmes (18 à 24 ans) ayant été scolarisées au moins jusqu'au lycée sont deux fois moins souvent mariées que celles n'ayant pas fréquenté le lycée.

Les unions à Mayotte sont aussi marquées par une forte proportion d'unions mixtes entre deux personnes de pays de naissance différents et un écart d'âge élevé entre conjoints. Par ailleurs, malgré l'importance attachée à l'officialisation du mariage préalable à la mise en couple, une situation d'« union libre » a précédé le mariage officiel dans 15 % des unions récentes, contractées depuis 2010. Le mariage demeure coutumier (98 %) et il est rarement combiné à un mariage civil (12 % des cas).

Enfin, quant à la pratique de la polygamie à Mayotte, la proportion d'hommes polygames à Mayotte peut être estimée, selon Claude-Valentin Marie et al. (2017), à partir de trois approches :

- 1°/en se basant sur le nombre de leurs épouses et leurs déclarations sur la multi-résidence ;
- 2°/en associant toutes les multi-résidences à une situation de polygamie (hypothèse haute) ;
- 3°/en ne considérant comme polygames que les seuls hommes repérés comme vivant aussi chez une autre épouse (hypothèse basse).

À partir de ces trois approches, la proportion d'hommes polygames chez les 35-55 ans varie de 9 % à 11 %, soit une proportion un peu inférieure à celle mesurée au recensement de la population de 1991 (13 %).

§ 6 – Quelles perspectives démographiques pour l'avenir ?

La croissance démographique de Mayotte repose sur le fort dynamisme des naissances. Les trois quarts de ces dernières sont issus de mères nées à l'étranger, en particulier des Comores. Sauf évolution forte des comportements de fécondité, l'accroissement à venir de la population mahoraise dépend donc en grande partie de celle des migrations.

Moins d'immigration limiterait l'augmentation des naissances. Prévoir l'évolution future de ces flux de population entrante s'avère néanmoins impossible. On peut tout de même se risquer à prédire que les arrivées de « kwassa-kwassa » à Mayotte dans le futur, soient comme aujourd'hui fonction de la persistance de la pauvreté aux Comores. Sur ce point, la banque mondiale relève dans un rapport de 2018 un recul de la pauvreté dans ce pays depuis 2014, aussi bien en milieu urbain que rural. L'institution note cependant que les inégalités persistent dans plusieurs indicateurs de bien-être, en particulier dans les zones rurales et à Ndzouani (Anjouan), l'île la plus proche de Mayotte et d'où sont aujourd'hui originaires 70 % des immigrés comoriens (enquête MFV Mayotte, 2015).

Selon Annie Vidal (2002), l'inertie des phénomènes démographiques fait de cette discipline le domaine par excellence des projections. Effectuer des projections n'est pas prévoir, mais fournir un ensemble de résultats de calcul illustrant l'évolution d'une population dans telle ou telle hypothèse qui ne sont pas nécessairement vraisemblables. La projection devient prévision quand les hypothèses sur lesquelles elle est fondée apparaissent comme très probables. La méthode des scénarios proposée en 2020 par l'Insee permet de suggérer un ensemble de futurs possibles en combinant différentes hypothèses en matière de fécondité, de mortalité et de migrations.

Dans un premier scénario, qu'on pourrait qualifier de « Malthusien »⁴⁶⁵, les flux migratoires observés entre 2012 et 2017 se maintiennent jusqu'en 2050. Autrement dit, l'immigration en provenance des Comores reste aussi élevée qu'actuellement avec en particulier l'arrivée de nombreuses femmes âgées de 15 à 34 ans. Ces dernières ayant une fécondité bien plus élevée que les femmes natives de Mayotte, le nombre des naissances augmentera fortement. Dans ces

⁴⁶⁵ Né en 1766 dans une famille britannique aisée, Thomas Robert Malthus devient pasteur anglican en 1797. En 1798 il publie son célèbre ouvrage intitulé « Essai sur le principe de population ». Malthus identifie le déséquilibre entre la croissance de la population et celle des moyens de subsistance. Selon ses prédictions, la population double tous les 25 ans. À Mayotte, si le taux de croissance annuel se maintient durablement au rythme actuel (3,8 %), le temps de doublement de la population serait inférieur à 19 ans. Sur le long terme, ce résultat n'est cependant pas réaliste. Aux craintes « malthusiennes » d'une évolution exponentielle de la population, on peut en effet aujourd'hui opposer le principe d'universalité de la transition démographique. Ce type de calcul sert davantage à l'attirer l'attention sur les conséquences à court terme d'une croissance démographique soutenue.

conditions, la population de Mayotte passerait 256 500 habitants en 2017 à 760 000 habitants en 2050 !

Dans un deuxième scénario, le nombre d'arrivées depuis l'étranger baisse jusqu'à atteindre celui des départs depuis Mayotte vers la métropole et La Réunion (solde migratoire nul). La population mahoraise atteindrait alors 530 000 habitants en 2050.

Enfin, dans un troisième scénario, le solde migratoire redevient déficitaire comme pendant la période 2007-2012. L'effectif de la population serait ainsi de 440 000 habitants en 2050.

Dans les deux derniers scénarios, la population mahoraise vieillirait, car la natalité diminuerait et l'espérance de vie progresserait sensiblement. En 2050, la part de personnes de 60 ans ou plus serait ainsi trois fois plus élevée qu'en 2017 (12 % contre 4 %), et la part des moins de 20 ans se réduirait nettement (de 54 % à 39 %).

Conclusion

La départementalisation de 2011 va de pair avec la reprise d'une croissance démographique très soutenue à Mayotte. Le taux de croissance de la population, dont la décélération était ininterrompue depuis les années 90, a en effet brutalement repris depuis cet événement institutionnel majeur. Cette rupture de tendance s'explique par des niveaux particulièrement soutenus de la natalité liée aux immigrations sur ce territoire.

Comme nulle part ailleurs en France, la combinaison de ces dynamiques démographiques exceptionnelles à Mayotte est telle qu'elle conduit à une recomposition de la population. En 2017, les natifs de nationalité française y sont d'ores et déjà minoritaires (42,7 %). Depuis cette date, et compte tenu de la forte progression des naissances issues de deux parents étrangers en situation irrégulière, il convient également de prendre en compte dans ce processus les futurs effets des nouvelles dispositions juridiques en matière de droit du sol pour les nouveau-nés.

Chapitre 2/ Le domaine matériel du statut personnel mahorais et de la coutume

C'est l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, qui précise aujourd'hui le domaine matériel du statut civil mahorais : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (article 1, al. 1).

Le législateur, en délimitant les contours du statut personnel mahorais, en retient donc ici une conception large qui pourrait correspondre au domaine « positif » ou « théorique » du « statut civil de droit local » applicable.

Mais ne nous y laissons pas tromper ! Les dérogations à cette délimitation matérielle sont tellement nombreuses que cela rend la formulation en (grande) partie inexacte. Il s'agit de toutes les hypothèses où le « droit local » ne s'appliquera pas, malgré l'appartenance de l'intéressé au statut personnel mahorais. En effet, les questions qui relèvent en principe du statut civil de droit local (à s'en tenir à la délimitation ci-dessus énoncée) ne sont pas toutes, en réalité, ou en pratique, régies par la coutume.

Il nous faudra donc explorer aussi l'envers du décor et présenter le domaine « négatif » du statut personnel mahorais. Nous exposerons ces deux facettes du domaine du statut civil de droit local et de la coutume.

Section 1/ Le domaine « positif » ou « théorique » du statut personnel mahorais

Nous partirons du présupposé que les sujets de notre étude relèvent bien du statut personnel de droit local, dans les conditions précisées précédemment. Si j'appartiens au statut civil de droit local, quelles sont pour moi les conséquences juridiques de cette appartenance à un statut personnel spécifique ? À quel droit suis-je exactement soumis et quelles règles s'appliquent-elles à moi ? Une fois ce mystère éclairci, on pourra répondre aux questions suivantes : à quoi ces règles s'appliquent-elles ? Dans quels cas, quelles matières, appliquer le « droit local » ?

§ 1 – Le statut personnel mahorais serait composé d'un « droit local » multisources

Par définition, si j'appartiens au statut civil de droit local, c'est que, *a contrario*, je ne relève pas du droit commun. Mais dois-je pour autant appliquer la coutume ? Pas nécessairement, car avant tout je suis régi par un « droit local ». Mais que recouvre cette notion ?

I. Définition du droit local (généralités)

Le droit local est initialement un terme propre à désigner l'ensemble des dispositions particulières demeurées en vigueur dans les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. En réalité, son acception est beaucoup plus large et il est aussi (et devrait être) le droit particulier à un lieu, à une région (on parle d'usage local), et qui s'applique à l'ensemble d'un territoire donné. Dans ce sens, il fait même parfois référence au droit étranger applicable

ou appliqué, chaque fois que le lieu sert de critère de rattachement (lieu de conclusion, lieu de situation d'un bien, lieu de survenance du dommage...).

Si on se limite au droit interne, et abstraction faite du cas alsacien mosellan, l'apparition d'un droit local est le résultat du *principe de spécialité législative*, qui a prévalu autrefois dans les outre-mer français (et aujourd'hui encore dans certains d'entre eux). Le droit local est donc un droit « spécial » par opposition au droit « commun », applicable dans le reste de l'Hexagone. Un droit local a de ce fait vu le jour dans les anciennes colonies et, aujourd'hui encore, dans certaines collectivités ultramarines.

L'existence de ce droit local peut affecter toutes les relations juridiques (droit civil, droit du travail, droit fiscal, droit processuel...) et toute personne, quel que soit son statut personnel. La substitution du principe d'identité législative au principe de spécialité législative n'efface pas complètement le droit local. Outre la subsistance de règles anciennes, de nouvelles règles spéciales peuvent être créées : pour Mayotte, on prendra l'exemple des articles 2499-1 et suivants du Code civil sur la reconnaissance frauduleuse de filiation qui, jusqu'en 2018, n'a été applicable que sur le territoire mahorais, avant de devenir finalement une règle du droit commun envisagée aux articles 316-1 et suivants du Code civil⁴⁶⁶. L'existence même du Livre V du Code civil, propre à Mayotte, consacre l'existence d'un droit civil « local » en son article 2489 : le droit civil commun contenu dans le Code civil s'applique à Mayotte sous réserve des conditions définies au Livre V. Autrement dit, l'identité législative que le législateur a choisie pour Mayotte, notamment en matière civile, n'est pas une identité législative parfaitement complète !

Enfin, un droit local peut également l'être *par ses sources* : lorsqu'une assemblée territoriale avec des compétences législatives ou réglementaires distinctes édicte sa propre réglementation (comme les lois du pays de Nouvelle-Calédonie), ou bien lorsque, de toutes les façons, le droit national autorise la création et l'application de règles coutumières. Des usages et pratiques locales peuvent ainsi donner naissance à un droit « local »⁴⁶⁷.

II. Définition du droit local (à Mayotte)

À Mayotte, le droit civil est local à plusieurs titres : *territorialement*, comme on vient de le voir, comme il pourrait l'être partout ailleurs outre-mer (ou même dans l'Hexagone), avec des règles spéciales attachées au territoire ; mais aussi *par ses sources*, ensuite : comme le prévoit l'article 75 de la Constitution, les Mahorais qui ne sont pas « de statut civil de droit commun », continuent en principe d'être régis par un groupe de règles qui leur est spécifique et dont les origines sont, du moins historiquement, locales⁴⁶⁸. Ce serait là l'explication à la reconnaissance d'un statut civil « de droit local »⁴⁶⁹. Néanmoins, en tant qu'il s'applique à un groupe de personnes (les Mahorais) et non à un lieu, ce statut a vocation géographiquement à s'appliquer

⁴⁶⁶ Introduits par la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, dite *Loi Collomb* et abrogeant les dispositions qui figuraient jusque-là dans le livre V.

⁴⁶⁷ E. Ralser, « La République, fossoyeuse des coutumes locales ? », in O. Desaulnay et M. Maisonnette (dir.), *L'unité de la République et la diversité culturelle*, PUAM, 2016, coll. Droit d'outre-mer, p. 75-90.

⁴⁶⁸ Nous voulons dire par là que ces sources sont *originellement* locales. Des sources nationales, comme les ordonnances ou autres textes législatifs, que l'on citera tout au long de nos développements, ont désormais pris le relais et complètent le dispositif.

⁴⁶⁹ M. Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions* 2018, p. 59-76. L'expression même de statut personnel « de droit local » a remplacé celle de statut des « Comoriens musulmans » et autres tournures équivalentes, pour faire disparaître tout critère religieux et mettre à jour les qualités requises pour bénéficier de ce statut, depuis l'Indépendance des trois autres îles de l'archipel des Comores ; voir aussi *supra*, le rapport de Louis-Augustin Barrière.

partout. Un statut personnel, quel qu'il soit, quand bien même serait-il qualifié « de droit local », ne perd pas la dimension extraterritoriale qui lui est attachée, dont le principe a été posé dans le cadre des relations privées internationales⁴⁷⁰, mais dont il n'y a pas de raison de ne pas l'étendre aux conflits internes de lois ; ce que certains juges du fond, perspicaces, n'ont d'ailleurs pas manqué de faire⁴⁷¹.

Pour tenter d'y voir plus clair, s'appliquent donc à Mayotte, et pour s'en tenir au droit civil :

- un **droit civil spécial de source** (originellement) **locale**,⁴⁷² applicable partout (puisqu'il suit en principe la personne), mais seulement à ceux qui relèvent du « statut civil de droit local » ; à cette expression employée par le législateur, nous préférons celles de « droit civil mahorais » ou « droit mahorais », ou de « statut civil mahorais » ou « statut personnel mahorais »⁴⁷³ ;
- le **droit civil commun** : applicable à tous et partout, dont les règles sont contenues dans le Code civil du Livre Ier au Livre IV inclus ; c'est le « statut civil de droit commun », applicable dès lors que le « statut civil mahorais » ne l'est pas ;
- un **droit civil spécial et local** : applicable à tous (dès lors que les règles du statut civil mahorais ne s'appliquent pas), *mais uniquement localement*, dont les contours sont déterminés au Livre V du Code civil.

C'est bien entendu le premier qui nous intéresse ici. Être Mahorais conduit à l'application d'un statut personnel spécifique.

III. Qu'est-ce que le « statut personnel mahorais » ?

Alors qu'elle nous est familière, la notion de statut personnel est souvent mal comprise et ses contours sont variables selon les continents.⁴⁷⁴ Dans son sens général, un « statut » désigne soit l'acte établissant une règle (*statutum*), soit un ensemble de normes juridiques relatives à une matière (exemple : le statut réel), soit la condition juridique en résultant pour une personne (exemple : le statut conjugal), soit une catégorie de personnes (exemple : le statut des fonctionnaires) ou une institution (statut des collectivités locales).⁴⁷⁵ Plus spécifiquement, le « statut personnel » renvoie à l'ensemble des règles gouvernant la condition *civile* des personnes *physiques*, laquelle condition civile comprend *a minima* l'état et la capacité de ces personnes, mais à laquelle on ajoute parfois les régimes matrimoniaux, les successions, voire le régime des biens. C'est dans ce dernier sens que l'on envisagera ici le statut civil mahorais. C'est d'ailleurs de cette façon que, très officiellement, l'ordonnance n° 2010-590 envisage le statut personnel mahorais dans son article 1^{er}.

Un « statut » est donc un ensemble de règles ayant un objet commun. Pour Mayotte, ce statut personnel est composé de règles de source nationale, ainsi que de règles de source purement

⁴⁷⁰ Cour d'appel de Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, S. 1814, 2, 393 ; *GADIP*, n°1.

⁴⁷¹ Cour d'appel de Besançon, 13 juin 1995, *Milles Narwada et Radjeswari*, *RRJ* 1997-1, p. 347-352, note A. Boyer ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, éd. IRJS, tome 46, 2013.

⁴⁷² Même si ce sont, aujourd'hui, des sources *nationales* qui en délimitent l'étendue.

⁴⁷³ V° aussi C. Kuhn et Ch. Popineau, « Mayotte et pratique notariale », *JCP N* 2019, n° 49, p. 21, note 7, qui évoquent l'existence d'un « droit commun spécial mahorais », d'un « droit commun général », d'un « droit commun commun » et d'un « droit commun mahorais ». Ce besoin de se réapproprier le vocabulaire révèle, selon nous, que celui employé par le législateur contemporain n'est pas pleinement satisfaisant.

⁴⁷⁴ A. Aziz Diouf, « Libres propos sur le statut personnel dans le droit international privé des États d'Afrique noire », *Revue critique de droit international privé* 2019, p. 723.

⁴⁷⁵ *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant), sous la dir. G. Cornu, PUF.

locale ; le statut personnel mahorais est donc défini par une diversité de règles. Toutefois, l'ordonnance n'expose pas cet ensemble de règles. Certes, le texte en contient quelques-unes (par exemple : « toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci » - article 10), mais il consiste surtout à coordonner entre eux plusieurs corps de règles, celles du statut civil de droit commun et celles du statut civil de droit local, sans pour autant préciser quelles sont ces fameuses règles de source locale. Il est seulement fait mention à l'article 16, mais pour les abroger, du décret du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, et de la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane. Une partie de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte est également mentionnée pour être modifiée (article 14)⁴⁷⁶. Ce seraient là les sources initiales ou inaugurales du « statut personnel mahorais » ; du moins les pistes pour y conduire.

IV. Les sources purement locales du « statut civil mahorais »⁴⁷⁷

C'est le décret du 1^{er} juin 1939, portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, qui marque officiellement l'entrée d'un statut personnel propre à Mayotte dans les textes. C'est également ce texte qui nous renseigne sur les sources de ce statut personnel : « Les *cadis* jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman *Minihadji el Talihir* est seul officiel et applicable dans l'archipel » (article 6)⁴⁷⁸.

Bien entendu, dire que ce statut n'a été consacré qu'à cette date ne préjuge pas de son existence antérieure. Le témoin en serait, selon la rumeur, le Traité de cession de Mayotte à la France de 1841 par lequel la France s'était engagée à préserver les coutumes autochtones et l'islam. En réalité, ce traité a eu essentiellement pour objet de vendre Mayotte à la France, le cédant (le sultan Andriansouli alors au pouvoir) se réservant quelques droits, et le cessionnaire (la France) s'engageant à respecter la propriété privée, notamment celle des terres cultivées (art. 5), *ainsi que le principe d'une justice différenciée* (art. 7).⁴⁷⁹

À suivre strictement les termes du Traité, il n'est nullement question des coutumes locales. Le respect de celles-ci pourrait toutefois être déduit du maintien de cette justice différenciée : ces autorités locales auxquelles s'adressait le justiciable faisaient application des seules règles qui leur étaient connues, c'est-à-dire d'un droit de source locale, lui-même « différencié ». L'organisation de cette justice sera d'ailleurs l'objet principal du décret de 1939 cité plus haut. D'après ce texte, donc, « le droit musulman » (A) et « les coutumes indigènes » (B) sont les sources du statut personnel mahorais.

⁴⁷⁶ Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte, *Journal officiel des Comores*, J.O.C. 1961, p. 258 ; modifié par l'acte n° 71-13 du 30 septembre 1971 de la Chambre des députés des Comores. Dans sa version initiale, le texte était relatif à l'état civil « des Comoriens musulmans ». Cette délibération reste en vigueur, mais le 2^o de l'article 1^{er}, le chapitre IV et l'article 35 ont été abrogés.

⁴⁷⁷ Comme cela a été évoqué et qu'il le sera vu plus loin, des sources *nationales* régissent aussi le statut personnel mahorais, mais nous souhaitons n'aborder ici que les sources qui touchent de près à la « coutume ».

⁴⁷⁸ M. Hachimi Alaoui, E. Lemercier, « Que faire des *cadis* de la République ? », *Ethnologie française* 2018/1, p. 37-46.

⁴⁷⁹ Voir *infra* la contribution d'Aurélien Siri « Évolution de la justice cadiale ».

A. Le « droit musulman »

Le décret du 1^{er} juin 1939 indique le droit musulman comme première source du statut personnel mahorais, et précise aussi, s'agissant de ce seul droit musulman, que « le code musulman *Minihadji el Talihir* est seul officiel et applicable dans l'archipel ».

Ce *Minhâdj at Twalibine*, dont l'orthographe varie d'un auteur à l'autre, que l'on traduit en français par *Guide des zélés croyants*, est un recueil écrit au XIII^e siècle par l'imam syrien An-Nawawî, inspiré du rite chaféite (l'un des quatre rites sunnites).⁴⁸⁰ Ce texte a été complété par d'autres traités de rite chaféite : le « *fath al quarib* », le « *kétab el tambin* », le « *fath el moeni* », tous trois rendus applicables par la Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964.

La précision est essentielle, car le « droit musulman » applicable à Mayotte ne correspond qu'imparfaitement à celui de la *Charia* et cela a été abondamment décrit et commenté par l'ancien magistrat Paul Guy, à qui l'on doit beaucoup pour la compréhension de ce *Guide*, tel qu'il a été suivi et transmis dans l'archipel⁴⁸¹. Son analyse très complète des textes, nourrie par la lecture d'autres auteurs, a permis non seulement de mieux comprendre quelles étaient exactement les règles musulmanes applicables sur ce territoire, de les faire connaître, de les transmettre (pour la formation même des cadis) et aussi de mesurer et de souligner combien elles s'éloignaient parfois de la loi islamique traditionnelle. De même les nombreux échanges que nous avons pu avoir, à l'occasion de cette recherche, avec les magistrats de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, ont révélé des pratiques différentes de celles que l'on attribue généralement aux prescriptions musulmanes.⁴⁸²

Cet « éloignement » du droit musulman traditionnel s'explique notamment par une islamisation relativement tardive de l'archipel des Comores, que l'on situe entre le XIII^e et le XVI^e siècles. Par ailleurs, le droit musulman ne s'y serait véritablement appliqué qu'à partir du XIX^e siècle, période marquée également par les débuts de la colonisation française de ces îles du sud-ouest de l'océan Indien⁴⁸³.

Par conséquent, à Mayotte, c'est la coutume qui constitue le « droit originaire » ou le « code informel de la tradition ancestrale »⁴⁸⁴ ; par conséquent également, même si les seuls textes évoquant les sources du « droit local » mahorais semblent indiquer une hiérarchie, en pratique, la coutume prime sur le droit musulman.⁴⁸⁵ Il serait dans tous les cas inexact, en dépit de la

⁴⁸⁰ Ce recueil de textes (applicables aux Comores, à Madagascar, en Afrique orientale, en Syrie et en Indonésie) a été traduit sous le titre *Minhâdj at-tâlibîn*. Il en existe aussi une première traduction en français datant de 1882 par R. France de Tersant avec la collaboration de M. Damiens, éditée par Van den Berg, imprimée à Batavia, ancien nom de l'actuelle Jakarta, capitale de l'Indonésie (longtemps colonie néerlandaise jusqu'en 1942).

⁴⁸¹ Voir la liste de ses principales contributions dans la bibliographie générale.

⁴⁸² Notamment avec Yves Moatty, magistrat à Mayotte de 2001 à 2011. Nous le remercions infiniment et chaleureusement pour l'éclairage à la fois rétrospectif et contemporain qu'il nous a apporté, tout au long de cette recherche, sur la société mahoraise, ainsi que sur la pratique judiciaire. Nous remercions aussi sincèrement Alain Châteauneuf, premier président de la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion et de Mayotte, qui fut également président du Tribunal de première instance (TPI) de Mayotte [1997-2004], qui a fait état de son expérience et qui nous a mis en relation avec plusieurs magistrats de sa juridiction.

⁴⁸³ M. Hachimi Alaoui, E. Lemerrier, préc. ; J. Martin, *Comores : quatre îles entre pirates et planteurs*, L'Harmattan, 1983.

⁴⁸⁴ A. Djibir, « Le droit comorien dans la tradition *milanantsi* », *Taheri*, septembre-octobre 2001, p. 40, cité in *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, Dossier n° 4, Mamoudzou, Archives départementales de Mayotte, 2014, note 176.

⁴⁸⁵ A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, op. cit., n° 111 et 112.

supériorité purement formelle de la règle écrite sur la règle orale, d'affirmer que la seule source du statut personnel mahorais est le *Minhâdj*.

B. Les « coutumes indigènes »

Le décret du 1^{er} juin 1939 indique aussi que les coutumes « indigènes », c'est-à-dire les coutumes « locales », selon la terminologie qui serait aujourd'hui recommandée, peuvent aussi servir de fondement juridique aux décisions des cadis. La délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, également abrogée, précisait que les *cadis* pouvaient « invoquer aussi les coutumes locales propres à chaque île » (article 7). Les traditions orales ont ainsi acquis la qualité de sources du droit à part entière et se sont officiellement trouvées au même rang que les sources écrites du statut personnel mahorais, que les autorités colonisatrices locales avaient pourtant tenté de privilégier, comme étant plus accessibles. Quoi qu'il en soit, ces coutumes locales ont pour berceau l'Afrique orientale, incluant les pays bordant le Canal du Mozambique, ainsi que Madagascar ou certains pays arabes, dont les populations se sont installées dans l'île au fil des siècles. Leur origine exacte est difficile à connaître. Leur contenu et leurs différentes interprétations possibles également. Toutefois, de toute la littérature scientifique qui a pu être produite à leur sujet, tant dans le domaine juridique qu'anthropologique ou sociologique, et de tous les entretiens qui ont pu être menés dans le cadre ou même en dehors de cette recherche⁴⁸⁶, il ressort des informations communes.

Tout d'abord, dans les grandes lignes, bien que non écrites, elles sont en réalité toutes connues et ont pour trait commun de reposer sur une tradition matrilocale et matrifocale⁴⁸⁷. Ensuite, les plus emblématiques d'entre elles, comme la règle du *Magnahoulé* ou celle relative à la résidence familiale, dérogent aux prescriptions du *Minhâdj*, qu'elles viennent souvent adoucir et sur lesquelles, dans tous les cas, elles prévalent. Sans révéler à ce stade le contenu de toutes ces coutumes, puisqu'il sera étudié au fil du rapport, par le biais des thématiques qui ont été retenues, nous concluons simplement ce premier point en soulignant qu'elles composent, aux côtés du *Minhâdj*, le droit applicable au statut personnel mahorais.

Pour reprendre nos propos liminaires et ses interrogations, et y répondre : si je suis de statut personnel mahorais, les règles qui s'appliquent à moi sont *a priori* celles du *Minhâdj* et celles de la coutume locale. Avoir répondu à cette première question nous permet de passer à l'étape suivante : à quoi exactement ces règles s'appliquent-elles ? Quelle est l'étendue de leur champ d'application ? Couvrent-elles *tout* le statut civil des Mahorais ?

§ 2 – L'appartenance au statut personnel mahorais conduirait à l'application de la « coutume »

On placera ce paragraphe au conditionnel⁴⁸⁸ : quelles questions, quels rapports juridiques devraient-ils être régis par la coutume et le *Minhâdj* ? Leur liste a déjà été plusieurs fois revue à la baisse. L'article 9 de la délibération du 3 juin 1964 mentionnait par exemple : l'état civil,

⁴⁸⁶ Nous saisissons ici l'occasion de remercier M^e Bernard Pons, notaire à Mayotte, avec lequel nous échangeons depuis plusieurs années, au sujet du statut personnel mahorais. Passionné par le sujet, il a effectué des recherches poussées dans toute l'Afrique australe ou presque pour retrouver les origines de la coutume locale et ses différentes variantes.

⁴⁸⁷ Voir le rapport de Nicolas Roinsard.

⁴⁸⁸ À présent, nombre de ces questions ont été retirées du champ de la coutume : voir notamment, *infra*, II, 3/.

la garde d'enfants, l'entretien de la famille, la filiation, la répudiation, le don nuptial, le rachat *khôl*, les successions, les donations, le testament, le *waqf*, le *magnahoulé*.⁴⁸⁹

L'énumération qui en est donnée aujourd'hui paraît plus réduite, mais aussi plus simple : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (art. 1, al. 1, ord. 2010)⁴⁹⁰, et la mention de « l'état des personnes », à l'instar de la formulation de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, pour les conflits internationaux de lois, paraît suffisamment vaste pour englober en principe tout le droit des personnes et de la famille.

L'état d'une personne, qu'on se gardera de confondre avec son « état civil »⁴⁹¹, vise en effet l'ensemble des éléments qui concourent à identifier et à individualiser chaque personne dans la société. Cela inclut les principaux éléments qui la différencient d'une autre, comme l'âge, le sexe, la capacité, la parenté (la filiation, son établissement et ses effets), le nom, le domicile, la nationalité, et la situation matrimoniale (le mariage ou autre mode de conjugalité, et leurs effets, le divorce, la séparation, et leurs effets...) : ce serait donc là tout le royaume de la coutume !

Il convient toutefois d'en retrancher d'emblée : la nationalité, l'âge et le sexe. L'attribution, l'acquisition et la perte de la nationalité relèvent d'un pouvoir régalien et ne sauraient dépendre d'un comportement social. L'âge et le sexe qui sont déterminés par la date de naissance, pour l'un, et par les attributs physiologiques constatés à la naissance, pour l'autre, sont des éléments de fait relatés dans des actes de l'état civil, conformément à des règles d'organisation d'un service public qui ne dépend pas, lui non plus, de règles coutumières.

On notera également que, dans l'énumération du texte, le droit foncier ou le régime des biens n'apparaît pas, alors que dans d'autres outre-mer comme en Nouvelle-Calédonie, le régime des terres est fortement lié à la coutume⁴⁹².

Cela laisse malgré tout sur le territoire de la coutume un grand nombre d'éléments de l'état d'une personne : la capacité, la parenté, le nom, le domicile, la situation matrimoniale ; éléments auxquels s'ajoutent les successions, les libéralités et, en cas de mariage, le régime matrimonial.

Sans être exhaustif, on donnera quelques illustrations du contenu (théorique) du « droit local » dans ces matières.⁴⁹³

⁴⁸⁹ Voir aussi la contribution de Louis-Augustin Barrière.

⁴⁹⁰ C'est déjà ce que prévoyait la loi statutaire du 11 juillet 2001 (art. 52-1), mod. Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003.

⁴⁹¹ L'état d'une personne est souvent confondu avec son « état civil » qui, il est vrai, est parfois défini comme la situation de la personne dans la famille et la société, incluant l'ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi prend en considération pour y attacher des effets (qualité d'époux, qualité d'enfant adoptif...) : *Vocabulaire juridique* (Association Henri Capitant), sous la dir. G. Cornu, PUF. Mais l'état civil désigne aussi l'organisation créée en vue de constater officiellement les qualités décrites ; c'est un mode de constatation ou d'enregistrement des principaux faits ou actes intéressant l'état d'une personne (naissance, mariage, divorce, décès, désaveu, reconnaissance d'enfant, adoption, mise sous tutelle...). Le terme désigne aussi le service public dont l'objet est de dresser sur des registres publics les actes instrumentaires constatant les faits et actes relatifs à l'état d'une personne ou à sa capacité. Voir le rapport de Christine Bidaud et d'Aurore Camuzat sur l'état civil.

⁴⁹² É. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018. Voir aussi, *infra*, les contributions de P. Puig, A. Hochet, B. Monteil et S. de Bretagne.

⁴⁹³ F. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Documentation française, collection rapports officiels, 1998. Voir aussi *Droit(s) et justice à Mayotte...*, *op. cit.*

Ainsi, les causes de **l'incapacité**, les modes de protection de la personne (autorité parentale, tutelle, curatelle) et les sanctions de l'incapacité sont en principe régis par le « droit local mahorais ». Ainsi, être de sexe féminin est une cause d'incapacité en droit musulman : les femmes ne peuvent, par exemple, témoigner en justice « qu'à raison de deux femmes pour un homme » et elles ne peuvent se marier que par l'intermédiaire de leur tuteur (*wali*). La coutume prévoit également que ce sont les mères veuves qui exercent le droit de tutelle sur les enfants mineurs.

La **parenté**, l'établissement de la filiation et les effets de celle-ci sont également régis par la coutume et le *Minhâdj*. La filiation paternelle n'est en principe admise que si l'enfant est né d'un mariage légitime dans le délai normal de la gestation. La reconnaissance d'un enfant par son père n'est toutefois pas inconnue du droit musulman pour établir la filiation légitime, alors que l'adoption, en revanche, semble y être expressément interdite (la question est discutée), tandis qu'elle est admise par la coutume malgache sakalave⁴⁹⁴.

Il n'y a pas, en droit musulman, de **nom patronymique**. Ainsi le citoyen de statut particulier a-t-il le plus souvent deux noms : le premier est le sien propre et le second celui de son père⁴⁹⁵. Il n'y a pas non plus de principe d'immutabilité du nom en droit musulman : le cadi pouvait être amené à modifier le prénom d'un individu pour des raisons coutumières par exemple si le nom choisi porte malheur ou si, d'après les déclarations d'un *foundi*, il n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

On pourrait hésiter à faire entrer le **domicile** dans le champ de la coutume : il remplit une fonction de police civile et, en tant que telle, sa définition juridique devrait être celle du Code civil, mais en tant qu'élément de l'état d'une personne, il pourrait également être défini par la coutume. C'est ainsi que, à Mayotte, le domicile conjugal est fixé chez l'épouse et non chez le mari. La résidence de la famille n'est pas non plus un « lieu qu'ils choisissent d'un commun accord » (art. 215, al. 2, C. civ.). Cela résulte du principe coutumier de la résidence « uxorilocale » : l'accueil du mari au domicile de sa femme est précédé de la célébration du mariage. De même, selon la coutume, le mineur n'est pas domicilié « chez ses père et mère », mais principalement chez sa mère.

La **situation matrimoniale** des Mahorais dépendrait aussi (théoriquement) du *Minhâdj* et de la coutume qui n'admettent qu'un seul mode de conjugalité : celui qui est issu du mariage. Les conditions de sa célébration et de sa dissolution (par répudiation) sont principalement celles de la « coutume musulmane » qui prévoit que la future épouse ne consent pas elle-même à son mariage, mais est représentée par son *wali*, et que le contrat entraîne le versement d'une dot. Le droit musulman admet aussi la polygamie. Il n'y a pas non plus obligation de communauté de vie, selon la coutume, ni gestion conjointe du logement familial, puisque le bien qui remplit cette fonction appartient à l'épouse et que le mari, lorsqu'il est polygame, ne réunit pas toutes ses épouses sous le même toit, mais réside temporairement chez chacune d'elles⁴⁹⁶.

La notion de **régime matrimonial** n'existe pas en droit musulman : le mariage est sans effet sur les biens des époux. La constitution des patrimoines, les règles de dissolution et de

⁴⁹⁴ Voir la contribution de Valérie Parisot sur la filiation, ainsi que la note de Yves Moatty.

⁴⁹⁵ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et Société* 2012, n° 80, p. 117-139.

⁴⁹⁶ Voir la contribution de Vincent Egéa « Mariage et coutumes à Mayotte ».

liquidation des intérêts patrimoniaux sont alors analysées comme équivalentes à celles d'un régime de séparation de biens.

Enfin, les règles du *Minhâdj* et celles de la coutume se partagent le domaine des **successions et des libéralités**, marquées par de fortes inégalités, à raison du sexe ou de la filiation, mais ces inégalités profitent parfois aux femmes : c'est le cas du *Magnahoulé*⁴⁹⁷. Un bien foncier est donné à une femme par son père, son oncle maternel, son mari ou son frère ; ce bien est affecté à son seul profit, tiendra lieu de logement familial en cas de mariage, et se transmettra à ses descendants en ligne maternelle. Cette coutume déroge au droit musulman relatif aux donations islamiques et à la dévolution successorale. L'attribution du bien se ferait dans l'ordre suivant : mère, fille, grand-mère, sœur, tante et cousine.

D'autres coutumes sont également fréquemment citées, bien qu'elles ne relèvent pas du statut personnel⁴⁹⁸ :

– le Chongo (*Shungu*) ou « l'obligation de contribuer à des repas communiels [...] dans certaines circonstances comme le mariage, la circoncision, le décès, et dont les frais, généralement élevés, sont payés au moyen d'une quote-part de tous les invités. Celui qui accepte ainsi de participer à un tel festin contractait une véritable dette vis-à-vis des autres qui y ont contribué, et ne peut se soustraire aux repas suivants sans s'exposer à la déconsidération de tout le groupe » ;

– le contrat d'entraide villageoise (*m'sada*), qui constitue une obligation à la fois morale et juridique pour la communauté d'aider un villageois qui en fait la demande.

Pour conclure ce premier point, on notera que le domaine de la coutume *stricto sensu* est plutôt réduit, puisque le « droit local » désigne aussi le *Minhâdj* comme applicable⁴⁹⁹ ; ces deux corps de règles ont cependant été abordés ici comme un ensemble. Quoiqu'il en soit, bien que le législateur ait défini le domaine du statut personnel mahorais de manière très large et générale (art. 1, ord. 2010-590), ce n'est là que le royaume *théorique* de la coutume et du *Minhâdj*, c'est-à-dire celui des questions qui *ont été* ou *devraient* être régies par ces sources-là. L'envers du décor nous révèle cependant le champ d'application réel de ces deux sources emblématiques du statut personnel.

Section 2/ Le domaine « négatif » ou « réel » du statut personnel mahorais

Si « le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (art. 1, al. 1, ord. 2010), alors tout ce qui, dans le Code civil, constitue le droit commun et relève du Livre I^{er} « Des personnes », et du Livre III (Titres 1^{er}, II, et V), n'est pas applicable aux personnes appartenant au statut personnel mahorais. L'ordonnance n° 2010-590 prévoit cependant de nombreuses exceptions à ce principe, exceptions qui conduisent à généraliser l'application du droit commun.

⁴⁹⁷ Voir la contribution de Céline Kuhn.

⁴⁹⁸ M. Sidal, *L'organisation de la justice à Mayotte depuis 1841*, Thèse Paris V, p. 199-202, cité in *Droit(s) et justice à Mayotte...*, *op. cit.*, note 177.

⁴⁹⁹ Il n'est de toute façon pas certain que les intéressés eux-mêmes fassent constamment la distinction. Interrogés sur le domaine de la coutume, nombreux sont ceux qui nous ont donné l'exemple du mariage, alors que les rites qui y président sont ceux de la loi musulmane.

Il s'agit donc ici de recenser tous les cas où coutume et *Minhâdj* devraient s'appliquer, mais ne le sont pas. Pour parvenir à ce résultat, le législateur s'y est pris de plusieurs manières, que l'on exposera l'une après l'autre.

§ 1 – Par non-désignation du « droit mahorais »

Déclarer le « droit mahorais » comme applicable au statut personnel d'un habitant de Mayotte est l'aboutissement de la superposition de plusieurs règles : l'article 75 de la Constitution⁵⁰⁰, tout d'abord, effectue une répartition entre le « statut civil de droit local » et le « statut civil de droit commun » ; puis une fois le premier désigné, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 prend le relais, ses premières dispositions ayant en effet pour principal objet d'opérer une nouvelle répartition plus précise entre ces deux corps de règles. Il en résulte que le « droit mahorais » ne s'applique à l'état, la capacité, les successions, les libéralités, les régimes matrimoniaux des Mahorais qu'à la condition qu'il n'y ait pas :

- de lacune du « droit mahorais » (art. 1, al. 3)
- renonciation définitive, volontaire (art. 3 et 4) ou involontaire au statut personnel
- d'option en faveur du droit civil commun (art. 1, al. 4)
- de rapport juridique mixte (art. 5)

a/ « En cas de **silence** ou **d'insuffisance** du statut civil de droit local, il est fait application, à titre supplétif, du droit civil commun » (art. 1, al. 3). Si le « droit mahorais » est muet sur certaines questions touchant pourtant à l'état d'une personne, le droit commun l'emporte⁵⁰¹. Il en est de même, et cette hypothèse pourra être laissée à l'interprétation des praticiens, si le statut personnel local, bien que non silencieux, semble insuffisant. On peut donner ici l'exemple du domicile : la coutume détermine certains domiciles spéciaux, mais ne donne aucune définition générale, ni ne donne au domicile une fonction de police civile.

b/ En cas de **rapport juridique mixte**, la faveur va là aussi au droit commun : « Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique. » (art. 5, al. 1)⁵⁰². Le cas de figure paraît simple à comprendre et entraîne, là aussi, l'application du droit commun. Il conviendra cependant de rappeler que si, avant l'indépendance des Comores, tous les habitants de l'archipel partageaient le même statut personnel, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Certains ont perdu la nationalité française (et sont devenus des étrangers ne relevant plus de l'article 75 C) ; et ceux qui l'ont conservée ont changé de statut personnel.⁵⁰³

c/ La **renonciation** à son statut civil peut tout d'abord être **involontaire** : elle peut par exemple tout simplement résulter d'une ignorance de son statut ou de la méconnaissance de la règle applicable. L'intéressé ne réclamera pas son application, parce qu'il ignore qu'il peut le faire ! Cette renonciation involontaire peut aussi résulter des requalifications opérées par la commission de révision de l'état civil, instaurée par l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000,

⁵⁰⁰ Ce texte contient, d'après nous, une règle de conflit de lois, en effectuant une répartition entre deux corps de règles. *Contra* : Valérie Parisot, pour qui le texte identifie les « destinataires » du statut personnel, un peu comme les règles qui déterminent la nationalité d'une personne ; l'art. 75 ne définirait pas de catégorie de rattachement.

⁵⁰¹ On pourrait donner ici l'exemple de l'état civil : bien qu'autrefois inclus dans le domaine de la « coutume », cette dernière ne prévoyait aucun registre.

⁵⁰² Et aussi : « Dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun, mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire » (art. 5, al. 3).

⁵⁰³ Sur l'ensemble de ces changements, voir le rapport de Valérie Parisot.

chargée d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte⁵⁰⁴. Par exemple, un homme polygame, marié selon la « coutume », apprend qu'il appartient finalement au « droit commun » alors qu'il se croyait de « droit local ». Comme cela crée un conflit de statuts dans le temps, l'article 23 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 énonce : « Les actes de l'état civil inscrits à tort sur les registres ne correspondant pas au statut de la personne qu'ils visent sont inscrits sur les registres correspondant à ce statut, avec tous effets de droit. Les actes passés antérieurement à cette inscription sont valables ». Cela ne devrait donc pas affecter la validité des mariages conclus ni la nature du régime matrimonial ; cela pourrait cependant affecter d'autres questions, comme celui du statut personnel des enfants issus de ces unions.⁵⁰⁵

La **renonciation** peut également être **volontaire** (et **judiciaire**) : « Toute personne de statut civil de droit local peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun. » (art. 3, al. 1), au terme d'une procédure déterminée par décret en Conseil d'État⁵⁰⁶. Pour les Mahorais, cette renonciation est irrévocable (art. 3, al. 4). Dans les deux cas, cela entraîne l'application du droit civil commun. Cette situation crée cependant un conflit mobile, qu'il faudra résoudre. Si les rapports juridiques à venir deviennent des rapports « mixtes », qu'en est-il de ceux qui ont été créés avant la renonciation ? La renonciation volontaire étant strictement personnelle, elle ne peut produire, sans violer l'article 75 de la Constitution⁵⁰⁷, aucun effet « collectif » ni aucun effet rétroactif (qui conduirait, lorsqu'il implique plusieurs personnes, à qualifier un rapport juridique de rapport mixte alors qu'il était initialement créé par deux personnes ayant le même statut).

La renonciation à son statut personnel peut donc parfois ne pas entraîner de changement immédiat. Si par exemple un rapport juridique existant est de nature « contractuelle », comme en matière de régime matrimonial et de libéralités, on doit continuer à appliquer le droit sous l'empire duquel il est né. La détermination du régime matrimonial dépendra par exemple du statut personnel initial, celui que les époux avaient au moment du mariage. Les effets à venir devraient également y être soumis, jusqu'à la dissolution et la liquidation du régime.⁵⁰⁸ Il paraîtrait en effet légitime de respecter la prévision des parties.⁵⁰⁹ Il faudrait donc considérer que les couples concernés restent soumis au régime matrimonial tel qu'il est prévu par le statut coutumier⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Voir la contribution de Christine Bidaud et d'Aurore Camuzat.

⁵⁰⁵ Voir le rapport de Valérie Parisot.

⁵⁰⁶ Décret n° 2002-1168 du 11 septembre 2002 portant application de l'article 57 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte et organisant la procédure de renonciation au statut civil de droit local.

⁵⁰⁷ Pour rappel : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun [...] conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

⁵⁰⁸ *Contra* : C. Kuhn & Ch. Popineau, « La dualité droit commun — droit local : une difficile coexistence », *RJOI* 2011, p. 49. Comp. Civ. 1^{re}, 26 octobre 2011, n°10-23.298, *Dr. Fam.* 2012, comm. 17, obs. M. Farge : des époux, mariés en 1952 devant le *cadi*, avaient fixé leur premier domicile conjugal en Algérie ; dix ans après, ils s'étaient installés en France et avaient opté pour la nationalité française. Pour déterminer le droit applicable à leur régime matrimonial, la Cour de cassation conclut à l'application du droit musulman local.

⁵⁰⁹ Certes, les règles internationales de conflit de lois, notamment en matière de régime matrimonial, ne s'embarrassent pas toujours de cette légitime prévision, la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial prévoyant des cas de changement « automatique » de droit applicable. Mais nous savons également qu'il s'agit là de l'un des gros points faibles de la convention, expliquant le très faible nombre de ratifications. Le Règlement UE 2016/1103 du 24 juin 2016 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne prévoit pas de changement automatique.

⁵¹⁰ Pour lequel, d'ailleurs, pour être tout à fait exact, il n'existe pas.

d/ L'option de législation permet ponctuellement, sans renoncer définitivement à son statut personnel, de se voir appliquer le droit commun : « Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local » (art. 1, al. 4). Elle permet curieusement au Mahorais de choisir le domaine auquel son statut personnel particulier s'applique et autorise un dépeçage. Mais toutes les relations juridiques se prêtent-elles à l'option de lois et comment exprimer son choix puisque, en l'occurrence, aucune procédure spécifique n'est prévue ? L'option peut-elle impliquer deux ou plusieurs personnes (un couple ; deux parents ; les enfants de la personne qui opte) ou ne peut-elle porter que sur des questions individuelles ? La loi n'apporte aucune précision et semble de portée générale. Il faudrait donc formuler une réponse positive à toutes ces questions, en dépit des contradictions auxquelles cette interprétation conduit : en effet, d'un côté, si l'option de lois est laissée ainsi à l'entière liberté et discrétion de son auteur, cela revient, d'après nous⁵¹¹, à contourner les règles strictes relatives à la renonciation judiciaire à son statut personnel et rend sans effets les articles 3 et 4 de l'ordonnance. De l'autre, elle permet ici à la volonté individuelle de disposer d'un droit pourtant indisponible. Un Mahorais pourrait donc, par exemple, selon les voies du droit commun, reconnaître un enfant né hors mariage qu'il aurait conçu avec une femme de même statut que lui, tout en faisant conserver son statut civil mahorais à cet enfant ; ou bien conclure un PACS, alors que cette possibilité est en principe réservée aux Mahorais de droit commun⁵¹².

§ 2 – Par création d'une règle locale spéciale

Parfois le législateur a créé un **droit local spécial applicable à tous**, mais seulement à Mayotte. L'organisation de l'**état civil** relève ainsi d'un droit « local », mais pas du « statut personnel ». Ce sont donc des textes « nationaux » qui réglementent l'organisation de l'état civil à Mayotte (et non la coutume ou le droit musulman)⁵¹³.

Parfois encore le législateur a créé une **règle spéciale applicable aux seuls Mahorais** relevant du statut civil de droit local, dans le but de déroger au « droit mahorais » en principe applicable.

Il en est ainsi de la reconnaissance originale de filiation par dation de nom : l'article 3, al. 2, de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, prévoit en effet que « avec l'accord de la mère, celui qui se présente comme le père peut, par une déclaration devant l'officier de l'état civil, conférer à l'enfant, par substitution, son propre nom ; cette substitution emporte reconnaissance et établissement de la filiation paternelle ».

Ainsi encore de plusieurs dispositions de l'ordonnance n° 2010-590, qui provoquent une sorte d'« éviction » de la règle de conflit désignant la coutume ou le *Minhâdj*, sur le même principe qu'une règle matérielle de droit international privé ou qu'une loi de police, immédiatement applicable. Elles permettent ainsi une meilleure adéquation de la « coutume » aux droits et libertés fondamentaux⁵¹⁴. On citera les règles suivantes :

– « La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes » (art. 2).

⁵¹¹ *Contra* : Valérie Parisot, pour qui cette option n'est que ponctuelle, contrairement aux articles 3 et 4 qui entraînent des conséquences définitives.

⁵¹² Voir *infra*, la suggestion de Amina Ali Said.

⁵¹³ V° ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte.

⁵¹⁴ Voir le rapport de Hugues Fulchiron.

- « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels » (art. 10).
- « Est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public » (art. 12).

Ces règles spéciales dérogent *a priori* aux règles de droit local touchant, entre autres, à la capacité juridique de la femme et aux règles successorales. Pour la succession, par exemple, les règles du statut personnel prévoient un partage inégalitaire de celle-ci en décidant que la filiation naturelle ne peut créer de droits successoraux ni, *a fortiori*, la filiation adultérine ; par ailleurs, les filles du *de cuius* auront droit chacune à la moitié de ce qui revient à chacun de ses fils. L'article 12 de l'ordonnance pourrait ainsi neutraliser cet effet. Pourtant, ce texte ne vise pas les libéralités, alors que la coutume prévoit une autre règle inégalitaire, cette fois au profit de la femme : c'est la pratique déjà citée du *magnahoulé*.

Le nom, quant à lui, indéniablement élément de l'identité et de l'état d'une personne, dont l'attribution relevait bien du statut personnel, est désormais régi par l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte. Les Mahorais ont dès lors été invités à choisir un nom et un prénom parmi les différents vocables qui permettaient de les identifier (NOM, Prénom), ce qui ne correspond pas à la coutume.

§ 3 – Par réduction du champ d'application matériel du « droit mahorais »

Au cours de ces vingt dernières années, le législateur a considérablement réduit le champ d'application de la coutume. Par effet successif de retouches ponctuelles, certaines questions de l'état des personnes sont sorties, progressivement, ou parfois plus radicalement, du champ de la coutume. Il en a principalement été ainsi en matière de célébration et de la dissolution du mariage.

Les conditions de **formation du mariage**, tout d'abord, sont progressivement sorties du champ du statut personnel mahorais.

Sur la forme, la loi musulmane prévoit que le mariage est célébré par un chef religieux, souvent le *cadi*, en présence des époux, de deux témoins (de sexe masculin) et du tuteur matrimonial ou *wali* (en général le père de l'épouse) ; longtemps, le mariage était ensuite simplement enregistré dans les quinze jours par l'officier d'état civil du domicile.⁵¹⁵ L'article 26 de l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil modifia ce point : l'officier d'état civil assistait à la célébration du mariage par le *cadi*, dressait sur le champ l'acte de mariage et l'inscrivait « sur ses registres » d'état civil. La loi n°2006-911 du 24 février 2006 a ensuite finalement complètement supprimé le mariage « de droit local » (c'est-à-dire dans les formes traditionnelles). Toute célébration du mariage se fait nécessairement en forme laïque devant l'officier d'état civil. Puis l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 achève l'ouvrage en rendant applicables les dispositions du Code civil relatives aux formalités relatives à la célébration, aux oppositions et demandes de nullité, mais aussi aux actes de mariage, aux qualités et conditions requises pour se marier.

⁵¹⁵ F. Bonnelle (dir.), *op. cit.* Voir aussi le rapport de Vincent Egéa.

Ce sont donc désormais *toutes* les conditions de formation du mariage, de forme comme de fond, qui sont régies par le droit commun⁵¹⁶, ce qui remet en cause certaines règles admises par le *Minhâdj*, comme la polygamie ou le mariage à un âge très précoce. La loi de programme pour l'outre-mer n°2003-660 du 21 juillet 2003 avait fait le premier pas pour interdire la polygamie,⁵¹⁷ mais cela ne s'appliquait « *qu'aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005* ». Seules les personnes ayant moins de quinze ou dix-huit ans à cette date devaient avoir un statut nécessairement monogame. Aujourd'hui, la polygamie est absolument interdite, quel que soit l'âge (art. 9, ord. 3 juin 2010). Concernant l'âge nubile et la capacité matrimoniale, l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 avait d'abord fixé cet âge à 15 et 18 ans (art. 16), puis la loi du 4 avril 2006 l'avait relevé à 18 ans, quel que soit le sexe du futur époux. L'ordonnance du 3 juin 2010 étend désormais clairement les conditions de fond de l'union aux personnes de statut civil de droit local.

La formation du mariage relève donc désormais du droit commun. En revanche, les chapitres V et VI du titre V du Livre Ier du Code civil⁵¹⁸, relatifs respectivement aux « obligations qui naissent du mariage »⁵¹⁹ et aux « devoirs et droits respectifs des époux »⁵²⁰ ne sont pas visés par l'article 9 de l'ordonnance n° 2010-590. Par conséquent, les effets du mariage relèvent toujours de la coutume.⁵²¹

Quant à la **dissolution du mariage**,⁵²² l'ordonnance prévoit, dans son article 11, que « Les dispositions du titre VI du livre I^{er} du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local à l'exception de l'article 256, de la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286 »⁵²³. Par conséquent, la dissolution du mariage ne peut désormais

⁵¹⁶ Voir cependant les articles 7, 8, 9 de l'ordonnance, spécifiques aux mariages célébrés à Mayotte.

⁵¹⁷ Loi de programme pour l'outre-mer n°2003-660 du 21 juillet 2003 est venue modifier la loi statutaire du 11 juillet 2001 : « *Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents* » (article 52-2, al. 1, de la loi du 11 juillet 2001) ; « *Les dispositions du Code civil relatives au divorce et à la séparation de corps sont applicables à Mayotte aux personnes relevant du statut civil de droit local [...]* » (article 52-3 de la loi du 11 juillet 2001) ; O. Guillaumont, « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte », *JCP* 2003, p. 1553, *Actualité* 417. On notera aussi que, dans la matière du divorce, et sous réserve des dispositions de droit transitoire, le droit commun remplace entièrement les règles du statut civil de droit local puisque la disposition citée indique que les règles « du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local ».

⁵¹⁸ Ces chapitres du Code concernent l'obligation d'entretien des enfants (art. 203, C. civ.) et des ascendants (art. 205, C. civ.), le devoir mutuel de respect, fidélité, secours, assistance entre époux (art. 212, C. civ.), la direction morale et matérielle conjointe de la famille (art. 213, C. civ.), ainsi que toutes les autres règles du régime « primaire » (obligation aux charges du mariage – art. 214, C. civ. —, obligation de communauté de vie et gestion conjointe du logement familial — art. 215, C. civ. —, représentation entre époux, solidarité aux dettes ménagères...).

⁵¹⁹ Il s'agit des obligations alimentaires qui résultent de la parenté ou de l'alliance (articles 203 à 211 du Code civil).

⁵²⁰ Ce chapitre contient les dispositions du « régime primaire » (articles 212 à 226 du Code civil).

⁵²¹ Voir les contributions de Céline Kuhn et de Vincent Egéa.

⁵²² Voir aussi les contributions de Betty Baroukh, de Vincent Egéa, et d'Amina Ali Said.

⁵²³ L'article 256 du Code civil, relatif aux mesures provisoires, prévoit que « Les mesures provisoires relatives aux enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre » (c'est-à-dire le titre relatif à l'autorité parentale).

L'article 257, également relatif aux mesures provisoires, abrogé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, disposait dans sa dernière phrase que : « Les dispositions de l'article 220-1 et du titre XIV du présent livre et les autres sauvegardes instituées par le régime matrimonial demeurent cependant applicables. » Ce texte n'est plus applicable depuis le 1^{er} janvier 2021.

L'article 285-1, de son côté, concerne le logement : « Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en

résulter que du décès ou du divorce pour lequel les dispositions du Code civil sont applicables. La répudiation, qui auparavant pouvait se faire devant les cadis, qui avait elle aussi fait l'objet d'une suppression partielle par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, est désormais interdite sans condition d'âge. Quant aux effets du divorce, on notera que l'alignement sur le droit commun, s'il est bien réel, n'est pas parfait, puisque les dispositions touchant à l'attribution du logement familial et celles concernant l'autorité parentale ne s'appliquent pas aux ex-époux de statut civil de droit local ; ces questions continuent à relever de la coutume.

Cette dernière précision permet de souligner au passage que c'est tout le droit de la filiation, établissement comme effets, qui échappe à cette fusion dans le droit commun.

§ 4 – Conséquences d'un retour au droit civil commun

Dans tous les cas où le « droit mahorais » s'efface au profit du statut civil de droit commun, cela reste sous réserve du droit civil réellement applicable à Mayotte. Pour les personnes de statut personnel « de droit commun » et pour celles « de droit local » (quand l'ordonnance les renvoie au Code civil), il convient en effet de tenir compte de la particularité suivante : dans le Livre V du Code civil, « Dispositions applicables à Mayotte » (qui ne distingue pas selon le statut personnel de l'intéressé), l'article 2489 dispose que « Le présent code est applicable à Mayotte *dans les conditions définies au présent livre* » et, dans son article 2492 que « Le livre Ier est applicable à Mayotte *sous réserve des dispositions ci-après* ». Le droit commun du Code civil ne s'applique donc à Mayotte que sous ces « réserves » et « conditions » et certaines règles de droit commun « hexagonal » ne s'appliquent pas du tout localement.

Les conditions d'exercice du droit du sol ne sont ainsi pas les mêmes qu'en métropole (art. 2493 et s.). De même l'article 2491 énonce que « Les articles 1^{er} à 6 sont applicables à Mayotte ». Cela exclut donc l'application à Mayotte de l'article 6-1 du Code civil prévoyant que « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus aux chapitres Ier à IV du titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». Il en sera de même du nouvel article 6-2 et du principe qu'il pose : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre Ier. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents. »⁵²⁴

On pourrait bien entendu s'interroger longuement sur cette mise à l'écart locale de certaines règles du droit commun. La raison est peut-être d'ordre culturel : sur un territoire où la quasi-majorité de la population est non seulement de confession musulmane, mais encore fortement guidée, si ce n'est par ses coutumes, du moins par ses traditions, il est de toute manière localement exclu d'envisager les unions autrement qu'entre un homme et une femme, seul couple naturellement capable de se reproduire ensemble. Toutefois, ne pourrait-on y voir aussi

commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.

Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.

L'article 286, enfin : « Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre. » (ce renvoi est également fait aux dispositions sur l'autorité parentale).

⁵²⁴ Pour information, cette nouvelle disposition est supposée tirer les conséquences de l'élargissement de l'éligibilité à la procréation médicalement assistée à toutes les femmes.

une certaine contradiction de la part du législateur ? Le domaine du statut personnel mahorais et de la coutume a peu à peu été vidé de son contenu⁵²⁵, mais le Livre V introduirait une sorte d' « exception culturelle » locale, même en dehors d'une quelconque appartenance au statut personnel particulier ?

Dans cette étude, nous nous sommes efforcés de présenter le domaine de la « coutume » le plus simplement possible. Au terme de celle-ci, nous avons malgré cela le sentiment de ne pas avoir rempli tous nos objectifs, sans pour autant nous en sentir responsable. Délimiter le domaine matériel du statut personnel mahorais relève du véritable casse-tête et il a fallu bien des circonvolutions pour comprendre et distinguer ce qui en faisait partie et ce qui en était exclu. Alors maintenant, que faire ? « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement. Et les mots pour le dire arrivent aisément », dit le poète⁵²⁶. Ne serait-il alors pas bienvenu que les intentions et propos du législateur soient, une fois n'est pas coutume, énoncés clairement ? C'est finalement ce que nous appelons tous de nos vœux !

⁵²⁵ Voir notre tableau récapitulatif en annexe.

⁵²⁶ N. Boileau-Despréaux, *L'Art poétique* (1674).

Partie III – LA COUTUME MAHORAISE EN PRATIQUE

Sur la base des développements précédents, il s'agira désormais d'analyser les « pratiques » de la coutume, c'est-à-dire la manière dont la coutume est réceptionnée par ses acteurs. Ces acteurs sont, d'une part, les praticiens et les institutions, les professionnels chargés de l'interpréter, qu'ils soient publics ou privés : juridiction, *cadi*, notaire, avocat et plus largement les acteurs sociaux et de la vie civile qui peuvent, dans leurs fonctions, être confrontés à une situation ou un rapport juridique régi par la coutume (Chapitre 1). Ces acteurs sont, d'autre part, les Mahorais eux-mêmes, dont il convient de constater et d'analyser le vécu et les pratiques coutumières (Chapitre 2). Étant donné le domaine d'application *ratione materia* du statut personnel mahorais, l'étude portera principalement dans le champ familial, mais aussi foncier du fait des problèmes spécifiques posés par la gestion des terres.

Chapitre 1/ La réception de la coutume par les professionnels

La problématique est celle de savoir de quelle façon la coutume est appréhendée en pratique par les autorités et praticiens chargés de l'appliquer. Est-elle appliquée par les juges qui, depuis 2010, ont recueilli à la place des cadis l'office de juger selon la coutume ? (Section 1). Qu'en est-il ensuite des acteurs non judiciaires, comme les notaires ou encore les cadis dans les fonctions non judiciaires qui leur sont désormais dévolues ? (Section 2).

Section 1/ Les acteurs judiciaires de la coutume

Après avoir rappelé le rôle judiciaire des cadis (§ 1), il conviendra d'analyser, dans un double mouvement, la particularité de l'office du juge étatique à Mayotte (§ 2) notamment au regard de la place réservée à l'amiable dans la résolution des conflits relevant de la coutume (§ 3).

§ 1 – Évolution de la justice cadiale. Approche juridique

Le cadi (en arabe *qāḍī*) est une institution du droit musulman. S'il semble admis que le système cadial résulte de l'arrivée à Mayotte de Sunnites Shiraziens (chassés de Perse par des Chiites, ou émigrés d'Afrique orientale, où ils étaient installés depuis le X^e siècle) et de leur prise graduelle de pouvoir au cours des XIV^e et XV^e siècles (notamment par le biais d'alliances matrimoniales), il n'en reste pas moins que les renseignements sur la justice à Mayotte depuis cette époque jusqu'à la colonisation française font cruellement défaut. Force est de reconnaître en effet que les contours de l'institution cadiale n'ont gagné en précision qu'à partir du rattachement de Mayotte à la France.

Le traité de cession de Mayotte à la France, passé le 25 avril 1841 entre le sultan Adriansouli et le capitaine Passot, l'envoyé du gouverneur de Bourbon représentant le roi Louis-Philippe, a maintenu les cadis.

L'évolution de la justice cadiale de 1841 à nos jours est étroitement liée à l'évolution institutionnelle de Mayotte. Le cheminement de Mayotte dans la République française a conduit à passer d'un principe de spécialité législative à un principe d'identité. Avec pour conséquence, en droit, l'extinction progressive du statut civil de droit local mahorais, plus précisément la réduction de son contenu, afin de respecter les principes fondamentaux de la République. La réalité est plus complexe. On ne change pas des habitudes d'autorité par un trait de plume. Les pratiques, les usages et les coutumes ont la vie dure. Mayotte est aujourd'hui dans une phase de transition. On assiste ici à une résistance des faits contre le droit. En toile de fond, la tradition et la modernité s'affrontent en raison de leur coexistence⁵²⁷.

⁵²⁷ Sur la balance comme symbole de l'équilibre entre les traditions conservées et l'évolution rapide de Mayotte vers la modernité, voir J.-R. Binet, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *Revue internationale de droit comparé*, 3-2002, spéc.. p. 789, n° 3.

L'évolution du statut institutionnel de Mayotte s'est inévitablement accompagnée d'une évolution du droit civil applicable à Mayotte. L'évolution du statut civil s'explique aussi par la nécessité d'encadrer plus précisément les situations juridiques nouvelles qui découlent de l'évolution de la société civile à Mayotte. Le droit civil applicable à Mayotte s'est modernisé à partir des années 1990, et le statut personnel a connu une mutation profonde depuis 2001.

La modernisation du droit civil applicable à Mayotte et corrélativement la réduction du contenu du statut civil de droit local mahorais ne pouvait qu'aboutir à la suppression de la dualité du système judiciaire à Mayotte et partant à mettre fin à la justice cadiale.

Pour comprendre l'évolution de la justice cadiale, il faut revenir sur la dualité du système judiciaire à Mayotte (I). La dualité de statut applicable aux habitants de Mayotte impliquait une dualité du système judiciaire⁵²⁸. À côté de la justice de droit commun existait une justice particulière aux citoyens de statut personnel : la justice cadiale, rendue par les cadis. Encadrée par les textes, la justice cadiale à Mayotte était strictement délimitée par le droit commun en expansion et prépondérant. Le déclin progressif de la justice cadiale et l'émergence lente de la médiation cadiale caractérisent une évolution relativement récente du rôle des cadis dans la société mahoraise contemporaine (II).

I. La dualité du système judiciaire à Mayotte

Durant la période coloniale, il coexistait à Mayotte un système judiciaire dual⁵²⁹. Le premier était réservé aux citoyens français, aux Européens et aux étrangers. L'ordonnance du 26 août 1847 sur l'administration de la justice dans les établissements français du canal du Mozambique posait les premières bases de l'organisation judiciaire à Mayotte en créant un tribunal civil et un tribunal correctionnel, statuant selon la loi française, qui ne jugeaient que les affaires impliquant les personnes ci-dessus. Le second, réglementé par les décrets des 5 novembre 1904, 22 octobre 1906 et 30 avril 1917, était chargé de juger les indigènes et assimilés dans l'archipel des Comores. L'arrêté du 1^{er} février 1909, qui met en place l'indigénat à Mayotte, définissait ainsi les populations indigènes : « *Les individus de l'un et l'autre sexe résidant dans la colonie et ses dépendances, nés soit à Mayotte et ses dépendances, soit dans d'autres possessions françaises, ne jouissant pas de la qualité et des droits des citoyens français ou n'appartenant pas à une nationalité étrangère reconnue* »⁵³⁰. Les indigènes étaient soumis à une justice de droit local en matière civile et commerciale, et à un ensemble complexe de règles de la législation de droit commun et d'arrêtés locaux en matière répressive. En matière pénale, la justice pour les indigènes était en grande partie entre les mains des administrateurs et non de juges professionnels. En matière civile et commerciale, les tribunaux indigènes étaient des tribunaux de cadis et quelquefois des « *kabars* ». Juridictions originales (notamment répressives) créées au milieu du XIX^e siècle, les *kabars* étaient des assemblées publiques réunissant notables et chefs de village. Ces assemblées étaient présidées par le commandant supérieur et le ministère public était assuré par le commissaire du quartier de Dzaoudzi. Ces assemblées permettaient de régler rapidement tous les petits litiges, mais aussi d'asseoir l'autorité du Commandant, qui représentait la France, au sein de la population indigène de Mayotte.

⁵²⁸ Sur l'approche historique, voir *supra* le rapport de Louis-Augustin Barrière.

⁵²⁹ Voir *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, Archives départementales de Mayotte, 2014, spéc. dossier n° 1 « Spécificité du droit et de la justice en situation coloniale ».

⁵³⁰ Sur le régime de l'indigénat à Mayotte, voir *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, préc., spéc. dossier n° 3a.

A. Une justice cadiale encadrée par les textes

À partir des années 1930, la justice pour les indigènes fut réorganisée par décrets qui visaient à mieux encadrer la procédure devant les tribunaux de cadis et à donner plus de garanties aux justiciables. Les tribunaux de cadis étaient régis par le décret n° 13-788 du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores. Ce décret reprenait les dispositions du décret du 29 mars 1934 portant réorganisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, qu'il abrogeait, et apportait des précisions visant à remédier à certaines difficultés d'application. En matière contentieuse, les tribunaux de cadis jugeaient :

1° en premier et dernier ressort : des affaires relatives au statut personnel, état civil, mariages, dots, déplacements et garde d'enfants, filiation, divorces, répudiations, pensions ;

2° en premier ressort : des affaires de successions, de testaments et de donations.

Dans toutes les autres matières, relevant de la matière civile ou commerciale, les tribunaux de cadis disposaient d'un pouvoir de conciliation. Ils dressaient procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation. Un extrait du procès-verbal était délivré à chaque partie en cause de façon à permettre à chacune d'elles, en cas de non-conciliation ou de méconnaissance de la conciliation, de saisir la juridiction compétente. En théorie, le procès-verbal de conciliation avait valeur authentique et, pour les obligations qui pouvaient y être contenues, force exécutoire.

Au cours de cette période, la justice cadiale était maintenue, mais sa compétence était limitée. Les tribunaux de cadis étaient institués aux chefs-lieux des cantons désignés par arrêtés du gouverneur général et connaissaient des affaires en matière musulmane et pour les questions de statut personnel. Selon les articles 16 et suivants du décret du 29 mars 1934, l'appel des jugements rendus par les tribunaux de cadis de Mayotte était porté devant le tribunal de justice de paix à compétence étendue de Dzaoudzi, lorsque les intérêts en cause étaient inférieurs à 5.000 francs. Dans le cas où l'intérêt du litige était égal ou supérieur à 5.000 francs, l'appel était porté directement devant la cour d'appel de Tananarive (chambre civile ordinaire). Lorsque le tribunal de justice de paix à compétence étendue de Mayotte jugeait en appel, il était adjoint au président deux assesseurs musulmans ayant voix consultative seulement, nommés par arrêté du gouverneur général. Le décret du 1^{er} juin 1939 précisa, à l'article 21, les règles de compétences en appel et indiquait, au dernier aliéna de l'article 18, que « *le ressort du tribunal de justice de paix à compétence étendue de Mayotte, statuant en matière civile et commerciale, était limité au territoire de la subdivision de Mayotte* ».

Indépendamment de leurs attributions judiciaires, les cadis continuaient à exercer les fonctions de notaires entre indigènes musulmans, mais n'étaient pas autorisés à établir des titres de propriété foncière. En qualité de tuteurs légaux, ils administraient les biens et intérêts des mineurs, des incapables, des absents, ainsi que les successions et biens vacants, des indigènes musulmans. Dans l'exercice de leurs fonctions extrajudiciaires, les cadis de Mayotte étaient placés sous la surveillance du juge de paix à compétence étendue de Dzaoudzi et le contrôle direct du procureur général, qui rendait compte au gouverneur général des irrégularités graves qui étaient portées à sa connaissance.

Le « régime de l'indigénat » ou « code de l'indigénat » était un régime dérogatoire réprimant par voie disciplinaire des infractions spéciales à l'indigénat. Ce régime avait été introduit officiellement à Mayotte en 1901. L'arrêté du 1^{er} février 1909 définissait les infractions du régime de l'indigénat à Mayotte (par exemple : vagabondage, refus ou retard inexcusable

concernant le paiement de l'impôt, tapage sur la voie publique...). Les peines ne pouvaient être supérieures à cinq jours de prison et quinze francs d'amende. Les femmes, les enfants et les exemptés échappaient aux peines de l'indigénat. Dans les années 1930, fut institué à Mayotte un tribunal répressif spécial aux indigènes et assimilés qui ne possédaient pas un statut les rendant justiciables des tribunaux de droit commun, jugeant des contraventions et délits non réprimés par la voie administrative. Les crimes commis par les indigènes étaient déférés à la cour criminelle de Mayotte dans les mêmes conditions et sous les mêmes garanties que ceux commis par des Européens.

À partir de 1946, la justice pénale spéciale et le régime de l'indigénat pour la population locale disparurent avec l'accès des populations d'outre-mer à la citoyenneté⁵³¹. Ceux qui étaient appelés désormais des autochtones – et non plus des indigènes – relevaient de la justice de droit commun en matière répressive.

B. Une justice cadiale bornée par le droit commun

Les juridictions cadiales restaient régies par le décret du 1^{er} juin 1939 précité et par la délibération n° 64-12 *bis* du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane. Selon l'article premier de cette délibération, « *la justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans autres que celles relevant du droit commun* ». Les matières relevant exclusivement de la compétence du juge cadial étaient :

- 1° l'état civil, le mariage, la filiation, la répudiation, la séparation entre époux ;
- 2° les successions, donations, testaments, *waqf* (donation d'un particulier en faveur d'une œuvre d'utilité publique) et *magnahoulé* (attribution de la propriété des biens aux femmes de la ligne maternelle lors de la succession par testament ou au moyen d'une libéralité par donation) ;
- 3° les obligations (*moamalât*), en fonction de l'importance du litige (à l'époque égale ou inférieure à 100.000 francs C.F.A.).

L'article 8 de la délibération du 3 juin 1964 énonçait qu'une demande en justice ne pouvait pas être instruite devant les tribunaux de cadis sans tentative de conciliation préalable.

L'ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981, relative à la promulgation, à la publication des lois et décrets et à l'organisation de la justice à Mayotte, a maintenu les dispositions du décret du 1^{er} juin 1939, en matière civile et commerciale.

Les juridictions cadiales comprenaient dix-sept tribunaux cadiaux, chacun d'entre eux étant composé d'un cadi assisté d'un secrétaire-greffier. Les tribunaux de cadis étaient des tribunaux de premier degré, compétents en matière d'état des personnes et de litiges patrimoniaux inférieurs à l'équivalent de 300 euros aujourd'hui. La procédure devant la justice cadiale fut modifiée, en 1964, avec la création d'un tribunal de Grand cadi qui était une juridiction d'appel pour les jugements rendus par les cadis. Un recours du procureur de la République en annulation contre la décision du Grand cadi rendue en dernier ressort était possible devant le tribunal

⁵³¹ Sur l'évolution de la justice après la période coloniale, voir *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, préc., spéc. dossier n° 6.

supérieur d'appel⁵³² constitué en chambre d'annulation musulmane⁵³³. Le tribunal supérieur d'appel, en chambre d'annulation musulmane, contrôlait la conformité à la loi musulmane, aux coutumes mahoraises et à la délibération du 3 juin 1964 précitée. Un appel était également possible devant le tribunal supérieur d'appel, en chambre civile, contre les décisions du Grand cadi en premier ressort, lorsque les litiges excédaient l'équivalent de 300 euros aujourd'hui. Le tribunal supérieur d'appel, en chambre civile, juge d'appel des décisions du Grand cadi, devait faire application du droit personnel. L'arrêt rendu par cette juridiction pouvait être frappé d'un pourvoi devant la Cour de cassation selon les formes du droit commun.

La loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte a, à première vue, remis en cause les juridictions cadiales. L'article 61 énonçait que « *la juridiction civile de droit commun est seule compétente pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes ayant entre elles des rapports juridiques mentionnés au deuxième alinéa de l'article 59* », lequel affirmait que « *dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités* ». L'article 61 prévoyait néanmoins que la juridiction civile de droit commun « *est composée en première instance d'un magistrat du siège du tribunal de première instance, président, et de deux cadis, assesseurs, en appel d'un magistrat du siège du tribunal supérieur d'appel, président, et de deux cadis, assesseurs* ». Cette juridiction échevinale n'a, en pratique, jamais été mise en place à Mayotte ; les magistrats ne l'ayant – semblerait-il – jamais accepté.

La loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer est revenue en arrière en instaurant une option de juridiction. L'article 68 modifiait ainsi l'article 61 de la loi du 11 juillet 2001 précitée : « *La juridiction compétente à Mayotte pour connaître des instances auxquelles sont des parties des personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte et ayant entre elles des rapports juridiques relatifs à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités est, selon la volonté des parties, soit le tribunal de première instance, soit le cadi* ». Il est clair que le législateur entendait ainsi inciter les Mahorais à se placer par eux-mêmes sous l'empire du droit commun, sans pour autant renoncer définitivement au statut personnel suivant la procédure relevant de la compétence de la juridiction civile de droit commun.

II. L'évolution du rôle des cadis dans la société mahoraise

Les cadis étaient, au début, des juges choisis parmi les hommes les plus lettrés, les plus riches et les plus considérés du monde arabe, ayant fait des études de droit coranique, souvent à l'étranger. Ils étaient rémunérés sur le budget local jusqu'en 1878. À partir de 1946, le recrutement des cadis s'effectua sur concours. Paul Guy, un ancien président du tribunal supérieur d'appel de Moroni, dispensait un cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadis dans le territoire des Comores, comportant vingt-deux leçons préparant aux épreuves du concours⁵³⁴. Les cadis étaient investis par le préfet, après avis du procureur de la

⁵³² Voir J.-B. Flori, « Le Tribunal supérieur d'appel de Mayotte : cheminement entre spécificité et assimilation », in *Mayotte dans la République*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2004, dir. Laurent Sermet et Jean Coudray, p. 413.

⁵³³ Voir M. Lefèvre, « La Chambre d'annulation musulmane de Mayotte. Îlot de cohabitation entre la Chariâ'ah et le droit européen », in *Mayotte dans la République*, préc., p. 431.

⁵³⁴ P. Guy, *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadis dans le territoire des Comores*, réimpression en 1981 du polycopié de la cour d'appel de Madagascar, publié par le Centre d'études de droit privé et d'histoire des coutumes, Tananarive, 1961.

République près le tribunal supérieur d'appel et d'une commission présidée par le président du tribunal supérieur d'appel et composée de quatre personnalités religieuses désignées par le préfet et par le Grand cadî. Toutefois, aucun concours n'ayant été organisé depuis 1996, les plus jeunes cadis avaient un statut de contractuel. Les conditions pour être cadî sont : être musulman, adulte, savant en matières coraniques et traditionnelles et jouir de ses facultés mentales. Parmi les qualités requises, le cadî doit être notamment éloquent, indulgent et impartial.

Les cadis sont des fonctionnaires de la collectivité territoriale de Mayotte, dont le statut date de janvier et octobre 1986. De 1975 à 2004, les cadis étaient des agents de la Préfecture et rémunérés par celle-ci. Le préfet n'assurait cependant qu'un pouvoir de gestion, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire appartenant au parquet. À partir de la loi de décentralisation de 2004, les cadis sont des fonctionnaires relevant de la collectivité départementale de Mayotte puis, depuis 2011, des agents administratifs du conseil départemental, de catégorie C ou A (pour le Grand Cadî notamment)⁵³⁵. Jusqu'en 2016, ils ne bénéficiaient d'aucune affectation ni d'aucune mission. Ils ne disposaient d'aucun bureau et n'apparaissaient pas dans l'organigramme de l'organisation administrative du conseil départemental. Actuellement, les dix-neuf cadis (un par commune et deux auprès du Grand cadî à Mamoudzou : un à Passamainty et un à Cavani) sont regroupés au sein du « conseil cadial », avec à sa tête le Grand cadî. Nouridine Bacar, le Grand cadî de l'île de Mayotte depuis 2014, a pris officiellement sa retraite en décembre 2018. Le successeur du premier représentant du culte musulman à Mayotte, où 95% de la population est de confession musulmane, a été finalement nommé par le conseil départemental en janvier 2020 après avoir été élu par le conseil cadial au terme d'une longue et lourde procédure administrative où plusieurs candidats convoitaient le poste. Il s'agit de Mahamoudou Hamada Saanda, cadî de Passamainty et ancien premier adjoint du Grand cadî, lequel avait assuré l'« intérim ». La nomination d'une autorité religieuse par la collectivité territoriale interroge. La question du remplacement des cadis qui partent à la retraite se pose. En tout cas, cela témoigne de la place de la religion musulmane à Mayotte.

Comme l'indiquent les sénateurs dans leur rapport intitulé Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis : « Les cadis sont longtemps apparus comme une force de régulation de la société. L'évolution institutionnelle de Mayotte a mis fin à leurs missions traditionnelles, ce qui pose la question de leur rôle dans la société mahoraise du XXI^e siècle »⁵³⁶.

A. Le déclin progressif de la justice cadiale

Autrefois, les cadis avaient quatre types d'activités. Ils exerçaient :

1^o des fonctions juridictionnelles – Les cadis rendirent environ un millier de décisions juridictionnelles chaque année entre 2000 et 2010. S'il n'existe pas, à proprement parler, de recueil de jurisprudence au sein de la justice cadiale, les décisions des cadis sont dressées par écrit, en français et en arabe (traduction du Shimaoré), signées par le cadî et le secrétaire-greffier. Elles sont regroupées dans des registres conservés pour l'essentiel aux archives départementales de Mayotte. Les cadis jugeaient d'après le droit musulman (*fiqh*), fondé essentiellement sur la doctrine chaféite, et les règles coutumières, fondées sur la tradition

⁵³⁵ En 2021, le nouveau cadî de Passamainty a été recruté par le conseil départemental, en tant que contractuel sur un poste d'attaché territorial, en remplacement du Grand cadî Mahamoudou Hamada Saanda, qui était cadî de cette commune.

⁵³⁶ J.-P. Sueur, Ch. Cointat et F. Desplan, *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, Rapport d'information du Sénat, 2011-2012, n^o 675, spéc. p. 29.

(*hadiths*) ou d'origine d'Afrique de l'Est. L'alinéa 2 de l'article 6 du décret du 1^{er} juin 1939, qui réglait l'organisation de la justice indigène aux Comores, disposait que le *Minhâdj at-Twalibin* était le seul code « *officiel et applicable dans l'archipel* ». L'article 6, alinéa 2, du décret du 1^{er} juin 1939 complété par l'arrêté du 13 juillet 1944 plaçait les coutumes indigènes au même rang que le droit musulman. Le second alinéa de l'article 7 de la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, a érigé les traditions orales de Mayotte en source du statut personnel de droit local. Les rapports entre droit musulman et coutumes sont ambigus. L'application de ces coutumes a parfois été mise en doute par certains cadis qui, observant scrupuleusement la loi religieuse, considéraient devoir les écarter. Souvent, elles étaient appliquées de manière supplétive au droit musulman. Parmi les principales coutumes locales reconnues à Mayotte, on peut citer le droit de tutelle de la mère veuve sur les enfants mineurs ; le *chongo*, c'est-à-dire l'obligation de contribuer à des repas communiels dans certaines circonstances importantes (mariage, circoncision, décès...) et dont les frais, généralement élevés, sont payés au moyen d'une quote-part de tous les invités ; le *magnahoulé*, coutume originaire de la Grande Comore qui fait exception au régime coranique des biens en ce que les fils n'héritent pas de leur mère, alors que le Coran privilégie l'héritier mâle ; et le contrat d'entraide villageoise (*m'sada*), qui constitue une obligation à la fois morale et juridique pour la communauté d'aider un villageois qui en fait la demande.

2° des fonctions notariales – Les cadis dressèrent environ deux mille actes notariés en moyenne chaque année entre 2000 et 2010. Ils établissaient des actes de procuration, les donations, les partages, les actes de vente, les certificats d'hérédité, la liquidation des successions.

3° des fonctions sociales – Les cadis jouaient un rôle de médiation sociale avec les étrangers en situation irrégulière de confession musulmane, qui s'adressaient à eux pour régler leurs conflits.

4° des fonctions administratives – En matière d'état civil, les cadis célébraient notamment les mariages. Ils jouaient également le rôle d'intermédiaire entre l'Administration et la population. Ils avaient également pour mission de conseiller les chefs de village et de s'assurer du maintien de l'ordre et jadis de la perception des impôts dus par les indigènes.

Qualifiée de justice improvisée, burlesque, comique, caricaturale, lente et aléatoire, la justice cadiale entraînait des divergences de jurisprudence entre cadis, d'autant plus dommageables que le taux d'appel demeurait très faible⁵³⁷. La partialité et la vénalité supposées de certains cadis pouvaient conduire à des décisions arbitraires. Par ailleurs, l'absence de formule exécutoire des décisions rendait, en réalité, l'exécution des décisions très hypothétique. De plus, les règles de procédure, peu nombreuses, n'offraient pas suffisamment de garanties aux justiciables mahorais, dans la mesure où la justice cadiale méconnaissait le principe du contradictoire et la représentation par avocat, ce qui n'était pas compatible avec les principes et droits fondamentaux du procès consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La compétence des cadis était également critiquée en raison de la maîtrise insuffisante de la langue française, du déficit de formation en droit et du manque d'expériences professionnelles. Enfin, la justice cadiale apparaissait comme facteur de complexité. Une partie de la population contestait, en effet, le système cadial lui-même, car, d'une part, les Mahorais de droit civil local pouvaient saisir le juge de droit commun

⁵³⁷ Sur la contestation de la justice cadiale, voir notamment J.-P. Sueur, Ch. Cointat et F. Desplan, *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, préc., spéc. p. 30.

(par exemple les femmes saisissaient massivement le juge aux affaires familiales, car la procédure de droit commun leur garantissait une égalité procédurale par rapport aux hommes) et, d'autre part, les cadis jugeaient des litiges concernant des justiciables qui relevaient en vérité du droit commun (par exemple des ressortissants comoriens en situation irrégulière, habitués dans leur pays à faire appel à la justice musulmane ou dans l'impossibilité de s'adresser à la justice de droit commun, ou encore des citoyens persuadés à tort de relever du statut civil de droit local). Constatant l'inclination grandissante, bien que relativement récente, des Mahorais à préférer aux juridictions de droit local les tribunaux de droit commun pour régler les litiges complexes et aux enjeux patrimoniaux importants et considérant l'obstacle potentiel au rapprochement avec le droit commun que constituait la justice cadiale, le conseil général a demandé une modification profonde de l'institution par la délibération n° 166/95/CGD du 24 novembre 1995. Suivant le texte du vœu présenté par Siadi Vita et Mansour Kamardine, l'organisation de la justice cadiale est maintenue avec deux modifications notables : 1° l'ouverture d'une option de juridiction entre les tribunaux de droit commun compétents en matière locale et les tribunaux de cadis ; et 2° la limitation des compétences des cadis à leurs seules attributions de conciliation et non juridictionnelles, et le transfert très rapidement aux juridictions de droit commun de la compétence en matière d'état civil et de succession. Au cours de la séance du 6 septembre 1996 (délibération n° 150/96/CGD), le conseil général de Mayotte a adopté le vœu présenté par le conseiller général de Sada, Mansour Kamardine, demandant que « *soit redéfinie la répartition des compétences entre la juridiction cadiale et la juridiction de droit commun pour limiter la compétence de cette première aux seules fonctions religieuses et notariales à l'exclusion de toutes compétences juridictionnelles* ».

Les fonctions juridictionnelles de la justice cadiale ont été supprimées avant même le passage de la collectivité départementale de Mayotte au statut de département et la mise en place d'une nouvelle organisation judiciaire conforme au droit commun en application de l'ordonnance n° 2011-337 du 29 mars 2011 modifiant l'organisation judiciaire dans le département de Mayotte. En effet, conformément aux engagements pris dans le cadre du Pacte pour la départementalisation en date du 8 janvier 2009 et de façon à offrir aux Mahorais relevant du statut personnel de droit local les mêmes garanties procédurales que celles dont disposaient leurs concitoyens, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, a confié une compétence exclusive aux juridictions de droit commun pour statuer sur tout conflit en matière de statut personnel. Les dispositions de la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores, portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, relatives à l'activité juridictionnelle des cadis ont été par conséquent abrogées. Depuis l'ordonnance du 3 juin 2010 supprimant l'intervention de la justice cadiale et lui substituant de plein droit la juridiction de droit commun, les cadis n'exercent plus de fonctions juridictionnelles.

L'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, qui met fin à la justice cadiale, est apparue pour les cadis comme un son de glas au lendemain du référendum de mars 2009 ou, en d'autres termes, comme le « prix à payer » de l'accession au statut de département. Alors même que le droit local est protégé par l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958, les cadis perdent définitivement leurs fonctions juridictionnelles ainsi que leurs prérogatives en matière notariale, de tutelle légale des incapables ou de représentant du défunt pour les successions non réglées. Le tribunal de première instance connaît alors de toutes les affaires relatives à l'application du statut civil de droit local, mais uniquement entre les citoyens relevant de ce statut. Dans le cas contraire, c'est le droit commun qui s'applique. Le lien entre la justice cadiale et le statut civil de droit local a été rompu.

Le rôle du *cadi* est recentré aujourd'hui sur les fonctions de médiation sociale⁵³⁸, c'est-à-dire un mode alternatif de résolution des conflits, amiable et avec l'aide d'un tiers.

B. L'essor poussif de la médiation *cadiale*

Il y a une vingtaine d'années, une réflexion a été initiée afin que les *cadis* deviennent des médiateurs en matière familiale et sociale. L'article II-8 de l'Accord sur l'avenir de Mayotte conclu à Paris le 27 janvier 2000, dont les dispositions avaient été reprises par l'article 62 de la loi du 11 juillet 2001, ainsi que celles du Pacte pour la départementalisation de Mayotte datant de 2009, prévoyait déjà un recentrage du rôle des *cadis* sur les fonctions de médiation sociale. L'article 61 de la loi de 2001 prévoyait néanmoins *in fine* que les *cadis* qui auraient cessé d'avoir des fonctions juridictionnelles deviendraient des assesseurs assistant les magistrats du siège au sein des juridictions de droit commun à l'occasion des litiges portant sur des questions relevant du statut local. Les articles 61 et 62 de la loi de 2001 ont toutefois été modifiés en 2003⁵³⁹ puis abrogés par l'article 16 de l'ordonnance du 3 juin 2010, ratifiée par la loi du 7 décembre 2010. Le rapport d'information du Sénat intitulé *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, fait au nom de la Commission des lois et examiné en commission le 18 juillet 2012, était également favorable à une reconnaissance du rôle des *cadis* en matière de médiation sociale. Il convenait toutefois au préalable de définir strictement leur positionnement vis-à-vis des tribunaux de droit commun et du conseil départemental.

Dès sa prise de fonctions en février 2015, le président du tribunal de grande instance (Laurent Sabatier) a « tendu la main » aux *cadis* pour qu'ils continuent d'être une autorité morale mise au service, à l'avenir, du lien social et exerçant des fonctions de médiation sociale au soutien des institutions judiciaires notamment. Les *cadis* permettent en effet de désengorger les juridictions, en réglant les conflits de la vie quotidienne (par exemple en favorisant la réconciliation des familles). Ils peuvent également, à la manière d'experts, apporter aux juridictions de droit commun les éclaircissements utiles sur le contenu du droit local. Toutefois, les jeunes magistrats nouvellement recrutés ont tendance à considérer que les relations avec les *cadis* sont parfois difficiles, en raison des différences de conception et de philosophie sur certaines questions. Par exemple, s'agissant de la pension alimentaire, les *cadis* ont tendance à estimer que celle-ci doit reposer sur les capacités contributives des parties alors que le droit commun repose sur des règles fixées au niveau national. En outre, certains magistrats prêtent peu d'attention à la question du droit applicable, au détriment de l'application du statut personnel qu'ils ne maîtrisent pas. Les contestations sont rares, car la plupart des Mahorais ne connaissent pas l'existence même et/ou le contenu du statut personnel.

Un porte-parole des *cadis* (El Mamouni Mohamed Nassur) avait été nommé en 2011 par le président du conseil départemental (Daniel Zaidani) avec pour mission de mener une réflexion sur l'avenir des *cadis* de Mayotte⁵⁴⁰. Celle-ci s'est concrétisée par un colloque le 29 août 2012 sur l'avenir des *cadis* dans le département de Mayotte puis un rapport en faveur d'« *une médiation cadiale dans le 101^{ème} département de Mayotte* ».

Pour structurer l'activité des *cadis*, le conseil départemental, dans la délibération n° 2159/2015/CD du 2 juillet 2015, avait proposé la création d'un établissement public à caractère administratif, *ad hoc*, chargé d'exercer des missions de service public de médiation et

⁵³⁸ Voir *infra* le rapport de Thierry Malbert, qui constate qu'en 2021, le rôle des *cadis* semble s'élargir à nouveau.

⁵³⁹ Cf. *supra*.

⁵⁴⁰ Voir notamment l'enquête sur la reconfiguration de l'institution *cadiale* à Mayotte conduite par M. Hachimi-Alaoui, É. Lemercier, « Que faire des *cadis* de la République ? », *Ethnologie française*, 2018, n° 1, p. 37.

de cohésion sociale. Cette solution administrative n'a pas été mise en œuvre. Depuis le 2 mai 2016, les cadis étaient regroupés au sein du « service cadial » inclus dans la direction de la médiation et de la cohésion sociale, elle-même rattachée à la direction générale adjointe en charge du pôle « Solidarités et services à la population ». Le Grand cadi, personnalité morale et religieuse reconnue, était donc placé sous l'autorité administrative d'un directeur de la médiation sociale, ce qui n'allait pas de soi. Dans la délibération n° 2018-00077 en date du 13 avril 2018, le conseil départemental a validé un nouvel organigramme fonctionnel des services portant création notamment d'un « conseil cadial » et, par voie de conséquence, suppression de la direction de la médiation et de la cohésion sociale, la cohésion sociale étant désormais du ressort de la direction de la jeunesse et des sports. L'origine du « conseil cadial » peut être trouvée dans l'article 40 de la délibération du 3 juin 1964 créant notamment à Mamoudzou un conseil des cadis, composé des cadis en service à Mayotte et des cadis honoraires, pour donner avis sur des points de droit musulman ou coutumier en usage dans le territoire. Les missions du conseil cadial de Mayotte sont les suivantes : 1° renforcer le rôle des cadis dans la prévention des conflits et assurer l'encadrement et la valorisation des maîtres coraniques ; 2° établir la ligne doctrinale de l'islam de Mayotte autour de ses principes fondamentaux ; 3° organiser et structurer la pratique de l'islam au sein de la société. Le 21 janvier 2019, le sénateur Thani Mohamed Soilihi avait fait enregistrer à la présidence du Sénat une proposition de loi relative au « département-région de Mayotte »⁵⁴¹. Celle-ci proposait notamment la création d'un organe institutionnel spécifique à l'instar de l'ancien conseil cadial. En effet, la proposition de loi du sénateur prévoyait, en son article L. 7431-1, qu' « il est créé un Haut Conseil Cadial composé du Grand Cadi et des cadis, à qui est reconnue une mission générale de médiation dans les affaires sociales de la vie mahoraise ». En début d'année 2021, le conseil cadial de Mayotte a lancé un appel à projets sur « le développement humain, la cohésion sociale par la sauvegarde, la valorisation et la promotion des valeurs morales de la société mahoraise en s'appuyant sur les valeurs de l'islam que sont la paix, la fraternité, la tolérance, le vivre ensemble et le respect »⁵⁴². Cet appel à projets vise à mobiliser les associations du territoire autour de projets permettant de traiter les questions liées aux trois principaux enjeux identifiés pour l'action du conseil cadial, dans le cadre d'une convention annuelle ou pluriannuelle. Le premier de ces enjeux est « le développement de la médiation sociale », à savoir proposer un plan de maîtrise des conflits sociaux urbains en soutien aux actions de médiation sociale développées par les cadis au regard du contexte conflictuel que connaît Mayotte ces dernières années.

À dire vrai, le rôle de médiation des cadis n'est pas nouveau. La nouveauté porte sur les missions de médiation confiées aux cadis. D'une médiation traditionnellement familiale et conjugale, c'est-à-dire dans les affaires matrimoniales ou en réponse aux problématiques foncières, les cadis se voient confier désormais une mission de médiation sociale en adéquation avec les réalités du moment (mouvements sociaux, insécurité chronique...). L'émergence de la médiation sociale transforme profondément – s'il en existe une – la notion même de médiation cadiale. Le recours à la médiation sociale ne repose pas, à la différence de la médiation familiale, sur une initiative individuelle, volontaire et confidentielle, d'ordre ou d'intérêt privé, mais sur un processus institutionnel d'ordre public ou d'utilité publique. Le médiateur social n'est pas choisi par les parties en conflit ou avec leur accord, mais s'impose en raison de la nature du conflit. Les cadis sont consultés régulièrement par les différentes autorités de l'île

⁵⁴¹ La proposition de loi n'a pas été examinée faute de consensus à Mayotte. Elle a en effet été combattue par certains collectifs et une partie de la classe politique mahoraise. Elle a cependant été versée dans les travaux préparatoires au projet de loi « Mayotte », annoncé par le ministre des outre-mer avant la fin du quinquennat du Président E. Macron.

⁵⁴² 57 projets déposés en réponse à l'appel à projets sont actuellement en cours d'analyse.

(préfecture, conseil départemental...) quand des affrontements éclatent au sein des villages. À titre d'exemple, le cadi de Combani était mobilisé, en octobre 2020, pour calmer les tensions entre les habitants des villages de Miréréni et Combani. Les cadis sont devenus des agents du conseil départemental ayant une mission générale de régulation sociale, à savoir prévenir et tenter de trouver des solutions aux conflits sociaux en milieu urbain en venant en appui aux communes. Le 11 décembre 2019, le conseil départemental et la commune de Tsingoni ont signé une convention pour lutter contre la délinquance et promouvoir l'insertion des jeunes. À la suite des premières Assises de la sécurité et de la citoyenneté à Mayotte, en novembre 2020, une convention a été signée entre le conseil départemental et la commune de Mamoudzou consolidant le rôle des cadis dans la prévention éducative. Les cadis participent également aux instances du conseil local de sécurité et de prévention de la délinquance, dans la mesure où le département est co-signataire des contrats de villes avec les maires. Il n'empêche qu'une partie de la population mahoraise ne croit plus aujourd'hui que faire appel aux cadis mettra fin aux violences et aux actes de délinquance commis par certains jeunes en manque total de repères. D'aucuns pensent que nous sommes arrivés à un stade où la prévention et la médiation n'ont aucune efficacité et ne seront d'aucune utilité vis-à-vis de ces jeunes, dans un département où plus de la moitié des habitants a moins de dix-huit ans. Ils souhaitent des mesures plus répressives, plus proches de la justice de droit commun.

En outre, les cadis devaient bénéficier de formations, ne serait-ce que pour renforcer les connaissances indispensables des lois de la République après la départementalisation de Mayotte. Cette demande de formation vient des cadis eux-mêmes, qui éprouvent un besoin de reconnaissance officielle de leurs compétences après la perte, en 2010, de leurs larges fonctions juridictionnelles, notariales et d'état civil. Il était donc urgent de ne pas les laisser en totale déshérence, au risque de porter atteinte à leur autorité morale, ce qui serait dommageable pour la société mahoraise. C'est ainsi que le préfet de Mayotte de l'époque (Seymour Morsy) avait inauguré officiellement en 2015 l'ouverture du nouveau diplôme d'université « Valeurs de la République et islam » créé au centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte. Deux raisons expliquaient la création de ce diplôme.

Premièrement, le centre universitaire de Mayotte répondait à la proposition de formation des responsables religieux et des acteurs concernés, à l'apprentissage de la laïcité et des valeurs de la République, proposition contenue dans le document stratégique « *Mayotte 2025 : une ambition pour la République* », qui trace pour les années à venir le cheminement de Mayotte vers le droit commun de la République.

Secondement, la création d'un diplôme d'université sur les valeurs de la République s'inscrivait dans la dynamique impulsée par le Gouvernement français sur l'ensemble du territoire national. Le ministre de l'Intérieur (Bernard Cazeneuve) avait présenté, en février 2015, une communication en Conseil des ministres relative au « *dialogue avec l'islam* » visant à la création de « *formations civiles et civiques* » destinées aux futurs ministres du culte. Les trois instances de dialogue avec l'islam de France, organisées par le bureau central des cultes au ministère de l'Intérieur les 15 juin 2015, 21 mars et 12 décembre 2016, ont permis de rappeler cette priorité.

En 2017, dans un souci d'harmonisation entre les diplômes universitaires existant sur le fait religieux et la laïcité, il est apparu nécessaire d'élargir la formation à l'ensemble des religions présentes en France. Cette ouverture du champ religieux du diplôme d'université de Mayotte est apparue souhaitable pour offrir le même socle de connaissances que les diplômes d'université de France métropolitaine. Ce diplôme s'intitule, depuis 2016, « *Valeurs de la République et Religions* » au pluriel. Le diplôme d'université « *Valeurs de la République et*

Religions » du centre universitaire de Mayotte fait partie de la liste de la trentaine de formations civiles et civiques en France, agréées par arrêté du ministre de l'Intérieur en date du 31 juillet 2017 modifié par les arrêtés du 7 septembre 2018, du 7 août 2019, du 27 juillet 2020 et du 10 août 2021. Cette formation, qui offre une approche universitaire, pluridisciplinaire, rationnelle, scientifique et non-confessante, du fait religieux et de la laïcité, en même temps qu'une introduction au contexte socio-historique, au droit et aux institutions de la France, a été suivie par des cadis, leurs anciens secrétaires-greffiers et des maîtres coraniques.

De leur côté, les cadis revendiquaient autrefois le bénéfice du même statut que le clergé d'Alsace-Moselle. Ils espéraient pouvoir concourir à la mission de service public de la justice, à travers certaines fonctions d'auxiliaire de justice ouvertes par le Code de procédure civile et le Code de procédure pénale. Ils estiment aujourd'hui que la charge de travail des tribunaux pourrait être allégée en cas de reconnaissance d'une fonction de médiation, qui les conduirait à la rédaction d'actes de médiation. Toutefois, il est évident qu'une telle mission nécessiterait une formation préalable des cadis. Pour une compréhension et une maîtrise progressive de leurs missions dans le respect des règles de droit commun, les cadis, ayant validé la formation théorique proposée par le centre universitaire de Mayotte, devaient ensuite suivre une formation plus technique à la médiation sociale, mise en œuvre par la délégation du Centre National de la Fonction publique territoriale. Si un projet de formation avait bien été élaboré, la formation n'a pas, à notre connaissance, été mise en œuvre par cette structure. Le corps de métier des « cadis-médiateurs » n'a donc pas encore été institué et la médiation cadiale n'a pas encore remplacé – dans les esprits c'est certain, et parfois encore dans les faits – la justice cadiale, noyau de l'identité mahoraise.

Les Cadis continuent d'être une autorité religieuse naturelle que, majoritairement, la population de Mayotte respecte et écoute. Leur empreinte est omniprésente dans la vie quotidienne mahoraise (mariage, circoncision, bénédiction d'un nouveau-né, prière du Vendredi...). Il appartient notamment au Grand cadi de fixer la date de début du Ramadan. Représentant la justice d'Allah et assumant la charge de son Prophète, les cadis restent les interlocuteurs privilégiés des pouvoirs publics sur les questions touchant à l'islam (par exemple détermination des fêtes religieuses mobiles en fonction de l'observation de la lune). Piliers de la société mahoraise, porteurs de tradition et parlant couramment les langues locales (Shimaoré, Kibushi), ils peuvent être de bons médiateurs, facilitant le dialogue avec les individus ou communautés, utiles à la recherche d'une solution amiable entre les parties. Incarnant un islam tolérant, les cadis portent des valeurs morales de paix et de respect, et sont les vecteurs de la transmission de ces valeurs morales au sein de Mayotte dans la République ainsi que les garants des équilibres sociaux dans l'île. Il est regrettable toutefois que les cadis, qui revendiquent un rôle de cohésion sociale au sein de la République depuis plus de cent cinquante ans, n'aient pas joué un rôle plus important lors des événements sociaux qui ont secoué Mayotte entre septembre et octobre 2011 puis en février et mars 2018. Une plus grande implication aurait pu permettre de justifier leur magistère moral auprès de la population et en particulier des jeunes. Actuellement, les cadis accomplissent un travail de proximité avec la population, en appui aux services sociaux et dans un partenariat aujourd'hui assumé aux côtés de l'État et des collectivités locales pour renforcer la cohésion sociale dans le territoire. Ils reçoivent dans leurs bureaux pour des conseils et des renseignements sur des thématiques diverses (problèmes de couples principalement), sont interpellés dans la rue pour apporter aides, éclairages ou invocations, dispensent des enseignements de l'islam et prononcent des sermons dans les mosquées exhortant à faire le bien et visant à lutter contre la délinquance notamment juvénile et la radicalisation. Ils mènent d'ailleurs des actions de sensibilisation auprès des élèves à chaque rentrée des classes. Ils assurent une mission d'éducation et de solidarité envers les plus démunis. Récemment, le Grand Cadi de Mayotte s'est illustré lors de l'épidémie de Coronavirus. Il a

notamment participé à relayer des messages de prudence et de respect des consignes des autorités sanitaires, surtout à l'annonce controversée de la fermeture des mosquées. Prônant le respect des mesures prises par les autorités, il a invité les fidèles à pratiquer la prière chez eux afin de préserver leur santé ainsi que celles de leurs proches. En définitive, la requalification des missions des cadis montre que leur place n'est pas dans un musée.

§ 2 – Statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l'office du juge étatique ?

Les habitants de Mayotte sont passés à partir de 1946, d'un statut d'autochtones en contexte colonial à celui de citoyens en contexte colonial puis postcolonial. À partir de la départementalisation en 2011, l'ordre juridique sur le territoire se structure selon le principe de l'identité législative. Cette population ultramarine doit, ainsi que le prévoit le préambule de la Constitution de 1946, lequel fait partie du bloc de constitutionnalité, désormais être traitée à égalité, « sans distinction de race et de religion ». Cela, sous la réserve des dispositions applicables aux détenteurs d'un statut personnel, ainsi qu'en dispose l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Comme l'objective Benoît Trépied, cette situation met les « agents de la justice étatique » dans une situation de double contrainte, que nous expérimentons au quotidien : « celle qui consiste, pour [eux], soit à ignorer délibérément les spécificités des tissus socio-culturels locaux au nom de l'universalisme républicain (quitte à reproduire une forme d'aveuglement vis-à-vis des enjeux locaux qui participent de la définition des litiges traités), soit à appliquer des procédures et des traitements judiciaires différenciés au nom d'une "culture" essentialisée sous le registre discursif de "l'authenticité" qui ne prend en compte ni le changement social ni les relations de pouvoir mouvantes au fondement des rapports sociaux (quitte alors à reproduire une autre forme d'aveuglement, celle d'un discours néo-coutumier dominant, bien souvent masculiniste) ». Il en déduit la nécessité d'explicitier « l'ensemble des points aveugles, malentendus et autres déséquilibres de la rencontre judiciaire »⁵⁴³.

Sans pouvoir mettre en évidence l'ensemble des particularités de l'exercice judiciaire et des relations de la population avec l'institution judiciaire sur l'île de Mayotte, il s'agit d'exposer à grands traits certaines particularités liées à l'office de juger dans ce jeune « département » ultramarin.

Présentation sémantique – La « coutume » peut être définie comme une règle de conduite suivie par un groupe social et résultant d'un usage plus ou moins prolongé. Annie Rouhette, s'inspirant de Max Gluckman⁵⁴⁴, relativise la différence traditionnellement opérée entre fait social et coutume, en exposant que cette dernière se révèle dans les situations de conflictualité. Nous souscrivons ici à cette définition large des normes locales, tout en proposant, dès l'intitulé de cet écrit, une considération particulière de la question du statut personnel. Celui-ci désigne « l'ensemble des règles juridiques concernant l'état et la capacité des personnes. Dans les

⁵⁴³ B. Trépied, *Justices ultramarines*. Paris, Presses universitaires de France, 2018.

⁵⁴⁴ M. Gluckman, in A. Rouhette, « Coutumier droit », Encyclopædia Universalis; <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-coutumier/>

*anciennes colonies, voire certains départements d'outre-mer, ce statut relèv[e] des coutumes locales et non pas du droit civil métropolitain »*⁵⁴⁵.

L'expression « autorité judiciaire », issue de la Constitution du 4 octobre 1958, désigne l'ensemble des magistrats assurant le service de la justice civile et pénale, par opposition à la justice administrative⁵⁴⁶. S'agissant de la notion d'« office du juge », nous l'entendons ici dans une acception large de pouvoirs, fonctions et devoirs des magistrats de l'institution judiciaire, dans le procès, mais également alentour. Dans un espace où l'institution judiciaire se construit, il est effectivement nécessaire de ne pas considérer que la manière d'entendre la cause des parties, mais aussi de prêter attention aux activités extrajudictionnelles des magistrats⁵⁴⁷.

Une brève histoire de l'institution judiciaire à Mayotte – Bien avant les combats pour Mayotte française⁵⁴⁸, la rencontre entre ce territoire et l'État français semble le fruit d'un concours de circonstances. Alors qu'ils cherchaient dans le canal du Mozambique un port d'attache où il serait plus facile d'accoster qu'aux Mascareignes, les marins français ont acquis ce territoire en 1841 en dehors de leurs attributions. Il a fallu en conséquence attendre deux années pour que le gouvernement, après divers « atermoiements », ratifie cet accord. Très rapidement, ensuite, l'administration coloniale révélait son incurie, tandis que le fonctionnement de l'industrie sucrière s'avérait médiocre⁵⁴⁹.

Dans ce contexte, le fonctionnement communautaire lié à la tradition villageoise a longtemps perduré tandis que les juridictions de Mayotte s'établissaient timidement. La magistrature était gérée à la fois par le ministère de la Justice et celui des Colonies avec des garanties d'indépendance moindres pour les juges du territoire, notamment l'absence de règle protectrice d'inamovibilité. Jusqu'en 1908, une licence en droit suffisait pour exercer ces fonctions ; ainsi, certains magistrats, attirés par un traitement supérieur à celui offert en métropole, étaient très insuffisamment formés. Malgré ces incitations au recrutement, il était – *déjà* – très complexe d'assurer la présence continue des effectifs judiciaires nécessaires. À titre d'illustration, sur les vingt années qui se sont écoulées entre 1852 et 1873, il n'y eut que douze années au total de présence de magistrats. Le reste du temps, l'intérim était assuré par des fonctionnaires nommés par le Commandement supérieur. Jusqu'en 1869, des réunions publiques appelées « *kabars* », mal réglementées, étaient l'occasion pour l'administration coloniale de trancher des différends à l'écart de l'institution judiciaire en s'associant à des notables et à des chefs de village⁵⁵⁰.

Les cadis et les chefs de village étaient des intermédiaires indispensables à l'administration de la colonie. La justice cadiale, dont le fonctionnement était décrié par les représentants de l'État français, faisait l'objet d'une réglementation selon le décret du 1^{er} juin 1939 précisant son domaine de compétence et instituant une possibilité d'appel devant les juridictions de droit commun. Cet appel était entendu à Mayotte en cas de litige en droit patrimonial de la famille de moins de 5 000 francs ; dans les autres cas, l'audience se tenait à Tananarive. En 1944,

⁵⁴⁵ S. Guinchard, Th. Debard, *Lexique des termes juridiques* 2018-2019 (Lexiques).

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ Pour appréhender une conception extensive de l'« office du juge », il est utile de se référer à l'organisation actuelle de l'École nationale de la magistrature laquelle est structurée en différents pôles d'enseignement : humanités judiciaires, processus de décision et de formalisation de la justice civile et pénale, communication judiciaire, administration de la justice, dimension internationale de la justice, environnement judiciaire, pôle économique, social et environnemental (<https://www.enm.justice.fr/Pedagogie-ENM>).

⁵⁴⁸ M. Idriss, *Le combat pour Mayotte française (1958-1976)*, Paris, Éditions Karthala, 2018. 310 p.

⁵⁴⁹ J. Martin, *Comores : quatre îles entre pirates et planteurs*, Paris, L'Harmattan, 1983.

⁵⁵⁰ P. Boissel, P. Gendry, *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, Mamoudzou, Mayotte, Service éducatif des Archives départementales de Mayotte, 2014.

étaient adjoints aux cadis les services d'un secrétariat-greffe. Les tribunaux de cadis, appliquant la coutume musulmane chaféite du *Minhâdj* mais aussi la coutume locale, coexistaient à côté des tribunaux de paix qui appliquaient également la coutume locale et, à titre subsidiaire, le droit commun français. La justice étatique était quant à elle réservée pendant de longues décennies aux citoyens français, européens ou étrangers : en matière civile comme en matière pénale ; des juridictions particulières jugeaient « les indigènes et assimilés »⁵⁵¹.

Ce n'est qu'en 1946 qu'était aboli le régime de l'indigénat. En 1960, les juridictions étaient transférées à Moroni, et Mayotte ne gardait qu'une section du tribunal de première instance. En 1977, le siège du tribunal de première instance et celui du tribunal supérieur d'appel étaient retransférés à Mamoudzou. Jusqu'à dans les années 2000, les questions liées au statut personnel restaient sous la compétence exclusive du juge cadial avec une option de saisie du juge de droit commun en cas de litige supérieur à 2 000 euros⁵⁵². Pendant toute cette époque, la justice était en réalité administrée ailleurs, soit par les cadis, soit dans le cadre de procédures de médiation coutumières empreintes de symbolique et de palabre⁵⁵³.

Lors du passage du statut de territoire à celui de département, le tribunal de première instance devient tribunal de grande instance, comme en métropole, puis en 2020 « tribunal judiciaire ». La gestion des ressources humaines de magistrats et de greffes reste difficile, avec des postes régulièrement vacants et l'affectation régulière depuis 2015 de magistrats sortis de l'École nationale de la magistrature dont la mobilité est possible tous les deux à trois ans. Le barreau de Mamoudzou est sous-dimensionné, avec 37 avocats inscrits en 2017 pour une population « estimée à 212 000 habitants » contre 80 en Guyane pour une population de 252 000 habitants ou encore 191 en Martinique pour 385 000 habitants⁵⁵⁴.

Approche problématisée – D'un côté, l'office judiciaire tend à se normaliser à Mayotte avec l'accession depuis dix ans au statut de département et le développement du service public de la justice comme de l'ensemble des institutions du territoire. En outre, le principe de spécialité législative a été supprimé depuis 2010. De même, alors que l'article 75 de la Constitution prévoit la possibilité de renoncer au statut personnel, celui-ci ne peut être invoqué par les étrangers de l'archipel : son application devrait, ainsi, se raréfier.

Toutefois, dans le même temps, Mayotte reste un territoire où le recours à l'institution judiciaire est récent et dont la culture est spécifique et contient notamment des modes de règlement traditionnels des conflits. Les lois votées au parlement trouvent ici à s'appliquer dans un contexte très différent de celui de leur édicition. Les magistrats eux-mêmes sont issus de cultures personnelle et juridique différentes de la population au nom de laquelle ils devront rendre justice. Si leur formation s'est considérablement enrichie, celle-ci n'est pas axée spécifiquement sur l'office judiciaire outre-mer et tout particulièrement à Mayotte. Hier comme aujourd'hui, le magistrat apprend par lui-même ce que représente une culture juridique pluraliste et

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ J.-F. Hory, in L. Sermet, Ph. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*. Actes du colloque de Mamoudzou, éd. LGDJ, 2004.

⁵⁵⁴ CNCDH. Avis sur l'accès à la Justice et au Droit en Outre-Mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte, 2017, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/170622_avis_acces_a_la_justice_et_au_droit_outre-mer_0.pdf

appréhende, avec un accompagnement très restreint, les conséquences sociétales de son office sur ces territoires lointains⁵⁵⁵.

Comment se conjugue devant l'institution judiciaire ce double paradigme d'un territoire en voie de normalisation institutionnelle, mais comportant une histoire et une culture riches du règlement traditionnel des conflits ? Comment les acteurs judiciaires se saisissent-ils des enjeux liés au pluralisme juridique et à la pluralité des manifestations culturelles dans les prétoires ? Quelle est la place de la coutume et du statut personnel dans le débat judiciaire ? Au-delà de l'acte de juger en lui-même, quelles sont les particularités des missions des acteurs judiciaires dans un contexte institutionnel si spécifique ?

Méthodologie – Cet écrit croise notre expérience personnelle, diverses lectures ainsi que les apprentissages issus de divers entretiens avec des personnels judiciaires, dans le cadre de cette recherche ou de façon plus informelle. Il tient évidemment compte de nos échanges réguliers avec nos collègues magistrats au cours de notre exercice professionnel. Nous avons aussi pris en considération les rapports annuels du tribunal judiciaire, ex-tribunal de grande instance.

Il s'agit tout d'abord de concevoir l'office du juge judiciaire « en négatif », à travers les modes de saisine ou de non-saisine (I). Il s'agira ensuite d'exposer quelques spécificités de son office (II).

I. Saisir le juge à Mayotte, une démarche peu naturelle

La justice étatique est, pour diverses raisons que nous allons décliner, peu attrayante (A). Elle apparaît ainsi, malgré l'avènement du département, largement concurrencée (B).

A. Une justice étatique peu attrayante

1. L'institution judiciaire, au cœur d'une relation particulière entre la communauté locale et l'État

En plus de la description des particularités du développement de l'institution judiciaire sur le territoire, il est utile de s'arrêter un instant sur l'organisation politique traditionnelle des îles des Comores pour comprendre la place paradoxale de l'institution judiciaire.

Le fonctionnement traditionnel de Mayotte comme des îles des Comores est autocentré sur le village, ce qui conduit à la mise à l'écart de tout instrument de régulation extérieur à la communauté. Tout ce qui est étranger au village est désigné sous le terme de « *sirkali* », qui ainsi peut de façon indifférente désigner l'hôpital ou l'école publique, les autorités de police ou de gendarmerie ou encore le tribunal judiciaire⁵⁵⁶. Le recours à ces autorités, et notamment à l'institution judiciaire, symbolise l'insuccès des autorégulations coutumières, et ainsi représente un échec personnel et communautaire.

Or, dans le même temps, il faudrait voir dans chaque île des Comores un rapport particulier à la « gouvernementalité », entendu dans un sens foucauldien comme la relation particulière à l'exercice centralisé et structuré du pouvoir. Les Mahorais se sont battus pour le maintien de

⁵⁵⁵ F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la Justice*. 2016 ; n° 4(4) : 687.

⁵⁵⁶ D. Abdou, *Le droit comorien, entre tradition et modernité*. Mamoudzou, Mayotte, Éditions du Baobab; 2006. 304 p.

leur île dans le giron français. Sur l'île voisine d'Anjouan, ont éclos des mouvements en faveur du rattachement à la France⁵⁵⁷. Alors qu'une grande partie des migrants viennent de cette île la plus proche, Mahorais et Anjouannais vivant à Mayotte verraient dans la structure étatique, d'abord imposée par le colon arabe puis par le colonisateur français, un moyen de se libérer de diverses oppressions et d'accéder à une forme de protection. L'État français serait ainsi un « paradis perdu », idéalisé dans ses potentialités⁵⁵⁸.

2. La justice face à la précarité du développement du territoire et de ses justiciables

Mayotte est dans une situation socio-économique très complexe, s'agissant de l'espace de plus forte pauvreté du territoire français. Les chiffres de l'INSEE parus en 2019 sont éloquentes. Notamment, en 2017, le taux de pauvreté y était de 77% et le taux d'emploi de seulement 34%. La population double tous les vingt ans ce qui occasionne des défis majeurs dans un contexte de développement. Près d'un habitant sur deux est de nationalité étrangère dont près de la moitié sans titre autorisant la résidence sur le territoire. En 2017, quatre logements sur dix étaient en tôle et 29% des logements n'avaient toujours pas accès à l'eau courante. Six logements sur dix n'avaient pas accès aux sanitaires. L'électricité est absente dans un logement sur dix⁵⁵⁹.

Cette importante précarité rend complexe le fonctionnement de l'institution judiciaire. Les difficultés d'identification liées à l'état civil de même que les problèmes de localisation des personnes, en raison des problèmes de cadastre ou liés au fait qu'elles séjournent dans un « quartier spontané » (autrement dit « bidonville ») rendent difficile leurs convocations en justice. Aussi, alors qu'une importante part de la population doit s'animer quotidiennement pour sa subsistance, et que l'ensemble des services publics fait face à d'importantes contraintes de fonctionnement, le tribunal judiciaire se situe, ainsi que le relève la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), au cœur d'une zone industrielle, difficile d'accès, alors qu'il n'y a sur l'île aucun transport en commun, à part le taxi collectif⁵⁶⁰. Comme cela est rappelé dans un rapport très récent sur l'insécurité sur l'île, l'absence de « réflexe judiciaire au sein de la population », de même que la méfiance des forces de l'ordre, aggravée par la situation de clandestinité d'une importante partie de la population, conduisent à sous-estimer le nombre réel des contentieux dans la population générale⁵⁶¹.

Aux termes des principes directeurs de l'Organisation des Nations unies contre l'extrême pauvreté⁵⁶², les difficultés d'accès à la justice renforcent pourtant la marginalisation et la vulnérabilité des personnes vivant en situation de pauvreté⁵⁶³. L'absence d'un nombre suffisant

⁵⁵⁷ La tension persiste dans l'île d'Anjouan, divisée sur le « rattachement » à la France. (1997, 12 août). Le Monde.fr. https://www.lemonde.fr/archives/article/1997/08/12/la-tension-persiste-dans-l-ile-d-anjouan-divisee-sur-le-rattachement-a-la-france_3783325_1819218.html

⁵⁵⁸ A. Halidi, (2018), « Comores : colonisation, insularité et imaginaire national », *Cahiers d'Outre-Mer*, 71(278), 403-432, H014. <https://doi.org/10.4000/com.9692>

⁵⁵⁹ INSEE. (2019). Synthèse démographique, sociale et économique.

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2018177/tiTEM.pdf+&cd=3&hl=fr&ct=clnk&gl=fr>

⁵⁶⁰ CNCDH. (2017), *op. cit.*

⁵⁶¹ Sénat. (2021, 27 octobre). *Insécurité à Mayotte : conjurer le sentiment d'abandon des Mahorais*. <http://www.senat.fr/rap/r21-114/r21-114.html>

⁵⁶² Nations Unies, septembre 2012 Principes directeurs sur l'extrême pauvreté.

<https://www.ohchr.org/fr/issues/poverty/pages/dgpintroduction.aspx>

⁵⁶³ « Souvent, les personnes vivant dans la pauvreté ne sont pas en mesure d'accéder à la justice ou de demander réparation pour des actes ou omissions qui leur ont porté préjudice. Elles se heurtent à de nombreux obstacles, soit parce qu'elles ne peuvent faire enregistrer leur plainte initiale en raison du coût de la procédure ou de leur méconnaissance du droit, soit parce que les décisions judiciaires en leur faveur restent lettre morte, pour ne citer que quelques exemples. Le déséquilibre des pouvoirs et l'absence de mécanismes de recours indépendants,

de défenseurs au Barreau de Mamoudzou est dans un tel contexte un handicap majeur : il n'y a à Mayotte qu'un avocat pour 8500 habitants contre un avocat pour 1000 habitants en métropole. Le Défenseur des droits, présents sur le territoire depuis 2012, relève en conséquence le « faible recours » au juge sur le territoire⁵⁶⁴.

3. Le justiciable, une figure essentiellement contrainte à Mayotte

Il ressort de ce contexte politique, social et économique que les cas de recours à l'institution ne traduisent pas une adhésion réelle au mode judiciaire de règlement des conflits.

D'abord, l'institution judiciaire est alimentée par divers contentieux directement liés aux mutations institutionnelles des dernières décennies : contentieux hier dévolu à l'institution cadiale (« hors divorce » par exemple), contentieux relatif aux droits des personnes (nationalité, état civil) ou encore contentieux lié à la rétention administrative des étrangers.

Ensuite, certains justiciables décident de saisir l'institution pour des raisons bureaucratiques. Ainsi, une juge des tutelles relève que ce n'est qu'en raison du développement du droit commun et aux difficultés administratives croissantes dans la gestion des biens d'un proche en difficulté, que les familles la saisissent de manière croissante. De même, alors que tout enfant devrait pouvoir être inscrit à l'école sans formalisme excessif, dans un contexte d'encombrement majeur, les établissements scolaires réclament aux proches de mineurs des documents supplémentaires. Ceci est à l'origine d'un important contentieux devant les magistrats judiciaires, notamment en termes de demandes de délégation de l'autorité parentale, dans un contexte de circulation des enfants entre plusieurs référents parentaux voire entre les îles de l'archipel des Comores.

Enfin, la matière pénale est sur-représentée au tribunal judiciaire de Mayotte, ce qui crée une dissymétrie très importante entre les pôles civil et social d'une part et le pôle pénal de l'autre. En effet, ces services se nourrissent principalement des saisines des magistrats du ministère public, eux-mêmes alimentés par les faits survenant en flagrant délit ou portés à leur connaissance en raison de la fréquentation des services de santé. Le public mis en cause y est, par nature, contraint et l'action publique peut se poursuivre malgré l'absence de mobilisation des plaignants. Pour autant, en matière pénale aussi, une grande partie du contentieux passe « sous les radars » ou connaît un traitement concurrent à celui de l'institution judiciaire.

B. Une justice étatique concurrencée

1. Les modes coutumiers de règlement des conflits

Les cultures des Comores sont d'inspiration unanimiste, c'est-à-dire tournées vers le rétablissement des équilibres et de la paix sociale. L'origine de ces modes coutumiers de règlement des conflits est à trouver dans l'imprégnation afro-arabe de ces cultures, des philosophies africaines à la culture musulmane. Le Coran lui-même favorise la médiation sociale (sourate XLIX verset IX). Cette vision unanimiste est très étrangère au droit processuel

accessibles et efficaces les empêchent souvent de contester les décisions administratives qui leur portent préjudice. Sans réel accès à la justice, elles ne peuvent demander et obtenir réparation pour les violations du droit national ou international des droits de l'homme, ce qui aggrave leur vulnérabilité, leur insécurité et leur isolement, et perpétue leur appauvrissement ».

⁵⁶⁴ Défenseur des droits, 2020, *Etablir Mayotte dans ses droits*. <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-mayotte-10.02.20-4.pdf>

français, quant à lui tourné vers la résolution normative du conflit ; même si le droit positif récent encourage les modes de médiation, aux fins de contrebalancer les excès de judiciarisation dans les sociétés occidentales.

L'avocat Jean-François Hory⁵⁶⁵ proposait dans un brillant article l'exposé des principales procédures infrajudiciaires de règlement des conflits issues de la coutume mahoraise⁵⁶⁶, véritables « espaces de résistance coutumière »⁵⁶⁷. Il décrit d'abord le « *yaseni* », et le « *badiri* », issus respectivement des sourates 36 (XXXVI) et 3 (III), mobilisées « à des fins quasi-judiciaires » comme une « enquête de dieu ». Le texte « *yâ-sin* » évoque le jugement dernier et consiste en une réprobation des mécréants, c'est-à-dire des non-croyants ou des musulmans non sincères. Selon le « *badiri* », aux versets 121, 128 et 129 : « Dieu entend et il sait », « Il leur reviendra ou bien il les tourmentera d'avoir été coupables », « Il pardonne à qui il veut et tourmente qui il veut ». Ainsi, Dieu révèle de lui-même qui est coupable et fait s'abattre sur lui son courroux. Il rappelle également une procédure désuète, l'« *utolwa mjini* », correspondant à la peine de bannissement, la plus sévère dans les cultures africaines avant l'émergence de la prison ainsi que l'« *uzina gungu* », correspondant à une ridiculisation publique du fautif, tout particulièrement utilisé dans les affaires d'inceste.

Enfin, il décrit la procédure du « *suhulu* ». Il s'agit d'une procédure triangulaire dans laquelle le fautif fait intervenir un tiers pour obtenir le pardon du clan blessé. Il devra dans ce contexte se soumettre aux fins d'attirer la pitié. Cette procédure, communément nommée « arrangement », par les métropolitains, est scellée par des prières puis des cadeaux donnés au clan préjudicié. Elle est rapide et répond en tous points au modèle politique unanimiste, mais également à la coutume du palabre ainsi qu'au fonctionnement communautaire et autocentré sur le village que nous avons décrit.

2. Le recours subsidiaire à l'institution judiciaire

Il ressort ainsi de nombreux dossiers pénaux comme civils qu'il est fait subsidiairement recours à l'institution judiciaire. Le juge aux affaires familiales comprend fréquemment qu'avant sa saisine de nombreuses conciliations familiales extrajudiciaires ont été tentées. Les parties ont en ces matières encore très fréquemment recours aux conciliateurs traditionnels (les « *fundis* ») ou au *cadi*, qui renverraient eux-mêmes les belligérants devant la justice étatique en cas d'échec du recours aux modes de médiation culturels.

Le recours au *suhulu* apparaît fréquemment en marge des dossiers pénaux, par exemple pour des violences sexuelles dont l'arrangement aura échoué ce qui conduira à l'ouverture d'une information judiciaire. Il arrive parfois que les parents d'une plaignante, ou même son conseil, sollicitent le prix de la virginité, correspondant au différentiel de douaire qui peut être attendu d'un mariage futur au regard de la dévalorisation de la fille sur le marché matrimonial.

Un collègue officiant en qualité de juge civil nous indiquait quant à lui qu'il lui paraissait que dans nombre de cas les prétentions des parties avaient été adaptées aux coutumes. Ainsi, il avait

⁵⁶⁵ Jean-François Hory fut avocat à Mamoudzou après avoir été successivement secrétaire général de la Collectivité de Mayotte, député européen et conseiller d'état. Il s'était engagé pour la départementalisation de Mayotte. Il est mort à 68 ans le 28 décembre 2017 en Bourgogne, peu de temps après son admission à la retraite.

⁵⁶⁶ J.-F. Hory, in L. Sermet, Ph. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, op. cit.

⁵⁶⁷ F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies », loc. cit.

eu une discussion préalable entre les parties, voire la volonté, sans invoquer en justice la coutume, d'obtenir un titre en validation d'un arrangement coutumier.

3. Quels leviers d'existence sociétale pour le tribunal ?

Le magistrat dispose de divers leviers aux fins de se rendre plus accessible et visible. Ainsi des audiences foraines, qui se développaient au début des années 2000 dans les tribunaux judiciaires de l'Hexagone. Leur déploiement s'est toutefois arrêté pour des raisons budgétaires que rappelle la CNCDH en faisant référence aux écrits du Syndicat de la magistrature. À ce jour, tout doit être réalisé à Mayotte pour rapprocher physiquement le juge des justiciables. Le contexte est peu favorable, alors que la tendance législative correspond plutôt à une concentration des institutions judiciaires au sein de « cités judiciaires ». Ainsi, l'avènement du « tribunal judiciaire » a conduit à la suppression des tribunaux d'instance et, notamment à Mayotte, de celui situé à Sada⁵⁶⁸.

Il convient, au vu du contexte, de passer par divers partenaires pour créer des ponts entre le juge et la société. Le magistrat à Mayotte s'intéresse naturellement à son environnement judiciaire et au maillage partenarial. Cette nécessité est mise en évidence également par la CNCDH qui met en lumière l'insuffisance du réseau partenarial, institutionnel et associatif, et sa mauvaise structuration à Mayotte⁵⁶⁹. À l'échelle de chaque service, le rôle du magistrat en lien avec ses partenaires ne s'arrêtera bien souvent pas au simple établissement de contacts : il se manifestera également par l'accompagnement de ces partenaires dans la connaissance du cadre légal, l'accomplissement de leurs missions voire la structure de leurs écrits professionnels.

À l'échelle de la juridiction, le procureur de la République est investi d'un rôle de communicant et il est l'interlocuteur privilégié des représentants de l'État. Le président du tribunal judiciaire est quant à lui à la tête du centre départemental d'accès au droit (CDAD) qui effectue un important travail de « visibilité » de l'action judiciaire sur le territoire. Il est actuellement animé à Mayotte par un secrétaire général, une chargée de projet et une animatrice d'accès au droit. Son rôle est notamment de définir une politique d'accès au droit en lien avec les acteurs locaux et de piloter et coordonner les actions en matière d'accès au droit. Divers « points d'accès au droit » ont été déployés dans plusieurs communes du territoire.

Une fois saisies, comment les autorités judiciaires officient-elles ?

II. Juger à Mayotte, un office relativement spécifique

L'observation de la pratique juridictionnelle à Mayotte conduit au constat d'un office judiciaire qui n'est que relativement spécifique. En effet, s'agissant du processus décisionnel en lui-même, l'application du droit coutumier et du statut personnel est, pour diverses raisons, difficile (A). La spécificité réside davantage dans l'investissement par les autorités judiciaires de fonctions extrajuridictionnelles spécifiques (B).

⁵⁶⁸ CNCDH, 2017, *op. cit.*

⁵⁶⁹ *Ibid.*

A. Le difficile respect du droit coutumier et du statut personnel

1. Le droit coutumier en situation postcoloniale

D'aucuns indiquaient une petite décennie avant l'avènement du 101^e département que l'État français avait à Mayotte « une obligation d'un type nouveau : la préservation de l'identité culturelle et sociale de la population mahoraise ». Laurent Sermet relevait ainsi que « *la spécificité de l'ordre juridique mahorais résid[ait] dans la triple mixité qui le traverse : française, musulmane et locale* », source de richesse et de complexité, et n'était pas prête à l'adoption d'un principe d'identité législative. Cela est pourtant aujourd'hui chose faite. Or comment définir et, *a fortiori*, préserver le droit coutumier dans une situation postcoloniale comme celle de Mayotte ? Les expériences calédoniennes sont riches en enseignements quant aux apports de tribunaux de la coutume. Toutefois, ce modèle n'est pas exempt de critique comme le démontre la mise en évidence du caractère « andocentré » du droit kanak appliqué par des tribunaux coutumiers, tenus en échec avec un magistrat professionnel. Alors composés exclusivement d'hommes, certains chercheurs ont pu mettre en évidence les propos moralisateurs tenus par ses membres à l'égard de personnes, en particulier de femmes, qui se seraient, dans leur parcours de vie, affranchies des modes de vie coutumiers⁵⁷⁰.

En outre, ce qu'on nomme « droit coutumier » ou « droit local » a en général déjà été largement influencé et refaçonné dans un contexte colonial. Le fait de référencer ou de réformer par écrit les principes coutumiers rompt déjà avec leur vocation initiale de norme non écrite et convoquée oralement lors du règlement de conflits. Ainsi, même, de l'institution du cadi, dont on a vu qu'elle avait été un relais de l'administration du territoire par le colonisateur français. Paul Guy, magistrat à Mayotte au milieu du XX^e siècle, s'est impliqué dans l'enseignement du droit musulman aux cadis. Il avait pourtant lui-même des difficultés à appréhender le caractère « syncrétique » du droit local à Mayotte, désignant sous l'expression de « coutume locale de droit musulman » le « *manyahuli* », selon lequel les terrains hérités des mères sont transmis des femmes à leurs enfants en indivision, alors qu'il s'agit en réalité d'une coutume d'inspiration africaine qui s'est intégrée au droit local composite⁵⁷¹. Le Sultan Chouzour met en évidence toute la force d'une situation de syncrétisme lorsqu'il rappelle que le Comorien lui-même, en se conformant à ses traditions non-musulmanes, est convaincu d'être en conformité avec la foi et le dogme islamiques⁵⁷².

Comme l'indique Élise Ralser, « *la règle coutumière reste plus difficile à connaître qu'une règle écrite* » ; ce qui est tout à fait exact du point de vue des juristes de droit occidental que nous sommes, et ce qui est vrai à l'égard de tous lorsque le fonctionnement social communautaire se délite, comme c'est le cas aujourd'hui à Mayotte. À l'ensemble des difficultés habituelles dans l'agencement entre le droit coutumier et le droit étatique, s'ajoute la rapidité du développement de l'île, la mutation à marche forcée de ses mœurs et de ses institutions avec l'abandon, de concert, à l'heure du Département de l'institution du cadi, du principe de spécialité législative et la réforme du statut personnel. Selon Sophie Blanchy, les Mahorais n'ont pas vu ce que recouvrait l'annonce d'un simple « recentrage du rôle des cadis » si bien que ce changement a été « vécu comme un chaos » dont sont nées des « confusions dans plusieurs domaines ». Par exemple, l'absence de prise en compte depuis le département des

⁵⁷⁰ Ch. Salomon, (2018), « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak. Ethnologie française », 169(1), 69. <https://doi.org/10.3917/ethn.181.0069>

⁵⁷¹ S. Blanchy, Y. Moatty, (2012), « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, n° 80(1), 117-139

⁵⁷² S. Chouzour, (1994), *Le pouvoir de l'honneur : tradition et contestation en Grande Comore*, éd. L'Harmattan.

secondes épouses conduit à faire des femmes mariées et mères, des femmes célibataires, mères d'enfants naturels, ce qui est un choc culturel considérable pour les personnes concernées⁵⁷³. Il résulte de tout cela que le droit local est très peu plaidé devant les juridictions de Mayotte.

2. La question du champ d'application du statut personnel

Le statut personnel pose d'importantes difficultés d'abord liées à la définition de son champ d'application.

Pour relever du statut civil de droit local applicable à Mayotte, il faut être Mahorais, de confession musulmane, de nationalité française et ne pas avoir renoncé à son statut particulier⁵⁷⁴. Or les habitants de Mayotte sont eux-mêmes perdus. Ainsi, un greffier judiciaire originaire de l'île, entendu en entretien dans le cadre de cette recherche, expliquait que, jusqu'en 2010, toute personne née à Mayotte, même chrétienne, se présentait comme étant de droit local. Ce champ d'application du statut personnel se confronte aux difficultés de l'état civil sur le territoire, qui peuvent conduire à des requalifications⁵⁷⁵.

Aux termes de la loi statutaire du 11 juillet 2001 dans sa rédaction du 21 juillet 2003, si la personne ne fait pas la demande d'application du droit local, c'est le droit commun qui s'applique. En conséquence, il semblerait, notamment aux affaires familiales, que l'application du droit local ne soit demandée que lorsque le justiciable y voit un intérêt personnel. Le greffier originaire du territoire entendu décèle ici une forme d'« option de lois ». La cohérence de cette option de lois, dans des matières telles que l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, pose question. Le droit commun s'applique en outre dans de nombreuses situations : en cas de relation juridique mixte ou en cas d'insuffisance du statut civil du droit local (article 52-1). Ces règles d'application du statut personnel le rendent moins facilement mobilisable que des règles classiques de conflit de lois⁵⁷⁶. Il s'agit de la principale limite à l'application du statut personnel par les juridictions de Mayotte.

Les textes donnent également la possibilité aux parties de renoncer définitivement à ce statut. L'acquisition du statut de droit commun est ensuite transmissible et irréversible. Le statut de droit commun se transmet également automatiquement aux enfants mineurs de conjoints relevant de droits différents. En dépit de l'usage relatif des dispositions que comprend le statut personnel, les Mahorais sont réticents à cette démarche de renonciation. Alors que leur loi d'origine est très proche des dispositions du statut personnel mahorais, les Comoriens relèvent automatiquement du droit commun à Mayotte en tant qu'étranger⁵⁷⁷.

Outre la question de son champ d'application, la question du contenu matériel du statut personnel explique sa désaffection dans les prétoires.

3. L'insaisissabilité matérielle du statut personnel mahorais

Le statut personnel mahorais propose à l'origine un syncrétisme à l'image des brassages identitaires sur l'île : il se compose du *Minhâdj-at-Twalibine* (traité exprimant les règles de l'école chaféite), de traditions morales propres à chacune des îles de l'archipel et souvent

⁵⁷³ S. Blanchy, Y. Moatty, *loc. cit.*

⁵⁷⁴ E. Ralser in F. Ringel et al. (2007). *Familles, Liber Amicorum*, Presses Universitaire de Aix-Marseille.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ S. Blanchy, Y. Moatty, *loc. cit.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*

dérogatoires aux dispositions écrites du *Minhâdj*, et enfin de l'ordonnancement juridique français adapté aux réalités locales »⁵⁷⁸. L'État français a progressivement rapproché les règles de ce statut avec les règles de droit commun en supprimant la polygamie, en prévoyant l'égalité des conditions successorales ou encore en prévoyant des règles pour la « validité » des unions de droit local.

Le statut personnel a ainsi été refaçonné par le « *sirikali* ». L'institution du *cadi*, qui était il y a une petite dizaine d'années à la source du droit local, a été tout bonnement supprimée par l'ordonnance du 3 juin 2010. Jusqu'alors, depuis le milieu du XX^e siècle, le conflit de juridiction correspondait au conflit de lois : le *cadi* appliquait le droit local tandis que les juridictions de droit commun appliquaient le droit commun. Depuis la départementalisation, il revient aux juges d'appliquer le droit local ; or ils « y perdent leur latin », résume notre collègue Yves Moatty, en collaboration avec Sophie Blanchy. Ainsi que Florence Renucci, spécialiste du droit en situation coloniale ou ultramarine, le met en évidence, le juge occidental est peu coutumier des situations de pluralisme juridique et, nous ajoutons, des situations de syncrétisme⁵⁷⁹. En outre, comme nous l'avons mis en évidence, les parties elles-mêmes ont des difficultés à se saisir de la matière en raison de la pédagogie limitée qui a été faite autour de ses réformes et parce que les réformes ont éloigné le statut personnel de leurs *habitus* culturels.

Le champ d'application du statut personnel pose également le problème d'entretenir des différenciations entre les personnes présentes sur le territoire, alors que d'aucuns mettent en évidence une organisation ségréguée du pouvoir qui se perpétue depuis des décennies dans l'archipel des Comores⁵⁸⁰. Rappelons que les étrangers, Comoriens ou Malgaches, vivant à Mayotte, ne relèvent pas du droit local. Ils relèvent, le cas échéant du conflit de lois international. Seuls ceux qui, après l'indépendance des Comores, ont pu conserver la nationalité française, ont conservé leur statut personnel. L'impossibilité pour un couple « mixte » (Mahorais et Comorien, Mahorais et métropolitain) de transmettre le statut personnel à ses enfants interroge. Sophie Blanchy et Yves Moatty concluent que « La réforme contribue de plus à maintenir les Mahorais dans un statut inférieur en les plaçant dans des situations juridiques inextricables » et relèvent « que la garantie du droit local appara[ît] comme une imposture [ce qui] brise la confiance en l'État de droit »⁵⁸¹.

D'autres parlent de « fantôme » de droit coutumier, de « désordre normatif » ou encore de « maquis »⁵⁸². Alors qu'une « bonne norme » doit être accessible, donc facile à déterminer, et intelligible, c'est-à-dire facile à comprendre et à mettre en œuvre, le statut personnel des Mahorais n'a plus ces deux qualités. Celui-ci n'est même plus compris par les Mahorais eux-mêmes⁵⁸³. Cette méconnaissance de l'articulation entre droit commun républicain, justice cadiale et droit local créerait des situations d'incompréhension, et pourrait même engendrer un non-recours à la justice de droit commun et donc réduire encore l'office du juge⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ V. Parisot, (janvier 2015). *Conflits internes de lois*, Répertoire de droit international Dalloz.

⁵⁷⁹ F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies », *loc. cit.*

⁵⁸⁰ A. Halidi, (2019), « A state in search of Archipelago », *Journal of Historical Archaeology & Anthropological Sciences*, 4(2), 74-78. <https://doi.org/10.15406/jhaas.2019.04.00183>

⁵⁸¹ S. Blanchy, Y. Moatty, *loc. cit.*

⁵⁸² E. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : Un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP* 2012.

⁵⁸³ E. Ralser, (2014), « Le désordre normatif et le droit local mahorais (où l'on nous fait croire à l'existence d'une norme qui n'existe plus) ». Désordre normatif et qualité de la norme. <https://hal.univ-reunion.fr/hal-01772510>

⁵⁸⁴ CNC DH, 2017, *op. cit.*

B. La nécessité d'investir des fonctions spécifiques

1. L'administration de la justice : structurer le fonctionnement de l'institution judiciaire

La fonction d' « administration de la justice » des magistrats est une notion jeune et parfois décriée en raison de ses liens avec la réforme générale de politiques publiques. Sa connotation est celle d'une restriction des moyens à disposition de la justice et d'une « rationalisation » du fonctionnement de l'institution judiciaire⁵⁸⁵. Il s'agit toutefois d'une réalité omniprésente dans l'office des magistrats judiciaires qui peut être définie plus largement comme l'organisation par le juge de son service juridictionnel en lien avec ses divers partenaires.

Au vu de la jeunesse des juridictions de l'État à Mayotte, à l'échelle de l'histoire de l'île et de sa colonisation par la France, un effort de structuration important de services judiciaires est nécessaire. Alors que les ressources humaines et les saisines, certes lacunaires, sont en augmentation permanente, une part importante de l'office du juge consiste à administrer son service pour accompagner, avec ses partenaires, l'ensemble des changements liés à ce développement institutionnel à marche forcée.

Ainsi, même fraîchement sortis de l'école et non encore alourdis par le grade de vice-président, les magistrats du territoire doivent, dans un contexte socioculturel spécifique, mettre en œuvre des réformes, proposer des structurations ou restructurations de service, imaginer des procédés, parfois avec des moyens matériels réduits, aux fins de contribuer à l'œuvre de Justice conformément au code de l'organisation judiciaire, aux textes supranationaux et nationaux et à l'intérêt du service public de la justice. Ainsi de la structuration particulière du service du juge aux affaires familiales où le contentieux des conditions de l'exercice de l'autorité parentale (contentieux dit « hors divorce ») et des délégations de l'autorité parentale est surreprésenté avec des enjeux spécifiques.

2. L'omniprésence de fonctions d'accompagnement par les acteurs judiciaires

En raison des particularités sociales, de l'insuffisance numérique des avocats et des difficultés générales d'accès au droit, l'ensemble des acteurs judiciaires – juges, membres du ministère public, greffiers, adjoints administratifs – investissent au quotidien des fonctions d'accompagnement et de pédagogie auprès des justiciables qu'ils fréquentent.

La CNCDH saluait ainsi le développement de « pratique[s] réaliste[s] » à Mayotte, telles que la convocation par téléphone, la présence d'un vacataire à l'accueil du tribunal, la citation de demandeurs par voie d'huissiers... « *Ces pratiques réalistes démontrent bien l'impérieuse nécessité pour l'autorité judiciaire de recourir à des moyens pragmatiques pour s'assurer que les justiciables ont connaissance, notamment de leur convocation, et pourront ainsi assister aux audiences* »⁵⁸⁶. Le greffe consacre ainsi un temps important à la mobilisation des justiciables, mais aussi dans l'accueil téléphonique et physique aux fins de leur expliquer le fonctionnement de l'institution judiciaire. La présence d'agents administratifs ou de greffe locuteurs en shimaorais est essentielle.

Les magistrats également passent un temps non négligeable à chaque étape de la procédure à l'explication du fonctionnement de l'institution et l'économie des lois et de la procédure, tout particulièrement lorsqu'une confrontation apparaît avec des habitus culturels. Cette fonction

⁵⁸⁵ Voir notamment V. Kretz, (2020). « Juger ou manager, il faut choisir », *Délibérée*, n° 11(3), 50-56.

⁵⁸⁶ CNCDH, 2017, *op. cit.*

d'accompagnement s'étend à de nombreux partenaires, plusieurs étant propulsés à des emplois pour lesquels ils ne sont pas formés ou alors ils ne sont pas habitués aux relations avec l'institution judiciaire.

3. Connaître les faits socioculturels, une question de pertinence de l'action judiciaire

« Afin d'assurer un fonctionnement de qualité de la justice ultramarine, il est impératif de tenir compte de l'ensemble de ces spécificités, y compris de la diversité institutionnelle des territoires qui, si elle est un facteur indéniable de complexité juridique pour les justiciables, l'est également pour les magistrats et auxiliaires de justice, requérant de leur part un surcroît de travail de mise à jour », conclut la CNCDH⁵⁸⁷. La formation des magistrats à ce type de fonctions lui paraît insuffisante. Divers modules de formation continue se développent pour pallier cette incurie réelle⁵⁸⁸. Toutefois, il s'agit, il est vrai encore essentiellement pour les magistrats d'une auto-formation et d'un apprentissage par tâtonnements sur le terrain. Ainsi convient-il, pour le juge des tutelles de prendre la mesure la plus adaptée à l'intérêt du majeur protégé tout en veillant à ce que sa décision soit également appropriée au fonctionnement familial à Mayotte, alors qu'il apprend « sur le tas », tous les enjeux de hiérarchie et de solidarité.

Il serait également essentiel pour le magistrat d'avoir les moyens de s'intéresser aux enjeux linguistiques et à l'office d'un de ses partenaires spécifiques : l'interprète en shimaorais (plus largement en « *shikomor* ») ou en kibushi. Les personnes des îles des Comores ayant un panel important de niveaux sociaux et d'éducation, l'interprète doit s'adapter à chacune des personnes présentées. En outre, il s'agit de langues très éloignées du français avec parfois des termes non possibles à traduire. Par exemple, le terme générique d'« arme » ne semblant pas exister en shimaore, l'interprète va parfois choisir de donner des exemples – « *upanga, chombo, bundunki* ? » – qui peuvent donner l'impression au juge que son partenaire suggère des réponses. Aussi, la façon de s'adresser est très différente dans les deux cultures. Comment l'interprète doit-il alors traduire ? Certaines demandes doivent être formulées de façon plus directe en shimaore. À l'inverse, on s'adresse peut-être à des personnes âgées plus prudemment dans les parlers comoriens. La manière de traduire va dépendre de la sensibilité de l'interprète et de sa compréhension des enjeux liés à l'acte judiciaire.

La sensibilisation des magistrats aux spécificités socioculturelles de l'île serait une conséquence heureuse d'une certaine sédentarité sur l'île. Cela pourrait également être un fort levier pour leur fidélisation, tant cette expérience ultramarine peut permettre de justifier l'obtention d'acquis tant en termes de gestion de projets que d'emploi en situation interculturelle. Ainsi que le remarque la CNCDH, la rotation rapide des magistrats sur l'île, affectés durant rarement plus de trois ans, est préjudiciable au fonctionnement du service public de la justice⁵⁸⁹.

« Qu'un étranger ose affirmer haut et fort, sans aucune réserve, qu'il est spécialiste de la société mahoraise relève souvent de la fantaisie, de la prétention et du dédain, car tout ce qu'un étranger écrit sur la culture d'un pays qu'il n'a découvert qu'à l'âge adulte, c'est ce que les autochtones ont bien voulu lui révéler », avertit, non sans ironie, l'écrivain Mahorais Nassur Attoumani⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ Par exemple : « Juger Outre-Mer » ou « Le Magistrat et l'approche interculturelle » <https://www.enm.justice.fr/formation-continue-francais>

⁵⁸⁹ CNCDH, 2017, *op. cit.*

⁵⁹⁰ N. Attoumani, (2003), *Mayotte, identité bafouée*, essai, éd. L'Harmattan.

De leur côté, Sophie Blanchy et Yves Moatty mettent en exergue que « la méfiance diffuse de la métropole envers tout système de valeur catalogué comme islamique joue contre Mayotte et fait oublier que l’islam comorien, loin d’être fondamentaliste, est le mode d’expression des solidarités sociales et le guide moral de l’action individuelle : de ce fait il participe à l’ordre public »⁵⁹¹.

C’est au cœur de cette double contrainte que se débat le magistrat à Mayotte, dont on annonce, dès le choix de poste à Bordeaux ou dès la demande de mutation à Paris toute la délicatesse de l’office. Respecter une culture qu’il peine à connaître et dont le paradigme musulman et animiste est déconsidéré dans sa culture d’origine. Appliquer un droit, ici méconnu, et rendre une justice défiée dans la culture de l’île. Cela explique combien l’exercice juridictionnel à Mayotte fascine, comme en témoigne l’omniprésence des questions de justice dans la littérature mahoraise⁵⁹² et au-delà en des contextes ressemblants⁵⁹³.

Mayotte est en bien des points un laboratoire des relations entre l’État et la société, entre la justice de l’État et les modes coutumiers de règlement des conflits, sur la place du droit dans un contexte de développement rapide ou encore sur l’interculturalité dans l’office du juge. Plutôt que de « nous fai[re] croire à l’existence d’une norme qui n’existe plus »⁵⁹⁴, il serait utile et précieux tant à l’Hippocampe qu’à l’Hexagone que chacun s’intéresse avec sincérité aux enjeux de la fabuleuse « rencontre judiciaire »⁵⁹⁵ qui a lieu, au quotidien, dans nos prétoires.

§ 3 – Les autorités judiciaires à l’épreuve des coutumes (substantielles et processuelles)

V^o Autorité judiciaire. Ce sujet renvoie explicitement à la place constitutionnelle du juge dans la V^o République, ce qui n’est pas anodin s’agissant de Mayotte, tant les normes juridiques applicables désormais dans le département demeurent évidemment liées aux évolutions des normes de rang supérieur⁵⁹⁶. Si l’expression « autorité judiciaire » renvoie ainsi intuitivement au Titre VIII de la Constitution, il s’agit bien – avant tout – d’étudier la manière dont le juge, dans l’office qui est le sien, tient compte (ou ne tient pas compte) de la coutume. L’on sait cependant depuis un article de Marie-Anne Frison-Roche demeuré célèbre que l’office du juge est multiple et qu’il convient de traiter des « offices » du juge au pluriel, afin de mettre l’accent

⁵⁹¹ S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*

⁵⁹² Voir notamment : N. Attoumani, (2006), *Entre les mailles du diable* ; N. Djailani, (2021), *Cette morsure trop vive*.

⁵⁹³ Ch. Taubira, (2020). *Gran balan*, éd. Plon., où l’ancienne Garde des Sceaux aborde les relations entre justice et société en Guyane.

⁵⁹⁴ É. Ralser, (2014), « Le désordre normatif et le droit local mahorais », *loc. cit.*

⁵⁹⁵ B. Trépied, *Justices ultramarines*, *op. cit.*

⁵⁹⁶ Cf. L. org. n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l’évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et de Mayotte ; L. org. n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte ; sur cette dernière, cf. not. L. Baghestani, « À propos des lois organique et ordinaire du 7 décembre 2010 relatives au Département de Mayotte », *Petites affiches*, 12 janvier 2011, p. 3 ; sur ses incidences sur le statut de droit local, cf. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117.

sur l'étendue des attentes sociales et politiques à l'égard du juge, parfaitement illustré par François Ost dans sa systématisation en triptyque des figures du juge⁵⁹⁷.

La question essentielle demeure dès lors celle de la norme de référence utilisée par le juge pour remplir ses offices ou, pour employer une terminologie retenue par exemple par le Code de procédure civile, sa mission⁵⁹⁸. Les termes paraissent à bien des égards synonymes afin de désigner « *ce pour quoi le juge est fait* »⁵⁹⁹, « *les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter pour jouer un rôle dans la société* »⁶⁰⁰ ou encore « *l'idée (selon laquelle) un individu (en l'occurrence le juge), investi d'une fonction particulière, doit agir dans un certain sens pour satisfaire la vocation essentielle de cette qualité* »⁶⁰¹.

Or si l'on s'en tient à une présentation élémentaire, que l'on tiendra pour communément partagée, le rôle classique du juge consiste à appliquer la loi au litige ou, pour reprendre là encore une formule empruntée au Code de procédure civile, de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables⁶⁰². La normativité dépasse ainsi la légalité, comme le démontre par exemple le visa par la Cour de cassation de principes généraux du droit, révélant cette normativité en suspension, pour reprendre la belle formule de Carbonnier. À filer la métaphore, la coutume à Mayotte serait-elle de la sorte une norme en suspension ?

Autrement dit, la coutume constitue-t-elle une norme de référence que le juge utilise pour satisfaire les offices qui sont les siens et que l'on résumera en une formule simple : trancher, pacifier, réparer ?

V° Coutume. La question s'avère essentielle dans le cadre d'une réflexion en France sur les offices du juge dès lors que l'avancée du juge se trouve habituellement présentée comme liée au déclin du légicentrisme⁶⁰³. Il suffit pour s'en convaincre de songer au peu de considération pour la jurisprudence durant les deux premiers tiers du XIXe siècle, à l'époque exégétique. Le lien entre affirmation du primat de la loi et place du juge s'avère essentiel à Mayotte dans un contexte de départementalisation encore récente et de plein rattachement juridique à la République⁶⁰⁴. En ce sens, le mouvement opéré demeure typique de la construction française de l'État. Autrement dit, comme le note un magistrat, « *la conjonction d'une loi puissamment*

⁵⁹⁷ F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice ». in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1.

⁵⁹⁸ CPC, art. 21 : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Deux observations méritent d'être formulées au sujet de l'article 21 du Code de procédure civile. D'une part, le rappel de ce texte, qui figure au cœur du chapitre premier consacré au principe directeur du procès, revêt une importance particulière à Mayotte où, comme il sera détaillé plus loin, l'intégralité des entretiens menés dans le cadre de la présente recherche s'accorde pour conclure à une place primordiale et incontournable, de l'amiable, de la discussion, de la négociation dans la résolution des conflits. D'autre part, le terme de mission mérite sans doute d'être défini par rapport à celui d'office, ou encore de fonction de juger, voire de pouvoir (sur ce débat, cf. V. Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, éd. Defrénois, 2010, spéc. n° 9. Il apparaît en effet que les termes « rôle », « office, "mission" » sont très régulièrement employés comme synonyme pour situer le juge dans le corps social. Le signifiant du terme "pouvoir" quant à lui s'avère plus technique et renvoie à une prérogative légale donc dispose un organe institué, afin de remplir pleinement le rôle — ou office — qui est le sien.

⁵⁹⁹ M.-A. Frison-Roche, « Les offices du juge », in Mél. Jean Foyer, éd. PUF, 1997, p. 463

⁶⁰⁰ J. Normand, V° Office du juge, in *Dict. de la Justice*, dir. L. Cadiet, éd. PUF, 2004

⁶⁰¹ V. Egéa, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰² CPC, art. 12 al. 1^{er}.

⁶⁰³ D. Salas, V° *Juge (aujourd'hui)*, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy et PUF, 2003.

⁶⁰⁴ Comp. pour une approche critique : L. Ahmed, *La construction d'un système juridique, la confrontation de la coutume et de la loi à Mayotte*, thèse Strasbourg, 2015, spéc. p. 142 et ss.

intégratrice et d'un État administratif a institué la société française»⁶⁰⁵ expliquait traditionnellement la moindre importance du juge. Inversement, le déclin du légicentrisme accroît de manière corrélative la place du juge. Qu'en est-il dès lors dans le cas singulier de Mayotte où le *cadi*⁶⁰⁶, organe traditionnel qui remplissait notamment les offices juridictionnels consistant à trancher le litige⁶⁰⁷, pacifier les rapports sociaux et réparer le déséquilibre causé par un comportement⁶⁰⁸, ne se trouve plus investi officiellement de cette mission-là ?

La pleine intégration juridique de Mayotte à la République laisse-t-elle une place pour la coutume comme norme de référence prise en compte par le juge, à titre principal ou secondaire, dans l'exercice de la fonction de juger ?

À première vue, la logique intégratrice qui commande l'accession de Mayotte au statut administratif et constitutionnel de département à part entière paraît condamner l'application de la coutume, voire sa prise en compte comme norme de référence dans le raisonnement du juge.

Une analyse plus fine, fondée en particulier sur l'étude des entretiens menés dans le cadre de la présente recherche, permet de nuancer cet *a priori* quelque peu intuitif, du moins si l'on prend soin de préciser ce qu'est la coutume. À l'instar en effet du terme « office » du juge, la coutume à Mayotte mériterait peut-être d'être employée au pluriel pour parler des coutumes. Si l'on considère que la coutume est une norme, ce que l'on admettra sans difficulté dans le cadre de la présente étude, encore convient-il d'en préciser l'objet. Comme la norme légale qui peut soit prescrire ou sanctionner un comportement (droit substantiel) ; soit permettre la solution du litige par le juge⁶⁰⁹ (droit procédural) ; les entretiens menés révèlent qu'à l'évocation de la coutume, les personnes interrogées mentionnent aussi bien des règles de fond (substantielle), comme celle qui impose à l'épouse de recevoir son mari chez elle⁶¹⁰ par exemple ; que des règles qui intéressent la manière de résoudre le conflit (procédurale) telles que le repas pris en commun, ou dans un ordre d'idées quelque peu différent, le bannissement.

Proposition. La présente étude propose donc de distinguer les deux versants de la coutume à Mayotte ou, pour être plus précis, les normes coutumières de droit déterminateur au sens

⁶⁰⁵ D. Salas, *loc. cit.*

⁶⁰⁶ Sur lequel, cf. not. A. Siri et G. Boudou, *V° Cadi*, in V. Egéa (dir.), *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, éd. LGDJ, à paraître en 2022.

⁶⁰⁷ Initialement consacré par l'article 20 de la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane. Selon J.-F. Hory, les règles de procédure étaient extrêmement détaillées dans cette délibération (cf. J.-F. Hory, « Conflits de lois ou conflits de droits », colloque de l'association France Outre-mer, 22 fév. 2001, spéc. p. 4). Ladite délibération déclare en effet applicable, outre le *Minhâdj at Twalibine* (Guide des Zélés croyants), trois autres traités de rite chaféite (fath al quarib ; kétab el tambin ; fatu el moeni) ; C. sur ce point, E. Ralsler, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in Mél. Ringel, Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2007, p. 261, spéc. p. 269. Les compétences d'attribution seront ensuite restreintes à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités par les lois n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte et n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer. En dernier lieu, c'est l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 qui supprime cette compétence juridictionnelle. Cf. not. C. Bléry, Rép. Dalloz Procédure civile, *V° Juridictions civiles d'outre-mer*, spéc. n° 14 ; J.-B. Falduto, « La disparition du particularisme mahorais en matière juridictionnelle : la fin de la justice cadiale ? », Procédures 2010, alerte n° 35 ; A. Siri et G. Boudou, *loc. cit.* ; J.-R. Binet, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », RIDC 2002.787 ; *adde.* également sur ce texte : *adde.* E. Ralsler, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », *loc. cit.* ; spéc. p. 280 s.

⁶⁰⁸ J.-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises. Les procédures infra-judiciaires de règlement des conflits ».

⁶⁰⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, éd. LexisNexis, 2020, spéc. n° 4.

⁶¹⁰ Il s'agit là manifestement d'un effet du mariage. Cf. *infra* notre contribution sur le mariage.

qu'Oudot donnait à ce terme dans ses *Premiers essais de philosophie du droit*⁶¹¹, et les normes coutumières de droit sanctionnateur⁶¹². À l'instar des normes codifiées de procédure civile, les entretiens révèlent qu'il existe à Mayotte des modes coutumiers de résolution du conflit et ces règles s'imposent donc comme des « *auxiliaires du droit déterminateur* »⁶¹³, des normes « *servante(s) des autres droits* »⁶¹⁴. La distinction, au sein d'un ensemble coutumier fort large, entre les normes coutumières déterminatrices et celles sanctionnatrices, suppose de considérer que la résolution des conflits ne saurait être exclusivement juridictionnelle (que la juridiction soit cadiale ou étatique⁶¹⁵), mais elle peut s'effectuer par d'autres biais – tel que la conciliation et l'amiable plus largement – illustrant le phénomène de *justice plurale* mis en évidence par Loïc Cadiet⁶¹⁶.

Plan. En partant de ces considérations, l'analyse des entretiens menés dans le cadre de la présente étude révèle que la coutume processuelle (I) attachée à un primat de l'amiable dans la résolution du conflit occupe encore une place importante dans les conceptions collectives. Étant donné que le droit processuel positif ne cesse lui aussi de promouvoir, voire d'imposer, le recours à des solutions amiables, il convient d'apprécier l'éventuelle aptitude à régler cette internormativité par une approche procédurale (II). En filigrane, la question importante qui apparaît ici concerne les sources de la procédure, ainsi que la norme à laquelle le juge se réfère pour remplir ses offices.

I. La culture de l'amiable, une coutume processuelle

Les deux versants de la coutume. La coutume semble désormais peu prise en compte par le juge, du moins s'il s'agit de se fonder sur la dimension substantielle de la coutume, par opposition à une dimension que l'on qualifiera de processuelle. Il est alors question d'appliquer ici la distinction classique que l'on retrouve en droit processuel entre la substance et la procédure. Le droit processuel est alors conçu comme un droit sur le droit, un droit servant, un droit second, dont la mise en œuvre ne permet pas de trancher le litige au fond. La norme de droit substantielle va quant à elle apporter cette réponse au fond du litige.

Si l'on applique la même distinction à la coutume, il apparaît de manière évidente à la lecture tant des différents entretiens menés que des documents recueillis, que la coutume mahoraise comporte elle aussi à la fois des normes que l'on qualifiera de substantielles et d'autres de processuelles. Par exemple, l'obligation pour l'épouse, comme effet du mariage, d'héberger le mari revêt une dimension substantielle, en dictant directement un comportement attendu. En revanche, la volonté de favoriser d'abord la discussion s'impose comme une norme de droit processuel en ce sens que l'obligation de discuter préalablement à une résolution juridictionnelle (que la juridiction soit cadiale ou étatique) n'apporte aucune solution de fond au litige. L'on se trouve face à ce que les tenants d'une approche structurale de la règle de droit,

⁶¹¹ Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, éd. Joubert, Paris, 1848, p. 71-73 et p. 1112-1114, cité par L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 8 ; qui définissent ainsi le droit déterminateur : partie du droit objectif qui pose les règles de conduite sociale, qui définit les droits et obligations de chacun, qui autorise, prescrit ou prohibe certains comportements.

⁶¹² Le droit sanctionnateur est « la partie du droit objectif dont le seul objet, la seule fonction est d'assurer la sanction des autres droits, des règles de droit déterminateur », selon MM. Cadiet et Jeuland, *op. cit.*, n° 8.

⁶¹³ L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶¹⁴ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, éd. PUF, 1996 (3^e éd.), spéc. p. 67.

⁶¹⁵ Le qualificatif d'« étatique » est ici retenu pour désigner, par commodité, les juridictions publiques, au sens du tribunal judiciaire.

⁶¹⁶ L. Cadiet, « L'accès à la justice », D. 2017, p. 522.

dans une approche post-Motulskienne⁶¹⁷, nomment des normes de droit réalisateur par opposition au droit sanctionnateur, par essence prescripteur.

Aussi, si l'on s'intéresse à la dimension sanctionnatrice de la coutume perçue dans son versant substantiel, les mises en œuvre par le juge étatique des normes issues de cet ordre paraissent assez anecdotiques. Certains magistrats citent ainsi un droit de visite dans un centre de détention accordé à la seconde épouse d'un détenu, manifestation d'une prise en compte de l'union polygame. Au demeurant, dans l'Hexagone, le contentieux du versement des pensions de réversion comporte lui aussi des exemples de partage par moitié entre les deux épouses d'un mariage polygame du montant mensuel de la pension de réversion, illustrant au passage la célèbre théorie de l'effet atténué de l'ordre public⁶¹⁸.

Illustrant également la prise en compte somme toute modeste de la coutume substantielle, le même entretien avec un magistrat, a permis de relater un exemple dans lequel la formule « marié cadialement » a pu être inscrite dans un interrogatoire de première comparution.

Le constat ainsi dressé constitue le résultat mécanique et indubitable d'une logique qualifiée d'« assimilationniste » du statut personnel, laquelle « s'entend d'une substitution des règles du Code civil aux spécificités locales dans les rapports familiaux »⁶¹⁹.

À cette rareté d'une prise en compte explicite de la coutume substantielle répond une omniprésence de la coutume processuelle. Il s'avère de ce point de vue tout à fait révélateur, au sens chimique du terme, que la plupart – si ce n'est l'intégralité – des entretiens menés dans le cadre de la présente recherche insistent sur la prégnance, encore à l'heure actuelle, d'une manière singulière de résoudre les conflits qui repose sur la prévalence de l'amiable.

Aussi, l'étude, élaborée essentiellement à partir d'une lecture des différents entretiens menés, a pour ambition de démontrer que, dans l'office du juge, la prise en compte de la coutume concerne principalement la coutume processuelle et non la coutume substantielle.

Prise en compte de la coutume processuelle. La prise en compte de la coutume processuelle s'avère beaucoup plus conséquente, dès lors que le primat d'une solution consensuelle qui domine largement dans les conceptions mahoraises traditionnelles demeure incontournable. Il convient d'emblée de préciser que la nécessité de recourir d'abord à une solution amiable et consensuelle, que le primat de la discussion, font l'objet d'une véritable unanimité. L'ensemble des entretiens menés, lorsqu'ils abordent cette question, indiquent, de manière plus ou moins étoffée, que la résolution coutumière du litige repose à Mayotte sur une culture de l'unanimité, sur la négociation et sur la conciliation. Traditionnellement, le *cadi* joue un rôle évidemment central dans cette manière de résoudre le conflit. Comme le notent deux auteurs : « *en amont de leur activité de juges islamiques, sollicités comme sage par le voisinage et participant à la conciliation sociale, (les cadis) font appliquer la coutume* »⁶²⁰. On notera au demeurant que,

⁶¹⁷ Cf. not. J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, Paris, éd. Lextenso, 2019 (7^e éd.), n° 1.

⁶¹⁸ La situation concerne en effet des mariages polygames célébrés à l'étranger (hors de France) en conformité tant avec la loi nationale des époux que de la loi locale du lieu de célébration du mariage. En général, dans ces affaires, après des mariages polygames régulièrement célébrés à l'étranger, le mari et ses épouses s'installent en France. La situation s'avère désormais plus rare en raison de l'obstacle que la polygamie érige face à une entrée et un séjour durable sur le sol national.

⁶¹⁹ A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse Aix, 2016, spéc. n° 6 et sur l'ensemble de la question, cf. n° 15 et ss.

⁶²⁰ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117, spéc. p. 124.

dans cette citation, la conciliation sociale qui répond à l'office de résolution du conflit et d'apaisement des rapports sociaux est distincte de la tâche d'application de la coutume. Où l'on retrouve la distinction entre le droit processuel et le droit substantiel.

Cette considération présente une importance de premier ordre, au regard des évolutions du droit processuel étatique, entièrement tournées vers la promotion des modes amiables de résolution des conflits.

Pourtant, il convient de dépasser cette intuition selon laquelle la coutume et la culture mahoraises, pétries d'amiable, correspondraient parfaitement aux tendances procédurales étatiques actuelles, permettant une sorte de combinaison heureuse.

II. Quelle place pour l'amiable dans la résolution des conflits ?

Tendance du droit contemporain. La culture de l'unanimité s'avère très importante⁶²¹ et la recherche de solution consensuelle demeure déterminante. En ce sens, la coutume que l'on pourrait qualifier de « procédurale » ou de « juridictionnelle », du moins de sa mise en œuvre pour une résolution des conflits, tendrait à première vue à se rapprocher grandement des postulats qui animent le droit processuel contemporain, tant en matière pénale, qu'en matière administrative et, bien évidemment, en matière civile. La législation contemporaine fourmille de mécanismes qui tendent à favoriser le recours à des solutions amiables, qu'il s'agisse de la médiation, la conciliation, la convention de procédure participative, voire l'arbitrage. La réforme de la procédure qui s'est opérée à partir de 2019 et qui vient de connaître une nouvelle étape avec le décret du 11 octobre 2021⁶²², ne se caractérise pas simplement par la création du tribunal judiciaire, fusion des anciens tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance, mais marque le point d'aboutissement d'une tendance de fond à l'essor des modes amiables et/ou alternatifs de résolution des conflits.

A. Distinction entre l'amiable structurel et l'amiable conjoncturel.

Culture de l'amiable. L'on pourrait à première vue se féliciter du constat qui vient d'être dressé de convergence⁶²³ entre une coutume mahoraise foncièrement appliquée pour tenter de faire émerger des solutions consensuelles et unanimes, d'une part ; et un droit processuel contemporain exprimant la même dynamique, d'autre part. Il n'est pas certain pour autant que l'analogie se révèle parfaitement pertinente, en particulier si l'on s'intéresse aux raisons de cette faveur pour l'amiable. La tendance s'avère évidemment trop profonde pour l'expliquer par une cause unique et univoque, mais la faveur pour l'amiable en droit processuel étatique revêt un caractère avant tout conjoncturel, alors que la place de l'amiable dans la coutume mahoraise s'impose comme éminemment structurelle. Le constat ne manque pas d'intérêt à l'heure où les plus ardents promoteurs des solutions amiables dans le droit positif ne cessent de répéter qu'il convient de consacrer et d'établir une « culture de l'amiable ». À en croire les entretiens réalisés dans le cadre de la présente recherche, ainsi que l'état de l'art existant déjà sur le droit et la

⁶²¹ Cf. J.-F. Hory, *loc. cit.*

⁶²² D. n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 ; sur lequel, cf. V. Egéa, « Décret du 11 octobre 2021 : une réforme de la procédure civile en voie d'achèvement ? », D. 2021, p. 2197 ; S. Amrani-Mekki, « Le marronnier procédural 2021. Décret n° 2021-1322 du 11 oct. 2021 », JCP éd. G. 2021, doct. 1139 ; Cf. en particulier la promotion de l'amiable à laquelle procède ce texte en modifiant les articles 750-1, 1546-1 et 1554 du Code de procédure civile.

⁶²³ Cf. *supra*.

résolution des conflits à Mayotte, il semble bien que ladite culture de l'amiable existe déjà sur l'un des territoires de la République.

Essor de l'amiable en droit positif : rappel des causes. La faveur pour l'amiable en droit processuel étatique s'explique en premier par des considérations budgétaires et liées aux finances publiques. La volonté de déjudiciariser, qui se traduit notamment par l'essor de l'amiable, explique la volonté de désengorger les tribunaux. Il serait évidemment réducteur et inexact de ne retenir qu'un argument budgétaire pour expliquer la faveur contemporaine pour l'amiable. En associant les justiciables au façonnement de la norme qui les concerne, l'on espère également réduire le taux de non-respect ou de non-adhésion à la décision de justice. En matière de détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale, certains comportements, tels par exemple que la non-représentation d'enfant, le défaut de paiement de pension alimentaire, voire l'enlèvement international d'enfant, expriment un manque d'adhésion de la partie succombante à la décision qui le concerne. L'on préfère alors une solution dégagée par les parties elles-mêmes dans le cadre d'un processus amiable plutôt qu'une décision rendue d'autorité par un tiers extérieur à la relation sociale (familiale, contractuelle, de voisinage) qui a vu éclore le conflit en son sein. Pour être parfaitement complet, il conviendrait d'ajouter une dernière raison, un peu moins conjoncturelle sans doute que les précédentes, tirée de la volonté de favoriser l'autonomie des parties, au sens étymologique du terme d'*auto-nomos*, c'est-à-dire de se fixer sa propre norme. Enfin, le lien entre essor des solutions amiables et liberté de convention s'impose avec une évidence telle qu'il ne sera rappelé que pour mémoire. L'accord amiable qui peut provenir d'une démarche consensuelle a la valeur d'un contrat⁶²⁴. L'homologation ne constitue qu'une possibilité, l'acte pouvant demeurer avec sa seule nature contractuelle. Pour autant, l'homologation permettra, quel que soit le processus suivi pour faire surgir cet accord amiable et quel que soit son étendue (accord total ou partiel), de conférer à l'acte une force exécutoire.

Sans sombrer dans une schématisation excessive, il paraît donc raisonnablement possible d'indiquer que le recours à l'amiable se trouve finalisé dans les réformes contemporaines. L'instrumentalisation, au sens noble du terme, du développement de l'amiable poursuit des objectifs politiques, tels que l'économie de deniers publics, la pacification, l'adhésion à la décision de justice, la simplification, l'accompagnement des normes de droit substantiel, déjà souligné par Cornu et Foyer au sujet de la matière gracieuse. Une telle instrumentalisation peut donc être qualifiée de recours à l'amiable conjoncturelle, l'amiable apparaissant comme un outil au service d'objectifs de politiques juridiques et budgétaires. Il s'inscrit dès lors dans le mouvement contemporain de déjudiciarisation, qui a pu être définie à l'issue d'une autre recherche menée pour le GIP Mission de recherche Droit et Justice de la manière suivante :

« ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel, soit en permettant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elles ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle »⁶²⁵.

⁶²⁴ Qui ne constitue pas nécessairement une transaction. Seule l'existence de concessions réciproques et la volonté de l'ériger en contrat de transaction permettant d'entraîner cette qualification et l'application du régime juridique qui lui correspond.

⁶²⁵ S. Cimamonti et J.-B. Perrier (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, op. cit., spéc. n° 388.

La place de l'amiable dans la coutume mahoraise : le poids du groupe. La quête d'une solution amiable pour résoudre le conflit, dans la coutume mahoraise, s'explique davantage par des raisons structurelles, entendues comme étant liées aux structures sociales, villageoises et familiales. Il est moins question de permettre l'épanouissement d'une sorte de droit subjectif et individuel au façonnement de sa propre norme que, dans une conception holiste des rapports sociaux, de concevoir l'unanimité comme l'expression de la collectivité. Comme cela a déjà été dit pour le mariage⁶²⁶, le collectif et le groupe (famille, village, société) sont déterminants et priment sur l'individu. Partant, le conflit qui naît dans un groupe social déterminé (famille, village, voire île) trouble l'équilibre global du groupe et brise l'harmonie qui régnait jusque-là.

La place de l'amiable dans la coutume mahoraise : le rôle de l'honneur. À cette première explication, élémentaire, de l'importance de la culture de l'amiable s'ajoute une seconde, reposant sur la place essentielle que l'honneur occupe dans la société mahoraise. La conception holiste des rapports sociaux concorde évidemment avec ce primat de l'honneur⁶²⁷. Celui qui crée un conflit trouble l'ordre établi et ce comportement est déshonorant pour lui, mais aussi – et sans doute davantage – pour sa famille voire pour son village. Participer à une résolution amiable et consensuelle du conflit causé par l'un des siens constitue alors un moyen de laver l'honneur bafoué et de réparer l'offense subie, non seulement par l'individu, mais également par le groupe.

Exemple de solution amiable : le repas pris en commun. Le repas pris en commun⁶²⁸ symbolise de ce point de vue le retour de l'amiable, et s'impose comme une modalité de résolution du conflit. Est ainsi rétablie l'harmonie du groupe ou, à tout le moins l'apparence de l'harmonie – situation plus honorante que le trouble. L'apparence s'impose alors comme ce qu'il faut sauvegarder, mais aussi comme un instrument⁶²⁹.

Exemple de solution amiable : le bannissement. Si l'on s'en tient à ces deux facteurs explicatifs de la place des solutions amiables, à savoir la conception holiste des rapports sociaux d'une part et le poids de l'honneur d'autre part, la sanction du bannissement⁶³⁰ (*utolwa mijni*) fournit un exemple pertinent. Sanction coutumière, le bannissement est perçu comme une réponse particulièrement infamante infligée à celui qui trouble l'ordre social. Il s'agit de le déshonorer. Pour autant, la coutume veut que l'étranger (entendu comme étant extérieur au village) ne fasse point l'objet d'un bannissement en cas de grand mariage, s'il vit en union stable⁶³¹. L'honneur et le collectif s'avèrent alors préservés. Là encore, le retour vers une forme d'équilibre constitue l'objectif que servent la discussion et l'amiable.

⁶²⁶ Cf. dans ce rapport, *infra*.

⁶²⁷ Sur l'honneur, comme sentiment envisagé soit à l'aune de l'individualisme (honneur individuel), soit dans une approche liée à la vie sociale (honneur social), cf. B. Beignier, *V° Honneur*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; du même auteur, cf. *L'honneur et le droit*, Paris, éd. LGDJ, 1995.

⁶²⁸ J.-F. Hory, *loc. cit.*

⁶²⁹ J.-F. Hory, *loc. cit.*

⁶³⁰ Sur le bannissement, cf. J.-F. Hory, *loc. cit.*

⁶³¹ J.-F. Hory, *loc. cit.*

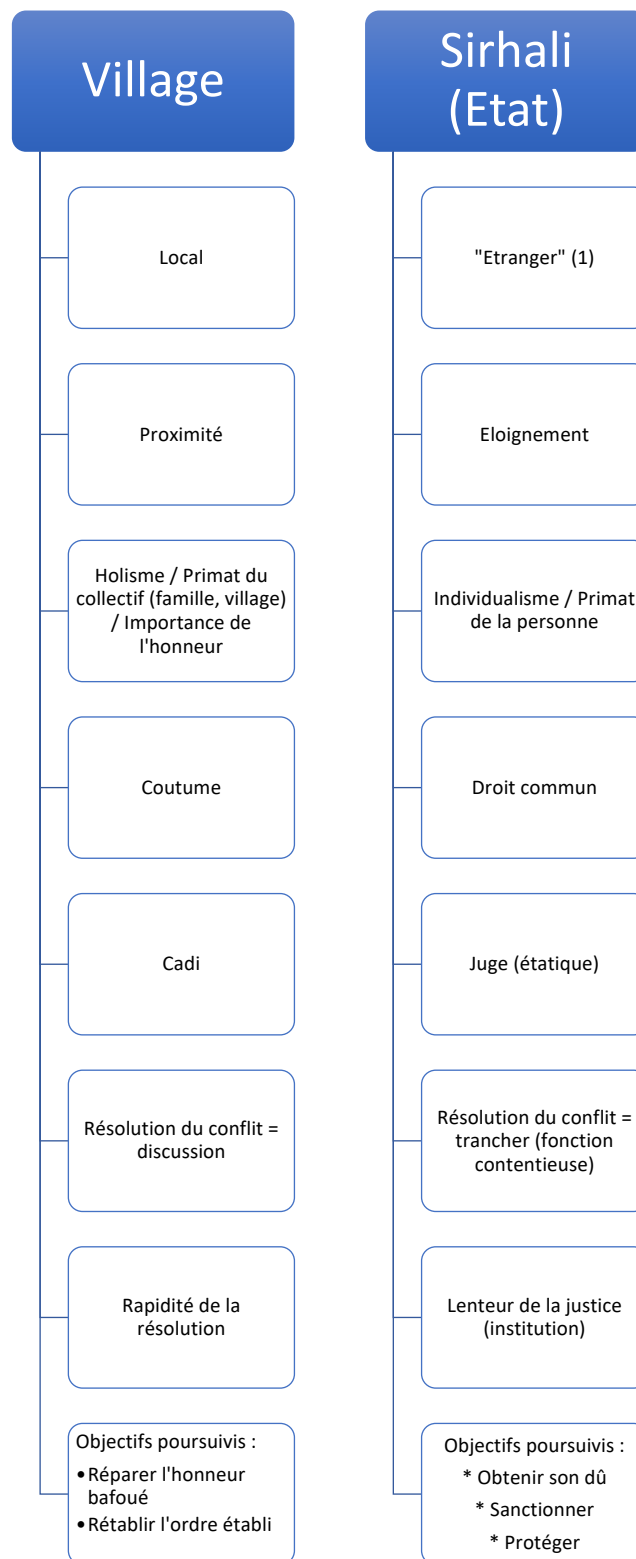


Tableau schématique et synthétique de représentations comparées

(1) Le terme « étranger », qui est apparu au fil de différents entretiens, revêt une signification particulière à Mayotte et ne s'entend pas au sens juridique comme celui n'ayant pas la nationalité. Dans une conception holiste et collective des rapports sociaux, il s'agit plutôt de désigner celui qui n'appartient pas au groupe, à la communauté villageoise ou familiale.

B. L'amiable comme outil de résolution de l'internormativité

Situation d'internormativité. L'étude de la coutume à Mayotte constitue un parfait exemple d'internormativité, telle que mise en évidence déjà par Carbonnier⁶³², puis largement étudiée par la doctrine contemporaine⁶³³, au sujet d'autres types de normes (techniques par exemple). Il reste à déterminer comment la place de l'amiable caractéristique de la coutume mahoraise pourrait perdurer dans le cadre du droit positif. De la sorte pourront être conciliés les deux ensembles normatifs (coutumier et légal). Par exemple, il apparaît que de manière coutumière, l'on préférera un blâme s'il s'agit d'une personne influente, illustrant une nouvelle fois la place considérable de l'honneur dans l'application de la coutume.

S'agissant de déterminer les moyens pour faire perdurer la prégnance de l'amiable, caractéristique de la coutume mahoraise, la question s'avère importante, car, inversement, en ce qui concerne le droit substantiel, plusieurs publications font état d'un passage pour le moins douloureux à l'application du Code civil, en particulier en raison d'un manque d'accessibilité et d'intelligibilité, non pas des normes légales elles-mêmes, mais de leur applicabilité exacte⁶³⁴. Qui fut concerné et à partir de quand ?

Plusieurs des entretiens menés au fil de la recherche expriment une sorte d'inquiétude et de nostalgie quant au crépuscule de l'application d'une coutume, perçue comme étant nécessairement plus proche et mieux connue. À la crainte d'une méconnaissance de la norme que l'on qualifiera ici d'étatique, s'ajoute souvent l'inquiétude de voir sombrer aussi un type de résolution du conflit fondée sur la conciliation, l'amiable, la négociation voire l'unanimité.

Ces mêmes entretiens, ainsi que l'état de l'art existant sur cette question, laissent apparaître l'existence de pratiques soucieuses de conserver ce primat de l'amiable. Ainsi, avant la saisine d'un juge aux affaires familiales, une conciliation est tentée⁶³⁵. Il faut reconnaître sur ce point que ladite pratique ne brille pas aujourd'hui par son originalité puisque le droit processuel de la famille contemporain est entièrement organisé, du moins pour ce qui concerne le contentieux des relations familiales et le divorce, vers la promotion des modes amiables de résolution des conflits. Le propos se vérifie en particulier pour la médiation familiale et, désormais, pour la convention de procédure participative⁶³⁶.

Aussi, un moyen simple et assez peu coûteux de faire perdurer la primauté de l'amiable dans la résolution du conflit familial, tout en recherchant une solution au conflit, pourrait être d'ajouter le tribunal judiciaire de Mamoudzou à la liste des juridictions dites « pilotes » devant lesquelles la saisine du juge aux affaires familiales d'une demande de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit nécessairement être précédée d'une tentative de

⁶³² J. Carbonnier, V° *Internormativité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, Paris, éd. LGDJ, 1993 (2^e éd.).

⁶³³ Cf. en particulier, les actes du colloque « L'internormativité », Université Libre de Bruxelles, Centre Perelmann de Philosophie du droit et Association internationale de méthodologie juridique, publiés in *Les cahiers du droit*, vol. 58, mars 2018 et en particulier l'article de F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont les rôles et la place du droit », pp. 7 - 33 ; *adde.* déjà : G. Rocher, « Les "phénomènes d'internormativité" : frais et obstacles », in J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, éd. LGDJ, 1996, p. 25

⁶³⁴ Cf. not. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117 ; *adde.* également critique : L. Ahmed, *La construction d'un système juridique, la confrontation de la coutume et de la loi à Mayotte*, thèse Strasbourg, 2015.

⁶³⁵ Selon certains entretiens.

⁶³⁶ C. civ., art. 2062.

médiation⁶³⁷. Encore faudrait-il d'une part disposer bien évidemment de médiateurs familiaux, car une obligation de diplôme existe ici et, d'autre part, que trouver une telle solution au phénomène d'internormativité qui nous intéresse ici constitue un véritable objectif politique partagé.

En dehors du seul contentieux familial, le développement des préalables amiables⁶³⁸, dont le défaut se trouve sanctionné par une irrecevabilité de la demande dans les règles procédurales issues du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, constitue peut-être le terrain du maintien des modes de résolution traditionnels du litige, que l'on qualifiera de coutumier. Autrement dit, l'évitement du juge, qui caractérise les textes contemporains, pourrait correspondre assez bien à la culture mahoraise. Certains entretiens ont exprimé explicitement cette idée s'agissant du divorce par consentement mutuel « sans juge ». Si l'on quitte le domaine du divorce, c'est avec satisfaction et fierté qu'un *cadi* a pu déclarer lors d'un entretien :

« nous avons évité d'aller chez le juge » !

Loin d'être anecdotique, cette réflexion démontre que l'évitement du juge constitue à la fois un gage de satisfaction, car perçu comme correspondant mieux à la conception classique des rapports sociaux et de la résolution des conflits, mais aussi un facteur de stabilité et d'apaisement. Le recours au juge est redouté non seulement pour sa lenteur, mais également parce qu'il incarne le « sirhali », c'est-à-dire l'État – entendu comme une entité non seulement extérieure, mais qui repose de surcroît sur des conceptions différentes du droit et de la résolution des conflits. Ce constat illustrerait donc le propos de Carbonnier qui invitait à bien distinguer, par la sociologie juridique, le procès et ce qu'il nommait « la réalité du droit », en ces termes :

« une des bases de la sociologie juridique doit être cette constatation que la plupart des rapports de droit n'accèdent pas à la litigiosité. Ils s'accomplissent à l'amiable, et même si quelque différend surgit à leur occasion entre les intéressés, ce différend ne franchit pas le seuil d'intérêt psychologique ou économique au-delà duquel on se décide à plaider. Le contentieux ne nous découvre ainsi qu'une très faible proportion du droit effectif »⁶³⁹.

Crainte du juge étatique. Plusieurs entretiens révèlent une crainte, voire une peur du juge étatique, non pour lui-même et pour le contenu des décisions qu'il rend, mais parce qu'il incarne symboliquement une source de production de normes qui se trouve éloignée du village, mais aussi, de manière plus fondamentale, comme le vecteur d'un changement de conception de la manière de réguler les conflits et, partant, des rapports sociaux⁶⁴⁰. À ce mode de régulation qui

⁶³⁷ Expérience de médiation familiale préalable obligatoire mise en place par l'art. 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et concrétisée par l'arrêté du 16 mars 2017 (JUSB1707997 A). L'arrêté désigne ainsi onze juridictions pilotes.

⁶³⁸ COJ, art. R. 211-3-4 et R. 211-3-8, c'est à dire pour les conflits de voisinage et les demandes en matière mobilière de moins de 5 000 euros.

⁶³⁹ J. Carbonnier, « Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit », in *Flexible droit — Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, éd. LGDJ, 2007 (10^e éd.), p. 17, et p. 23 pour cette citation.

⁶⁴⁰ Il est de ce point de vue assez significatif que certains entretiens mêlent explicitement le déclin du rôle classique du *cadi* à l'essor de la délinquance, sans que l'on ne sache exactement si ce déclin serait le résultat de l'essor de la délinquance ou si ce mouvement pourrait s'expliquer par la disparition du rôle classique des *cadis*. En filigrane apparaît surtout au travers du lien entre un constat qui résulte d'un changement juridique, institutionnel voire constitutionnel, d'une part, et d'autre part un phénomène par essence multifactoriel tel que la délinquance, la nostalgie d'une époque qui a disparu, sorte d'âge d'or d'une société mahoraise sereine et apaisée, que l'on peine à dater avec exactitude, tant elle semble largement issue de représentations et reconstructions *a posteriori*.

se modifie correspondrait donc le déclin, voire la disparition redoutée, avec nostalgie et angoisse, d'un certain type d'organisation et de structuration des rapports sociaux.

À titre d'exemple, cette remarque conclusive de l'un des cadis interrogés :

Avec cette ignorance qu'on a aujourd'hui...; on n'apprend pas aux enfants, ni à l'école coranique, ni au medersa, on n'apprend pas aux enfants les bonnes manières, mais on dit que bon voilà, tout ce qu'on a, tout ce qu'on va faire, la manière dont on va vivre c'est cette manière-là, et la chose qu'on avait on va pas la mettre en avant parce que la coutume on la met derrière... ; cette évolution va aller jusqu'à... L'enfant va pas connaître son origine, sa coutume, ses affaires..., il va pas connaître ça. Il va rester comme un enfant qui n'a..., il va pas être ni l'un ni l'autre... Même si on est des Européens, mais...

Des cadis expriment parfois, dans certains entretiens, cette inquiétude, qui leur est évidemment propre, mais qui semble toutefois relativement partagée. Certains semblent ainsi proposer, pour le cas des conflits familiaux par exemple, d'aider par la discussion à la résolution du conflit au sein de la famille, en partenariat avec la justice. Formellement cette assistance du *cadi* à la résolution du conflit pourrait, selon la suggestion faite par l'un d'eux, reposer sur la rédaction d'un rapport ou d'un compte-rendu de réunion. L'on se trouve alors assez proche de la pratique de la signature d'un accord de conciliation contresigné par le conciliateur, preuve s'il en était besoin de constantes dans la culture de l'amiable.

Section 2/ Les acteurs non judiciaires de la coutume

Outre les notaires (§ 2) et les cadis dans le rôle qui leur est désormais dévolu depuis l'ordonnance de 2010 (§ 3), la détermination des acteurs non judiciaires de la coutume est une question complexe qui nécessite, au préalable, une approche anthropologique de la coutume et de ses autorités traditionnelles (§ 1).

§ 1 – Connaissance et acteurs de la coutume

I. La représentation de la coutume pour les Mahorais

Département français d'outre-mer depuis 2010, Mayotte conserve en 2021 ses propres coutumes : *myla na tsy*. Pour les Mahorais, la coutume renvoie à un ensemble d'usages et de rites traditionnels de la vie, compris globalement dans le concept plus large de culture. Dans l'histoire spécifique de Mayotte, la coutume s'inscrit dans la représentation du socle commun identitaire qui permet tout particulièrement à la population de cette île de l'archipel des Comores de se reconnaître en tant que telle et donc d'exister au monde.

Il s'agit ici de présenter l'analyse thématique des 16 enquêtes qualitatives menées en juillet 2019 dans le cadre de la recherche sur l'application de la coutume à Mayotte⁶⁴¹. Des extraits d'entretiens seront proposés dans ce texte.

Afin de répondre aux besoins de cette étude, notre regard d'anthropologue se focalisera essentiellement sur les représentations de la coutume perçue et vécue par les Mahorais dans le contexte d'un processus de changement récent en lien avec la départementalisation. Loin s'en faut de faire ici une revue de littérature sur la coutume, il s'agira davantage de bien saisir le sens actuel que lui attribue la population de Mayotte, notamment dans le contexte contemporain de l'évolution rapide de la société⁶⁴².

Afin de bien comprendre la représentation et l'importance que les Mahorais donnent à la coutume, il est nécessaire de la resituer dans son contexte historique.

Précisons tout d'abord qu'à Mayotte la coutume est perçue comme le ciment d'une identité qui est restée longtemps fragile et qui s'est surtout renforcée avec la colonisation française⁶⁴³. Le sentiment d'identité mahoraise apparaît en effet tardivement dans l'histoire du peuplement de l'archipel des Comores. Mayotte est restée pendant plusieurs siècles une île peu peuplée, sous la vassalité des sultans d'Anjouan et régulièrement pillée par les Malgaches lors de razzias. Ce n'est qu'après le traité de cession à la France, signé sous le roi Louis Philippe par le capitaine Passot en 1841, que Mayotte connaît, sous la protection de l'armée française, un développement économique et social sécurisé. Les formes de solidarités coutumières vont alors pouvoir se développer et donneront naissance à un sentiment d'appartenance commun ; l'identité mahoraise en termes d'appartenance à un territoire propre avec ses us et coutumes apparaît enfin.

Ainsi tout le long du XX^e siècle, les Mahorais se sont soudés et une identité mahoraise est apparue : *le Chungu* (échange de cadeaux, de femmes entre villages). Les Mahorais se différencient ainsi des autres arrivants des Comores, souvent engagés pour l'implantation de l'industrie sucrière et travaillant avec les Français. Le fait que sous l'administration coloniale Dzaoudzi devienne capitale de Mayotte, puis capitale de tout l'archipel des Comores de 1892 à 1961⁶⁴⁴, tend également à renforcer auprès de la population mahoraise l'émergence d'un destin commun légitimé et enfin reconnu.

La reconnaissance et l'importance du sentiment d'appartenance à la culture mahoraise sont entièrement liées à l'existence d'une identité, construite sur une double logique, celle de pouvoir exister en tant que telle et celle de s'opposer aux autres populations et îles de l'archipel des Comores.

⁶⁴¹ Ce projet GIP s'intéresse à l'application ou la non-application par le juge de la coutume et plus précisément des règles du statut personnel mahorais (qui inclut en partie le droit musulman tel qu'il est pratiqué localement).

⁶⁴² C.-V. Marie, D. Breton, M. Crouzet, E. Fabre, S. Merceron, « Migrations, natalités et solidarités familiales — La société de Mayotte en pleine mutation », *Insee Analyses Mayotte* n° 12, mars 2017.

⁶⁴³ R. Yssouf, *Les jeunes Mahorais : entre doute et peur, le choix de la sublimation contre l'effondrement psychique*, (2020), <https://www.theses.fr/2020STRAG008>

⁶⁴⁴ À partir de 1892 la France nomme Mayotte : Colonie de Mayotte et ses dépendances. Mayotte est au centre de l'archipel et Dzaouzi devient la capitale de l'archipel des Comores.

Si la construction d'une identité mahoraise a longtemps tâtonné au fil de l'histoire de l'île⁶⁴⁵, elle se renforce au cours du XX^e siècle avec force et vigueur⁶⁴⁶.

Ces représentations sociales reposent sur des traditions coutumières provenant d'héritages bantous africains auxquelles se superposent des transmissions culturelles en lien avec l'arrivée progressive de l'Islam à partir du IX^e Siècle. Les Mahorais distinguent bien ces deux apports et savent que le droit local ne s'inscrit pas uniquement dans le droit musulman : « *Dans la vie de tous les jours, on a des coutumes qui ne viennent pas de l'islam, nous avons des coutumes de l'Afrique et de l'océan Indien, nos danses sont comme à Madagascar... tout n'est pas que la Charia* » (Extrait d'entretien - agent de la collectivité départementale).

À Mayotte, la coutume correspond à des règles de droit, issues de la tradition en lien avec le culturel et le religieux, mais pas nécessairement, qui structurent les rapports sociaux. Le droit local est un héritage d'un syncrétisme entre le droit musulman remanié avec la coutume préexistante d'origine africaine.

L'application de la coutume est encore forte sur le sol de Mayotte : « *On vit avec la coutume et c'est normal !* » (Extrait d'entretien – agent du conseil départemental). Les Mahorais et Mahoraises sont très nombreux à penser qu'il est mieux perçu de respecter la coutume que de la transgresser. Dans cet état d'esprit, accéder à la modernité à travers le droit commun est donc assez mal venu pour une partie de la population.

Pour une très large majorité des Mahorais, la coutume s'applique à travers le droit local. Inscrite dans les fondements de la religion musulmane, mais pas uniquement, elle gère entre autres le mariage coutumier ou *Mazaraka*, la danse : *le Chigoma*, la dot du mari à sa fiancée : *le Mahar*....

L'attachement à la coutume se fait davantage par la pratique sociale et moins par rapport à la loi musulmane. En effet certains Mahorais font bien la différence entre l'islam et la coutume qui a trait à la vie sociale. La coutume n'est donc pas forcément liée à l'islam.

En effet, si la coutume est teintée de pratiques musulmanes, elle ne repose pas uniquement sur les valeurs de la religion. Par exemple, lors d'un décès à Mayotte, la personne décédée (qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme) est placée au contact des femmes (matrifocalité), alors que dans l'islam, ce sont les hommes qui sont généralement au contact du défunt⁶⁴⁷. La coutume, souvent inscrite dans des pratiques sociales anciennes d'origine animiste africaine, passe ici avant le respect du droit musulman.

Malgré la départementalisation, la coutume est fortement présente dans les zones de non-droit, telles que les quartiers, les bidonvilles ou les habitats insalubres. La coutume prend en effet toute sa place dans les zones grises et noires, celles des réseaux informels et des sans-papiers⁶⁴⁸.

De toute évidence, la départementalisation n'a pas enlevé la coutume. Cependant, sous influence occidentale, l'évolution des mœurs tend à amorcer des changements notoires notamment dans les tenues vestimentaires qui apparaissent plus courtes et plus modernes et

⁶⁴⁵ U. Paurec, *Moroni. L'archipel aux sultans batailleurs*, 1941.

⁶⁴⁶ S. Blanchy, « Mayotte : "française à tout prix" », *Ethnologie française* 2002/4 (Vol. 32), pages 677 à 687.

⁶⁴⁷ S. Blanchy, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », *Journal des Africanistes*, 62 (1) 1992:7-53.

⁶⁴⁸ J. Damon, *Un monde de bidonvilles. Migrations et urbanisme informel*, Seuil, La République des idées, 2017, 128 p.

dans la représentation du lien social construit entre l'individu et le groupe. Sociologiquement à Mayotte, l'individu n'existe pas en tant que tel, il appartient au groupe, famille, village. Si dans les années 2000, le « je » n'existait pas et le « nous » l'emportait dans la représentation de soi, en 2021 le projet personnel est bien là.

« Autrefois c'est tout le village qui éduquait les enfants, donc si un parent avait des faiblesses sur l'éducation de son enfant, tout le village tendait à son éducation. La sociabilité collective pourvoyait à maintenir des garde-fous afin que nous avancions tous ensemble. À présent, ce n'est plus le village qui éduque l'enfant, si j'ai des soucis en tant que parent je me retrouve de plus en plus seul, l'individualisme est supérieur aujourd'hui... » (Entretien avec un chef d'entreprise).

Si la départementalisation n'a pas gêné l'application de la coutume, elle ne l'a pas valorisée. Ainsi, dans les représentations collectives, la coutume subit comme une perte de valeur lente. Ceci a pour effet de réactiver parfois l'expression d'une forme de régionalisme. La préservation et la valorisation de l'héritage patrimonial coutumier prend alors tout son sens.

Le maintien de la coutume se constate également par une volonté de préserver les langues maternelles et de s'opposer à l'utilisation de la langue française. « *Il existe une sorte d'interdit commun à utiliser la langue du colon et/ou du chrétien* » (Extrait d'entretien - agent du conseil départemental).

Cette représentation dure depuis longtemps puisqu'elle prend sa source au début de la colonisation au XIX^e siècle. Elle est en soi un message long qui perdure encore au XXI^e siècle, selon les classes sociales. La préservation des langues maternelles apparaît plus fortement dans les classes populaires et chez les personnes les plus âgées. Ces dernières expriment là une forme de résistance face à une modernité assimilationniste marquée par de nombreuses incompréhensions. « *Pour preuve, les Comoriens indépendants en 1975 n'ayant pas à craindre une perte d'identité en lien avec une assimilation forcée, parlent davantage le français que les Mahorais* » (Entretien - agent du conseil départemental).

À Mayotte, dans le sens commun, des pans entiers de la culture ne peuvent être enlevés brutalement en quelques années sans produire des résistances qui vont elles-mêmes renforcer, par effet de balancier, le souhait de conserver cette même coutume dans la pratique.

La question de la fragilisation de la place de la coutume dans la société actuelle, face à l'entrée plus massive du droit commun depuis ces 10 dernières années, se traduit chez certains Mahorais par l'expression soit d'une forme de résistance passive « *Il y a une adhésion, car on est une population cool, on accepte, mais c'est tout de même très amer !* » (Extrait d'entretien – chef d'entreprise), soit par une forme de militantisme culturel. La mobilisation des associations culturelles et cultuelles, permettant de préserver la transmission de la coutume aux nouvelles générations, apparaît plus soutenue. Ces volontés tendraient-elles à terme à rendre moins facile le glissement dans la praxis entre la représentation du droit local et les pratiques socioculturelles coutumières ?

Les instances d'État telles que l'ARS (agence régionale de santé) ne prennent pas en compte la coutume dans leurs dispositifs, mais elles sont obligées d'en tenir compte dans les pratiques et actes de soin : « *Concernant la santé sexuelle, l'islam est contre les préservatifs, pourtant il est important de l'utiliser. Donc on est obligé de faire une approche par la santé de la mère et de la santé familiale. L'objectif est d'avoir moins d'enfants pour s'en occuper davantage* » (Extrait d'entretien - personnel de l'ARS).

Les instances officielles semblent encore avoir des difficultés pour prendre en compte les besoins coutumiers des populations. Sur une population qui est à 95 % musulmane (Insee 2019), le rituel de la circoncision reste coutumier sans pour autant que le département ne l'accompagne clairement. Les protocoles de santé pour ce rituel de la petite enfance ne sont pas mis en place et les chirurgiens pouvant le pratiquer sont encore trop peu nombreux. De ce fait, la population pratique la circoncision à domicile dans les mêmes conditions qu'autrefois. Ainsi, la circoncision est restée très coutumière, elle touche tous les enfants mâles de Mayotte, et se pratique pendant le mois de *Mawlid* (mois de célébration de la naissance du prophète de l'Islam).

La coutume faisant partie de la tradition, elle est appliquée par la plus grande partie de la population comme une évidence absolue. En 2021 à Mayotte, l'attachement à la coutume est encore fort, car elle influe sur la structuration des pratiques sociales elle-même directement en lien avec la représentation de l'identité à laquelle les Mahorais sont très attachés, ainsi peu de personnes renoncent au droit local.

Il ressort de nos observations et analyses que la modernité et la représentation qu'elle véhicule à travers l'application du droit commun sont davantage acceptées lorsque la coutume est abordée en premier lieu auprès des populations. Dans une logique systémique, il est difficile de cloisonner les choses.

L'articulation entre droit local et droit commun est toujours délicate.

Une très large partie des Mahorais et Mahoraises ne sait pas si son statut personnel est géré par le droit local ou par le droit commun. « *Pour eux l'essentiel est d'avoir des papiers d'identité, d'avoir une maison et un travail, la question du droit n'est pas la plus importante* » (Extrait d'entretien - professeur de lycée).

Le juge doit savoir quel est le droit des personnes qui le saisissent⁶⁴⁹. Si le statut personnel est de droit local, les situations familiales à gérer sont alors empreintes de coutumes. Étant donné que le juge ne fait pas appliquer le droit commun sur les Mahorais de droit local, de ce fait les officiers du culte ne sont, par exemple, pas poursuivis lorsqu'ils font un mariage religieux avant le mariage civil.⁶⁵⁰

Il existe chez les Mahorais un fort sentiment commun selon lequel la coutume est et restera immuable au temps. « *Quels que soient les processus de changements, elle restera en place !* » (Extrait d'entretien - personnel de l'ARS). La représentation du temps en Islam correspond à une temporalité longue. Comme dans de nombreuses religions, la religion musulmane transmet une conception de la vie qui continue après la mort de l'être humain. La question de la quête du paradis aspire les fidèles à se projeter dans une dimension intemporelle qui dépasse la matérialisation et donc le fait conjoncturel d'ici-bas. Cette représentation du temps long, inscrite depuis l'enfance dans les consciences comme dans les fondements des valeurs sociales, semble se maintenir lorsque des processus de changement sont en cours. Dans l'histoire de Mayotte, l'arrivée de l'islam et des populations arabo-schirazienne n'a pas totalement changé les

⁶⁴⁹ Y. Moatty, « Une espèce endémique, le juge des enfants de Mayotte. Un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Editions Montchrestien, pp 469-495.

⁶⁵⁰ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture », *loc. cit.*

coutumes ancestrales africaines. Elles sont restées en place et se sont teintées, pour certaines d'une nuance islamique.

Aussi nous relevons de nombreux avis sur ce point qui vont tous dans le même sens. Pour de nombreux enquêtés les processus de changements actuels n'affectent pas les bases de la coutume. Cette dernière restera pour les Mahorais à jamais identique, même si des contextes nouveaux apporteront leur flot de modernité.

« La culture du colon n'a pas eu d'emprise ici, les Mahorais sont très attachés à leur coutume » (Extrait d'entretien - agent communal). « La coutume restera à Mayotte demain. La langue, les vêtements : salouva⁶⁵¹, les danses : le débaa⁶⁵², la cuisine... tout cela va rester. Par contre les instruments vont évoluer » (Extrait d'entretien - personnel de l'ARS).

Si depuis vingt ans, l'évolution rapide des instances de régulation et du développement économique et social⁶⁵³ permet de décrire Mayotte comme une société de type « chaude », c'est-à-dire, comme aiment le citer les anthropologues, une société qui connaît des processus de changement brutaux et rapides⁶⁵⁴, entraînant souvent de fortes ruptures intergénérationnelles, au regard de cette recherche il nous paraît important de préciser que les représentations du changement comme les formes d'acculturations profondes à la modernité, connaissent ici des résistances culturellement construites sur une représentation d'un temps long et d'une immuabilité de l'ordre établi.

II. La coutume pour les acteurs de l'autorité mahoraise

Pour les acteurs de l'autorité mahoraise, la coutume doit être préservée, car elle est représentative de l'identité et donc du sens qu'ils donnent à leur existence.

La marche vers le droit commun est souvent perçue comme une atteinte aux pratiques sociales générées par la coutume et donc à l'identité. Pour le sens commun, la coutume est actuellement fortement remise en cause, elle apparaît comme atteinte, mais pas totalement anéantie. Chez une très large partie de la population, il existe un souhait d'être français tout en voulant garder une spécificité. Le modèle assimilationniste est fortement remis en cause à Mayotte. Même si le droit commun ne défend pas aux croyants de pratiquer la religion, il reste suspect, peu compréhensible et est donc marqué d'une alliance fragile.

Le sens entre l'expression du religieux et le maintien de la coutume est fort : « *Si les fêtes religieuses sont respectées, la coutume sera respectée* » (Extrait d'entretien – cadi).

⁶⁵¹ Le « salouva » est une combinaison de deux tissus, le plus grand qui porte le nom de « salouva » est la pièce maîtresse de l'ensemble, il s'enfile comme une jupe et se noue sur la hanche ou la poitrine il se porte au-dessus d'un jupon et d'un body assorti au « salouva ». La deuxième pièce « le kishali » se pose sur la tête ou sur l'épaule, à chacune sa méthode.

⁶⁵² Le « débaa » s'est développé à Mayotte dans les années 1920-1930. Lié à la confrérie soufie *Rifa'iyya*, il était d'abord réservé aux hommes et de nature purement religieuse, avant de s'ouvrir aux femmes, puis de leur être réservé. Le « débaa » est identique aux pratiques du soufisme en ce qui concerne les chants et la musique, qui consiste en quelques percussions simples, la seule différence notable étant la danse.

⁶⁵³ C.-V. Marie, D. Breton, M. Crouzet, E. Fabre, S. Merceron, « Migrations, natalités et solidarités familiales — La société de Mayotte en pleine mutation », *op. cit.*

⁶⁵⁴ Inversement, il existe aussi des sociétés dites « froides », elles connaissent un développement lent et régulier avec peu de changement intergénérationnel.

Les anciens montrent plus d'attachement au droit local et à la coutume alors que les jeunes souhaitent majoritairement une application plus forte du droit commun.

Certains défenseurs de la préservation de la coutume acceptent cependant le changement en trouvant des compatibilités entre le Code civil et le Coran « *chaque génération doit s'adapter aux évolutions* » (Extrait d'entretien - chef d'entreprise).

Malgré une volonté plus forte chez les jeunes diplômés de se débarrasser du droit local, nombreux précisent qu'ils manquent tous d'explications sur le statut de la départementalisation. De nombreux blocages proviennent d'un manque d'information et d'une non-pédagogie dans la mise en place des réformes. Ces constats ont pour conséquence en ligne de fond un manque d'adhérence au droit commun au quotidien. « *Tout est mélangé, on n'a jamais appris et expliqué aux populations. Donc on prend ce qui nous arrange et cela crée une sorte d'hypocrisie, du tartufisme. Nombreux se mentent à eux-mêmes et sont sur le double jeu* » (Entretien – chef d'entreprise)

Nos enquêtes de terrain permettent également de relever une prise de conscience auprès de la population que Mayotte passe d'une culture orale à une culture de l'écrit et qu'il est impératif de « *passer à l'écrit tous ensemble* », « *On règle d'abord le litige entre nous au droit local, mais par la suite on doit l'écrire en droit commun, car si on ne l'écrit pas ce sont nos enfants qui auront des soucis* » (Extrait d'entretien – agent du conseil départemental).

Si la capacité juridique est de droit commun et qu'elle tend à l'être davantage d'année en année, il est maintes fois mentionné que pour l'autorité parentale les choses doivent être repensées, car c'est allé bien trop vite et de très nombreux parents sont perdus d'où l'expression « les enfants du juge ».

Quels que soient les domaines de la vie, il est mentionné que les associations ont une grande importance dans le maintien et la transmission des coutumes porteuses de l'identité des Mahorais. Dans le contexte de la départementalisation, et donc d'une entrée plus forte dans le droit commun, les associations participent activement à la régulation des pratiques sociales, sans quoi des problèmes de non-conciliation pourraient surgir.

La coutume, fortement associée au droit local et à la culture, apparaît dans les représentations sociales à la fois comme un rempart contre l'assimilation au modèle français et comme une nécessité pour se distinguer des autres îles de l'archipel des Comores, mais aussi des autres départements français. À quel moment la coutume inscrite et gérée par le droit local sera traduite uniquement en pratiques socioculturelles ?

Dans l'état actuel du développement de Mayotte, il est certain que la prise en compte de la coutume apparaît également comme une force de résilience dans la réussite scolaire des jeunes scolarisés. La coutume apparaît ici comme un tuteur pédagogique. « *Les jeunes réussissent mieux lorsqu'on prend en compte leurs coutumes* » (Extrait d'entretien - professeur de lycée). Ce constat se renforce lorsque le rectorat de Mayotte annonce en septembre 2021 que les enfants dont le taux de réussite aux examens est le plus élevé sont les élèves qui sont partis à l'école coranique pendant leur enfance.

Dans le même esprit, les gendarmes mahorais de la brigade de prévention de la délinquance juvénile utilisent la coutume pour sensibiliser et valoriser les parents dans leurs fonctions parentales. Plus spécifiquement, les parents illettrés sont souvent perdus dans l'éducation de leurs enfants.

Il est donc important de relever que c'est d'abord à partir de la coutume que la communication est plus probante avec l'individu ou le groupe. Sans cela, les écarts culturels et épistémologiques sont trop importants pour ancrer quoi que ce soit dans la praxis. Les mots n'ont alors aucune prise sur les consciences et encore moins sur les actes.

La régulation des conflits

Pour régler leurs problèmes, les Mahorais vont prier et invoquer le monde de l'invisible : *patros*⁶⁵⁵, *fundu*⁶⁵⁶, ou soin traditionnel.

La régulation des conflits se gère tout d'abord au sein de la famille restreinte puis dans le cercle de la famille élargie. On cherche le chef de famille le plus âgé, le plus loyal. Dans un second temps, on se dirige vers le *fundu*, puis l'imam responsable de la mosquée du vendredi, enfin le cadi. Au-delà de ces figures de l'autorité traditionnelle, en cas de nécessité lorsqu'ils sont obligés, les Mahorais se dirigent vers l'État et les collectivités : impôts, tribunal, école, mairie... L'avocat et le notaire sont uniquement sollicités lorsque la population y est contrainte.

Le recours à la CAF n'est pas systématique. D'une part, de nombreux Mahorais ne connaissent pas leurs droits, car ils sont illettrés, d'autre part, dans le Coran il est assez mal vu, voire non recommandé, d'exercer une forme de pitié pour prétendre à recevoir de l'argent. La branche « famille de l'État » que représente la CAF est encore peu sollicitée. Cependant, elle le devient progressivement d'une part par les femmes des jeunes générations et par les Mahorais qui rentrent de l'hexagone. Ces derniers connaissent davantage leurs droits et ne tardent pas à les demander lors de leur réinstallation.

Pour l'ensemble des autorités mahoraises locales, le droit local qui gère 80 % de la population est un droit musulman coutumier. La coutume est souvent associée au droit local en faisant référence aux us et coutumes. « *Ce sont nos meurs. On vit avec la coutume ici, c'est normal* » (Extrait d'entretien - professeur de lycée). On note un fort penchant à respecter la coutume et à ne pas la transgresser. La modernité est mal vue dans le sens où elle délaisse la coutume. La coutume est perçue davantage comme un héritage que l'on se doit de transmettre, il existe donc un souhait qu'elle soit davantage prise en compte par les autorités de l'État : « *attention ceci correspond à la coutume du département, on ne l'enlève pas...* » (Extrait d'entretien – gendarme).

Une partie plus restreinte de la population pense que la coutume ne rend pas assez compte du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, ils penchent alors pour la délaissier au profit du droit commun, qui peut apparaître plus égalitariste dans le traitement des litiges. Cette population est composée de personnes appartenant à la classe moyenne et supérieure, souvent diplômée et qui a voyagé en métropole.

III. Les autorités officielles : cadis, sages, ... dans leur rôle traditionnel.

Qui fait autorité aujourd'hui à Mayotte de façon officielle ?

⁶⁵⁵ *Patros* : esprit d'origine comorienne.

⁶⁵⁶ Le *fundu* est une personne très importante au sein de la société mahoraise. Ce terme signifie qu'il s'agit d'une personne experte dans son domaine et se traduit par celui qui sait. Les *fundus* détiennent le savoir : forgeron, enseignant, guérisseur...

Dans les familles, les hommes et les femmes les plus âgés et les plus expérimentés en connaissance représentent l'autorité.

L'oncle maternel : *le Zama*, fait figure d'autorité masculine. Appartenant au lignage de la mère, il est pour ses neveux et nièces la figure masculine active du côté de la mère. Il a donc un fort pouvoir dans la structure de parenté matrilineaire.

Dans le quartier, les cadis, mais aussi les *fundis*, les imams, des professionnels des sciences occultes font preuve d'autorité. Tous sont pris pour arbitre, ils jouent le rôle de médiateur et de support de guidance, ce sont des sages. « *Ils ont une autorité naturelle* » (Extrait d'entretien – gendarme), car ils appartiennent au *sirkali*, au réseau d'interconnaissance. Inversement, les personnes extérieures au *sirkali* auront du mal à se faire respecter, car leur statut d'étranger, construit sur un lien non préférentiel à la communauté villageoise, les positionnera toujours sur la posture du doute et du non avenu.

Toutes ces autorités respectent la coutume. Les citoyens n'ont pas le choix, de la naissance à la mort, les références à la coutume et à la religion sont présentes dans chaque acte de la vie : « *Oui on passe tous les jours par la coutume. J'ai un nouveau local, je dois faire une prière. Une femme est enceinte dans la famille, on fait une bénédiction, on ne nous le demande pas, on nous l'impose* » (Extrait d'entretien - chef d'entreprise).

La coutume régit toutes les phases de la vie. Les *fundis* sont des hommes ou des femmes qui prennent en main l'éducation et la socialisation des enfants dans le quartier ou le village. Quelles que soient les classes d'âges, ils incluent la jeunesse dans la société. À travers des rites initiatiques, ils leur apprennent à devenir des adultes responsables : la *moussada*. Cet attachement à développer l'esprit de solidarité et d'inclusion se fait donc par les représentants de l'autorité officieuse⁶⁵⁷. Imam, maître coranique, *fundi*, auront successivement des rôles en lien avec l'éducation de la jeunesse, l'instruction de la religion musulmane, la prévention et la régulation des conflits, la prise de parole en public pour arbitrer lors des grandes décisions : *kabari*. L'application de la sanction en cas d'incivilité, l'organisation du travail et des solidarités sociales et économiques villageoises. Le tout couronné de la dimension du sacré véhiculé par la religion musulmane.

Les forces d'autorités sont aussi sous-jacentes au pouvoir de l'invisible. Les esprits de la nature ou esprits des ancêtres sont sollicités par certains *fundis* plus obscurs à travers des rituels souvent d'origine malgache ou africaine. À Mayotte, les *ziaras* sont des lieux sacrés situés dans la nature (à la croisée de chemins, sous un grand arbre, un rocher, une cascade...), où lors des nuits de pleine lune sont réalisés des rituels anciens. De l'ordre de la croyance, l'objectif est à travers la manifestation des *Djins*⁶⁵⁸, d'agir sur les vivants pour faciliter ou empêcher une action individuelle ou collective. Ces officiants de l'ombre représentent aussi une forme d'autorité sur les populations qui les sollicitent, écoutent et s'exécutent.

En cas de litige les référents de l'autorité traditionnelle sont visités par le plus grand nombre, mais ils ne sont pas les seuls leaders. Si le litige persiste, les populations les plus instruites tendent à aller vers le droit commun et donc vers le juge.

⁶⁵⁷ Autorité officieuse par rapport au droit commun.

⁶⁵⁸ Les *Djins* sont des créatures surnaturelles dans la mythologie arabe préislamique et, plus tard, dans la théologie et mythologie islamique. Les *Djins* ne sont pas un concept strictement islamique ; il se peut qu'ils soient un exemple d'une croyance païenne qui a été intégrée par l'islam.

Les femmes sont beaucoup plus nombreuses à demander audience au tribunal que les hommes. « Maintenant on dit que c'est le juge qui donne raison aux femmes, alors qu'avant on disait que c'étaient les cadis, car ils les séduisaient » (Extrait d'entretien - juge). Elles sont aussi les plus nombreuses à vouloir se marier en droit commun afin de divorcer un jour devant le juge et obtenir ainsi des pensions alimentaires et prestations compensatoires.

Parmi les motivations à continuer à se diriger vers les autorités officieuses et non vers le notaire ou l'avocat, on relève le coût peu élevé et la facilité dans les protocoles d'accès. En effet la population n'a pas à compléter un ensemble de documents, ces démarches correspondent en effet à une réelle complexité pour une population fortement illettrée et peu fortunée. La fracture numérique est réelle et représente un handicap de plus dans la construction du lien social entre les individus et les instances de droit commun. Pourtant, malgré ces intérêts pragmatiques, une mince partie de la population commence à prendre conscience que le dossier présenté devant les officiers du droit commun sera davantage suivi. L'objectivité du jugement en droit commun est recherchée pour son sérieux : « *on va voir le juge afin d'avoir un jugement clair, les cadis ont un pied au paradis et un pied dans la tombe* » (Extrait d'entretien - agent du conseil départemental).

Les anciens comme les plus pauvres souhaitent le maintien de la coutume. Les autorités religieuses montrent une résistance au droit commun, et par hyperbole à l'État et aux politiques en général. Elles tirent les signaux d'alarme sur le fait que le droit commun appliqué trop rapidement sans pédagogie peut amener un déséquilibre profond dans la société. Pour preuve, elles font référence aux désordres et violences extrêmes que connaît la société mahoraise actuellement. « *Ici l'Islam n'est pas qu'une religion, c'est une civilisation avec des codes et des valeurs comprises par tout le monde* ». (Extrait d'entretien – cadi). Le maintien du droit local apparaît clairement comme une résistance à une départementalisation trop assimilationniste. Car si les Mahorais sont fiers d'être français, ils veulent garder leurs spécificités. « *On a peur que nos enfants ne nous ressemblent pas* » (Extrait d'entretien – gendarme).

Le statut de collectivité départementale qu'a connu Mayotte entre 2000 et 2010 revient souvent dans les entretiens menés auprès des autorités officieuses. Ce statut semblerait plus ajusté pour concevoir un modèle de société où la coutume serait davantage respectée. Une question d'équilibre à trouver entre tradition et modernité.

La coutume à Mayotte joue le rôle de régulation sociale, car elle est issue d'une règle de droit.

Pour les autorités officieuses, la coutume doit prendre toute son importance dans cette société qui connaît depuis 20 ans un développement sans précédent. Ces notables mahorais souhaitent que la présidence du conseil départemental définisse un projet politique dans lequel une place plus forte soit faite à l'identité des Mahorais tout en assurant le rayonnement de Mayotte dans le monde en tant que société moderne inscrite au sein de la République française.

Les sages et référents des autorités officieuses aspireraient à être davantage des interlocuteurs de l'État, des services publics, notamment ceux de la justice, de l'éducation, du social et de la santé. Détenant les codes symboliques et sociaux de la société mahoraise, leur implication dans les prises de décisions comme leur présence sur le terrain permettraient une articulation plus souple lors du passage des réformes auprès des besoins des populations. Pour ces autorités les valeurs humanistes inscrites dans la coutume à Mayotte favorisent les principes de la mise en acte de la cohésion sociale : respect de l'âge et de la hiérarchie des générations, de la solidarité

familiale, du partage social en lien avec les valeurs républicaines⁶⁵⁹. Des valeurs nécessaires à la guidance des politiques actuelles et des populations dans un contexte complexe d'insécurité et de violence grandissant.

Si l'accès de Mayotte au statut de département d'outre-mer suscite une étendue plus large du droit commun, le Mahorais reste profondément marqué par sa culture africaine et sa religion musulmane. La coutume inscrite dans le droit local constitue la base de l'identité intrinsèque à l'existence même de Mayotte. Pour la quasi-totalité des personnes interrogées, ne pas en tenir compte ou précipiter sa disparition tendrait à semer un chaos généralisé sans précédent.

§ 2 – Notariat et droit local à Mayotte

Le statut civil de droit local⁶⁶⁰ - L'article 75 de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé »⁶⁶¹. Ce texte reconnaît l'existence d'un statut personnel dérogatoire au statut de droit commun qui permet aux personnes en bénéficiant de revendiquer l'application du droit musulman, appelé droit local⁶⁶² à Mayotte. Les règles de ce droit local sont issues de l'interprétation par les cadis⁶⁶³, autorités religieuses, des principes contenus dans un recueil de droit musulman du XIII^e siècle intitulé le *Minhâdj at Twalibine* ou Guide des zélés croyants.

Il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle précise des « Mahorais », c'est-à-dire des personnes dites « de droit local » pouvant bénéficier de ce statut. Il convient alors de se tourner vers la pratique pour comprendre qu'un « Mahorais » est une personne née à Mayotte, de nationalité française, de parents relevant du statut personnel, et de confession musulmane⁶⁶⁴.

La compétence notariale des cadis - Les professionnels du droit commun comme les notaires n'avaient pas à traiter des opérations notamment de transmission à titre gratuit entre personnes de droit local, car elles s'adressaient au notaire des « Mahorais », le cadi. En effet, l'article 16 du décret du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores et l'article 20 de la délibération n° 64-12 du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane attribuaient aux cadis les fonctions de tuteur légal et de notaire pour les personnes de droit local.

La pratique notariale à Mayotte a donc évolué de façon parallèle entre, d'une part, une pratique cadiale appliquant les règles du droit local et d'autre part, l'activité de notaires réunionnais

⁶⁵⁹ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture », *loc. cit.*

⁶⁶⁰ L'auteur tient à remercier les notaires qui ont accepté de partager leur expérience pour la réalisation de ce rapport : Maître Christophe Popineau, notaire à Saint-Denis et à Mayotte, et Maître Alexandre Sirugue, notaire à Mayotte.

L'auteur tient également à remercier pour son témoignage riche en enseignements Madame Bertheline Monteil. Ce rapport s'est également nourri de la lecture de différents entretiens réalisés dans le cadre de cette recherche collective, notamment l'entretien du 26 février 2019 accordé par Maître Sylvie Pons, notaire.

⁶⁶¹ L. Sermet, J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2004.

⁶⁶² Nous écartons de la qualification de droit local, les dispositions du Livre V du Code civil car elles ne sont pas liées au statut personnel.

⁶⁶³ Le respect de coutumes bantoues et malgaches applicables à Mayotte guiderait l'interprétation cadiale.

⁶⁶⁴ Voir aussi *supra* la contribution de Valérie Parisot sur le domaine personnel du statut de droit local.

ayant un bureau secondaire à Mayotte, régie par le droit commun. L'étanchéité n'était pas absolue puisque les notaires pouvaient être amenés à l'occasion d'un dossier de vente immobilière à travailler à partir d'un acte cadial de partage successoral par exemple.

La fin de la compétence notariale des cadis - L'article 31 de la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte ratifie tout en la complétant l'ordonnance du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître. Ce texte, qui abroge la délibération de la Chambre des députés des Comores n° 64-12 du 3 juin 1964 et notamment son article 20⁶⁶⁵, met fin à la compétence notariale des cadis. Le notaire *de droit commun* remplit désormais son office auprès de toute la population mahoraise dans le respect du statut de chacun. Il est ainsi confronté dans sa pratique quotidienne à la question de l'application du droit local.

Le notaire, un praticien du droit commun et du droit local - Le notaire peut être appelé à instrumenter dans un autre droit que le droit français. Le droit international privé fourmille d'exemples de ces situations dans lesquelles cet officier ministériel français aura à appliquer des règles d'un *corpus* étranger. La situation mahoraise est plus singulière : il s'agit pour le notaire d'appliquer sur une partie du territoire national un droit commun *sur mesure*⁶⁶⁶, et pour des matières déterminées par la loi, les règles du droit local⁶⁶⁷. En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, ratifiée par la loi n°2010-1487 du 7 décembre 2010, précise que : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». Ces matières sont au cœur de l'activité notariale et le notaire, praticien du droit commun (I) se révèle également praticien du droit local (II).

I. Le notaire de droit commun, un praticien du droit commun

Si le cadi est un expert du droit local, le notaire est un expert du droit commun. Le développement du domaine du droit commun a nécessairement eu un impact sur la fréquentation des études par des clients de statut personnel. Par exemple, la réforme de la publicité foncière entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 a implicitement rendu nécessaire le recours au notaire afin d'assurer la publication des actes cadiaux (A). De manière plus générale, les textes régissant la question de l'application du droit à Mayotte ont toujours laissé une place au droit commun⁶⁶⁸ et par conséquent, aux spécialistes de ce *corpus* tel le notaire. L'ordonnance du 3 juin et la loi du 7 décembre 2010 relatives à la départementalisation n'ont pas abrogé ces dispositifs qui demeurent intégrés au droit positif (B).

A. La publication des actes cadiaux

La réforme de la publicité foncière - L'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 portant adaptation de diverses dispositions relatives à la propriété immobilière à Mayotte et modifiant

⁶⁶⁵ Ce que ne faisait pas l'ordonnance du 3 juin 2010.

⁶⁶⁶ Même si l'évolution législative du Livre V du Code civil tend à lui faire perdre de sa raison d'être. La plupart des articles du Code civil sont désormais applicables à Mayotte, seules quelques rares dispositions du Livre Ier notamment en matière de filiation demeurent neutralisées. V. à propos de l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 qui a créé le Livre V au sein du Code civil, R. Cabrillac et J.-B. Seube, « Pitié pour le code civil ! », D. 2003, p. 1058.

⁶⁶⁷ E. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte, Un fantôme de statut personnel coutumier », Rev. crit. DIP, 2012, pp. 733-774.

⁶⁶⁸ J.-B. Seube, « L'avenir du statut civil de droit local à Mayotte », in *Familles, Liber amicorum Françoise Ringel*, PUF, 2007, pp.293-304.

le livre IV du Code civil⁶⁶⁹ a réformé les règles de la publicité foncière. Désormais, les exigences du droit commun de la publicité foncière sont applicables sur le territoire mahorais, à savoir : le dépôt d'un acte authentique avec l'identification des parties, la désignation de l'immeuble par ses références cadastrales, l'effet relatif et la liquidation des droits. Même si la loi n'a pas consacré expressément le caractère authentique des actes cadiaux, cette qualité ne leur a jamais été déniée. Les cadis faisaient office de juge et de notaire pour les personnes de droit local, leurs jugements ainsi que leurs actes notariés constituaient à ce titre des actes authentiques. Or à partir du 1^{er} janvier 2008, comme leurs actes ne remplissaient pas les conditions formelles du droit commun de la publicité, ils ont fait l'objet de rejets de publication.

Le recours au notaire en qualité d'expert des règles du droit commun de la publicité foncière - Pour pouvoir obtenir la publication d'un acte cadial, le recours au notaire s'est imposé. Ce praticien connaît parfaitement les exigences formelles du droit commun de la publicité foncière. Sollicité par des clients de droit local, il dépose au rang de ses minutes l'acte cadial en y apportant tous les éléments nécessaires en vue de sa publication. Il n'exerce pas de contrôle sur le fond, n'ayant pas à vérifier la règle appliquée. Suite à l'intervention de toutes les parties à l'acte ratifiant par exemple le partage successoral réalisé par le cadi, le notaire peut effectuer les formalités de publication : son travail se résume ainsi à une « mise aux normes » de l'acte cadial. Des clients de droit local se sont donc tournés vers le notaire puisque l'ordonnance de 2005 a ignoré les répercussions de la réforme sur la publication des actes cadiaux. Le notaire, expert notamment du droit commun de la publicité foncière, est devenu malgré lui incontournable.

Les conséquences inattendues de cette réforme - Cette réforme a jeté le doute sur la compétence des cadis et sur la validité de leurs actes. Or s'ils n'étaient pas publiables en l'état, ils n'en demeuraient pas moins valables. Cependant, certaines personnes ont cru à tort que les cadis avaient perdu à partir de l'entrée en vigueur de la réforme de la publicité foncière leurs compétences notariales, car c'est la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 qui y a mis un terme. La conséquence de cette confusion a été un développement entre 2008 et 2010 de la fréquentation des études par des clients de statut personnel soucieux de l'effectivité des opérations de transmission projetées. Dans le respect de la législation en vigueur, le traitement de ces dossiers a le plus souvent été réalisé en droit commun. En effet, bien avant la départementalisation, des règles permettant l'application du droit commun dans une situation juridique relevant du domaine réservé du droit local avaient été mises en place. L'ordonnance et la loi de 2010 les ont reprises confirmant que le recours au droit commun est toujours une option (B).

B. L'application du droit commun

Le rôle de la volonté individuelle - L'application du droit commun à des hypothèses régies par le statut civil de droit local est une réalité organisée par les textes. Ainsi l'alinéa 4 de l'article 52-1 de la loi du 11 juillet 2001 prévoyait la faculté de renoncer de façon exceptionnelle à l'application du droit local. Cette disposition se retrouve désormais à l'alinéa 4 de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 ratifiée par la loi du 7 décembre 2010 : « Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ». Si toutes les parties à l'acte acceptent de renoncer à l'application du droit local, le notaire peut retenir les règles du droit commun. Une clause précise alors l'existence de cet accord conclu entre les parties concernant le *corpus* applicable

⁶⁶⁹ Date d'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

à l'acte. Dans le cas d'un dossier de succession, la mention de la renonciation au droit local interviendra dès l'acte de notoriété.

La renonciation relative - La renonciation relative ou ponctuelle⁶⁷⁰ permet d'appliquer le droit commun à une opération juridique bien précise comme le règlement d'une succession. La renonciation dans ce cas ne porte que sur l'application du droit local et non sur le bénéfice du statut personnel. Cela explique qu'une simple manifestation de volonté des parties suffise à la réaliser à la différence de la renonciation absolue ou définitive qui exige une déclaration faite devant le juge judiciaire⁶⁷¹. Ces dispositifs de renonciation montrent la concurrence existante entre les deux *corpus* et l'idée d'un domaine réservé du droit local est alors à concevoir avec nuances.

La renonciation relative met le droit local entre parenthèses « au profit » du droit commun pour un acte en particulier. C'est le notaire qui proposera de recourir à ce dispositif afin d'assurer l'effectivité de ses actes. L'application du droit commun en pratique constitue une solution aux difficultés d'instrumenter en droit local⁶⁷² et la renonciation ponctuelle semble être utilisée comme un outil juridique de sécurisation des opérations, notamment de transmission à titre gratuit.

L'application du droit commun et le respect des principes républicains - La renonciation relative des parties autorise le notaire à instrumenter en droit commun, mais l'application de ce *corpus* ne procède pas toujours de leur volonté. L'utilisation des règles du droit commun est parfois imposée par la loi. Il convient de rappeler que « L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local, ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français »⁶⁷³. Ainsi, le principe constitutionnel de l'égalité entre les citoyens français n'autorise pas l'application sur le territoire national d'une règle discriminatoire, quelle qu'en soit son origine.

La question de la dévolution successorale semble particulièrement sensible et fait l'objet d'une disposition spécifique dans l'ordonnance de 2010. L'article 12 de ce texte⁶⁷⁴ prévoit qu'« Est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public ». La règle de droit local qui désignerait uniquement les héritiers de sexe masculin excluant par principe les membres de la famille par le sang de sexe féminin du même ordre voire du même degré ne peut pas être suivie pour déterminer la dévolution successorale. De la même façon, la règle de droit local qui attribuerait des parts inégales à des

⁶⁷⁰ Le législateur ne qualifie pas cette renonciation qui est réalisée pour un acte bien précis, les adjectifs « relatif » ou « ponctuel » sont employés par la doctrine.

La pratique notariale a parfois recours à cette renonciation ponctuelle mais sans la nommer car le plus souvent, il est simplement indiqué dans l'acte que les parties de statut personnel ont fait le choix du droit commun, le terme « renonciation » n'apparaît pas.

⁶⁷¹ Art. 3 et suivants de l'ordonnance du 3 juin 2010. Ce dispositif existait bien avant et avait été instauré par la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte dans son article 57.

Al. 1^{er} art. 3 ord. 3 juin 2010 : « Toute personne de statut civil de droit local peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun ».

⁶⁷² V. *infra* partie II.B.

⁶⁷³ Al. 2 art. 1^{er} ord. 3 juin 2010.

⁶⁷⁴ L'article 12 reprend en partie l'alinéa 1^{er} de l'article 52-4 de la loi du 11 juillet 2001 mais le texte n'était applicable qu'« (...) aux enfants nés après la promulgation de la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer ». L'article 12 de l'ordonnance de 2010 ne comprend pas une telle restriction de son champ d'application : tous les héritiers descendants comme ascendants et collatéraux sont concernés à partir de l'entrée en vigueur de ce texte.

héritiers de mêmes degrés en fonction d'un critère discriminatoire comme le sexe ne peut être appliquée⁶⁷⁵. Le notaire doit appliquer le droit commun.

En cas de contestation par l'un des héritiers souhaitant le maintien d'une règle discriminatoire comme celle permettant un partage inégal en fonction du sexe des copartageants, le praticien établit un procès-verbal de constat d'échec de partage à l'amiable et le recours au juge s'avère indispensable⁶⁷⁶.

L'application du droit commun et les situations mixtes - La loi commande l'application du droit commun⁶⁷⁷ lorsque l'une des parties n'est pas de statut personnel, situation juridique que l'on pourrait qualifier de mixte. Aussi, le notaire se doit d'être vigilant en s'assurant du statut de chacun⁶⁷⁸. Il est parfois celui qui apprendra à une personne qui se croyait de droit local qu'en réalité, son acte de naissance apparaît avec la mention « DC »⁶⁷⁹ signifiant qu'elle relève du statut civil de droit commun. Le plus souvent, les personnes de confession musulmane pensent qu'elles sont obligatoirement de droit local et n'imaginent pas qu'il puisse en être autrement. Cependant, suite aux travaux de la commission de réforme de l'état civil à Mayotte (CREC)⁶⁸⁰, des requalifications ont pu avoir lieu aboutissant à l'attribution du statut civil de droit commun à des personnes qui étaient auparavant qualifiées de « Mahorais/Mahoraise ». Les travaux de cette commission ont pris fin en laissant un certain nombre d'interrogations notamment quant aux critères utilisés puisque parfois au sein de la même fratrie les qualifications retenues sont différentes alors que les données sont les mêmes (parents et lieu de naissance identiques). En outre, toutes les conséquences des requalifications n'ont pas été tirées, car le plus souvent seul l'acte de naissance « DL » est rectifié en « DC », mais l'acte de mariage demeure dans le registre du droit local. Or le mariage de la personne concernée relèverait désormais du droit commun⁶⁸¹ et ce constat commanderait l'application du régime de communauté légale en l'absence de contrat de mariage, ce qui en pratique soulève de nombreuses difficultés.

⁶⁷⁵ Il est à noter que depuis le début des années 2000, la pratique notariale constate dans les actes cadiaux, un abandon de la règle musulmane (à savoir que le fils obtient deux fois la part attribuée à la fille) avec une égalité entre les héritiers dans les successions en ligne directe. La remarque ne vaut pas pour les successions collatérales.

⁶⁷⁶ La contestation peut également porter sur la détermination des héritiers. En succession collatérale, la détermination des héritiers est très complexe et requiert l'application de règles pour certaines discriminatoires basées sur le sexe. Par conséquent, le notaire suivra les dispositions du Code civil pour désigner les successibles. La contestation par un membre de la famille par le sang du défunt s'estimant héritier en application du droit local prendra la forme d'une action en pétition d'hérédité intentée devant les tribunaux.

⁶⁷⁷ Al. 1^{er} art. 5 ord. 3 juin 2010 : « Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique ».

⁶⁷⁸ L'alinéa 3 de l'article 5 de l'ordonnance du 3 juin 2010 prévoit également le cas d'une mixité de droit local : « Dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire ». La liberté contractuelle des parties est maintenue car dans ce cas, par une stipulation dans leur contrat, elles peuvent exclure l'application du droit commun et choisir l'un des droits coutumiers.

⁶⁷⁹ La mention « DL » apparaît pour les personnes de droit local.

⁶⁸⁰ L'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte a créé la commission de révision de l'état civil (CREC) qui était « chargée d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte (décret n° 2000-1261 du 26 décembre 2000 portant application de l'Ordonnance du 8 mars 2000 et relatif à la commission de révision de l'état civil à Mayotte) ». Les travaux de cette commission ont pris fin, la procédure pour obtenir un acte de naissance reconstitué n'étant plus en vigueur depuis le 31 juillet 2010.

⁶⁸¹ Dès lors qu'au moins l'un des époux est requalifié « DC », cela crée une situation mixte qui relève du droit commun.

L'adoption d'une loi sur les conséquences des requalifications CREC - Dans cette situation, en présence d'une requalification en « DC », le notaire le plus souvent continue de ne pas reconnaître d'effets patrimoniaux à l'union. L'article 23 de l'ordonnance du 8 mars 2000 précise que

« Les actes de l'état civil inscrits à tort sur les registres ne correspondant pas au statut de la personne qu'ils visent sont inscrits sur les registres correspondant à ce statut, avec tous effets de droit.

Les actes passés antérieurement à cette inscription sont valables ».

L'alinéa 1^{er} semble poser un principe de régularisation *in globo* de la situation juridique puisque la requalification opère « avec tous effets de droit ». Cependant, l'alinéa 2 paraît apporter de la nuance et induire l'idée d'une continuité des opérations juridiques initiées : l'acte conclu est valable, sa validité n'est pas remise en question, seules ses conséquences pour l'avenir seraient impactées par la requalification. L'interrogation porte alors sur l'étendue des suites de la requalification et notamment en matière de régime matrimonial, doit-on considérer que la requalification emporte changement de régime ?

Ainsi, une union de personnes requalifiées par la CREC, célébrée selon les règles musulmanes, demeure valable, mais est-elle désormais soumise au régime de la communauté légale ?

Le mariage en droit local est marqué par le principe de l'autonomie patrimoniale, car il n'existe pas de régime matrimonial au sens strict du terme : les époux de droit local sont placés dans la même situation juridique que des époux de droit commun mariés sous le régime de la séparation de biens.

Dans le respect de la volonté initiale des époux d'être mariés sans conséquences patrimoniales et pour éviter de voir dans la requalification de statut, un changement de régime matrimonial imposé qui serait contraire au principe de liberté des conventions matrimoniales, le praticien applique à cette union les règles de la séparation de biens des articles 1536 et suivants du Code civil⁶⁸². Ainsi, lors de la vente d'un bien personnel de l'un des époux, le notaire demandera à l'autre conjoint d'intervenir uniquement pour qu'il reconnaisse la qualité de propriétaire exclusif du vendeur⁶⁸³.

L'adoption d'une loi permettrait de clarifier les lacunes du dispositif qui fragilisent la pratique et ne permettent pas d'assurer la sécurité des actes notariaux. Le législateur devrait définir la notion de « Mahorais/Mahoraise » qui demeure entourée par un flou juridique des plus

⁶⁸² C. Kuhn et Ch. Popineau, « La dualité droit commun-droit local : une difficile coexistence », RJOI, 2011, n° 13, pp. 49-63.

⁶⁸³ Ce sera le cas même s'il s'agit de la vente du logement familial : l'époux non-proprétaire viendra uniquement attester de la qualité de propriétaire exclusif de l'autre et ne donnera pas son consentement à l'acte. En effet, les unions de droit local ne sont pas soumises au régime primaire et l'article 215 du Code civil ne leur est pas applicable. En droit local, la protection du logement familial, du foyer, est organisée différemment. Le foyer est protégé par l'attribution de la propriété de la maison, de l'appartement, à la femme par sa famille. Cette coutume s'appelle le *magnahoulé*. Dès la naissance d'une fille, sa famille « sait » qu'elle doit essayer de lui transmettre à titre gratuit un bien d'habitation. Cela se traduit juridiquement par le recours à différentes techniques de transmission : acquisition au nom de la fille, donation notariée, legs verbal (le legs verbal est une technique issue de la pratique notariale permettant de sécuriser *a posteriori* la volonté du défunt). La femme une fois mariée accueillera son mari et les enfants issus de leur union dans « sa » maison qu'elle destine à sa/ses filles. Le *magnahoulé* est une règle de droit local d'origine coutumière qui n'est pas issue d'une interprétation du droit musulman. V. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », Droit et société, 2012, n° 80, pp.117-139.

critiquables. De même, il devrait préciser qu'une requalification opérée par la CREC ne modifie pas le modèle d'organisation patrimoniale des époux : l'union désormais « DC » devrait être soumise au régime de la séparation de biens du Code civil et non à celui de la communauté légale.

Le maintien de la dualité de *corpus* - La consécration des règles permettant de recourir au droit commun dans des situations relevant du domaine réservé du droit local par l'ordonnance et la loi de 2010 montre que le droit commun est conçu comme le *corpus* de référence. Il ne s'agit pas d'instaurer une hiérarchie entre les *corpus* mais de donner au droit commun le rôle qu'il a toujours eu, celui d'un *corpus* de base⁶⁸⁴ : un *ius commune*.

Les notaires en suivant les règles du droit commun se trouvent en terrain connu et maîtrisent la question de l'effectivité de leurs actes, ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'ils doivent appliquer le droit local.

L'article 31 de la loi du 7 décembre 2010 met définitivement fin à la fonction notariale des cadis qui conservent uniquement un rôle de médiateur au sein de la société mahoraise. Le notaire, ce praticien du droit commun devient LE notaire de tous les habitants de l'île aux parfums : quel que soit le statut de la personne/des parties, il devra instrumenter le dossier. La loi de 2010 crée alors un paradoxe puisqu'elle parachève le processus de modification du paysage institutionnel mahorais au profit des acteurs du droit commun comme le notaire, mais sans remettre en cause l'existence du statut personnel et de ses conséquences, à savoir l'application du droit local. Comment réaliser le maintien de l'application du droit local sans les autorités qui en sont les dépositaires ? Le notaire ne saurait endosser le rôle de gardien du droit local, cela ne fait pas partie de ses attributions : en tant que juriste, il essaie d'appliquer la règle dans le respect du statut de ses clients (II).

II. Le notaire de droit commun, un praticien du droit local

Le notaire se révèle praticien du droit local. L'application de ce *ius singulare* commence par l'identification des situations dans lesquelles il a vocation à s'appliquer. La détermination du statut des parties est devenue pour le notaire à Mayotte un réflexe (A). En présence de clients de statut personnel, il lui est demandé d'appliquer, en l'absence de volonté contraire, les règles du droit local. Or, si le notaire est un expert du droit commun, il n'est pas un expert du droit local (B).

A. L'identification du statut des parties

Une transition inorganisée - L'abrogation de l'article 20 de la délibération de la Chambre des députés des Comores de 1964 qui précisait la compétence notariale des cadis en présence de personnes de droit local, confie implicitement cette mission au notaire de droit commun. Le texte est abrogé, mais aucune disposition de « transfert » de compétences n'a été adoptée, rien n'a été organisé. Ainsi, malgré la disparition des cadis du paysage institutionnel mahorais, la pratique notariale ne doit pas changer. La dualité de statut, qui a été maintenue, conduit toujours

⁶⁸⁴ Suivant la même idée, il convient de relever que si le droit local ne comporte pas de disposition traitant d'un problème juridique précis, le droit commun devient la norme de référence. V. al. 3 art.1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010, cette disposition est un copier-coller de l'alinéa 3 de l'article 52-1 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, texte dont l'ordonnance de 2010 s'est fortement inspirée montrant que la départementalisation ne remet pas en cause les principes d'organisation de la dualité juridique qui avaient été précédemment arrêtés par le législateur mais au contraire, en assure la permanence.

à une dualité de *corpus* applicable. Cette réalité a bien été comprise par le notaire qui sait que la détermination du statut de ses clients est une question juridique cruciale.

Le maintien de la dualité de *corpus* et de statut - La situation mahoraise garde sa spécificité puisque les personnes nées sur l'île, de nationalité française, de parents de statut personnel et de confession musulmane continuent de pouvoir revendiquer l'application du droit local. Les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités sont soumises à ce *corpus*. Le notaire en présence de clients de statut personnel doit instrumenter le dossier dans le respect de ces règles.

La consultation des actes de l'état civil permet de savoir si toutes les parties sont de droit local ou si l'on est en présence d'une situation mixte qui commande l'application du droit commun comme on l'a relevé précédemment⁶⁸⁵. La mention du statut figure dans la comparution, c'est-à-dire dans la partie d'un acte dans laquelle sont désignées les personnes qui consentent à l'opération juridique présentée. Les praticiens à Mayotte ont pris l'habitude d'intégrer cette information dans leurs actes en rajoutant cet élément qui ne figure pas dans les trames proposées par les différents logiciels de rédaction d'actes assistée par ordinateur (RAO).

Le concours des logiciels de RAO - Or la question de l'application du droit local ne doit pas être conçue comme une problématique uniquement mahoraise. En effet, le statut suit la personne où qu'elle soit : à Mayotte, à La Réunion comme en Métropole, la jurisprudence de la Cour de cassation est assez claire sur ce point⁶⁸⁶. Pourtant la profession ignore cette réalité juridique dont seuls les notaires exerçant à Mayotte ont véritablement connaissance⁶⁸⁷.

La naissance à Mayotte est une information qui devrait interpeler tout notaire, car en présence d'une personne pouvant revendiquer l'application du droit local, le praticien doit être en mesure de l'identifier et de respecter les droits liés à son statut. L'intégration dans les trames des logiciels de RAO de la mention du statut au niveau de la comparution des parties pourrait permettre de réaliser cette prise de conscience.

De plus, la mention « statut personnel » devrait avoir des effets sur la trame : par exemple, l'indication de l'absence de conséquences patrimoniales de l'union de droit local à l'instar de la situation juridique d'un couple marié en séparation de biens. Des propositions pourraient également être faites comme celle de l'insertion d'une clause de renonciation relative.

La détermination du statut et le droit applicable - S'agissant du mariage et de ses conséquences, le statut de chacun des époux permet de désigner le droit applicable : l'union est de droit local si les époux relèvent tous les deux du statut personnel⁶⁸⁸, l'union est de droit commun pour toutes les autres situations (situation mixte ou situation exclusivement de droit

⁶⁸⁵ V. *supra* § « L'application du droit commun et les situations mixtes ».

⁶⁸⁶ Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1980, n°78-14880 : « (...), citoyen français musulman originaire d'Algérie, n'ayant pas renoncé à l'application du droit coranique et coutumier en ce qui concerne son statut personnel, et sa succession s'étant ouverte avant la déclaration du 3 juillet 1962 portant reconnaissance de l'indépendance de l'Algérie, c'est à bon droit que la Cour d'appel (...) a décidé que la dévolution de cette succession échappait à l'application du Code civil, bien que ladite succession se fut ouverte en France et qu'un immeuble en dépendant y fut situé (...) », Bull. civ. I, n° 71. Même si cet arrêt ne concerne pas le statut coutumier mahorais, il nous donne des indications sur le régime applicable aux statuts personnels, dégageant ainsi ce qu'on pourrait qualifier de droit commun en la matière.

⁶⁸⁷ C. Kuhn et Ch. Popineau, « Mayotte et pratique notariale », JCP N 2019, 1335.

⁶⁸⁸ À noter que le droit local reconnaît une vocation successorale au conjoint survivant d'1/8 en pleine propriété sur la succession du défunt.

commun). Cependant la détermination du statut des parties ne résout pas toujours la question du droit applicable, c'est le cas en matière successorale. Si le défunt ainsi que tous ses héritiers sont de droit local, la dévolution et la liquidation de cette succession devront être réalisées dans le respect des règles musulmanes. Mais si le défunt est de droit local et que, parmi ses héritiers, il y a des personnes de droit commun, est-ce une situation mixte qui commande l'application du droit commun ou est-ce une situation de droit local, car seul le statut du défunt doit être pris en compte pour déterminer le droit applicable à sa succession⁶⁸⁹ ?

En pratique, cette situation est le plus souvent analysée comme mixte et relevant du droit commun.

Le rôle des interprètes - Les praticiens à Mayotte ont pris l'habitude de proposer aux clients de droit local de venir avec un interprète de leur choix lors des rendez-vous. Même si le notaire fait œuvre de pédagogie lorsqu'il expose les conséquences juridiques d'une règle de droit, une présentation en *shimaoré*, la langue la plus employée sur l'île, est parfois nécessaire. Il convient de noter la présence dans les études de collaborateurs mahorais pouvant rendre accessible le contenu des actes aux clients ne parlant pas ou peu le français. Mais pour pouvoir présenter les implications juridiques d'une règle, encore faut-il la connaître. Le maintien de l'application du droit local pose également la question de la connaissance de sa teneur (B).

B. Les difficultés relatives à la règle de droit local

L'absence de certificats de coutume - L'application d'une règle d'un autre *corpus* fait partie de l'activité notariale. Les praticiens disposent d'outils leur permettant de connaître précisément le contenu de la règle étrangère tels les certificats de coutume. Or il n'existe pas de certificats de coutume en droit local, le notaire doit alors uniquement compter sur ses propres connaissances en la matière. Ce travail d'acquisition de savoirs participe d'un investissement personnel du praticien puisqu'aucune formation en droit local n'existe pour ces professionnels.

Les difficultés rencontrées par le notaire dans l'application de ce *corpus* sont deux types :

- l'incertitude quant à son application, le praticien connaît la règle, mais ne sait pas comment faire pour l'appliquer ;
- l'incertitude relative à la teneur de la règle applicable, le praticien ne connaît pas la règle à appliquer.

L'incertitude quant à l'application de la règle - L'application de la règle est parfois source de difficultés. Le notaire connaît la règle à suivre, mais ne sait pas comment faire. La détermination de la capacité juridique en est l'exemple par excellence. La capacité juridique fait partie du domaine réservé du droit local et le praticien doit respecter la règle de droit musulman pour savoir si les parties à l'acte sont majeures ou mineures. Les conditions pour être majeur sont fixées dans le *Minhâdj* et l'on peut constater qu'il n'y avait pas d'interprétation par les cadis qui suivaient à la lettre les dispositions. Il leur appartenait d'apprécier si l'enfant était devenu majeur ou s'il demeurait un mineur. La définition de la majorité retenue en droit local fait référence à l'âge des personnes (15 ans), à des considérations physiologiques (aptitude

⁶⁸⁹ Le droit successoral local mêle application du *Minhâdj* (par exemple, réserve héréditaire d'1/3 sur biens présents à l'ouverture de la succession pour les enfants du défunt) et règle d'origine coutumière. En effet, pour les attributions lors du partage, dans le respect du *magnahoulé*, la coutume veut que les filles héritent des terrains constructibles ou des biens d'habitation alors que les garçons reçoivent les biens d'exploitation comme les terres cultivables.

à procréer), mais également psychologiques, voire morales. Ainsi, la personne majeure est une personne raisonnable : « (...) Quant au fait d'être raisonnable, il résulte de l'aptitude aux prescriptions de la religion et à la gestion des biens, les deux ensemble (...) »⁶⁹⁰. Si le *cadi*, qui est une autorité religieuse, peut déterminer si cette condition empreinte de religiosité est remplie ; le notaire, lui, ne saurait l'évaluer. Il est également difficile pour lui de vérifier l'accomplissement des conditions physiologiques.

Les personnes de moins de 18 ans sont généralement considérées par le praticien comme des mineurs en application du droit commun. Cela lui permet alors de suivre les règles protectrices de leurs intérêts patrimoniaux contenues dans le Code civil. Par exemple, il expliquera la nécessité d'obtenir l'autorisation du juge pour qu'un héritier mineur accepte purement et simplement la succession ou y renonce.

L'incertitude du contenu de la règle applicable et la diversité des interprétations cadiales

- Le droit local est le fruit de l'interprétation du droit musulman présenté dans le *Minhâdj* par les *cadis*. Ce travail d'interprétation a pu aboutir à des actes cadiaux qui appliquent des règles différentes, c'est le cas par exemple en matière de dévolution collatérale. Le praticien ne peut que constater l'absence d'uniformité des interprétations retenues par les *cadis* dans leurs actes. Des coutumes bantoues et malgaches constitueraient le fondement de ces interprétations. Or, le plus souvent, les actes cadiaux ne sont pas motivés : il est délicat de saisir l'origine et la base juridique de la règle suivie. Pour le notaire confronté à cette situation, il lui est impossible de déterminer la règle applicable et le recours au juge s'avère indispensable.

Il faut rappeler que les parties disposent d'une alternative puisqu'elles peuvent toujours renoncer à l'application du droit local et autoriser le notaire à suivre les règles du droit commun pour le traitement de la succession. Cette solution est généralement proposée par le praticien afin de sortir d'une impasse juridique.

La diversité des pratiques cadiales - Les mesures de protection des mineurs et des majeurs posent les mêmes interrogations à quelques nuances près, car dans ce cas, il ne s'agit pas d'une absence d'uniformité de l'interprétation des règles musulmanes, le *Minhâdj* ne comportant que peu de dispositions à ce sujet. La difficulté provient de la diversité des pratiques et de l'absence en droit local d'équivalents à certains concepts du droit commun. Si le droit commun présente un dispositif très détaillé et abouti en matière de protection des majeurs et des mineurs, ce n'est pas le cas du droit local qui laisse le soin aux *cadis* d'organiser la gestion des biens de l'incapable sans cadre procédural. La loi du 7 décembre 2010 a mis un terme à leur fonction de tuteur légal des incapables et des absents en abrogeant l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores. Les *cadis* avaient un rôle central dans la protection des personnes : ils pouvaient « déléguer tout ou partie de leurs pouvoirs, sous leur contrôle, à des « âmin » désignés par eux »⁶⁹¹, un *âmin* étant une personne de confiance. Les modalités de désignation des *âmin* semblaient être laissées à la libre appréciation des *cadis* censés contrôler la régularité de leur activité.

Dans cette situation, le praticien se trouve face à un obstacle juridique, car aucun texte n'a été adopté sur ce point précis. Il ne saurait désigner un *amin* pour organiser la protection des intérêts des personnes en question, cela ne relève pas de sa compétence *ès qualités* de notaire. De plus, *quid* du maintien des pouvoirs des *amins* désignés par les *cadis* ? Leur fonction a-t-elle été

⁶⁹⁰ Titre « De l'interdiction, des aliénés, des impubères et des prodiges », Minorité, *Minhâdj at Talibin*, traduction présentée à Mayotte en 1952 et photocopiée par la cour d'appel de Madagascar, p. 3.

⁶⁹¹ Al. 2 de l'article 20 de la délibération du 3 juin 1964.

remise en cause ? On peut raisonnablement le penser : à partir du moment où le *cadi* a perdu sa fonction de tuteur, la personne à laquelle il a délégué cette fonction, l'a perdue également. Ainsi, le dispositif de droit local reposant exclusivement sur les *cadis* n'est plus applicable. Le praticien ne peut que se tourner vers le droit commun et inviter ses clients à se rapprocher du juge judiciaire pour la mise en place des mesures de protection présentées dans le Code civil⁶⁹².

L'accès au droit local - Le notaire applique les règles du droit local, mais à *l'impossible nul n'est tenu*, serait-on tenté de dire. L'absence d'outils lui permettant un accès facilité à la teneur de la règle l'empêche d'instrumenter sereinement en droit local et il préférera proposer à ses clients la sécurité juridique qu'offrent les solutions du droit commun. L'expression « droit local » utilisée par la loi est révélatrice : la diversité des règles suivies semble inscrite dans l'ADN de ce *corpus*. La base du droit local est le droit musulman, c'est donc un droit écrit, mais la difficulté provient de l'interprétation qui en est faite dans les actes *cadiaux*. La référence à des coutumes bantoues ou malgaches pour expliquer la diversité des interprétations mérite une analyse précise, car il conviendrait de retracer l'origine de ces coutumes et la réalité de leur existence en tant que coutume d'un point de vue juridique. L'absence de motivation des actes *cadiaux* rend difficile ce travail de traçabilité, car le plus souvent la solution de droit ne présente ni référence textuelle ni rappel de la règle applicable.

Le flou - Tout est flou : ni le notaire ni la population mahoraise au final ne s'y retrouvent.

Le notaire est tenu de respecter le statut personnel et d'appliquer le droit local, mais les obstacles qu'il rencontre sont nombreux : absence de définition légale du « Mahorais », absence de texte précis sur les conséquences des requalifications opérées par la CREC, absence de texte présentant la teneur de la règle en droit local lorsque celle-ci fait l'objet d'une diversité d'interprétation, absence de texte permettant d'expliquer comment appliquer une règle connue du droit local.

La population mahoraise est également dans le flou et le plus souvent pense que la disparition des compétences *cadiales* rime avec extinction du droit local. Nombre de clients de statut personnel mariés en mairie par l'officier d'état civil croient que leur union non célébrée par un *cadi* est une union de droit commun. Ils viennent alors voir le notaire pour obtenir la rédaction d'un contrat de mariage soumettant leur mariage au régime de la séparation de biens. Le praticien les rassure, leur expliquant que leur union est bel et bien en droit local et qu'ils n'ont pas besoin d'un contrat de mariage notarié pour maintenir l'autonomie patrimoniale à laquelle ils sont culturellement attachés.

Seule une intervention législative permettrait de sortir de l'obscurité dans laquelle sont plongés tous les protagonistes. Il n'est pas acceptable de maintenir les citoyens et les professionnels dans un flou juridique des plus étonnants. Les choix opérés par le législateur ne sont pas remis en cause, il s'agit d'en assurer l'effectivité, car c'est bien de l'effectivité des dispositifs dont il est question.

⁶⁹² Il faut relever que l'article 2492 du Code civil dans sa version issue de la loi du 7 décembre 2010 dispose que « Le livre I^{er} est applicable à Mayotte sous réserve des dispositions ci-après ». Les mesures concernant les mineurs et les majeurs protégés ne font pas parties des dispositions exclues.

§ 3 – Les cadis à Mayotte. Approche anthropologique

Les rôles et fonctions des cadis s'appuient sur le droit local

Il convient de préciser que ce statut civil de droit local a été progressivement mentionné dans les textes juridiques coloniaux français sans définition complète puisqu'il s'appuie non seulement sur le droit musulman, mais sur un droit coutumier oral présentant des variantes dans les quatre îles de l'archipel des Comores.

Depuis 1841⁶⁹³, la juridiction des cadis à Mayotte évolue en fonction du statut territorial de l'île : colonie, territoire d'outre-mer, collectivité territoriale, collectivité départementale et département d'outre-mer.

Rappel historique sur l'origine des cadis à Mayotte

D'après Sophie Blanchy « seuls quelques juristes en poste dans l'archipel s'intéressèrent à l'époque coloniale au droit local, dont l'élite lettrée comorienne occulta longtemps les aspects oraux non islamiques⁶⁹⁴. Deux magistrats ont cependant laissé d'importants travaux : Alfred Gevrey (1837-1907) et Paul Guy (1904-1984). »

C'est en 1934 et 1939 que les premiers textes français sur ce statut sont écrits. Lors de la prise de possession de Mayotte en 1841, le traité n'évoquait pas le statut civil. « *Il garantissait seulement aux habitants la propriété foncière des terres cultivées, à condition, fut-il précisé en 1844, de les immatriculer. Les juges locaux, c'est-à-dire les cadis musulmans à l'activité fort mal connue, subsistaient. Dans les années 1860, le juge Gevrey ne voit que trois bureaux de cadis jugeant les affaires civiles des musulmans selon le droit coranique à Pamanzi, Mtsapere et Sada, mais note qu'une bonne partie de la population était "idolâtre" (c'est par leur conversion à l'islam que les nombreux engagés africains s'intégrèrent). Les juges coloniaux ne se prêtaient guère à cette procédure et seul Gevrey recevait quelques Mahorais.* »⁶⁹⁵

En 1896, le Code civil français fut étendu à Madagascar et à ses dépendances dont firent partie les Comores en 1912. En 1904, le tribunal de Mayotte devint compétent pour les trois autres îles⁶⁹⁶ sous protectorat depuis 1886. Nommés à Dzaoudzi dès 1855, les magistrats de carrière furent remplacés par de simples juges de paix à compétence étendue de 1917 à 1946.

Le rôle des cadis a été renforcé par le pouvoir colonial⁶⁹⁷

C'est paradoxalement la mise en place de l'administration coloniale française qui provoque la généralisation du droit musulman et transforme le cadi, simple secrétaire, en juge judiciaire, notaire, officier d'état civil et chef religieux. C'est toujours la République française qui en 1935 crée le Grand cadi puis en 1939 reconnaît le *Minhâdj* comme source du droit musulman écrit à Mayotte. Si le cadi juge d'après la doctrine musulmane de rite chaféite telle qu'elle est exposée dans le « *Minhâdj al Tâlibîn* », il applique également un grand nombre de règles juridiques

⁶⁹³ Le traité de cession de Mayotte à La France date de 1841.

⁶⁹⁴ S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne... », 2009.

⁶⁹⁵ S. Blanchy, « Mayotte : "française à tout prix" », *Ethnologie française* 2002/4 (Vol. 32), pages 677 à 687, <https://www.cairn.info/revue-ethnologie-francaise-2002-4-page-677.htm>

⁶⁹⁶ Îles de Ngazidja (Grande Comore), Anjouan et Mohéli.

⁶⁹⁷ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société* 2012/1 (n 80), pages 117 à 139, <https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2012-1-page-117.htm>

coutumières, originaires de l’Afrique de l’Est, et sans rapport avec le droit musulman. Les cadis, tout en jugeant d’après la doctrine musulmane chaféite, peuvent également invoquer les coutumes locales propres à Mayotte, d’origine préislamique. Une telle organisation qui combine des principes contradictoires est très rare : on la retrouve par exemple chez les Minangkabau à Sumatra.

Un texte de 1964 décrivant l’activité des cadis fournit une définition du statut personnel⁶⁹⁸ :

- *Article premier* : « La justice musulmane connaît de toutes les affaires civiles et commerciales entre musulmans autres que celles relevant du droit commun. Les litiges entre Comoriens musulmans ayant conservé leur statut traditionnel sont jugés par les tribunaux des Qâdis, les tribunaux des Grands Qâdis (Qâdis-l-qodat).../... ».

- *Article 7* : « les Qâdis, les Qâdis-l-qodat jugent d’après la doctrine musulmane chaféite telle qu’elle est exposée dans les traités de fiqh « Minahdji atToilibin », « Fath ul Qarib », « Kitab el Tanbin », « Fath el Moeni » et leurs commentaires. Ils peuvent aussi invoquer les coutumes locales propres à chaque île ».

- *Article 9* : « ...Ils connaissent des affaires relatives au statut personnel (état civil, mariage, dons nuptiaux, garde d’enfant, entretien, filiation, répudiation, rachat Khol et autres séparations entre époux, etc.).../... Ils statuent en outre en matière de succession, donation, testament, waqf et « magnahoulé » et en matière d’obligations .../... ».

En 2010, les cadis perdent leurs fonctions principales, ils sont désormais des médiateurs.

Le texte de 1964 a été abrogé en juin 2010, d’abord en préservant les fonctions de notaires et de tuteurs légaux des cadis, article finalement supprimé par la ratification de décembre 2010⁶⁹⁹. Depuis 2011, la seule fonction qui est officiellement attribuée aux cadis est celle de médiateur social et familial.

En 2021, le rôle des cadis semble à s’élargir à nouveau.

Le rôle de médiateur social et familial est attribué au cadi par la loi depuis 2011. Si pour une large partie de la population le cadi conserve son autorité spirituelle, il devient progressivement au cours des dix dernières années un référent religieux pour l’administration. Les instances officielles de la départementalisation interpellent notamment les cadis pour interférer dans les zones grises (précaires) entre le droit commun et le monde informel, et dans les zones noires (sans papier), c’est-à-dire dans les ghettos non maîtrisés par les autorités.

Se pencher sur la représentation du cadi à Mayotte est intéressant, car ce personnage est craint par la France qui l’a elle-même créé pour avoir un corps intermédiaire en 1934.

Les Mahorais perçoivent les cadis de façon positive, une très forte majorité les défend, car ils représentent le symbole de leur identité sociale et religieuse. Le cadi cristallise le malaise de la société. Aujourd’hui encore, en cas de litiges, les populations vont d’abord chez le cadi puis finissent dans une moindre mesure par aller chez le juge. La population s’est appropriée le malaise de la disqualification des cadis depuis 2010. Nombreux pensent que leur rôle de

⁶⁹⁸ Délibération 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane. L’option de juridiction est affirmée pour les matières qui ne sont pas de la compétence exclusive des cadis (art. 2).

⁶⁹⁹ Loi du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte ratifiant l’ordonnance de juin.

médiateur n'a pas été défini et n'a pas été construit : « *on les a abandonnés à leur propre sort sans feuille de route* » (Extrait d'entretien - professeur en lycée).

Dans le contexte actuel des tensions sociales et des incivilités, les jeunes sont plus rassurés lorsque les cadis s'expriment auprès des instances de socialisation telles que la famille, l'école ou dans les lieux publics. Les effets sur le retour au calme sont quasi immédiats. Les forces de polices et de gendarmerie le constatent également : « *Ils connaissent tout et font le lien avec les familles, ce sont nos interlocuteurs privilégiés pour la prévention et la régulation des conflits* » (Extrait d'entretien - gendarme de la brigade de prévention de la délinquance juvénile). Les juges s'interrogent ainsi à la place qui peut être à nouveau donnée à cette fonction cadiale, car pour tous, l'objectif est le même, celui que la jeunesse réussisse. Les cadis facilitent les échanges, car ils ont une forte compréhension de la culture et des représentations de la population. De plus, ils possèdent les langues maternelles : le Shimaorais, le Shibushi et le malgache. Ceci est un fort avantage pour travailler avec les parents et les référents de l'enfant dans le village. Dans la tradition mahoraise, l'enfant appartient d'abord à la communauté puis à ses parents⁷⁰⁰. Ainsi, les cadis apparaissent progressivement pour l'administration comme des tiers qui assurent « *le trait d'union* ». « *Les cadis ont ces dernières années réussies à réconcilier des bandes de jeunes rivales opposées depuis des années en seulement quelques heures, alors que les autorités de l'État n'y étaient jamais arrivées en plusieurs années* » (Entretien – gendarme).

Le télescopage des modèles entre tradition et modernité est assez difficilement perçu et vécu. Les conflits intergénérationnels sont si nombreux que la marche vers le droit commun questionne beaucoup la population. Elle soulève la question de l'appartenance de Mayotte au sein de la République française en tant que département.

Les réponses obtenues à nos 19 entretiens menés auprès de mahorais et de métropolitains de la fonction publique et du secteur privé (santé, éducation, justice, gendarmerie...) font largement remonter une pensée commune qui précise que si le statut de Mayotte est d'aller vers le droit commun, la base de la réflexion dans les négociations se fait surtout en droit local. Concrètement ceci se vérifie par exemple dans les dossiers traités par les notaires où les cadis apparaissent indispensables dans la gestion des questions en lien avec les héritages et les successions. Concernant le cadastre, bien souvent le géomètre n'arrive pas à reconnaître les limites des parcelles anciennes tant les choses évoluent rapidement à Mayotte. La mémoire orale du cadi peut faciliter le positionnement des limites du terrain comme les négociations entre les parties puisque chacune prête serment sur le Coran. « *Au contraire, le cadi va aller, il va dire : à partir de ce cocotier-là, jusqu'à l'autre cocotier, ça c'est à toi... Et à parti de là...* » Ce travail sur la mémoire collective est essentiel et devient concrètement réalisable avec l'usage des langues maternelles.

Les cadis préparent donc le terrain des conciliations pour que les juges ou notaires puissent plus facilement légiférer par la suite. Depuis la perte de leurs fonctions de juge et de notaire en droit local, en matière de succession, les cadis ne rédigent que des certificats d'hérédité. Ce document précise le droit d'héritage des enfants.

Réduite à l'unique fonction de médiateur en 2011, la place des cadis semble être cependant toujours importante et sensible. En effet, face à la montée de la délinquance et des problèmes

⁷⁰⁰ T. Malbert, (2010), « L'identité à Mayotte : le nom de famille et sa réforme. Regard anthropologique », in *Formation permanente et constructions identitaires dans les îles de l'océan Indien*, M. Latchoumanin (dir.), Karthala Editions, p. 173-187.

d'incivilités, les Mahorais souhaitent que les cadis puissent continuer à agir, car ils portent une des représentations de l'autorité suscitant apaisement et sécurité. La population mahoraise a confiance en eux, car ils incarnent l'autorité religieuse. « *Pourquoi ces gens-là ils veulent que ce soit le Cadi qui soit là... ? Parce qu'il y'a des gens, quand tu dis « le Cadi va venir », ah il est d'accord. Mais quand on parle d'assistants sociaux tout ça, ils disent non ». « C'est parce que c'est le référent religieux aussi Oui, oui ! C'est ça qui va convaincre, l'éducateur spécialisé lui il a pas ça....il a des diplômes (rire) » (Cadi).*

Le champ de la proximité est ainsi sollicité, de ce fait la population se confie beaucoup à eux. Elle déplore par ailleurs une distance trop forte et une application trop injonctive du droit commun :

- En matière de capacité juridique, il est clair que la population n'adhère pas à la lenteur du système en lien avec le droit commun. Il y a notamment trop d'attente pour les divorces. D'une manière générale « *cela reste trop flou pour le Mahorais* » (Extrait d'entretien - juge au pénal).
- En matière d'autorité parentale, une partie de la population pense que certains droits sont bafoués par le droit commun. « Dans le droit local par exemple, en lien avec l'islam, un enfant reste avec la mère et la grand-mère, il ne va pas avec son père avant les 7 ans de l'enfant » (Extrait d'entretien - cadi). Dans la tradition les problèmes familiaux se règlent prioritairement en dehors des autorités de l'État.

Aujourd'hui, les autorités recherchent une collaboration avec les cadis. La Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), par exemple, l'exprime clairement sans complexe : « *cette demande provient des juges eux-mêmes et du rectorat et nous l'approuvons* » (Extrait d'entretien - référent laïcité à la PJJ). La transition entre droit local et droit commun est très douloureuse et, malgré les bonnes volontés, elle doit être accompagnée par des figures tierces. Au-delà du conseil de la famille, les cadis ont toujours leur place dans la représentation de la loi, car ils incarnent les valeurs religieuses et la morale.

Dans un contexte social et culturel en tension, marqué par une évolution rapide de la société et par une augmentation des violences, les cadis sont de plus en plus sollicités pour répondre à une demande urgente : le maintien de la paix civile. « *La raison principale c'est que la jeunesse est davantage rassurée et à l'écoute lorsque les cadis s'expriment* » (Extrait d'entretien – juge au pénal). « *Les jeunes quand ils ont commencé à caillasser les forces de l'ordre, ils ont dit : Si vous voulez qu'on négocie, amenez-nous des Cadis mais pas vous ! Comme ça, cash. Et c'est là où on s'est dit : non mais attends, on ne va pas laisser notre île tomber dans... non, on est partis. Tous les Cadis sont partis, on a négocié avec les enfants, les jeunes on a dit : bon calmez-vous. Même toutes les grèves tout ça... ! Les jeunes sont dehors, ils font des manif, ils cassent tout. Mais quand le Cadi dit « Oh ! Bassi... ! C'est bon là. Les enfants, stop. Et bien ils ont stoppé. Les grèves qu'il y avait, des grèves de combien... 2 mois qu'il y' avait à Mayotte là... » (Cadi de Mamoudzou)*

Aujourd'hui, leur statut tendrait à connaître une évolution vers une position plus médiane. Ils se retrouvent en effet à la fois agents de la collectivité départementale (le conseil cadial existe depuis le 13 avril 2018), et représentants de la tradition islamique. Pour intégrer ce conseil représentatif, les cadis doivent entrer en formation et obtenir le diplôme universitaire : « République et religions ». Cette formation est réalisée soit au Centre universitaire de

Mayotte⁷⁰¹ soit à l'université de La Réunion. Aussi, dans le même objectif, il est récemment demandé au pôle solidarité de la direction de la médiation et de la cohésion sociale d'étudier l'impact de l'islam à Mayotte, d'intégrer les cadis et de faire de la prévention à la mission des maîtres coraniques.

Dans le quotidien, il apparaît important et nécessaire d'étudier le droit local pour comprendre suffisamment les logiques et besoins de la population. Concernant le mariage, par exemple, il est important de comprendre qu'à Mayotte ce rite de passage ne sera réellement reconnu en tant que tel par la population, uniquement lorsqu'il sera célébré devant une autorité religieuse.

Ainsi les réflexions partagées entre les autorités officielles et officieuses portent progressivement sur la redéfinition du rôle des cadis. L'objectif premier est que la jeunesse, souvent en perte de repères identitaires, puisse trouver un apaisement autour des valeurs universelles de paix et de respect communes à la coutume et aux valeurs de la République. À ce titre, les assises de l'islam organisées par la préfecture à Mayotte depuis quatre ans ont montré aux services de l'État comment les cadis pouvaient largement aider à plus de cohésion sociale en participant à la résolution des conflits et au maintien de la cohésion sociale.

C'est dans ce contexte que le conseil cadial, créé au sein du conseil départemental en 2018, redéfinit les missions des cadis dans leur rôle de porte-parole de médiateur des conflits dans le champ de la jeunesse et de la parentalité. « *Autrefois, quand tu voyais l'organigramme du Conseil Départemental, il se trouve qu'il n'y avait pas de Cadis. Mais aujourd'hui, si, y'a les Cadis. Aujourd'hui on voit dans l'organigramme qu'il y'a le Conseil cadial qui est là, que nous-même on représente...* » (Cadi de M'Tsamboro) « *Nous on fait partie du Département, le Conseil cadial de Mayotte...* » (Cadi de Mamoudzou).

Les cadis sont visités tant par les personnes de statut en droit local que par des personnes en droit commun. Ils sont de plus en plus appelés à expliquer dans les langues maternelles les différences entre droit local et droit commun, il s'agit là d'un vrai rôle de pédagogie.

Rétablir une place plus forte des cadis auprès de la population, c'est rétablir un des référents de l'autorité coutumière.

En acceptant la création du département de Mayotte, les Mahorais savaient qu'ils allaient perdre une partie de leur identité. Cependant personne ne pensait que la perte des figures d'autorités telles que celles des cadis et celles des maîtres coraniques allait autant dégrader les liens sociaux à Mayotte.

Les enfants avaient pour autorité les cadis et les maîtres coraniques, ils leur apprenaient l'instruction civique et les formes de la socialisation. « *Si hier les enfants avaient peur de ces deux figures, ils n'ont pas peur des gendarmes et des juges aujourd'hui* » (Extrait entretien – agent du conseil départemental). Ces derniers sont bien souvent perçus par la population comme faibles et leurs blâmes encore trop abstraits.

De nombreux accès de violence surviennent par le fait que l'autorité de l'État n'est pas respectée. Très souvent le droit commun n'est pas considéré comme efficace, que ce soit dans des situations d'autorité parentale, dans le traitement des divorces ou encore dans des affaires pénales.

⁷⁰¹ Voir *supra* le rapport d'Aurélien Siri.

Les Mahorais souhaitent réellement plus de force dans les formes d'autorités. À ce titre, nombreux soutiennent que les cadis ont une réelle autorité dans les représentations sociales comme dans les actes sur le terrain. « *Parce qu'il y'a une certaine proximité, une certaine facilité. Il y'a aussi une façon que nous on règle les affaire... Chez les Cadis, nous on règle les affaires vraiment à tel point que tu te dis : on vient ici fâchés mais quand on sort du bureau des Cadis... Parce que le Cadi il a ses astuces, pour rappeler, pour dire ceci cela... Le Cadi fait beaucoup de moralisation, il parle de morale... « il fallait pas faire ça..., il faut pas faire ça, ça c'est pas bien... ».* Alors le Cadi, il est dans cet état d'esprit, mais c'est pas parce qu'il ne sort pas ce que dit la loi, ce que dit les articles, ou bien le Code du j'sais pas quoi... Non, non le Cadi va dire « toi t'es un musulman, attention, il faut pas faire ceci..., ça c'est très bien... ». Toujours il te donne sa morale. Et finalement tu te dis « ok, ok d'accord...ça va, c'est bon. » (Cadi).

Les Mahorais affirment le besoin d'une autorité à la fois, de l'État, des politiques locales, mais aussi morale et religieuse. L'autorité religieuse leur semble très importante face à la fragilité de ce petit territoire qui, comme de nombreuses îles, peut être enclin à des dérives sectaires et des dérives extérieures de radicalisation. Ils sont nombreux à réaffirmer le besoin d'impulser une politique pour un enseignement et une autorité religieuse nécessaire à la transmission des valeurs de paix et du vivre ensemble. À Mayotte, en lien avec le droit local, les valeurs de l'islam participent à la cohésion sociale et à l'organisation de la vie publique. Dans les mentalités les conflits sont régulés par les cadis car ils détiennent le lien avec le sacré : « *ils font beaucoup plus de soulou, la réconciliation ou le tsaharadi, qu'on appelle la bénédiction, ils vont chercher la bénédiction... »* (Directeur adjoint à l'ARS). La pratique sociale traditionnelle est recherchée, elle apporte une stabilité support à l'alliance en cas de tension entre des parties. « *Moi je sais que la pratique sociale est très présente, mais cette histoire d'attachement, il y'a cet attachement, ça veut dire qu'on a vraiment des gens qui sont attachés à..., on peut dire, à l'Islam, à la religion, tout ça... »* (Cadi de Mamoudzou).

Les cadis à l'image des Imams détiennent le lien avec le divin, cela leur est utile pour réguler le conflit et obtenir la paix. Partant de ce constat certains mahorais souhaitent que leurs fonctions s'étendent à d'autres domaines pour réguler d'autres problématiques « *les Cadis ont été là, ils ont toujours cet outil qui est l'outil de la religion qu'ils utilisent tellement. Moi je pense qu'il faut essentiellement organiser la formation de ces Cadis, et qu'ils ne peuvent pas qu'utiliser l'argument religieux comme outil d'action, et qu'il faut aussi les teinter d'une bonne connaissance d'autres thématiques »* (Directeur adjoint de l'ARS).

D'où le fort besoin en accompagnement sur le plan de la parentalité, de l'éducation et du social, notamment lorsque les référents traditionnels de l'autorité morale et religieuse disparaissent.

Sur ce plan, les propositions citées dans nos entretiens vont toutes dans le même sens :

- Le renforcement du conseil cadial participerait à renforcer l'autorité des cadis dans la cité, car l'autorité des forces de la gendarmerie et de la police est trop peu respectée.
- Le Grand cadi a un rôle fédérateur auprès des imams et des *fundis*. Il peut les réunir et leur transmettre des messages communs.
- Les cadis sont au plus près des difficultés des populations dans les quartiers, ils connaissent la jeunesse et peuvent rapidement intervenir dans les langues maternelles des Mahorais.

Face à ces constats et à la montée des violences de tout bord à Mayotte, des évolutions sont en cours. Le conseil départemental souhaite que les cadis puissent intervenir davantage dans les communes.

Désormais, lors de troubles et de manifestations violentes dans les établissements scolaires, les directions font assez souvent intervenir les cadis dans la cour de récréation afin qu'ils s'expriment face aux jeunes et qu'ils puissent, aux côtés des gendarmes, ramener le calme et la sécurité. Le Rectorat leur demande d'intervenir dans les classes pour parler des valeurs communes à la culture mahoraise et à la République française, telles que le respect, la fraternité. « *Sans les Cadis oui on ne peut pas faire sans eux. Ça veut dire qu'on ne peut pas faire régner la loi ici à Mayotte sans les Cadis, Oui, ça nous convient très bien, qu'on puisse vraiment travailler sur tous ces points pour aller vers le droit commun. Ça veut dire droit commun/droit local, on va travailler côté à côté, main dans la main. Parce qu'il y'a des choses que nous même, on sait qu'ils ne peuvent pas. Ils ne peuvent pas parler de droit local, ils ne savent même pas ce que c'est le droit local de Mayotte, mais nous les Cadis, si, on sait* » (Cadi).

La justice fait aussi appel aux cadis pour préparer les dossiers et faciliter les interprétations. Sur la question du social, de nombreux travailleurs sociaux n'ont réellement que peu d'influence chez les jeunes, car eux-mêmes trop jeunes ou ne pratiquant pas le Shimahorais. Ce sont donc les cadis qui sont de plus en plus appelés en urgence pour régler les situations, car ils maîtrisent les codes sociaux. De plus : « *ils sont les référents du sacré et on les écoute* » (Extrait d'entretien - gendarme).

Le président du tribunal judiciaire de Mamoudzou et le procureur de La République le disent haut et fort : « *Maintenant on peut le dire, on ne peut plus faire sans les cadis* » (Entretien - juge). Ainsi les instances du droit commun proposent les unes après les autres de travailler en partenariat avec les cadis : état civil, cadastre, police, tribunal, etc. L'idée de l'administration est à présent de trouver, entre tradition et modernité, le juste milieu dans les interfaces.

À ce jour il existe 19 cadis en tout. Un cadi est présent dans chacune des 17 communes, auxquels s'ajoutent le Grand cadi et le cadi de Mamoudzou (préfecture). Le conseil cadial, composé des 19 cadis, se réunit tous les mardis pour aborder des problématiques et surtout pour faire des prospectives sur la gestion des situations conflictuelles. Ce conseil a désormais des partenaires à la préfecture, à l'ARS, à la direction de la cohésion sociale du conseil départemental et dans les mairies. « *Désormais c'est la préfecture qui nous amène des affaires de radicalisation...* » (Extrait d'entretien - cadi).

L'évolution des missions des cadis apparaît donc à la fois comme une demande de la population et des pouvoirs publics. Si de larges fonctions leur furent enlevées en 2011 lors de la mise en place de la départementalisation, d'autres missions semblent apparaître aujourd'hui.

Quels en sont les contours ?

Ce retour progressif des cadis sur le devant de la scène se fait dans des conditions assez particulières. En effet, s'ils sont à nouveau sollicités dans les agoras pour ramener le calme, ou faciliter les protocoles de compréhension des nouvelles réformes, leur place et leur fonction sont conditionnées à l'obligation d'entrer dans une formation spécifique : le diplôme universitaire « République et religions ». Cette formation leur permet de mieux appréhender la connaissance des valeurs de la République française, les principes de la laïcité, comme l'organisation et la gestion des cultes. Suite à l'obtention de ce diplôme, ils obtiennent le titre de cadis de la République et intègrent alors le conseil départemental de Mayotte en tant que

fonctionnaires de la collectivité et membres du conseil cadial. Ainsi les cadis figurent sur l'organigramme de cette collectivité territoriale depuis 2018 et sont intégrés au pôle de l'inclusion sociale et des solidarités : « *Cela nous convient, droit commun, droit local, nous travaillons à présent main dans la main en confiance* » (Extrait d'entretien - cadi). Si les cadis « légiféraient » entièrement seuls par le passé, aujourd'hui leur rapprochement avec les instances et collectivités modifie quelque peu leurs prises de décisions. Le cadi n'est plus isolé à la fois dans ses prises de décision et dans son cadre de référence en lien avec l'Islam. À présent il travaille en partenariat dans un cadre pluriel reconnu par les instances étatiques. « *Ça veut dire le Conseil des sages..., là maintenant on va nous traiter comme des sachants, ... tu vois ? Ils ont dit que les Cadis doivent être traités comme des sachants parce qu'il y'a des choses qu'ils ne maîtrisent pas...* » (Cadi).

Désormais si l'argument religieux est toujours utilisé, il est teinté d'autres arguments en lien avec des thèmes profanes. Les cadis concilient par exemple l'aspect religieux du ramadan avec l'aspect de la nutrition équilibrée : « *le Cadi M... , c'est lui qui nous avait invité, on a fait une intervention sur ça, pour lancer notre campagne pour jeûner mais aussi de bien manger, et de manger équilibré. Parce qu'on a constaté qu'ici à Mayotte, pendant le mois de ramadan, les gens mangent trop et déséquilibrent leur corps. D'où les soucis des diabétiques, des hypertensions, des hypercholestérolémies, toutes les pathologies induites par la malbouffe. Donc notre objectif c'était ça. On a pu concilier l'aspect religieux du ramadan, avec l'aspect de la santé qui est la bonne nutrition, le bien manger. Donc cette campagne a été lancée cette année* » (Directeur adjoint de l'ARS).

Dans le concret, quelle est la place des cadis dans l'articulation entre droit local et droit commun ? Pour les cadis la répartition est la suivante : le droit pénal c'est le droit commun, il gère les crimes, les affaires importantes, le droit local règle les petites affaires interindividuelles. Cette articulation n'est pas facile, les cadis affirment d'ailleurs que la population ne sait pas trop et est souvent perdue : « *ils ne font pas la différence* ». Ce sont précisément les cadis qui expliquent les différences et qui guident les Mahorais vers le droit commun : « *sur l'extrait de naissance, c'est écrit droit local ou droit commun, c'est nous qui leur expliquons* » (Extrait d'entretien – cadi).

Les cadis ont encore un fort pouvoir d'attraction auprès de la population. Celle-ci apprécie leur proximité et la facilité langagière pour régler les problèmes et transmettre le cadre éducatif. Aussi, les cadis portent une autorité naturelle, ils procèdent à de nombreuses moralisations et arrivent ainsi à convaincre avec des arguments profonds, porteurs de valeurs dans lequel le sacré a une large place. Ils n'ont pas besoin d'être accompagnés par des forces de l'ordre et leur message a des effets immédiats et applicables. Pour faire passer certains messages les autorités de l'Etat interviennent en même temps que les Cadis : « *on a fait ce majiliss pour lancer, mais après la campagne a été faite la radio, les Cadis nous ont accompagné, ils avaient des interventions, l'ARS avait des interventions, et c'était ça pendant tout le mois de ramadan. Voilà, un exemple* » (Directeur adjoint de l'ARS).

Ces constats nous permettent d'aborder la question de la légitimité de l'autorité à Mayotte. Dans ce département d'Outre-mer, l'ordre tend à être davantage respecté en fonction de la place que la société choisit de donner au sacré. La population, majoritairement croyante et pratiquante, tend au respect de la parole des personnes qui incarnent les valeurs de la religion dans la société civile. À Mayotte, la crainte du ciel semble plus forte que la crainte de pouvoir temporel. Il s'agit là de poser la question de la représentation du rapport de l'autorité entre les cultures et entre les mondes.

Entre droit commun et droit local, des avis partagés

Le droit commun attire davantage les jeunes, les classes moyennes et la bourgeoisie. Se marier à la mairie c'est afficher une certaine forme de reconnaissance sociale : « *il y a là une attraction à paraître différent de la masse* » (Extrait d'entretien - professeur de lycée). « *Les jeunes qui veulent faire un mariage civil pratiquent moins la religion, vont plus longtemps à l'école de la République et un peu moins à l'école coranique* ». (Extrait d'entretien - cadi). Cette attractivité pour le droit commun correspond davantage au modèle de vie des familles des classes moyennes et supérieures à travers lequel les parents veulent avoir un enfant diplômé d'aspiration occidentale.

Une plus petite partie de la population mahoraise n'a pas d'adhésion avec les cadis de droit local et choisit d'aller vers le juge de droit commun. Ils pensent que le jugement du cadi n'est pas correct. « *La représentation des Mahorais a changé lorsqu'ils sont devenus des médiateurs, certaines personnes ont alors choisi le droit commun* » (Extrait d'entretien - chef d'entreprise).

Cependant, certaines personnes regrettent la renonciation au droit local, notamment lorsque les affaires prennent trop de temps, et durent sans fin. De plus, dans les situations de divorce, le fait que ce soit toujours l'homme qui perde les procès et la femme qui les gagne tend à réactiver des craintes envers le droit commun, notamment auprès de la population masculine.

Une partie de la population craint le pouvoir du juge : « *les gens ont peur du juge* » (Extrait d'entretien - gendarme) ; « *Depuis 2010 les comportements des juges et autres sont plus sévères* » (Extrait d'entretien - enseignant du secondaire). La loi apparaît comme trop punitive et sans accompagnement. De surcroît, le coût de l'officier est dix fois plus élevé que celui du cadi : « *nous on enlève les souffrances et la peine est comprise* » (Extrait d'entretien - cadi).

L'articulation entre droit local et droit commun est difficile, car l'application du droit commun a trop trainé pendant 40 ans⁷⁰².

L'exemple le plus typique concerne la place et le rôle des cadis. Lorsque Mayotte faisait partie du TOM des Comores (avant 1976), il y avait 4 cadis (4 cantons). Après 1976, l'île de Mayotte devenant une collectivité territoriale française obtient 17 cantons et donc 17 cadis. Ainsi, à partir de 1976, l'État a donc renforcé la présence des officiers de droit local. « *J'ai toujours dit depuis le départ, depuis 1976 lorsque nous nous sommes séparés des Comores qu'on devrait rapidement mettre en place le droit commun à Mayotte. On a fait cette erreur d'avoir trainé encore pendant 40 ans...* » (Directeur adjoint de l'ARS).

L'accélération de l'application du droit commun à partir de la départementalisation (2011), souvent menée sans une communication et une pédagogie contextualisée, renforce les incompréhensions et les écueils dans le traitement des actes de la vie. Aujourd'hui, les cadis participent de plus en plus à l'orientation des populations en les guidant dans leur cheminement vers le droit attribué à leur statut civil. « *Le droit commun ne fait pas trop d'effort pour intégrer les Mahorais. L'État n'accompagne pas les Mahorais à comprendre le droit commun. Il faut plus de tuilages* » (Extrait d'entretien - Cadi).

Nos observations permettent de relever qu'il n'y a pas tant de résistance au droit commun. En fait il ressort de cette complexité que les Mahorais adhèrent au droit commun, mais restent attachés au droit local : « *Je veux le droit commun pour certaines affaires, mais je reste dans*

⁷⁰² Y. Moatti, « Le droit commun à la traîne ».

mon quotidien au droit local : les funérailles, la circoncision...le droit commun ne peut pas enlever nos coutumes » (Extrait d'entretien - agent du conseil départemental).

L'arrivée du droit commun, qui s'est renforcé ces dernières années, peut-être vécu comme une atteinte à l'identité, provoquant de grandes souffrances. Certains l'expriment comme une assimilation faisant disparaître leur patrimoine immatériel, le lien à leurs ancêtres et donc leur rapport à l'existence : « *C'est pas un progrès. On progresse...on peut dire, très lentement, mais l'atteinte à l'identité on la voit, c'est ça qui est devant, et ça nous choque. Et ça nous met vraiment très mal... Même si on vit avec, on voit que délibérément y'a des choses que... On doit laisser les mahorais eux-mêmes choisir leurs affaires oui, mais pas les pousser vers des choses qui ne sont pas vraiment... Ça veut dire que ce qu'on avait, on ne doit pas le gommer. Ce qu'on a vécu, ce qu'on a trouvé, notre patrimoine, quelque chose qu'on a eu de nos ancêtres, non, on ne devrait pas gommer en faisant comme si que ça c'est rien du tout... Non, non »* (Cadi).

Le rôle des cadis auprès des populations sans-papiers

Chez les personnes sans-papiers, il existe des stratégies pour chercher à avoir une existence légale. Ces populations tendent par exemple à commettre des délits de diverses natures afin d'obtenir des droits sociaux et obtenir ainsi une forme d'insertion en entrant dans le droit commun : « *Elles sortent ainsi de la zone noire pour passer dans la zone grise »* (Extrait d'entretien - agent territorial de la collectivité départementale).

Pour les raisons de proximité et de rapprochement linguistique et culturel, les cadis apparaissent comme la première interface avec les étrangers⁷⁰³ présents sur le sol de Mayotte. La problématique migratoire est extrêmement forte à Mayotte, il paraît important pour l'État d'avoir des référents dans le domaine. Les cadis peuvent prétendre à cette fonction, ils connaissent bien le large réseau des commerçants comoriens aujourd'hui implanté à Mayotte. Inversement, les Comoriens les apprécient, car ils arrivent à joindre les autres îles pour régler des problèmes.

Parallèlement au retour progressif des cadis sur le devant de la scène, dans l'intérêt de mieux comprendre et de mieux gérer la complexité du développement sociétal à Mayotte, des études portant sur le thème du droit local se développent dans les mêmes intentions. Des recherches universitaires sont faites pour mieux comprendre le droit local. Face aux nouvelles réformes, des jeunes mahorais diplômés s'intéressent aussi au droit local. Si le droit local perdure à Mayotte avec la départementalisation et que le droit commun est à la traîne entre 1976 et 2010, il est à présent impensable pour de nombreux Mahorais, notamment référents de postes à responsabilité dans l'administration publique : agent de l'ARS, gendarme, enseignant, éducateur...de faire disparaître le droit local et les coutumes qui y sont associés. « *On ne peut pas tout faire disparaître, le processus de gommage ne peut être fait, on ne peut pas nous dire tout ce que vous avez n'est pas bon, aujourd'hui on fait ensemble »* (Extrait d'entretien - chef d'entreprise).

Les cadis un rempart contre l'implantation des radicaux

Les Mahorais donnent également de l'importance aux cadis dans le sens où ces derniers sont les référents de l'islam traditionnel modéré propre à l'école Chaféite de l'archipel des Comores

⁷⁰³ Les Grands comoriens, Anjouais pour les plus nombreux.

et qu'ils luttent ainsi contre l'émancipation des *Djaoulas* (des intégristes), « *ça leur plaît d'avoir des autorités religieuses qui sont des Cadis parce que ça permet d'empêcher à ces fameux djaoulas d'avoir leur place* » (Directeur adjoint de l'ARS).

Le cadi est l'interface garant d'une stabilité sur le plan du religieux. En enlevant les cadis à partir de 2011, les *Djaoulas* sont arrivés et ont apporté une nouveauté sur le plan religieux qui n'est pas dans la tradition mahoraise. C'est ce qui s'est passé au début des années 2010 lorsque des musulmans appartenant au réseau salafiste sont venus s'implanter pour diffuser les valeurs d'un islam radical à l'opposé des valeurs de tolérance et de paix vécue dans la tradition musulmane à Mayotte. Depuis ces dernières années, l'affaiblissement du rôle des cadis sur le terrain a facilité leur implantation et a pu développer une forme d'attraction pour ce courant intégriste chez certains jeunes mahorais.

Pareillement, les autorités religieuses mahoraises ne veulent pas d'imams formés au Soudan ou au Koweït, elles favorisent les imams mahorais formés localement. Mayotte ne possédant pas son propre institut de formations des imams, les jeunes futurs imams Mahorais vont aujourd'hui se former à La Réunion dans les trois instituts de formation des imams présents à La Plaine des Cafres, à Saint-Denis et à Saint-Pierre.

L'implantation des *Djaoulas* à Mayotte suscite certaines violences de la part des Mahorais qui, ne voulant pas de radicaux sur leur sol, ont exigé la démolition de la mosquée des intégristes. Le cadi apparaît là comme le garant de l'attachement culturel à la tradition de l'islam mahorais. Il devient un rempart contre la radicalisation et favorise les régulations internes au sein des écoles musulmanes « *C'est comme ça que moi j'explique le fait que le rôle du Cadi en tant qu'autorité religieuse n'est pas du tout contesté* » (Directeur adjoint de l'ARS).

Les autres régulateurs traditionnels

Les populations ne vont pas devant les autorités telles que les juges ou les avocats en premier lieu. « *Ils ne vont pas se séparer devant le juge* » (Extrait d'entretien – professeur en lycée). La situation les y amène, mais ils n'y vont pas de leur plein gré. Dans le cas des tensions interpersonnelles, lorsque les populations ne vont pas vers l'administration, les formes de régulations sociales issues de la tradition passent principalement par la réconciliation dans la famille : le *Soulouk*, puis la volonté de recevoir la bénédiction du cadi ou l'Imam pour calmer les cœurs : le *Utsaaradi*.

Les enfants des migrants, non scolarisés, parfois totalement isolés (on ne compte pas moins de 4000 mineurs isolés à Mayotte)⁷⁰⁴ posent problème. Étant donné que les autorités traditionnelles ont perdu leur pouvoir : les cadis comme les imams, ne régulent plus les tensions et les manifestations de la jeunesse. De fait, les enfants ont beaucoup de libertés et se permettent des incivilités. La délinquance augmente et l'autorité parentale, affectée par l'évolution du droit, ne semble plus efficiente dans le quotidien.

La population affectionne également les cadis pour leur dimension religieuse au-delà de la mosquée. En effet, si l'imam se situe uniquement à l'intérieur des murs de la mosquée, le cadi se déplace à l'extérieur dans les espaces publics au plus proche des besoins des populations.

⁷⁰⁴ Aide Sociale à l'Enfance : ASE de Mayotte 2019.

La notion d'appartenance à une identité mahoraise tend à sensiblement évoluer.

Avec les fortes migrations que connaît Mayotte depuis ces dernières années, la jeunesse n'est plus uniquement de filiation mahoraise. Ainsi apparaît à Mayotte un changement progressif dans le fait de ne pas se ressentir que mahorais. La présence de migrants, de plus en plus nombreux à Mayotte, participe à ce que l'attache identitaire construite entre Mahorais au cours du XX^{ème} siècle, se dilue et se modifie quelque peu. De plus de nombreux Mahorais quittent le territoire pour s'installer à La Réunion ou bien en métropole. Ainsi le devenir de Mayotte se construit avec d'une part ce fort lien d'attachement à la coutume et d'autre part la complexité d'implémenter une modernité. Les cadis, figures d'autorité religieuse traditionnelle, sont désormais les vecteurs de la paix sociale aux côtés de la collectivité départementale et de l'État. Quelle confiance, pour quel équilibre ?

Chapitre 2/ La réception de la coutume par les Mahorais

Du fait des changements législatifs de ces dernières décennies, le domaine de la coutume s'est réduit comme peau de chagrin. Cependant nos enquêtes sur les acteurs de la coutume ont montré que, dans la pratique, les frontières que le législateur a instaurées entre la coutume et le droit commun ne sont pas toujours respectées. Cela se vérifie notamment dans les relations familiales (Section 1). Dans le domaine du droit foncier, la réglementation ne relève pas de la coutume, mais on verra de quelles façons celle-ci a pu venir perturber le jeu des relations patrimoniales au sein de la société mahoraise (Section 2).

Section 1/ Les relations familiales. La personne et la famille

Dernier bastion réservé du statut personnel de droit local, les relations familiales sont le terrain privilégié pour comprendre comment la coutume mahoraise est interprétée et appliquée – ou non – par les acteurs judiciaires et extra-judiciaires. Seront ainsi tour à tour étudiés le mariage (§ 1) et sa dissolution (§ 2), l'établissement de la filiation (§ 3) et l'adoption (§ 4), la capacité de la femme mariée (§ 5) et, enfin, la question plus délicate des violences intrafamiliales (§ 6).

§ 1 – Mariage et coutumes à Mayotte

Importance du mariage : réalités, perceptions et représentations. En ce qui concerne la coutume à Mayotte, en particulier dans le domaine matrimonial, il apparaît très nettement au fil des différents entretiens et de la documentation consultée, que la coutume joue encore un rôle prépondérant. Tout concourt à cette importance de la question matrimoniale et il suffit pour s'en convaincre de songer à la place occupée, dans la vie quotidienne mahoraise et dans l'imaginaire collectif, par « le grand mariage » (*Manzaraka*). Au-delà de son importance économique, culinaire, sociale, il constitue un événement essentiel à Mayotte et incarne à lui seul les enjeux attachés à la question matrimoniale. Partager un tel repas « oblige » le convive, au sens le plus noble du terme et la considération pour les parents des époux dépendra en partie de leur aptitude financière à inviter un nombre conséquent de convives. Il faut préciser à titre liminaire que les relations de couple sont conçues dans la tradition musulmane et coutumière locale comme devant nécessairement se dérouler dans le cadre matrimonial. Plusieurs entretiens menés dans le cadre de la présente recherche expriment, en particulier auprès des cadis, la crainte de voir ce mode de conjugalité disparaître, en raison de l'identité législative⁷⁰⁵ au profit de l'essor des unions hors mariage, lesquelles paraissent davantage concerner le concubinage que le PACS. Par ailleurs, le mariage qui serait selon certaines approches anthropologiques, maussienne en particulier, la première expression du don, de l'échange et de la circulation, entre des groupes d'individus, revêt une importance particulière à Mayotte en raison d'une conception encore très fortement holiste des rapports sociaux. Le groupe, ses intérêts et son honneur priment les intérêts strictement individuels. Des mécanismes tels que le paiement d'une

⁷⁰⁵ Sur laquelle, cf. *infra*.

dot qui, si elle ne semble plus se régler aujourd'hui en zébus, mais par le versement d'une somme d'argent, se pratiquant encore s'expliquent en grande partie par cette conception des rapports sociaux. Il serait assurément déshonorant pour un père de ne point doter sa fille.

Avant d'analyser plus avant le maintien de la coutume comme source de normes juridiques et sociales en matière matrimoniale, il convient d'apporter une précision terminologique liminaire.

Pluralité normative et distinctions. Les présents développements concernent la coutume qu'il convient d'emblée de distinguer de notions voisines, avec lesquelles cependant elle entretient d'étroites relations. Il n'est nul besoin de s'attarder sur la distinction entre la coutume et la loi, si évidente qu'on ne la mentionnera que pour mémoire. Plusieurs des entretiens effectués dans le cadre de la présente étude révèlent par ailleurs que la coutume ne saurait se confondre avec la religion. Compte tenu des structures et modes d'organisation de la société mahoraise, fortement marquée par la foi musulmane, il existe de très nombreux liens entre la coutume et la religion. Pour autant, la coutume dont il est question dans le présent rapport découle également de croyances et pratiques malgaches. Par ailleurs, il convient en dernier lieu de distinguer la coutume et le statut civil de droit local, au sens de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010. Là encore, d'intenses relations existent entre les deux, puisque le statut civil de droit local tient évidemment compte de la place de la coutume à Mayotte. Il ne s'agit cependant nullement d'une codification de la coutume, mais de l'application personnaliste d'un droit civil qui comporte des singularités, en particulier dans le domaine de l'état des personnes et du droit de la famille. Le statut civil de droit local constitue donc une sorte de droit spécial⁷⁰⁶ que le principe d'identité législative – au demeurant incomplet⁷⁰⁷ – tend à faire disparaître.

État de l'art. Le statut local de droit mahorais fait l'objet d'une littérature conséquente⁷⁰⁸, contrairement à la coutume qui demeure beaucoup moins étudiée. Il résulte de ce constat relatif aux sources documentaires, d'une part, ainsi que du principe d'identité législative, d'autre part, que se pose la question de la place traditionnelle de la coutume dans le domaine matrimonial à Mayotte, mais aussi, et surtout, celle de sa survie et de son maintien.

Importance du mariage pour l'étude de la coutume. Le mariage constitue un champ d'observation privilégié pour qui s'intéresse à la place de la coutume à Mayotte, car il permet parfaitement de cerner les conceptions sociales dominantes sans lesquelles la coutume ne pourrait pas surgir et qui peuvent être schématiquement résumées autour d'un triptyque qui combine tout d'abord, l'importance de l'honneur et le poids d'une conception holiste des rapports sociaux ; ensuite, la place centrale occupée par la *cadi* ; et, enfin, des difficultés liées à la détermination du champ exact de la norme de droit civil commun.

En ce qui concerne tout d'abord le rôle de l'honneur dans une société holiste, il est évident que cette considération morale s'avère absolument fondamentale. Sans cette prise en considération de l'honneur des familles, voire, plus largement, du village, il s'avère compliqué de saisir la

⁷⁰⁶ Sur cette idée, cf. par ex. C. Kuhn et Ch. Popineau, « Mayotte et la pratique notariale », JCP éd. N. 2019, n° 49, p. 21.

⁷⁰⁷ Cf. *infra* la question de l'application des articles 6-1 et 6-2 du Code civil à Mayotte.

⁷⁰⁸ Cf. not. et de manière non exhaustive : E. Ralsler, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Mél. F. Ringel*, Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2007 ; S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117 ; A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse Aix, 2016 ; L. Ahmed, *La construction d'un système juridique, la confrontation de la coutume et de la loi à Mayotte*, thèse Strasbourg, 2015.

place de la coutume en matière matrimoniale. Ce domaine s'impose comme étant particulièrement révélateur s'agissant d'étudier la coutume à Mayotte pour de nombreuses raisons. Dans le cadre d'une conception holiste des rapports sociaux, la question du mariage s'avère évidemment essentielle en marquant l'union, non seulement de deux personnes, mais, également de deux familles. Ainsi, de nombreuses coutumes demeurent et sont fort importantes, s'agissant des demandes en mariage où les pères des époux jouent un rôle essentiel⁷⁰⁹.

Ensuite, la matière matrimoniale constitua longtemps un domaine dans lequel l'intervention du *cadi* s'avérait la plus large, celui-ci intervenant non seulement pour célébrer le mariage, ce qui posait l'épineuse question de la transcription des actes de mariage cadiaux ; mais également comme conciliateur ou médiateur en cas de conflit entre les époux ; mais aussi comme investi d'une véritable fonction juridictionnelle. L'état des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités constituèrent en effet des domaines dans lesquels les lois du 11 juillet 2001 et 22 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer maintinrent une compétence juridictionnelle d'attribution aux cadis, avant que l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, dont il sera question à plusieurs reprises dans les présents développements, ne vienne mettre fin à cette singularité s'agissant de l'organisation juridictionnelle⁷¹⁰.

Enfin, le mariage se trouve au cœur du « statut personnel »⁷¹¹ qui constitua longtemps une catégorie juridique soumise, à Mayotte, à un double régime juridique possible, soit de droit local, soit de droit commun. Le droit commun demeure encore largement perçu au fil de divers entretiens comme le droit de l'« étranger », terme qui désigne souvent celui qui est extérieur au village. Le terme « étranger » demeure très lié à celui de *Sirhali*, qui signifie l'État, au sens large du terme. Pour autant, il serait assurément réducteur de cantonner cette conception à la seule question de la source de production de la norme, car la distinction entre l'ancrage villageois et territorial, essentiel dans la coutume mahoraise, et le droit commun étatique, repose de manière plus fondamentale sur une conception différente des rapports sociaux (primat du collectif / primat de l'individu) et sur une faveur pour une certaine manière de résoudre le conflit⁷¹², parce que l'objectif poursuivi demeure différent. La référence à « l'étranger » fut au demeurant longtemps le critère de résolution des conflits de lois internes à Mayotte, et qu'il convenait de déterminer si la personne était ou non de statut de droit local⁷¹³. Ainsi, relevaient du statut civil de droit commun les résidents de Mayotte non mahorais, les Mahorais non musulmans, ainsi que les Mahorais certes musulmans, mais qui avaient opté pour le statut civil de droit commun⁷¹⁴.

⁷⁰⁹ Cf. *infra*.

⁷¹⁰ A. Siri et G. Boudou, *V° Cadi*, in V. Egéa (dir.), *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, éd. LGDJ, à paraître en 2022 ; C. Bléry, Rép. Dalloz Procédure civile, *V° Juridictions civiles d'outre-mer*, spéc. n° 14 ; J.-B. Falduto, « La disparition du particularisme mahorais en matière juridictionnelle : la fin de la justice cadiale ? », *Procédures* 2010, alerte n° 35 ; J.-R. Binet, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », RIDC 2002.787 ; *adde.* E. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Mél. F. Ringel*, Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2007 ; spéc. p. 280 s.

⁷¹¹ Le statut personnel ne se réduit cependant nullement aux seules questions matrimoniales, mais englobe l'état et la capacité des personnes, le mariage et sa dissolution, les successions et les libéralités. Cf. par ex. C. Civ., art. 52-1, réd. L. n° 21 juillet 2003.

⁷¹² Cf. *supra* notre contribution relative aux autorités judiciaires.

⁷¹³ Sur cette question, cf. not. E. Ralser, « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Mél. F. Ringel*, Aix-en-Provence, éd. PUAM, 2007, *passim* et les exemples jurisprudentiels cités, en particulier Cass. Civ. 1^{re}, 5 avr. 2005, Bull. I, n° 170.

⁷¹⁴ Parfois cette option fut désignée comme option de juridiction, alors qu'il s'agissait bien d'une option législative, la compétence du *cadi* découlant de l'exercice de la première option.

Si l'option législative comportait un certain nombre de subtilités qui ne rendait pas aisée la détermination du champ d'application exact du droit commun et du droit local, l'identité législative n'a pas fait disparaître toutes les difficultés relatives à la précision du champ de la norme. Un véritable « angle mort » législatif concerne en effet l'application des articles 6-1 et 6-2 du Code civil à Mayotte.

Un « angle mort » législatif : l'application des articles 6-1 et 6-2 du Code civil à Mayotte.

Le principe d'identité législative trouve une expression technique aux articles 2491 et 2492 du Code civil. Ce dernier texte dispose que « *Le livre Ier est applicable à Mayotte sous réserve des dispositions ci-après* ». On en déduit donc qu'en droit positif, les conditions de formation du mariage, qui figurent bien au sein du Livre 1^{er} s'appliquent sans difficulté à Mayotte, en particulier en ce qui concerne le respect de l'âge nuptial⁷¹⁵, voire s'agissant de l'union entre personnes de même sexe. Sur ce dernier point cependant, le renvoi opéré par l'article 2491 du Code civil laisse perplexe, le texte précisant que « *Les articles Ier à 6 sont applicables à Mayotte* ». Autrement dit, est exclu du renvoi l'article 6-1 du Code civil, créé par la loi dite « mariage pour tous » n° 2017-404 du 17 mai 2013 disposant que « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus aux chapitres Ier à IV du titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe* ». Il en va au demeurant de même pour le tout nouvel article 6-2 du Code civil créé par la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 de bioéthique⁷¹⁶. Situés à la charnière entre la fin du Titre préliminaire du Code civil et le Livre 1^{er}, ces articles ont manifestement été oubliés à l'occasion des débats houleux de 2013, lors des discussions relatives au mariage pour tous, tout comme en 2020 et 2021 pour la loi bioéthique. Le constat est embarrassant, car, en concernant l'égalité entre les situations familiales, ces textes sont symboliquement importants. Ne pas les englober dans les renvois opérés par les articles 2491 et 2492 du Code civil, laisse l'amère impression qu'il serait possible de rétablir à Mayotte de nouvelles distinctions en matière d'état des personnes, en dépit du principe d'identité législative. Il semble pourtant, à en croire la presse généraliste⁷¹⁷ qu'au moins un mariage entre personnes de même sexe a pu être célébré sur le territoire mahorais, démontrant au passage que cet angle mort a rapidement été comblé par le travail des officiers de l'état civil⁷¹⁸.

Plan. C'est donc au regard du principe d'identité législative, même imparfaitement rédigé, qu'il convient, dans une perspective internormative, d'apprécier la place de la coutume tant dans l'accès au mariage (I) que dans les effets du mariage (II).

I. L'accès au mariage

L'accès au mariage constitue l'un des domaines dans lesquels l'internormativité s'avère la plus caractérisée et où la divergence entre la norme civile étatique, la norme religieuse et la norme

⁷¹⁵ Cf. *infra* pour l'hypothèse du mariage d'une mineure.

⁷¹⁶ L'article 6-2 du Code civil intéresse moins directement le mariage. Il dispose que « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre I^{er}. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ».

⁷¹⁷ Le mariage a été célébré à Mamoudzou le 28 mars 2015 ; https://lejournaldemayotte.yt/2014/02/15/gays-et-jeunes-maries/?doing_wp_cron=1636547814.1138880252838134765625 – Cette union a, toujours selon ce que révèle la presse locale, été très mal perçue aux Comores : <https://la1ere.francetvinfo.fr/reunion/premier-mariage-gay-entre-deux-mahorais-choque-aux-comores-245531.html>

⁷¹⁸ Le taux de mariage homosexuel s'élèverait, toujours selon la presse généraliste, à 0,58 % des mariages célébrés par les officiers de l'état civil à Mayotte : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/04/23/en-cinq-ans-40-000-couples-homosexuels-se-sont-maries_5289210_4355770.html

coutumière peut s'avérer la plus significative. On se penchera sur l'importance des normes coutumières (A.) avant de détailler les singularités de la célébration du mariage (B.).

A. L'importance des règles coutumières

Le caractère essentiel de la demande en mariage. La demande en mariage joue un rôle essentiel dans la coutume mahoraise. D'une part, c'est à cette occasion que sera négocié le *mahari*, c'est-à-dire le montant qui va être versé par le mari à l'épouse⁷¹⁹, au cours de la fête. D'autre part, parce que les familles des époux jouent un rôle essentiel dans le cadre de cette demande en mariage, exprimant une conception des rapports familiaux éminemment holiste, où la volonté de protéger l'honneur du groupe familial constitue la préoccupation la plus essentielle. Pour illustrer cette place du groupe familial et, en particulier, du père de famille, il suffit de se reporter à ces propos recueillis lors des entretiens auprès d'un officier de l'état civil⁷²⁰ :

« Si mon fils s'intéresse à une jeune fille, il ne peut pas inviter une jeune fille à prendre un café ou l'inviter au restaurant. Il doit d'abord m'en parler. Du moment que mon fils m'annonce qu'il va voir une jeune fille qui l'intéresse. Ma préoccupation est la suivante : mon fils a-t-il fait une bêtise ? Donc j'en parle à la maman, on fait venir tous les frères et sœurs. On prend contact et on se donne rendez-vous chez les parents de la jeune fille. Là-bas, on s'excuse d'abord, on remercie qu'il nous accepte chez eux, et de là on présente les doléances. On a vu une belle fleur. On a vu une nectarine dans votre cour et on veut savoir si cette belle fleur est réservée ou pas ? Sinon : on se la propose. Combien au niveau de la dot peut-on donner ? »

Mariage et cousinage. Il ressort de la littérature relative au mariage à Mayotte que dans la coutume, le mariage entre cousins est possible⁷²¹, ce que semblent confirmer certains entretiens.

Mariage d'une jeune fille enceinte. La place centrale, occupée par l'honneur dans la coutume mahoraise en général et dans les questions matrimoniales en particulier, revêt une intensité particulière s'agissant de l'hypothèse du mariage d'une jeune fille enceinte. La question de la virginité s'avère importante, la préservation des apparences et de l'honneur de la famille l'est également. Aussi convient-il de marier cette jeune fille « *au plus vite avec le responsable, qui doit payer rétroactivement son entretien pendant la grossesse et la prestation de mahari inhérente au mariage : c'est le « droit » (haki) de la femme* »⁷²². Une enquête menée sur les registres cadiaux de Sada durant les années 1980 semble démontrer un essor de problème de paiement rétroactif des frais d'entretien⁷²³. Marier sa fille mineure semble possible selon la norme religieuse, mais constitue évidemment un mariage forcé au regard du droit civil, notamment depuis la loi du 4 avril 2006. Un véritable impact de la norme coutumière et

⁷¹⁹ À la différence de la dot qui est quant à elle versée par le père de la mariée à sa fille. Sur la dot, cf. *infra*.

⁷²⁰ Il semble que la situation qui est ici décrite concerne surtout l'hypothèse dans laquelle le fils aurait déjà eu des relations sexuelles avec la future mariée, expliquant la nécessité pour son père de rapidement prendre attache avec la famille de la jeune fille. Sinon, à en croire la personne ici interrogée, plus de temps peut être pris.

⁷²¹ J.-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises. Les procédures infra-judiciaires de règlement des conflits », p. 8.

⁷²² S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*, spéc. p. 123 ; les auteurs ajoutent ensuite, pour distinguer, le *mahr* islamique et la dot, que « le *mahr* islamique, d'un montant symbolique, est versé par le mari à sa femme ». En effet, la dot est quant à elle versée au père de la femme. Ils poursuivent : « un *mahari* coutumier plus important, négocié lors de la demande en mariage, est versé au cours des fêtes ».

⁷²³ Enquête de S. Blanchy au bureau du *cadi* de Sada en 1987, cité par S. Blanchy elle-même et S. Moatty, *loc. cit.*, p. 125

religieuse apparaît ici dans l'activité juridictionnelle puisque certains magistrats indiquent décider de placer l'enfant mineur afin de lui éviter un mariage forcé. Les outils de protection de l'enfance offerts par les dispositions civiles organisant l'assistance éducative viennent donc garantir une liberté fondamentale⁷²⁴ – la liberté matrimoniale – significativement amenuisée par la mise en œuvre d'un autre système normatif (coutumier).

La polygamie. La polygamie est perçue comme engendrant des mariages peu stables et une paternité qualifiée de « foraine »⁷²⁵. Pour autant, la polygamie fut considérée comme un « pilier »⁷²⁶ du droit coutumier, aux côtés de la répudiation. Ainsi, dans le statut de droit local, la polygamie était permise⁷²⁷. C'est l'un des traits les plus caractéristiques de la coutume mahoraise.

B. Les singularités de la célébration du mariage

Importance symbolique de la cérémonie. En ce qui concerne la cérémonie de mariage en elle-même, ce que l'on nomme « le grand mariage »⁷²⁸ (*Manzaraka*) diffère des cérémonies hexagonales par la prégnance de l'honneur et le poids du groupe. Ne pas être en mesure d'inviter tout un village au grand mariage de l'un de ses enfants serait assurément perçu comme déshonorant⁷²⁹. Plus fondamentalement se pose la question de la place de la coutume dans l'accès au mariage ou, pour se cantonner à une terminologie strictement civiliste, des conditions de formation du mariage. Les spécialistes de droit international privé savent bien que la catégorie de rattachement « condition du mariage », elle-même divisée entre conditions de fond et de forme, constitue l'un des domaines dans lesquels le principe de permanence du statut personnel, voire la personnalisation des lois, demeure le plus prégnant s'agissant des conditions de fond.

1. Un formalisme coutumier : les rôles du *cadi*

Éviction progressive. Les rôles du *cadi* dans la formation du mariage ont évolué au fil des différentes réformes, jusqu'à son éviction en raison du principe d'identité législative.

Traditionnellement, le mariage était célébré par le *cadi*, en présence de deux témoins⁷³⁰, entre le mari et non pas l'épouse elle-même, mais avec son *wali*, c'est-à-dire son tuteur matrimonial, pour une somme donnée (dot)⁷³¹. La femme donne souvent son consentement oral depuis la pièce voisine⁷³². Le mariage cadial devait ensuite être enregistré dans les quinze jours par l'officier d'état civil du domicile⁷³³. Il est alors fréquent de voir mentionnés des mariages cadiaux sur des actes de l'état civil. Les actes de mariage comportent alors la mention « *mariage*

⁷²⁴ La liberté matrimoniale, telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à savoir la liberté de se marier ou de ne pas se marier, de choisir son conjoint, ainsi que la liberté de divorcer.

⁷²⁵ J.-F. Hory, *loc. cit.*

⁷²⁶ Cf. Ralser, *loc. cit.*, spéc. p. 271.

⁷²⁷ Mme Ralser, *loc. cit.*, p. 271 note que les dispositions de l'art. 433-20 du Code pénal concernant le délit de bigamie n'étaient alors applicables qu'aux personnes ayant le statut civil de droit commun, selon l'ancien article 725-5 du Code pénal. Ce dernier texte a été abrogé par l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010.

⁷²⁸ Qui tendrait à se développer vraisemblablement sous une influence comorienne importante.

⁷²⁹ Cf. *supra*.

⁷³⁰ Cf. sur les modalités de célébration du mariage : S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117, spéc. p. 124.

⁷³¹ Sur la dot, cf. *infra*.

⁷³² Selon MM. Blanchy et Moatty, *loc. cit.*, p. 124.

⁷³³ E. Ralser, *loc. cit.*, spéc. p. 271.

célébré selon les coutumes musulmanes devant le cadi »⁷³⁴. Par la suite, avec l'ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte, l'officier de l'état civil de la commune de résidence de l'un des deux époux devait assister à la célébration cadiale du mariage et dresser l'acte de mariage. Autrement dit, cette réforme permettait de supprimer l'étape de la transcription de l'acte sur les registres d'état civil de l'officier de l'état civil.

La loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration a mis fin à la nécessaire présence du *cadi* en mairie pour la célébration du mariage⁷³⁵. Puis, l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010⁷³⁶ consacre les incidences de l'identité législative⁷³⁷, impliquant dans le domaine de la célébration du mariage, la primauté de la seule union célébrée en mairie devant l'officier de l'état civil, conformément aux dispositions du Code civil. Sur cette question strictement juridique, l'état de l'art est dense et la documentation importante⁷³⁸.

Pratique coutumière actuelle. Au fil des différents entretiens menés dans le cadre de la présente recherche, il apparaît que tout le monde ne se marie pas en mairie, loin s'en faut, marquant ainsi une survivance importante de la coutume. Il semble que la plupart des cadis se sont vu attribuer le rôle ou, du moins, conçoivent leur intervention, comme visant à conseiller et inciter les futurs époux à se tourner vers le droit commun. Certains candidats au mariage ne le font cependant pas et ils seraient même, à en croire certains entretiens, majoritaires.

En effet, le mariage à la mairie semble faire l'objet d'une représentation qui l'érige en phénomène de mode, voire comme un événement luxueux, qui serait réservé de fait à des personnes qui « ont les moyens » ou bien de Mahorais ayant vécu à La Réunion. La remarque est intéressante, car elle rejoint en partie les conclusions d'études sociologiques récentes⁷³⁹ qui démontrent à la fois l'essor de phénomènes de mode, largement guidés par l'essor de nouveaux marchés, s'agissant par exemple des enterrements de vie de jeunes filles et de garçons, dans l'Hexagone, mais aussi de la reproduction d'inégalités de genre lors des préparatifs du mariage. À en croire ces réflexions apparues lors d'entretiens, la dichotomie juridique entre le mariage de droit commun et le mariage de droit local reflèterait donc aussi une distinction de classe au sens bourdieusien du terme. La prise en compte de ce que l'on pourrait nommer le « capital social », afin de rester dans la même perspective sociologique, n'est au demeurant pas absente en matière coutumière. Selon Jean-François Hory en effet, pour le mariage d'un noble, plusieurs pèlerinages seront faits.

⁷³⁴ Comp. les registres de l'état civil dressés à l'époque de l'Algérie française.

⁷³⁵ Sur la connaissance par les magistrats en poste à Mayotte à l'époque de ce texte estival et sur sa réception par la population, cf. S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, p. 117, spéc. p. 128 ; pour les thèses : A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse Aix, 2016 ; L. Ahmed, *La construction d'un système juridique, la confrontation de la coutume et de la loi à Mayotte*, thèse Strasbourg, 2015.

⁷³⁶ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

⁷³⁷ Sur l'identité législative, le Conseil d'État a pu juger que : « Considérant que le département de Mayotte relève, depuis le 31 mars 2011, en application de l'article L.O. 3511-1 du code général des collectivités territoriales, du régime de l'identité législative prévu à l'article 73 de la Constitution ; que l'instauration d'un tel régime n'a pas pour effet de rendre applicable au département de Mayotte l'ensemble du droit applicable en métropole en lieu et place de la législation spéciale en vigueur dans cette collectivité, mais permet l'applicabilité de plein droit, au département de Mayotte, des lois et règlements édictés à compter de cette date, sous réserve des adaptations éventuelles tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de cette collectivité », CE 7^e et 2^e sous-sect., 13 juin 2012, n° 35366

⁷³⁸ Cf. de manière non exhaustive : S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*

⁷³⁹ F. Maillolchon, *La passion du mariage*, éd. PUF, 2016.

Dans une perspective voisine et plus facilement évaluable, il semble d'ailleurs que le droit commun souffre d'une autre limite provenant du coût de l'acte notarié qui, selon ce que rapportent certaines personnes interrogées, serait prohibitif pour nombre de Mahorais ou, à tout le moins, fortement dissuasif.

Sur la chronologie entre célébration civile et religieuse. Aux raisons qui viennent d'être évoquées, d'ordre sociologique et économique, il convient d'en ajouter une dernière – sans doute la plus importante et qui illustre la survivance de la coutume en ces domaines – qui concerne les incidences de l'ordre chronologique posé par le Code civil entre mariage civil et religieux. Ainsi, selon deux auteurs :

« Aujourd'hui à Mayotte, le mariage à la mairie, formalité administrative, prend place après le mafungidzo islamique (nikâh). En cas de Grand mariage (arusi), il donne lieu à une fête de plus. Un mariage à la mairie avant le nikâh ne permet pas aux époux de se rejoindre, ce serait de la fornication (zina) selon le droit musulman et la morale. Les cadis craignent que les jeunes ne se contentent de cet acte, légal aux yeux des wazungu (Blancs). À l'inverse, on voit les familles célébrer par prudence le mafungidzo des jeunes qui partent ensemble hors de l'île, ce qui peut permet de cohabiter avant les fêtes du mariage. »⁷⁴⁰

S'agissant du *mafungidzo* qui concerne les jeunes qui partent ensemble hors de l'île, il convient de rappeler que le mariage par procuration est parfaitement possible dans la coutume mahoraise⁷⁴¹, et qu'il constitue même la règle pour la jeune femme. Partant, la présence physique du mari n'est pas requise. Quant à celle de la femme, c'est son *wali* qui la représente devant le *cadi*⁷⁴².

Paiement d'une dot. Il apparaît que la dot se règle désormais avec moins de zébus, mais qu'elle s'acquitte plutôt en argent. En cas de divorce, la dot devra être remboursée.

2. Conséquences des statuts successifs

En raison des différentes réformes qui se sont succédé de 1964 à 2010, et du maintien de l'état des personnes au cœur du statut personnel local mahorais, la formation du mariage a longtemps été soumise à un double système, de droit local et de droit commun. Ce dernier concernait l'application du Code civil et la célébration de l'union par l'officier de l'état civil, selon des modalités que l'on qualifiera, par commodité, d'« ordinaires et hexagonales ». La coexistence de ce double système est connue et a déjà donné lieu à une littérature abondante⁷⁴³. La mise en place, les conséquences et les perceptions de ce double système demeuraient en revanche plus obscures jusqu'à présent. Il ressort des entretiens⁷⁴⁴ que l'existence de ce double système, de droit local et de droit commun, est connue des cadis bien évidemment, mais semble-t-il également des Mahorais. La maîtrise des subtilités du système s'avère en revanche loin d'être acquise, car le mariage de droit commun était tout simplement perçu comme étant « le mariage des étrangers ». L'emploi du terme « étranger » revêt une signification particulière à Mayotte où il ne désigne pas, lorsqu'il est question de coutume et de mariage à tout le moins, celui qui

⁷⁴⁰ S. Blanchy et Y. Moatty, *op. cit.*, p. 133 et 134.

⁷⁴¹ Cf. *supra*.

⁷⁴² Cf. *supra* sur ce point.

⁷⁴³ Cf. *supra*.

⁷⁴⁴ Cf. entretien avec B. Baroukh que l'infraction de non-célébration par un officier du culte avant le mariage civil n'est pas appliquée en matière pénale.

n'a pas la nationalité française, mais signifie plutôt celui qui n'appartient pas au groupe, à la communauté villageoise ou familiale. La notion d'étranger s'avère essentielle dans une conception holiste des rapports sociaux. De manière générale, le terme « étranger », qui ressurgit fréquemment au fil des entretiens, va désigner celui qui est extérieur par rapport au village. C'est une notion qui s'avère importante pour la mise en œuvre de la coutume. Il s'agira par exemple de respecter scrupuleusement, pour un mariage entre étrangers (entendus comme de villages différents) l'étape de présentation à la belle-famille⁷⁴⁵. Autrement dit, même en réservant techniquement une option aux personnes relevant du statut personnel de droit local, leur permettant d'opter pour le droit commun, il y avait peu de chance pour que cette forme d'union selon le Code civil devant le seul officier de l'état civil rencontrât un franc succès. Si la question ne se pose plus dans les mêmes termes désormais, en raison du principe d'identité législative, les conséquences de la dualité de régime se font encore sentir, le mariage tel qu'organisé par le Code civil, ayant été non seulement perçu dans les représentations collectives, comme celui des étrangers, donc comme se détachant d'une conception holiste des rapports sociaux. À ce constat s'ajoutent les erreurs et confusions nombreuses qui furent faites.

La complexité de ce système dual a engendré de nombreuses erreurs, que la CREC⁷⁴⁶ aurait en principe dû résoudre⁷⁴⁷. Dans cette perspective, un problème singulier concerne les mariages célébrés en la forme coutumière, alors qu'ils ne devaient plus l'être, en raison de ce que l'on pourrait nommer l'avènement du droit civil⁷⁴⁸. Une autre problématique concernait par exemple le mariage de deux étrangers qui, en principe, relevaient du droit commun et non du droit coutumier, contrairement à ce qui fut célébré, selon ce que révèlent plusieurs entretiens.

Au-delà de cette question de l'accès au mariage, il convient de déterminer les effets coutumiers du mariage.

II. Les effets coutumiers du mariage

Pluralisme. Les effets du mariage demeurent évidemment dépendants du système normatif de référence. En droit civil, aucune différence avec les droits et obligations entre époux que l'on retrouve dans l'Hexagone n'existe, en raison du principe d'identité législative. Tout l'intérêt consiste donc à se tourner précisément vers cet autre ordre normatif que constitue la coutume. Une inégalité évidente entre les époux apparaît alors, au travers des deux obligations coutumières découlant du mariage :

- d'une part : héberger l'époux (obligation de la femme) et lui obéir.
- d'autre part : entretenir sa famille (obligation de l'homme).

Héberger l'époux : un effet du mariage encore important. L'épouse est propriétaire des biens et, en particulier, du bien immobilier que l'on qualifiera, par facilité de langage davantage que par référence à la notion juridique, de logement de la famille. Ce système, nommé « résidence familiale matrilocale » s'observe dans les quatre îles de l'archipel des Comores et constituerait même la principale règle coutumière⁷⁴⁹. Le mariage est entièrement conçu et tourné vers cette entrée du mari dans la maison de son épouse⁷⁵⁰. C'est la raison pour laquelle

⁷⁴⁵ Sur lesquelles, cf. *supra*.

⁷⁴⁶ Commission de révision de l'état civil.

⁷⁴⁷ Cf. *supra* la contribution sur l'état civil de Ch. Bidaud et A. Camuzat, dans ce rapport.

⁷⁴⁸ Cf. rôle de la mairie de Dzaoudzi.

⁷⁴⁹ Selon S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*, spéc. p. 123.

⁷⁵⁰ *Ibidem*.

l'épouse, à son mariage, reçoit une maison de sa famille, dont la construction a commencé à sa naissance⁷⁵¹. Selon ce qu'indiquent plusieurs entretiens, cette obligation conjugale, évidemment très dépendante du régime foncier et de la propriété des biens immobiliers⁷⁵², demeure essentielle à Mayotte. Dans le cas où un époux polygame (soit une situation juridique conforme à l'ancien statut personnel de droit local ; soit une union polygame strictement coutumière plus récente), le mari se déplace donc entre les différentes résidentes de ses épouses. Là, figure l'une des survivances de la coutume à Mayotte, l'épouse propriétaire du bien immobilier affecté au logement de la famille disposant du pouvoir de mettre son époux dehors. La norme coutumière repose donc ici sur une inégalité entre les époux, exactement inverse à celle qui existait au sein du Code civil jusqu'aux réformes faites sous l'égide du Doyen Carbonnier.

Obéir au mari. Dans la conception coutumière, l'épouse doit non seulement héberger le mari, mais elle est aussi tenue de lui obéir.

Entretenir son ménage. L'époux hébergé chez son épouse doit quant à lui assumer, dans une sorte de contrepartie qui ne va pas sans rappeler l'idée maussienne d'un contredon, l'entretien du ménage. Aussi incombe-t-il à l'homme marié de permettre, par la perception des revenus de son activité (industrie personnelle agricole, voire emploi salarié) cet entretien. Assurer la subsistance constitue donc un devoir du mariage singulièrement masculin, qui se rapproche en quelque sorte d'un devoir de secours. L'époux, qui n'est pas en mesure d'assurer de la sorte la subsistance de sa famille et l'entretien du ménage, se trouve assurément dans une situation honteuse, socialement et symboliquement dégradante. Son honneur, et par extension celui de sa famille se trouve alors bafoué et c'est l'une des raisons pour lesquelles l'époux peut être mis « à la porte » du logement familial, ce qui serait particulièrement humiliant.

Sanction des règles coutumières : importance du collectif et de l'honneur. Le défaut d'obéissance à l'occasion d'un mariage constitue un comportement particulièrement grave, car il porte atteinte non seulement à une conception collective et holiste des rapports sociaux (en l'occurrence familiaux) et au poids de l'honneur, qui sont portés à leur paroxysme à l'occasion d'un mariage, qui peut engendrer une sanction particulièrement infamante, à savoir le retrait de la bénédiction donnée par le titulaire de l'autorité (le père en l'occurrence)⁷⁵³. C'est la raison pour laquelle, ce fameux défaut d'obéissance à l'occasion d'un mariage pourra être sanctionné par une danse humiliante⁷⁵⁴, dans le but d'obtenir le pardon. Se retrouve ici encore l'une de ces sanctions coutumières, nombreuses à Mayotte, qui vise à préserver les apparences, à rétablir l'ordre rompu, en l'occurrence de la manière la plus grave qu'il soit, puisque l'autorité du chef de la famille se trouve rompue. Il convient dès lors d'obtenir un pardon (*radhi*) qui rétablira l'ordre préexistant. Il n'est point besoin d'insister pour souligner qu'une nouvelle fois la conception holiste l'emporte.

Régime des biens. Si l'on excepte la question du logement de la famille qui, comme cela a déjà été indiqué, se trouve soumise au principe d'une résidence familiale matrilocale⁷⁵⁵ ; le régime des biens des époux demeure simple dans la coutume mahoraise. Chacun des époux conserve

⁷⁵¹ *Ibidem*.

⁷⁵² Ce qui constitue un autre enjeu absolument essentiel à Mayotte, cf. *infra* les trois contributions relatives à cette question de P. Puig, A. Hochet, B. Monteil et S. de Bretagne, dans ce rapport.

⁷⁵³ Cf. *supra* au sujet du rôle du père, des présentations et des demandes en mariage.

⁷⁵⁴ J.-F. Hory, *loc. cit.*, p. 12.

⁷⁵⁵ Cf. *supra*.

en effet la propriété exclusive de ses biens. À défaut de pouvoir prouver une telle propriété exclusive, les biens tombent en indivision.

§ 2 – La pratique du divorce à Mayotte : entre essor du droit commun et survivance du statut civil de droit local

Près de 10 ans après la départementalisation, l'idée de coexistence d'une dualité de droits applicables sur le territoire mahorais semble réduite à peau de chagrin. Est en cause la succession de modifications ayant affecté le statut civil de droit local (anciennement « statut personnel ») et ayant contribué à le vider progressivement de son contenu, ainsi que l'expression d'une volonté générale d'appréhender définitivement cette « marche vers le droit commun »⁷⁵⁶. En atteste l'évolution de l'état civil ainsi que des régimes matrimoniaux, domaines originellement soumis au statut personnel : le droit commun est à présent applicable aux unions entre personnes de statut civil de droit local et, plus encore, il vient régir, depuis l'ordonnance n°2010-590 du 3 juin 2010⁷⁵⁷, les questions liées aux conditions de dissolution du mariage, et ce de manière exclusive. De l'autre côté, une loi de 2003 a abouti à la prohibition de la polygamie, de la répudiation, ainsi que la suppression de l'instance cadiale.⁷⁵⁸

Ainsi guidée par une volonté d'alignement des règles d'origine coutumière sur les principes fondamentaux de la République française, l'évolution du droit applicable à Mayotte a pourtant été perçue comme une atteinte à l'identité culturelle. Pour cause, la nouvelle compétence du juge de droit commun pour prononcer les divorces suppose l'intégration par la société mahoraise de procédures jusqu'alors inconnues de cette terre imprégnée de droit religieux et de traditions. Procédures coûteuses et parfois complexes, elles bouleversent leurs habitudes et réfrènent souvent la sollicitation du juge au profit de solutions plus traditionnelles. Ces immixtions du droit commun au détriment des pratiques coutumières traduisent ainsi un effacement progressif du droit local dans la procédure de divorce à Mayotte. Pourtant, l'attachement au droit coutumier demeure et, couplée à la difficile appréhension des règles et procédures de droit civil français, celui-ci contribue à la survie, du moins temporaire, du droit local dans l'application du divorce à Mayotte.

I. L'effacement du droit local dans la procédure de divorce à Mayotte

Le son de cloche retentissait tel un présage déjà 10 ans auparavant : « [...] l'avenir du statut civil de droit local est incertain... »⁷⁵⁹. L'affirmation est plus que vraie aujourd'hui, ses spécificités disparaissant peu à peu du paysage juridique mahorais. Le cadi étant autrefois habilité à prononcer le divorce de couples mariés sous le statut de droit local, c'est vers le juge de droit commun que, depuis l'ordonnance de 2010, doivent se tourner les époux désirant dissoudre leur union. De plus, toutes les autres formes de dissolution ne relevant pas des régimes applicables en droit civil français, notamment les répudiations unilatérales, ont vu leur

⁷⁵⁶ O. Gohin, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *Revue Juridique de l'océan Indien*, 2009, p. 5.

⁷⁵⁷ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, *JO* n°0127 du 4 juin 2010.

⁷⁵⁸ Loi de programme n° 2003-660 du 21 juillet 2003 pour l'outre-mer.

⁷⁵⁹ J-B. Seube, « Avenir du statut civil de droit local à Mayotte », *Familles, Liber amicorum Françoise Ringel*, PUAM, 2007, p. 293-304.

prohibition confirmée, confortant un véritable essoufflement du droit local applicable à Mayotte.

A. Un monopole du droit commun sur le prononcé du divorce

L'entreprise de modernisation du statut de droit local⁷⁶⁰, notamment au regard de la formation et de la dissolution du mariage, a trouvé ses premiers échos au travers d'une ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil. Son article 26 introduit ainsi une première modification en faisant intervenir un officier d'état civil de la commune de résidence de l'un des futurs époux. L'on ne pouvait cependant encore admettre de véritable remise en cause du statut de droit local, ce dernier restant applicable à l'union dans le cas où les conjoints relèveraient tous deux du statut personnel⁷⁶¹. Un cap a été cependant franchi avec l'octroi au juge de la compétence exclusive pour dissoudre le mariage en application des règles de droit commun, n'offrant d'autre choix aux époux mariés civilement que de faire prononcer leur divorce devant le juge.

1. L'application des règles de droit commun aux conditions du divorce

C'est l'annulation de la délibération de 1964 par l'ordonnance du 3 juin 2010⁷⁶², et *a fortiori* de sa définition du droit local, qui signa la fin d'une réglementation spécifique aux Mahorais de statut personnel. Notamment, l'ordonnance prévoit dans son article 11, que « Les dispositions du titre VI du livre Ier du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local à l'exception de l'article 256, de la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286 ».

Cette disposition supprimant entre autres la justice cadiale entend par conséquent parvenir à une conformité du droit local avec les conventions internationales liant la France. En effet, l'extension des dispositions du Code civil en matière de divorce ayant déjà été opérée par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, modifiée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, ces dispositions, codifiées à l'article 2496 du Code civil, n'étaient toutefois applicables qu'aux personnes ayant atteint l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005. Depuis 2010, concrètement, la dissolution du mariage ne peut désormais résulter que du décès ou du divorce pour lequel les dispositions du Code civil sont applicables, tandis que le cadi ne pourra désormais plus légalement prononcer le divorce. Les époux se référeront dès lors aux cas de divorce énumérés aux articles 229 à 247-2 du Code civil à savoir : le divorce par consentement mutuel, le divorce accepté, le divorce pour altération définitive du lien conjugal, et le divorce pour faute. Les articles 247 et suivants abordent également les cas de modification du fondement du divorce, tandis que les articles 296 et suivants du Code civil offrent la possibilité de faire une demande de séparation de corps qui, contrairement au divorce, permet aux époux de rester mariés tout en les autorisant à ne plus vivre ensemble.

⁷⁶⁰ Lors des débats parlementaires, un article 52 bis a été inséré dans le projet de loi relatif à Mayotte afin d'instituer un groupe de réflexion sur la modernisation du statut civil de droit local. V. Rapport n° 361 (2000-2001) de M. José Balareello, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 juin 2001.

⁷⁶¹ C. Kuhn, « Statut personnel et union de droit local à Mayotte. Quelle visibilité pour le droit local ? », *Carnets de Recherches de l'océan Indien*, université de La Réunion, 2020, *Mayotte : entre contraintes et défis, à l'heure du bilan*, p. 121.

⁷⁶² Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane.

Une difficulté peut toutefois provenir de ce que certaines situations, licites à l'époque où elles avaient été créées, continuent à avoir des conséquences après leur prohibition définitive par la loi française, se heurtant ainsi à l'application des règles et prérogatives du droit commun. Ce fut le cas par exemple d'une épouse qui demandait le divorce pour faute pour infidélité, son mari projetant de se marier avec une seconde femme. Or l'avocat avait fait valoir qu'aux dates concernées (le mariage ayant été conclu avant 1994), la polygamie n'était pas interdite aux personnes qui étaient déjà majeures à l'entrée en vigueur, en 2005, de la loi de 2003 supprimant partiellement la polygamie à Mayotte. Dans une autre affaire, il avait dû rejeter la demande de divorce pour faute en faveur d'un autre motif de divorce, en déclarant que la relation « extraconjugale » entretenue par le mari provenait d'une « coutume locale », une tradition, ce qui empêchait de retenir le fondement de la faute⁷⁶³. Ainsi l'applicabilité du droit commun, pour peu qu'elle ait été intégrée par la population mahoraise, n'est pas sans connaître certaines perturbations du fait que certaines situations antérieures continuent à avoir des effets après 2010.

Les réserves émises par l'article 11 de l'ordonnance au sujet des articles 256, 285-1 et 286 du Code civil épargnent quant à elles les couples mahorais de droit local des mesures provisoires relatives aux enfants, de celles touchant à la demande de bail du logement appartenant en propre à l'un des époux et servant de résidence habituelle à un ou plusieurs enfants communs et, plus généralement, celles fixant les conséquences du divorce pour les enfants.⁷⁶⁴ En effet, si les articles 371 et suivants du Code civil, et le principe d'autorité parentale conjointe qu'ils défendent, sont applicables aux enfants soumis au droit commun, il n'en va pas de même pour les enfants de droit local⁷⁶⁵. Ainsi, en cas de divorce ou de séparation, la résidence de l'enfant est systématiquement confiée à la mère⁷⁶⁶.

2. La compétence exclusive du juge pour prononcer les divorces

L'ordonnance de 2010, au-delà de réserver au seul droit commun le bénéfice de régler les questions de dissolution du divorce, aboutit à ce que les couples n'aient d'autre choix que de s'en remettre au juge pour faire valablement prononcer leur divorce. Ainsi et conformément au Pacte pour la départementalisation⁷⁶⁷, l'ordonnance prévoit que désormais le tribunal de première instance de Mayotte connaîtra de toutes les affaires relatives à l'application du statut civil de droit local et pourra, à la demande des parties, appliquer le droit civil commun. Ceci mit fin à la pratique antérieure selon laquelle les mariages célébrés selon la coutume pouvaient donner lieu à un « divorce », soit devant le cadî, ou soit devant le juge. Si le droit local pouvait par conséquent s'appliquer au divorce, tant dans un cas comme dans l'autre⁷⁶⁸ (notamment si

⁷⁶³ Entretien du 8 avril 2019 avec Maître Ahmed Idriss, avocat.

⁷⁶⁴ L'article 257 du Code civil ayant, lui, été abrogé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

⁷⁶⁵ É. Cadou, « Le statut de l'enfant dans l'Océan Indien : l'enfant mahorais », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57 n° 2, 2005. p. 334.

⁷⁶⁶ Il apparaît que l'autorité parentale est consacrée dans les faits même en l'absence de principe issu droit local. Elle est attribuée au père durant la vie familiale, et peut se voir confiée à l'un des oncles, grands-pères ou grands oncles de l'enfant, ou toute autre figure masculine du village en cas de séparation ou divorce, V. É. Cadou, *op.cit.*, p. 334.

⁷⁶⁷ Le pacte pour la départementalisation de Mayotte a été proposé par le Gouvernement le 8 janvier 2009 et devait servir de « feuille de route » pour la conduite du processus de création du Département de Mayotte.

⁷⁶⁸ Bien que cette possibilité ait parfois été perçue comme une option de lois, le juge saisi d'une procédure de divorce concernant un couple de statut de droit local devait, en principe, faire application du droit local.

les époux relevaient du statut de droit local), la solution retenue à partir de 2011⁷⁶⁹ fait du juge de droit commun la seule instance saisissable.

Par conséquent les couples mariés selon le droit civil n'ont d'autre choix que de voir leur divorce prononcé par le juge. De plus, bien que les unions civiles à Mayotte puissent encore être soumises au droit local selon la volonté des époux et dépendant de leurs statuts⁷⁷⁰, ces derniers seront soumis indifféremment à la procédure de divorce devant le juge. Mais plus significativement encore, les couples mariés selon la coutume avant la date d'effectivité de l'ordonnance de 2011, pour ainsi dire lorsque cette possibilité était encore admise, ne pourront également plus solliciter le *cadi*, ils se verront réserver le même sort que les couples mariés civilement et devront indéniablement se tourner vers le juge de droit commun. Or encore faudrait-il qu'en pratique ces couples mariés selon la coutume se dirigent, après 2011, effectivement vers le divorce de droit commun. Le faible taux de divorces enregistrés à Mayotte après la départementalisation laisse à penser que ces derniers, désireux de dissoudre leur union, ne sollicitent pas spontanément le juge⁷⁷¹, et continuent au contraire de se rendre chez le *cadi*⁷⁷².

Ainsi, le statut personnel des époux n'est certes pas remis en cause par l'article 11 issu de l'ordonnance de 2010, et celui-ci conditionne *a priori* la nature du droit applicable à la situation juridique. Or, en matière de divorce, le monopole du droit commun découlant de l'ordonnance entraîne l'application exclusive et indifférenciée des dispositions régissant le prononcé du divorce aux couples mahorais, qui ne pourront plus se rendre chez le *cadi* pour divorcer valablement. Cette extension du droit commun, bien qu'ayant été envisagée comme une avancée légitime et nécessaire à l'harmonisation du droit applicable à Mayotte aux valeurs républicaines, traduit un essoufflement toujours plus prononcé du droit local.

B. Un essoufflement du droit local dans la pratique du divorce

Si le droit local ne trouve pas de définition exhaustivement retranscrite, la délibération de 1964 permet toutefois de délimiter l'activité *cadi*ale anciennement caractérisée. Cette dernière comprenait, selon son article 9, les « affaires relatives au statut personnel (état civil, mariage, dons nuptiaux, garde d'enfant, entretien, filiation, répudiation, rachat *khôl*⁷⁷³ et autres séparations entre époux, etc.) »⁷⁷⁴, mais recouvrait également d'autres fonctions en matière de succession et de donation⁷⁷⁵. Le *cadi* occupait ainsi tant le rôle d'officier d'état civil que de notaire et de tuteur légal. Ces fonctions furent abolies par l'ordonnance de juin 2010 et par la loi la ratifiant en décembre 2010⁷⁷⁶, confirmant la suppression de la répudiation unilatérale,

⁷⁶⁹ Date d'effectivité de l'ordonnance de 2010.

⁷⁷⁰ Cette possibilité est offerte aux couples dont les membres sont eux-mêmes soumis au statut personnel. En application de l'article 75 de la Constitution, pour relever du statut civil de droit local applicable à Mayotte, il faut : être Mahorais, de confession musulmane, de nationalité française, et ne pas avoir renoncé à son statut particulier.

⁷⁷¹ En 2014, le taux de divorce à Mayotte avait été évalué à 0,60%. Source : www.atlasocio.com : URL : <https://atlasocio.com/classements/societe/divorce/classement-etats-par-taux-de-divorce-afrique.php>

⁷⁷² Cf. *infra*.

⁷⁷³ Forme de répudiation à l'initiative de la femme.

⁷⁷⁴ S. Blanchy, et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012, n° 1, p. 121.

⁷⁷⁵ Cela incluait notamment les testaments *waqf* de droit islamique (donation pieuse rendant les biens inaliénables) et la coutume du *magnahoulé*, mode de transmission en ligne matrilineaire.

⁷⁷⁶ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte, *JO* n° 0284 du 8 décembre 2010.

mais également de la polygamie, prohibitions déjà expressément prévues par la loi de programmation de l'outre-mer de 2003⁷⁷⁷.

1. La suppression de la répudiation et de l'instance cadiale

Les présentes modifications, occultant indéniablement des spécificités inhérentes du droit local, avaient cependant le mérite de tendre à une conciliation de ce statut civil de droit local avec les principes républicains. Par ailleurs, ces pratiques coutumières faisaient l'objet d'une remise en cause par la société mahoraise elle-même, illustrant pour beaucoup une volonté affirmée d'adhérer aux valeurs républicaines, ainsi qu'un fort attachement de Mayotte à la France⁷⁷⁸. Du côté de l'État français, l'ambition était de gommer les aspects du statut personnel défavorables aux droits des femmes et de la famille, notamment la pratique de la polygamie, les mariages précoces, l'inégalité devant l'héritage, et la répudiation. Le *cadi*, quant à lui, est définitivement destitué de ses pouvoirs juridictionnels et notariaux, ses activités ayant été jugées comme étant « sources d'atteintes aux principes constitutionnels d'égalité et de laïcité, facteurs de complexité et d'insécurité juridique », et donc incompatibles avec une entreprise de départementalisation⁷⁷⁹.

Les droits et garanties offerts à la femme divorcée en France hexagonale ont ainsi favorisé l'accueil du divorce de droit commun à Mayotte, les femmes mahoraises étant régulièrement confrontées aux difficultés liées à l'abandon du mari et du père après la séparation. Seront désormais prises en compte les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, au droit de garde et de visite de l'enfant⁷⁸⁰, et les ex-épouses peuvent désormais demander le versement d'une pension alimentaire lors de la séparation. Dorénavant les femmes mahoraises auront d'autant plus tendance à se tourner vers le juge et le notaire, tant durant le mariage, afin de sécuriser leur patrimoine, que durant la procédure de divorce, afin de faire valoir leurs droits. C'est donc accéder à une véritable égalité institutionnelle et juridique, les Mahorais de statut personnel ayant accès aux mêmes droits et garanties, ainsi qu'aux mêmes juridictions que les Français de l'hexagone, et étant soumis aux mêmes procédures⁷⁸¹.

2. L'invisibilité du droit local dans les conséquences du divorce à Mayotte

Malgré la compétence clairement exprimée des règles de droit commun s'agissant des conditions de dissolution des mariages de droit local et de droit commun, la loi est quant à elle plus silencieuse s'agissant des effets personnels du mariage et des effets patrimoniaux. Or comment, dès lors, soulever un divorce pour faute du fait d'une relation adultère de l'un des époux ou résultant de l'abandon de domicile de ce dernier, comportement contrevenant aux obligations du mariage issues des articles 212 et 215 alinéa 1^{er} du Code civil, si cela n'est pas

⁷⁷⁷ L'article 52-3 de la loi n°2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte déclare que pour les personnes accédant, à compter du 1^{er} janvier 2005, à l'âge requis pour se marier, le mariage ne pourra être dissous que par le divorce ou par la séparation judiciairement prononcée.

⁷⁷⁸ B. Collignon, Mayotte, « Les oubliés de la République », *Rapport au CSFP, ministère de l'Intérieur*, 2014, p. 2, cité dans M. Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions* n°6, 2018, [en ligne], consulté le 13 juillet 2022 : URL : <http://journals.openedition.org/rdr/329>.

⁷⁷⁹ « Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités », Rapport d'information n° 115 (2008-2009) de M. Jean-Jacques Hyst, Mme Michèle André, MM. Christian Cointat et Yves Détraigne, fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 novembre 2008.

⁷⁸⁰ Ce qui suppose ici une renonciation ponctuelle au statut de droit local (ou option de lois), pour soumettre ces questions au droit commun.

⁷⁸¹ Z. Nourdine-Abdallah, « Le contentieux familial à Mayotte et la disparition de la juridiction des *Cadis* », in J. Dupont-Lassalle, F. Hermet et E. Ralser (dir.), *La Départementalisation de Mayotte, Un premier bilan juridique et économique*, L'Harmattan, p. 41.

expressément prévu par la loi, ni celle réformant les règles relatives à la formation du mariage, ni celle étendant les règles du divorce en droit local ? Tant d'interrogations qui révèlent là encore une imperfection de la loi régissant les effets du divorce applicables à Mayotte⁷⁸².

Il est cependant communément admis que le couple mahorais a la possibilité de faire application du droit local sur la question des effets patrimoniaux du divorce. Pour rappel, le droit commun, au contraire du droit local, applique les règles de la communauté légale en l'absence de manifestation de volonté des époux. Ainsi, le divorce d'un couple de droit local entraînera une liquidation organisée selon le principe de l'autonomie patrimoniale, tandis que dans le cas d'une dissolution d'une union de droit commun, soumise par défaut à la communauté légale, chaque conjoint récupèrera la moitié de tous les biens communs, et ce, quelle que soit sa participation.

Mais encore faut-il que les membres du couple mahorais aient conscience, tant de l'applicabilité du droit local à leur union au moment du mariage, que de la nécessité, le cas échéant, d'une renonciation au statut personnel pour se voir appliquer le régime de droit commun⁷⁸³. En effet, célébré nécessairement devant l'officier d'état civil, et soumis à un régime juridique issu majoritairement du Code civil, ce mariage donne, pour beaucoup, l'apparence (en tout état de cause) d'une union de droit commun⁷⁸⁴. Ces confusions aboutissent à ce que beaucoup d'entre eux, se pensant soumis au droit commun, se tournent par la suite vers un notaire afin d'opérer un changement de régime matrimonial. Au contraire, les époux ayant conscience de l'applicabilité de la coutume auront davantage tendance à demander à être soumis au droit local afin de conserver des patrimoines séparés. Ainsi l'insaisissabilité des enjeux, notamment patrimoniaux, entre droit local et droit commun, fait que peu de Mahorais se prévalent finalement du statut civil de droit local, et s'ils le font, c'est souvent *a posteriori*, en cas de contestation de partage lors de la liquidation. Ainsi, malgré le fait que les jugements soient, en théorie, censés constater l'application du statut civil de droit local, en réalité il s'avère que ce constat ne va pas forcément de soi en l'absence de manifestation des époux du souhait de s'en prévaloir. Au contraire, la possibilité offerte de renoncer ponctuellement au statut civil de droit commun révèle une volonté du législateur d'inciter, de façon détournée, la communauté mahoraise à opter pour le droit commun.

À ces égards a pu précisément se poser la question de savoir si le changement de statut de l'union, dans le cas d'une renonciation de l'un ou des deux époux à son statut personnel, pendant le mariage, était susceptible d'influer sur l'application de l'autonomie patrimoniale. Selon Maître Popineau et Céline Kuhn, la réponse ne saurait être positive : « La modification de l'un ne saurait bouleverser l'organisation telle qu'elle a été posée initialement par les deux conjoints⁷⁸⁵ » ; par conséquent le régime de séparation de biens perdurera et lors de la dissolution du mariage, chacun récupèrera purement et simplement ses biens. En tout état de cause, la possibilité d'opérer un changement de régime matrimonial durant l'union afin d'opter pour une séparation de biens en cas de mariage soumis au droit commun offre la liberté au couple mahorais, à l'instar des couples de l'Hexagone, de décider ou non de conserver des patrimoines séparés durant et à l'issue du mariage. Ceci n'est pas sans nourrir l'idée d'un

⁷⁸² A. Ali, *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse de doctorat de droit privé, université Aix-Marseille, 2016, p. 227.

⁷⁸³ En effet, l'article 1^{er} alinéa 4 de l'ordonnance n°2010-590 du 3 juin 2010, préc., dispose que : « Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local ».

⁷⁸⁴ Bien que le mariage soit inscrit sur un registre différent selon qu'il est soumis au droit local ou au droit commun.

⁷⁸⁵ C. Kuhn et C. Popineau, « La dualité droit commun-droit local, une difficile coexistence ? », *Revue Juridique de l'océan Indien*, n° 13, 2011, p. 49.

essoufflement du droit local, les mêmes résultats étant finalement atteignables en appliquant le droit commun.

Il en ressort que le droit local est vidé de son contenu, si ce n'est de son intérêt, ses spécificités étant soit définitivement supprimées, soit rendues substituables par l'application des règles de droit commun. Force est toutefois de constater que les Mahorais continuent de se diriger vers le *cadi* en cas de contentieux familial et notamment au moment de se séparer. Le droit local, auquel sont fréquemment reliés le droit coutumier et le droit religieux, survit dans l'application du divorce, parfois au détriment du droit commun qui doit encore trouver ses marques au sein du département.

II. La survivance du droit local dans la pratique du divorce à Mayotte

La population de Mayotte étant à 95% musulmane, les coutumes et règles religieuses font l'objet d'une pratique majoritaire sur le territoire. Le *nikāh*, mariage musulman conclu devant le *cadi*, est considéré comme celui conférant le statut d'époux et d'épouse devant Dieu. S'il y a grand mariage, le *manzaraka*, évènement traditionnel au cœur du mariage religieux à Mayotte, sera alors célébré, donnant lieu à un cortège majestueux suivi d'une grande cérémonie. Le mariage à la mairie, quant à lui, est encore pour beaucoup de couples mahorais considéré comme une simple formalité administrative. L'importance accordée à ces pratiques coutumières, et notamment à la figure du *cadi*, explique qu'encore peu de couples s'unissent civilement⁷⁸⁶, réserve accentuée par le fait que ce dernier ne puisse plus non plus prononcer les divorces. Par ailleurs, et bien qu'une volonté d'adhésion du territoire mahorais à la France ne soit plus à démentir, il est manifeste que les Mahorais éprouvent encore des difficultés à s'appropriier les procédures et institutions inhérentes au droit civil applicable en métropole.

A. Une attache aux pratiques de droit local et religieux

Les *cadis*, ayant été relégués au rang de conciliateurs et médiateurs sociaux, conservent un ancrage symbolique au sein de la société mahoraise. Leur proximité avec la population, la maîtrise des traditions et de la langue, ainsi que le sentiment de respect qu'ils propagent, contribuent à entretenir une certaine attache envers cette figure du droit coutumier, notamment dans les cas de contentieux conjugal et familial. La loi ne reconnaissant toutefois plus ni les mariages conclus devant les *cadis* ni les formes de répudiation, des situations inégalitaires peuvent naître au moment de la séparation, entre les couples mariés uniquement religieusement et les couples ayant contracté un mariage civil.

1. Le maintien d'un rôle privilégié du *cadi* dans le contentieux familial

Depuis l'ordonnance de 2010, l'union devant le *cadi* n'est plus qu'un acte religieux et d'ordre privé, il n'est plus légalement reconnu. Pourtant, ces derniers restent très nombreux sur le territoire, car le *nikāh* est la seule forme d'union protégeant de la *zina*⁷⁸⁷, pour ainsi dire la pratique d'une sexualité illicite. Ceci explique que les couples mahorais fassent fréquemment précéder le mariage civil du mariage religieux, et que certains se contentent même de cette seule

⁷⁸⁶ On a répertorié 480 mariages civils à Mayotte en 2019, contre plus de 2700 à La Réunion, et 227 000 en France (Insee, État civil, 2019).

⁷⁸⁷ « *Zina* » est un terme que l'on utilise pour qualifier les relations sexuelles hors mariage. On le traduit généralement en français par le terme « fornication ».

union religieuse⁷⁸⁸. Cette hégémonie des mariages religieux se justifie d'autant plus que les cadis conservent une place importante au sein de la communauté mahoraise. Habilités à unir les couples selon la loi islamique, ce dernier est également sollicité lors du *talāq*, la rupture du mariage religieux. En effet, bien que n'étant plus admise par le législateur, la répudiation demeure la procédure islamique de dissolution du mariage contracté religieusement. Si l'homme demande le *talāq /twalaka*, il peut se séparer de sa femme après qu'une formule spécifique a été prononcée, par lui-même ou le cadi, tandis que la femme a également la possibilité de demander au cadi de prononcer le divorce à son initiative, moyennant le remboursement de la dot au mari⁷⁸⁹.

Si le cadi reste un acteur essentiel dans le cadre des divorces de droit religieux, il constitue également un interlocuteur privilégié pour les couples unis civilement. En effet, en cas de conflits conjugaux, il reste fréquent que les époux, qu'ils soient unis exclusivement par le *nikāh* ou qu'ils aient également contracté un mariage à la mairie, s'en remettent avant tout et spontanément au cadi⁷⁹⁰. Dans un premier temps ce dernier privilégiera alors la médiation afin de parvenir à une entente entre les époux, le divorce étant considéré par l'Islam comme « la chose permise la plus détestée de Dieu⁷⁹¹ ». En cas d'échec, il prononcera le divorce sur le plan islamique. S'il y a toutefois union civile, le cadi ne pourra ensuite que diriger les époux vers la juridiction de droit civil afin que cette dernière prononce définitivement le divorce. Certains ont ainsi relevé que ce phénomène aboutissait par conséquent à ce que les juridictions de droit civil ne feront, très souvent, qu'entériner des décisions prises en amont en vertu du droit coutumier appliqué par le cadi⁷⁹².

Ce n'est donc qu'en dernier recours que le juge est sollicité à Mayotte où le taux de divorces enregistré reste très faible⁷⁹³, et notamment lorsque se mêlent les problématiques liées à la présence d'enfants, si tant est que les époux soient au fait des droits et garanties dont ils pourront prétendre à l'issue de la dissolution du mariage. Dans le cas contraire, il n'est ainsi pas incongru d'envisager que les couples se défassent uniquement de fait, l'homme quittant simplement le domicile familial une fois le *talāq* prononcé.⁷⁹⁴

2. La création de situations inégalitaires entre couples mahorais

Au premier abord, la compétence du droit commun pour régir les conditions du divorce à Mayotte permet d'apporter des garanties concrètes aux époux divorcés, et ainsi de contribuer à une harmonisation institutionnelle. De fait, la survivance d'une application coutumière du

⁷⁸⁸ Les Mahorais se mariant effectivement à la mairie représentent souvent une population jeune, instruite, ayant quitté Mayotte pour l'Hexagone.

⁷⁸⁹ Cette forme de répudiation prévue en droit islamique à l'initiative de la femme est appelée le « *khôl* ». Elle n'est plus reconnue légalement à Mayotte depuis l'ordonnance de 2010 à l'instar des autres formes de répudiations.

⁷⁹⁰ En 2015 on a relevé que 57 requêtes sur les 60 adressées au cadi concernaient des conflits de couples unis par mariage musulman. V° S. Blanchy, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte », *Ethnologie française*, 2018, n°1, vol. 48, p. 50.

⁷⁹¹ Il s'agit d'une parole attribuée au Prophète, rapportée par Abû Dâoùd. Il ajoute notamment que « le divorce est licite mais il est très déconseillé [sans raison] selon le jugement de Allāh ». V° « Le divorce en Islam », sur [Islam.ms](https://www.islam.ms/), [en ligne], consulté le 13 juillet 2022 : URL: <https://www.islam.ms/divorce-islam>.

⁷⁹² M. Philip-Gay, *loc. cit.*, p. 59.

⁷⁹³ On compte en moyenne 117 divorces par an à Mayotte (source : [Ville-data.com](http://ville-data.com)), contre environ 120 000 divorces par an en France. Ainsi en 2014 le taux de divorces s'élevait à 0,60%, ce qui classe le territoire parmi les pays d'Afrique présentant l'un des taux les plus faibles. Source : www.atlasocio.com ; URL : <https://atlasocio.com/classements/societe/divorce/classement-etats-par-taux-de-divorce-afrique.php>.

⁷⁹⁴ Car selon la coutume du *magnahoulé* applicable à Mayotte et aux Comores, la femme possède la maison héritée selon une ligne matrilineaire, et c'est l'homme qui y est accueilli lors du mariage.

mariage conduit nécessairement à ce que se forment des disparités sur le plan juridique au sein de la société mahoraise. En effet les couples mariés religieusement devant le Cadi ne sont plus considérés que comme vivant dans une situation de fait, assimilable à un concubinage. Contrairement aux époux ayant contracté un mariage devant l'officier d'état civil, ces derniers ne se voient pas attribuer le statut d'époux et d'épouse devant la loi. Par conséquent, les règles régissant le divorce ne leur sont pas non plus applicables. Notons toutefois que si un enfant naît d'une union uniquement religieuse, ce dernier pourra se voir attribuer le versement d'une pension alimentaire, à l'exclusion de l'ex-concubine⁷⁹⁵. Ceci supposant évidemment que la filiation du père soit légalement établie, celle-ci devant se faire par dation de nom emportant la reconnaissance de la filiation paternelle⁷⁹⁶, en l'absence de présomption de paternité s'agissant des enfants nés hors mariage⁷⁹⁷. À défaut d'établissement du lien de filiation, l'enfant à sa majorité, ou la mère durant la minorité de l'enfant, a toutefois la possibilité d'engager une action à des fins de subsides, ce qui offre à celui qui l'exerce la possibilité de réclamer des subsides à l'homme qui entretenait des relations intimes avec sa mère au moment de sa conception. Cette action permet uniquement d'obtenir une pension alimentaire et ne vise pas à établir un lien de filiation⁷⁹⁸. Certains ont ainsi pu souligner à cet égard un certain effacement du père occasionné par la non-reconnaissance des mariages religieux⁷⁹⁹.

Sur divers aspects, l'application des règles de droit commun au détriment de certaines règles de droit coutumier a pu en outre être regrettée, en ce qu'elle instituerait une inégalité entre l'ex-époux/père et l'ex-épouse/mère. L'on a ainsi défendu que le fait pour les femmes d'hériter de la maison (selon la coutume du *magnahoulé*) constituait précisément une garantie émanant du droit local de rester au sein de la résidence familiale en cas de divorce ou de décès⁸⁰⁰. Or la matrilocalité applicable sur l'intégralité de l'archipel, couplée aux règles de droit commun en matière de divorce, ne conduirait-elle pas finalement à diminuer la situation de l'ex-époux ? En effet, la dissolution du mariage donnera lieu soit au partage, ou soit à la restitution des biens propres de chacun selon le régime matrimonial, mais la femme restera en tout état de cause en possession de la maison en application de la coutume. Même lorsque la maison aura été construite par le couple et non héritée proprement par sa mère, cette maison appartiendra certes aux époux durant le mariage, mais elle ira très souvent et par la suite à la fille de l'épouse⁸⁰¹. Le droit commun accordant également le bénéfice d'une pension alimentaire pour l'ex-épouse et/ou son enfant, il semble par conséquent faire de l'époux le grand perdant de la procédure du divorce.

Ainsi, il nous semble que l'application hétérogène des règles de droit commun régissant le divorce sur le territoire mahorais n'est pas sans avoir engendré un certain déséquilibre, à la fois entre les couples mariés religieusement et ceux ayant contracté un mariage civil, mais également au sein même du couple mahorais.

⁷⁹⁵ En application de l'article 371-2 du Code civil, « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ».

⁷⁹⁶ Z. Nourdine-Abdallah, *op. cit.*, p. 45. V. aussi le rapport de V. Parisot.

⁷⁹⁷ La dation de nom est une création introduite en droit local mahorais, à l'instar de la reconnaissance de droit commun, et permet par une déclaration faite à la mairie, d'établir la filiation paternelle d'un enfant illégitime. V° S. Blanchy, et Y. Moatty, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁹⁸ Articles 342 à 342-8 du Code civil.

⁷⁹⁹ S. Blanchy, *loc. cit.*, p. 51.

⁸⁰⁰ Isabelle Chardayre, référente laïcité et citoyenneté à la protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) de Mayotte souligne que le système matrilinéaire octroyant à la fille la propriété de la maison, permet de la protéger que ce soit dans le cadre d'une succession ou après un divorce. Entretiens du 28 juillet 2019 par Thierry Malbert.

⁸⁰¹ S. Blanchy et Y. Moatty, *loc. cit.*, p. 135.

Ces considérations justifient entre autres que, malgré le constat d'une certaine recrudescence des divorces, résultant de la prise de conscience d'un rééquilibrage des responsabilités parentales, le juge de droit commun reste faiblement sollicité. À côté de cela, des justifications, d'ordre institutionnel cette fois-ci, viennent également expliquer la difficile adhésion par la population mahoraise aux procédures judiciaires de divorce.

B. Une difficulté d'implantation du divorce de droit commun

Outre les considérations d'attache culturelle et religieuse, les freins à l'exercice du divorce de droit commun résident en majeure partie en la complexité des procédures, qui est telle que peu de Mahorais parviennent à s'en saisir. Le souhait de mettre fin à l'imbroglio juridique à Mayotte engendré par la dualité institutionnelle est donc loin d'être assouvi, et ce malgré la suppression de l'instance cadiale. Une réflexion peut ainsi être menée quant à l'opportunité de développer des alternatives au divorce prononcé par le juge, alternatives qui présenteraient des modalités de mise en œuvre plus adaptées aux spécificités du territoire mahorais.

1. Une procédure de droit commun jugée complexe et onéreuse

Au lendemain de l'attribution des pleines compétences au juge pour dissoudre les unions conjugales, la nouvelle est reçue comme une aberration pour la population mahoraise. La nécessité désormais de se faire assister par un avocat aux services onéreux, des procédures longues devant des instances impersonnelles, l'absence de proximité et le sentiment de devoir exposer une intimité à une figure illégitime, font que l'évolution est davantage perçue comme une attaque à l'identité mahoraise que comme une forme de progrès. L'illettrisme ainsi que le fort seuil de pauvreté à Mayotte font que seuls les plus instruits et les plus aisés sont à même de jouir de l'éventail de possibilités découlant des procédures de droit commun.⁸⁰² Ainsi un divorce par consentement mutuel, une des formes les plus simples de divorce, présente un coût forfaitaire pouvant s'élever de 1 000 à 3 000 euros pour les cas les moins complexes. Les cas de divorces contentieux peuvent quant à eux faire augmenter les honoraires d'avocat en fonction du taux horaire et de la complexité du dossier.

Du reste, le regret est palpable quant à la disparition des attributions du *cadi*, qui à moindre coût s'entretenait avec les familles, prononçait les divorces, et procédait à leur inscription dans le registre des *cadis*. Ces constats laissent ainsi place à la réflexion quant à l'évolution de la procédure de divorce à Mayotte, l'objectif demeurant l'application unitaire du droit commun et la suppression des inégalités au sein de la population mahoraise.

2. Des perspectives d'évolution de la procédure de divorce applicable à Mayotte ?

Le divorce de droit commun a encore beaucoup de difficultés à imprégner les mentalités à Mayotte. Ce phénomène illustre une transition vécue brutalement, par un département à part entière où le secteur informel domine encore à l'heure actuelle⁸⁰³. Ces spécificités invitent à envisager des alternatives s'accordant davantage avec les pratiques locales. Le divorce sans juge, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, est une des pistes à analyser, en ce qu'il propose une

⁸⁰² En 2018, l'Insee évalue à 77 % la population de Mayotte vivant sous le seuil de pauvreté national, soit plus de 200 000 personnes. C'est 7 points de moins qu'en 2011 (84 %) mais le taux reste très faible. À titre de comparaison, ce taux s'élève à 14% seulement en métropole.

⁸⁰³ P. Roger, « Mayotte, département français toujours en quête d'identité », *Le Monde*, 2021, [en ligne] URL : https://www.lemonde.fr/international/article/2021/04/02/mayotte-departement-francais-toujours-en-quete-d-identite_6075386_3210.html.

procédure complètement déjudiciarisée. Les articles 229-1 et suivants prévoient ainsi aux époux y ayant consenti mutuellement, la possibilité de divorcer grâce à une convention sous seing privé, contresignée par leurs avocats et déposée ensuite au rang des minutes d'un notaire. Si les particularités présentées par ce type de divorce ont pu être discutées en France en ce qu'il instituait une forme de divorce contractualisé et en dehors de l'État, ces caractéristiques pourraient au contraire convenir à une population mahoraise étant habituée à un règlement des conflits familiaux opérée dans la sphère privée. Cette procédure de divorce est d'autant plus rapide qu'elle peut aboutir à un prononcé du divorce sous deux mois. Cependant le divorce sans juge n'exclut pas la nécessité de recourir à un avocat, et de solliciter les services d'un notaire. Au contraire, l'absence du juge rend le rôle de l'avocat d'autant plus fondamental. La présence sur le département de personnes compétentes en nombre suffisant est par conséquent un facteur à prendre en compte.

Le choix du Pacte civil de solidarité (PACS) comme mode de communauté de vie constitue également une piste à envisager.⁸⁰⁴ En effet, bien qu'il ne ressorte pas expressément de la lettre de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 3 juin 2010 rappelant le domaine *ratione materiae* du statut civil de droit local applicable à Mayotte⁸⁰⁵, le PACS ne constitue pas moins, avec le concubinage et le mariage, l'un des modes de conjugalité prévus par le droit français, dont pourraient notamment se satisfaire les couples mahorais moins enclins à se tourner vers le mariage n'étant valide que prononcé devant l'officier d'état civil⁸⁰⁶. L'attrait pour cette institution résiderait ainsi sur la simplicité notable d'élaboration comme de rupture : il peut être rompu de manière unilatérale, par un seul des partenaires ou par le consentement des deux. De plus, le PACS présente l'avantage, à l'instar du mariage de droit local, de connaître un régime légal de séparation de biens⁸⁰⁷. À la rupture, chaque partenaire restera ainsi maître de son patrimoine. Il faudra toutefois garder en tête que le PACS, contrairement au mariage, ne donne pas lieu à une présomption de filiation du père, et ne fait pas non plus du conjoint un héritier légal en cas de décès. Il n'en reste pas moins que le PACS conjugue les avantages d'une union contractualisée et reconnue légalement, à ceux tenant à une facilité de dissolution, en dehors des juridictions, sachant que ce mode de communauté de vie est également pris en compte par la caisse d'allocations familiales (CAF), tout autant que le mariage civil ou le concubinage⁸⁰⁸. Et si en effet le principe de libre rupture inhérent au PACS peut séduire en tant qu'alternative au mariage, la rupture abusive de ce dernier n'est pas non plus sans sanction puisque la responsabilité civile de son auteur pourra être engagée, notamment lorsqu'une faute aura été caractérisée par une situation de dépendance imputable à l'autre partenaire, suivi d'un abandon, peu important les circonstances d'apparition de celle-ci⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ Article 515-1 du Code civil.

⁸⁰⁵ Le titre XIII du Livre I^{er} du Code civil n'ayant pas été étendu aux personnes relevant du statut civil de droit local, celles-ci ne peuvent pas a priori conclure de pacte civil de solidarité. Néanmoins, l'article 1, alinéa 3, de l'ordonnance de 2010 permet d'exercer une option en faveur du droit commun ce qui revient, ponctuellement, pour une question donnée, à renoncer à son statut personnel particulier (option de lois).

⁸⁰⁶ A. Ali, *op. cit.*, p. 298.

⁸⁰⁷ Les partenaires de PACS peuvent toutefois choisir de soumettre au régime de l'indivision les biens qu'ils acquièrent ensemble ou séparément (art. 515-5-1 précité).

⁸⁰⁸ S. Blanchy, *loc. cit.*, p. 51.

⁸⁰⁹ CA Montpellier, 4 janv. 2011, n°10/00781, Dr. fam. 2011, com. 89, obs. V. Larribau-Terneyre, cité par A. Ali, *op. cit.*, p. 300.

Ces deux perspectives étant encore peu explorées à Mayotte⁸¹⁰, l'accompagnement pédagogique, institutionnel et matériel des Mahorais semble, en tout état de cause, indispensable à l'expansion de la procédure du divorce de droit commun, et, de manière incidente, à celui du mariage civil. En amont, c'est la mise en œuvre d'une meilleure connaissance du droit qui doit être privilégiée, beaucoup de Mahorais ignorant les règles juridiques françaises et ne les découvrant souvent qu'*a posteriori*, une fois confrontés à la situation litigieuse⁸¹¹. C'est ensuite un travail en faveur de l'exercice effectif de ces droits et prérogatives qui doit être mené afin d'assurer un meilleur règlement des conflits familiaux, tant devant les juridictions françaises, que par le biais de procédures déjudiciarisées⁸¹². Le droit local, tant qu'il peut encore être légalement pris en compte pour les effets du divorce, doit pour sa part continuer à être pris en compte par les instances lorsque les conditions sont réunies.

§ 3 – L'établissement de la filiation à Mayotte

La compétence de principe de la coutume. La filiation des personnes relevant du « statut civil de droit local applicable à Mayotte » – selon l'expression consacrée par l'ordonnance du 3 juin 2010⁸¹³ – est, par principe, régie par la coutume. La compétence de la coutume en ce domaine, qui figure expressément dans les textes organisant initialement la justice à Mayotte, est consacrée aujourd'hui de façon générale tant par la Constitution que par les textes ayant spécifiquement trait à Mayotte, même si elle y est exprimée de façon moins formelle.

La filiation dans les textes organisant la justice. Les textes organisant la justice indigène dans l'archipel des Comores mentionnent explicitement la filiation au titre des matières relevant de la compétence des cadis, en premier et dernier ressort en 1939, et en premier ressort seulement, à charge d'appel devant le tribunal de Grand cadi, en 1964⁸¹⁴. Cette compétence des cadis avait une incidence directe sur le droit applicable : les cadis jugeaient d'après le droit musulman et les coutumes indigènes propres à chaque île, ces dernières, toutefois, n'ayant accédé au rang de sources officielles du droit que dans le texte de 1964⁸¹⁵.

La filiation dans la Constitution. L'article 75 de la Constitution prévoit que « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34 [...], conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. »⁸¹⁶ Quant à l'article 34, il comporte une liste des matières ressortissant à la compétence exclusive du Parlement, et dont

⁸¹⁰ L'Institut National d'Etudes Démographiques (INED) dénombre une moyenne de 2000 PACS par an conclus en France d'Outre-Mer (incluant donc Mayotte) entre 2017 et 2019, contre près de 200 000 PACS chaque année en France Métropolitaine.

⁸¹¹ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Avis sur l'accès au droit et à la justice dans les outre-mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte, *JO* n°0157, 6 juillet 2017, texte 89.

⁸¹² Les familles mahoraises peuvent aujourd'hui se tourner vers des structures telles que le conseil départemental d'accès au droit (CDAD) ainsi que des associations de médiation familiale (à titre d'exemple, Narihimé, ou encore Mlezi Maore, œuvrant avec les familles confrontées à tout type de conflits et notamment les séparations).

⁸¹³ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, *JO* 4 juin 2010, texte n° 59.

⁸¹⁴ Décret du 1^{er} juin 1939, portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores (art. 9, al. 1), *JO* 15 juin 1939, p. 7581, et Délib. n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane (art. 9, al. 2), *JO Comores* 16 déc. 1964, p. 476.

⁸¹⁵ Art. 6 du décret du 1^{er} juin 1939, et art. 7 de la délibération du 3 juin 1964.

⁸¹⁶ Voir *supra* le rapport de Fl. Dargent, « La protection constitutionnelle de la coutume ».

font notamment partie « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». Que faut-il en déduire ? D'une part, et *a contrario*, l'article 75 soustrait la réglementation des statuts personnels à la compétence du législateur. D'autre part, les matières recensées font partie du « statut civil de droit commun » et, réciproquement, du statut personnel, ce qui est confirmé par une loi du 9 juillet 1970⁸¹⁷.

Plus précisément, l'expression « état et capacité des personnes », utilisée par le droit international privé pour désigner l'ensemble des questions relevant de la catégorie du « statut personnel », puise ses racines dans le droit interne⁸¹⁸. L'« état des personnes » inclut non seulement le statut *individuel* de la personne, qui recouvre les éléments qui permettent de l'identifier (nom, domicile ou état civil), mais également le statut *familial* de celle-ci, ce qui englobe les rapports entre époux (mariage) et les rapports entre parents et enfants (filiation)⁸¹⁹. Autrement dit, et pour emprunter les formulations de Planiol du début du siècle dernier, c'est autant « l'état personnel » que l'« état dans la famille » qui se trouvent rattachés à l'« état des personnes »⁸²⁰. Un arrêt très remarqué de la Cour de cassation en date du 25 février 1997⁸²¹, confirme la compétence de la coutume en matière de filiation. La décision du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou est cassée pour violation de l'article 75 de la Constitution, au motif que le tribunal s'est fondé sur le Code civil, afin de prouver la filiation légitime de l'un des enfants du défunt, sans avoir constaté « que les intéressés avaient renoncé à leur statut personnel ». En d'autres termes, et conformément à la Constitution, la filiation des personnes relevant du statut de droit local se prouve d'après les règles de leur statut, à moins que les intéressés n'aient renoncé à celui-ci.

La filiation dans les textes régissant spécifiquement Mayotte. Aux termes de l'ordonnance du 3 juin 2010⁸²², « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». L'énumération doit être comprise dans le sens indiqué précédemment. L'ordonnance, qui supprime par ailleurs la juridiction cadiale, laisse la filiation dans le giron du droit local.

En outre, si le législateur français a progressivement amputé le statut personnel mahorais de plusieurs règles essentielles en matière familiale – le point d'orgue étant constitué par cette ordonnance⁸²³ –, il en va différemment en notre domaine : avant comme après 2010, la filiation reste au cœur de l'application de la coutume à Mayotte. La compétence de principe de la coutume en matière de filiation a survécu tout à la fois à la disparition des cadis, sur la

⁸¹⁷ Loi n° 70-589 du 9 juill. 1970, relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer, *JO* 10 juill. 1970, p. 6459, qui « s'applique aux dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et libéralités faisant partie du statut civil de droit commun mentionné à l'article 75 de la Constitution », sans « [déroger] au statut personnel mentionné audit article » (art. 1).

⁸¹⁸ Voir, sur la définition de « l'état des personnes », Fr. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTDciv.* 1982, p. 245, spéc. p. 290-296.

⁸¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013, p. 210.

⁸²⁰ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 11^e éd. avec G. Ripert, LGDJ, 1928, p. 161.

⁸²¹ Cass 1^{re} civ., 25 févr. 1997, n° 94-19321, *Bull. civ.* 1997, I, n° 67 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602, note G. A. L. Droz ; *D.* 1997, p. 453, note H. Fulchiron ; *JCP G* 1997, II, n° 22968, p. 557, note L.-A. Barrière et Th. Garé ; *Dr. Famille* 1997, comm. 70, p. 12, obs. P. Murat.

⁸²² Art. 1, al. 1, de l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, reprenant l'art. 52-1 de la loi n° 2001-616 du 11 juill. 2001, relative à Mayotte, *JO* 13 juill. 2001, p. 11199, dans sa rédaction issue de l'art. 68 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juill. 2003, *JO* 22 juill. 2003, p. 12320.

⁸²³ Voir, sur l'évolution du contenu du statut personnel, S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Dr. et Société* 2012, p. 117, et É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 733.

compétence desquels elle se fondait pourtant initialement, et aux réformes poursuivant la « modernisation » du contenu du statut personnel mahorais⁸²⁴.

Objet exclusif de ce rapport : le point de vue du juriste sur l'établissement de la filiation. À Mayotte, et pour les personnes n'ayant pas renoncé à leur statut personnel, ce sont autant les conditions d'établissement de la filiation que les effets de cette filiation qui sont soumis à la coutume. Ce rapport, néanmoins, sera limité au premier aspect de la filiation, à savoir à son établissement. Plus exactement, notre étude sera celle du juriste⁸²⁵. Elle n'envisagera ni les aspects strictement anthropologiques liés à l'établissement de la filiation (et en particulier les structures de la parenté)⁸²⁶, ni les rites entourant l'enfant dans la famille mahoraise, de sa naissance à la séparation de sa famille⁸²⁷.

Dans le champ d'analyse qui est le nôtre, il apparaît que l'établissement de la filiation est gouverné par les préceptes du droit musulman classique, lesquels rejoignent à certains égards la coutume malgache⁸²⁸. Ces principes, qui figurent dans le *Minhâdj at-Twalibine*, traité exprimant les règles du rite chaféite, ont été très largement commentés par Paul Guy, ancien magistrat en poste à Mayotte et à Madagascar. Ils ne doivent pas faire oublier que le législateur français a forgé des règles spécifiques pour Mayotte, qui coexistent à côté des règles coutumières. Ce sont donc autant la filiation dans la coutume (I), que la filiation en dehors de la coutume (II), qui retiennent l'attention.

I. La filiation dans la coutume mahoraise

Suivant en cela une division qui, pour être classique en droit français, n'est en rien familière au droit musulman, nous explorerons le contenu de la coutume mahoraise en distinguant la filiation biologique (A) de la filiation adoptive (B).

A. La filiation biologique

L'établissement de la filiation maternelle ne soulève généralement aucune difficulté : elle est automatique. Elle ne fera l'objet que de brefs développements. L'essentiel de ce qui va suivre sera consacré à l'établissement de la filiation paternelle, laquelle, précisons-le d'emblée, ne saurait être que légitime.

⁸²⁴ Voir *supra*, sur la réduction progressive du champ d'application « réel » de la coutume, le rapport d'É. Ralser, « Le domaine matériel du statut personnel mahorais et de la coutume ».

⁸²⁵ Voir également *infra*, sur la famille et l'enfant, le rapport de B. Baroukh, « Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte. *Faits sociaux et coutumes face à l'institution judiciaire* ».

⁸²⁶ Voir notamment S. Blanchy-Daurel, *La vie quotidienne à Mayotte*, Coll. Repères pour Madagascar et l'océan Indien, L'Harmattan, 1990, et J.-Chr. Hébert et O. Hébert, « Parentalité à Mayotte. Le prisme d'un soignant », in J. Besson et M. Galtier (dir.), *Parents et bébés du monde : rituels et premiers liens*, Coll. Les Dossiers de Spirale, Erès, 2011, p. 79. – Voir *supra*, sur le fonctionnement de la société mahoraise, et en particulier sur l'organisation familiale, le rapport de N. Roinsard, « Connaissance de la coutume. Approche anthropologique ».

⁸²⁷ Voir, sur cette question, J. Cassagnaud, *Rites de Mayotte ou chronique d'une mort annoncée ?*, Éd. Connaissances et Savoires, 2010, p. 116-142.

⁸²⁸ Voir F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches : les magistrats de la Cour d'appel de Madagascar (1896-1960)*, Coll. des thèses, Fondation Varenne / LGDJ, 2011, p. 184-190.

L'automaticité de la filiation maternelle. Paul Guy, dans son cours à l'usage des futurs cadis, examine l'établissement de la filiation maternelle dès l'introduction de sa leçon portant sur la filiation⁸²⁹ :

« Le droit de se prétendre enfant de telle femme est indiscutable du fait de l'accouchement et ne suscite pratiquement aucune difficulté et aucun procès. Il n'y a pas, en droit musulman, de problème de filiation maternelle. C'est toujours de la filiation paternelle dont il s'agit. »

Cette règle se retrouve dans la coutume malgache, ainsi qu'en atteste une ancienne décision de la cour d'appel de Madagascar⁸³⁰ : « La seule filiation naturelle reconnue par le droit malgache est celle de l'enfant vis-à-vis de sa mère naturelle, laquelle est établie par le seul fait de l'accouchement. » Cet enfant est, pour cette raison, appelé « *zaza mamba reny* »⁸³¹ ou « *zaza mombareny* »⁸³², à savoir « enfant qui suit la mère ».

Concernant plus précisément le sort de l'enfant né hors mariage, un agent du greffe du service des affaires familiales nous apprend que, dans la coutume mahoraise, la simple mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de son enfant a, de tout temps, suffi à établir la filiation de celui-ci à son égard. Bien plus, l'officier d'état civil ne serait pas autorisé à recevoir une reconnaissance maternelle de filiation, dès lors que la mère est de droit local. L'agent du greffe insiste sur la particularité de cette règle, qui s'est démarquée de celle du droit commun jusqu'en 2005⁸³³, et qui se trouve consacrée officiellement par l'ordonnance du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte⁸³⁴.

En outre, et à supposer qu'un enfant ne puisse établir de filiation qu'à l'égard de sa mère – ce qui, nous y reviendrons, constitue une hypothèse marginale – il est alors rattaché non seulement à sa mère, mais également à toute la famille de cette dernière⁸³⁵. Cette règle, issue du droit musulman classique, vaut très certainement à Mayotte, en raison du caractère élargi de la famille : l'individu appartient à un village ; il est membre d'une communauté avant d'être l'enfant de tel ou tel parent⁸³⁶. L'enfant né hors mariage bénéficie en ce cas des mêmes droits à l'égard de sa mère que l'enfant né en mariage, et ce y compris en matière successorale, l'ordonnance du 3 juin 2010 interdisant toute discrimination⁸³⁷.

⁸²⁹ P. Guy, *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadis dans le territoire des Comores*, Tananarive, École supérieure de droit, 1981 [Réimpr. polycopie de la cour d'appel de Madagascar de 1951], p. 120.

⁸³⁰ CA Madagascar, 19 mai 1921, *Penant* 1923, p. 20, obs. anonymes.

⁸³¹ Rapport au Président de la République, précédant le décret du 7 nov. 1916, relatif à la reconnaissance des enfants métis naturels à Madagascar et dépendances, *JO* 13 nov. 1916, p. 9801.

⁸³² F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches*, *op. cit.*, p. 185.

⁸³³ Art. 311-25 C. civ., introduit par l'art. 9 de l'ord. n° 2005-759 du 4 juill. 2005, portant réforme de la filiation, *JO* 6 juill. 2005, texte n° 19. – Voir, sur l'évolution du droit commun, Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, 7^e éd., LGDJ / Lextenso, 2020, p. 524-525.

⁸³⁴ Art. 20-1 de la délib. n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores, relative à l'état civil des Comoriens musulmans, *JO Comores* 1^{er} sept. 1961, p. 238, introduit par l'art. 13 de l'ord. n° 2000-219 du 8 mars 2000, relative à l'état civil à Mayotte, *JO* 10 mars 2000, p. 3801. Lorsqu'un enfant est né hors mariage, sa filiation est établie à l'égard de sa mère par son « acte de naissance portant indication du nom [de celle-ci] lorsqu'il aura été dressé sur déclaration de la mère ou sur déclaration d'un tiers confirmée par la mère ».

⁸³⁵ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, t. 3, Mouton, 1973, p. 23.

⁸³⁶ S. Blanchy-Daurel, *La vie quotidienne à Mayotte*, *op. cit.*, p. 49-68. – Comp., sur ce point, J.-Chr. Hébert et O. Hébert, « Parentalité à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 93.

⁸³⁷ Art. 12 de l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010.

Légitimité ou illégitimité de la filiation paternelle. Le droit musulman est dominé par une règle centrale : il ne peut y avoir de filiation qu'en mariage ou, au temps de l'esclavage, dans le cadre du concubinage légal⁸³⁸. Seule la filiation légitime est protégée et produit des effets ou, dit autrement, la filiation paternelle ne peut être que légitime ou illégitime. C'est ce qui résulte avec une particulière netteté du cours dispensé par Paul Guy⁸³⁹ :

« Par filiation on doit entendre le droit pour une personne de se faire dire fils ou fille de tel père [...] Deux solutions, et deux seulement, peuvent se présenter : ou bien l'enfant est légitime ou bien il est illégitime [...] Est légitime l'enfant né d'un mariage légitime dans le délai normal de la gestation [...] Est encore légitime – mais le cas est maintenant de plus en plus rare, pour complètement disparaître – l'enfant issu des relations d'un maître avec son esclave lorsque le maître a vécu avec elle. Dans tous les autres cas, l'enfant est illégitime. »

La simplicité de la formule – L'enfant est légitime ou illégitime – cache mal la complexité des situations. Divers tempéraments visent à assouplir la règle, qu'il s'agisse d'atténuer la rigueur apparente du droit musulman en général, et du droit mahorais en particulier, à l'égard des enfants naturels (1) ou d'assouplir les règles relatives à la filiation légitime (2).

1. La rigueur apparente du droit musulman à l'égard des enfants naturels

En théorie, il est impossible, pour un enfant, d'établir sa filiation naturelle (a). Une évolution vers la reconnaissance des enfants naturels ne doit pourtant pas être exclue (b).

a. L'impossibilité théorique d'établir la filiation d'un enfant naturel

« *Le voleur n'a pas d'enfant* ». En principe, le droit musulman prohibe l'établissement de la filiation naturelle sous toutes ses formes : le père ne peut pas reconnaître les enfants nés en dehors d'un mariage régulier avec la mère⁸⁴⁰ et il ne peut pas non lui conférer, « après coup », la qualité d'enfant légitime en épousant la mère après la naissance, via ce que l'on nomme en droit commun la « légitimation »⁸⁴¹. Ces éléments se retrouvent dans la coutume malgache : « Vis-à-vis du père naturel [...], la filiation de l'enfant né hors mariage ne peut jamais être établie, la loi indigène ne connaît ni la reconnaissance ni la légitimation des enfants naturels »⁸⁴². De plus, cet enfant ne peut pas davantage tenter une action en recherche de paternité contre son père.

⁸³⁸ La pratique de l'esclavage était courante dans les sociétés arabo-musulmanes. Le « concubinage légal » désignait les relations sexuelles entretenues par le maître avec une esclave dont il était « juridiquement propriétaire » et qui lui était « canoniquement disponible ». L'enfant issu de ces relations était généralement reconnu par le père et il accédait au statut d'enfant légitime : Fr.-Paul Blanc et A. Lourde, « Les conditions juridiques de l'accès au statut de concubine-mère en droit musulman malékite », *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée* 1983, p. 163.

⁸³⁹ P. Guy, *Cours de droit musulman*, *op. cit.*, p. 120-121.

⁸⁴⁰ L'arrêté n° 50-275 du 12 oct. 1950 de l'administrateur supérieur du territoire des Comores, modifiant, en matière de naissance et de décès, les règles d'état civil des citoyens français de statut personnel demeurant dans certains centres des Comores, qui envisage explicitement « l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel » dans certains quartiers des trois anciens sultanats, n'était pas applicable à Mayotte : *JO Madagascar et dépendances* 28 oct. 1950, p. 1719.

⁸⁴¹ P. Guy, *Cours de droit musulman*, *op. cit.*, p. 121.

⁸⁴² CA Madagascar, 19 mai 1921, cité *supra* note 830. Le rapport au Président de la République, précédant le décret du 7 nov. 1916 relatif à la reconnaissance des enfants métis naturels, est en ce sens.

Selon un ancien président du tribunal de première instance de Mayotte, les décisions cadiales ont fait preuve, en la matière, d'une relative sévérité⁸⁴³. Or, les conséquences pour cet enfant sont loin d'être négligeables : ne bénéficiant *a priori* d'aucun moyen d'être rattaché à son père, il ne dispose d'aucun droit à son égard et, même s'il est, nous l'avons vu, rattaché à sa mère et à la famille de celle-ci, il est considéré comme un « enfant de la rue », un « enfant caché », nous confie l'un des agents du greffe du service des affaires familiales.

À Mayotte, cette pratique locale est résumée par l'adage selon lequel « Le voleur n'a pas d'enfant », le voleur désignant ici, selon la greffière de ce service, « le voleur de femmes ». Un Grand cadi de Mayotte en précise la signification en distinguant selon que la femme est ou non mariée⁸⁴⁴. Lorsqu'une femme est mariée, « l'enfant [qu'elle a conçu avec un amant] appartient au mari ». La règle permet de ne pas inciter à l'adultère, qui est prohibé par la religion musulmane. Lorsqu'une femme n'est pas mariée et que l'amant refuse de reconnaître l'enfant qu'elle a eu de lui, on ne peut pas l'y obliger. « Ce n'est pas la peine de chercher à établir cette filiation », puisque, de toute façon, seule la filiation légitime est protégée par le droit musulman.

Le Grand cadi n'évoque pas la question des successions, mais, selon l'agent du greffe de ce service, l'adage aurait été mobilisé par le juge cadial, dans une affaire qui est allée jusque devant la Cour de cassation, afin de refuser à un enfant né hors mariage le droit d'établir sa filiation et de l'exclure, pour cette seule raison, de la succession de son père. Au visa de « l'article 75 de la Constitution et [des] règles du statut civil de droit local », la Haute juridiction casse l'arrêt du tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou pour défaut de base légale, au motif qu'il avait admis des enfants à la succession de leur père, « sans vérifier [s'ils] étaient nés des mariages réguliers de leur père », et ce alors que « le droit musulman [connaît] uniquement la filiation légitime »⁸⁴⁵. Ce faisant, la Cour de cassation avalise la règle du statut de droit local qui dénie à un enfant le droit d'établir sa filiation *au seul motif qu'il est né hors mariage*. Une question surgit immédiatement : une telle règle n'est-elle pas « fondamentalement opposée à la conception française des droits de l'enfant » et ne heurte-t-elle pas, en tant que telle, « l'ordre public français »⁸⁴⁶ ?

La compatibilité de la coutume avec les droits fondamentaux ?⁸⁴⁷ La coutume mahoraise pourrait paraître contraire tant aux engagements internationaux de la France – et notamment aux droits de l'enfant consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme, telle qu'interprétée par la Cour européenne⁸⁴⁸ – qu'aux solutions du droit international privé français, qui offrent à l'enfant français ou résidant en France⁸⁴⁹, voire à tout enfant⁸⁵⁰, le droit d'établir

⁸⁴³ A. Chateaufort, Contribution orale sur le statut personnel, in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 585, spéc. p. 587.

⁸⁴⁴ M. Hachim, Contribution orale sur le statut personnel, in *Mayotte dans la République*, op. cit., spéc. p. 588.

⁸⁴⁵ Cass 1^{re} civ., 25 févr. 1997, préc.

⁸⁴⁶ H. Fulchiron, obs. ss Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1993, *Latouz*, *JCP G* 1993, I, spéc. p. 303. L'auteur relève en particulier la contrariété de la solution aux engagements internationaux pris par la France.

⁸⁴⁷ Voir en particulier sur cette question *infra* le rapport d'H. Fulchiron, « Statut personnel mahorais et droits fondamentaux ».

⁸⁴⁸ Voir, condamnant la France pour avoir privé le requérant de la possibilité de faire établir sa véritable filiation envers son père biologique, CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c/ France*, n° 19535/08 ; *RTD civ.* 2011, p. 526, obs. J. Hauser ; *AJ Famille* 2011, p. 429, obs. Fr. Chénéde.

⁸⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1993, *Latouz*, n° 89-21997, *Bull. civ.* 1993, I, n° 64 ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. Foyer ; *JDI* 1994, p. 124, note I. Barrière-Brousse (1^{re} esp.) ; *JCP G* 1993, I, p. 302, obs. H. Fulchiron.

⁸⁵⁰ La Cour de cassation s'abstient parfois de relever les liens de la situation avec la France, tenant à la nationalité ou à la résidence de l'enfant, pour décider, de façon plus générale, que « La loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation hors mariage doit être écartée comme contraire à l'ordre public international lorsqu'elle a pour effet de priver un enfant mineur du droit d'établir sa filiation » : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2020,

sa filiation. Mais le recours à l'exception d'ordre public, qui autorise, dans les relations internationales, la mise à l'écart des lois étrangères ne respectant pas les principes essentiels du droit français, est-il seulement possible dans les relations internes, afin d'évincer une coutume mahoraise ? Une décision du tribunal de première instance de Mamoudzou n'a pas hésité à franchir le Rubicon⁸⁵¹. Saisi d'une action en recherche de paternité, prohibée par le droit musulman, le tribunal relève, à titre surabondant, que la Convention de New York relative aux droits de l'enfant « affirme le droit pour l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Or, ajoute-t-il, « Ce principe, qui relève de l'ordre public international, justifie en toute hypothèse d'écarter l'application d'une législation, d'une réglementation ou encore d'un statut civil de droit local qui méconnaîtrait ce principe en interdisant tout lien de filiation hors mariage. »

Ce raisonnement, en réalité, ne s'impose pas comme une évidence. Sans reprendre tous les termes du débat – ce qui outrepasserait le cadre nécessairement limité de cette étude⁸⁵² – nous nous contenterons d'observer que le droit d'établir sa filiation ne peut sans doute pas être hissé au rang des droits fondamentaux qualifiés d'intangibles. Partant, la coutume mahoraise, qui interdit à l'enfant d'établir sa filiation hors mariage à l'égard de son père, ne devrait pas être écartée, au motif de sa contrariété à l'ordre public français – comprenez « métropolitain » – dès lors que, d'une part, tous les protagonistes relèvent du statut personnel mahorais et que, d'autre part, le contexte socio-culturel dans lequel s'inscrit la relation admet ce type de comportements. À défaut, ce serait l'ordre public mahorais qui serait « troublé »⁸⁵³.

En tout état de cause, la rigueur du droit musulman à l'égard des enfants naturels pourrait se trouver atténuée, en pratique, par l'admission de la reconnaissance des enfants naturels.

b. L'évolution possible vers la reconnaissance des enfants naturels ?

Il semblerait que la prohibition, par principe, de l'établissement de la filiation naturelle ne soit pas toujours respectée : des enfants naturels sont reconnus par leur père, soit devant certains cadis, soit devant l'officier d'état civil. Cette pratique, toutefois, obtient rarement l'assentiment des autorités officielles (aa). Pourtant, elle pourrait trouver un fondement juridique solide dans le mécanisme de l'option de législation (bb).

aa. La pratique contestée des reconnaissances d'enfants naturels

La reconnaissance des enfants naturels devant le cadi. La possibilité de reconnaître un enfant naturel devant le cadi, à condition qu'elle soit « faite sans équivoque », est mentionnée par une décision du tribunal de première instance de Diégo-Suarez du 12 mai 1954⁸⁵⁴, qui précise que

n° 19-20948 (pt 3), *Bull. civ.* 2020, p. 81 ; *JDI* 2021, comm. 10, p. 553, note Fr. Monéger ; *RTD civ.* 2021, p. 111, obs. A.-M. Leroyer ; *D. act.*, 25 janv. 2021, obs. A. Panet. Cependant, il n'est pas certain que cet arrêt signe l'abandon de l'ordre public de proximité, dans la mesure où l'affaire offrait, *de facto*, des liens avec le for.

⁸⁵¹ TPI Mamoudzou-Mayotte, 2 mars 2007, RG 31/06.

⁸⁵² Voir, sur l'exception d'ordre public dans les conflits internes, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, Coll. Bibliothèque de l'RJS – *André Tunc*, IRJS, 2013, vol. 2, p. 1485-1694, et, sur l'arrêt de la Cour de cassation analysé au texte, p. 1575-1596.

⁸⁵³ V. Parisot, « Le conflit interne de normes : approche épistémologique », in Y. Guenzoui (dir.), *La norme culturelle dans l'ordre juridique. Réflexions sur le vivre ensemble*, Coll. Contextes, Culture du droit, LGDJ / Lextenso, 2020, p. 55, spéc. p. 133-149. – Comp. sur ce dernier point, G. A. L. Droz, note ss Cass 1^{re} civ., 25 févr. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602, spéc. p. 606.

⁸⁵⁴ TPI Diégo-Suarez, 12 mai 1954, *Penant* 1955, p. 262, note P. Guy.

cette pratique est admise par la religion musulmane, et plus particulièrement par le rite chaféite, dont on sait qu'il gouverne les règles mahoraises applicables à la filiation.

Un ancien magistrat nous confirme que « des reconnaissances d'enfants naturels sont [parfois] reçues à l'état civil coranique [...] en copiant une pratique observée à l'état civil européen qui est jugée plus moderne »⁸⁵⁵. Cependant, après avoir précisé que ces reconnaissances ont lieu « en violation du statut personnel » des intéressés, il observe que certains cadis expriment leur réticence à l'égard de cette « modernité ». Les uns « refusent de rendre des jugements supplétifs de naissance lorsqu'ils s'aperçoivent que l'enfant a été conçu hors mariage (la compétence du T.P.I. est alors la seule façon de permettre aux justiciables d'avoir un acte de naissance, exigence qui est d'ordre public) », tandis que les autres estiment que « l'enfant, né d'une mère célibataire, n'a pas de nom (patronymique) » ou « invitent le père à épouser la mère avant d'aller reconnaître l'enfant ou de solliciter un jugement supplétif de naissance ». L'analyse est confirmée par une note interne du procureur de la République près le tribunal supérieur d'appel de Mayotte, qui rappelle aux officiers de l'état civil certaines règles régissant le fonctionnement de l'état civil de droit local⁸⁵⁶ : seuls certains cadis – et ils seraient en minorité – accepteraient de recevoir des reconnaissances d'enfants naturels.

Cette pratique est par ailleurs condamnée par la commission de révision de l'état civil (CREC)⁸⁵⁷. L'une de ses missions étant d'établir des actes de l'état civil destinés à suppléer des actes irréguliers, elle a considéré que l'acte de naissance d'un enfant relevant du statut de droit local, et portant la mention d'une reconnaissance par son père naturel, constitue une « irrégularité de fond », car « seule la filiation légitime est envisagée » par la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 relative à l'état civil et « la circonstance qu'elle n'[interdit] pas expressément [la reconnaissance] ne permet pas d'affirmer qu'elle le permet »⁸⁵⁸. Elle a en ce cas dressé « un acte de naissance vierge de reconnaissance ». Ce recours aux cadis est, de toute manière, définitivement fermé depuis leur suppression par l'ordonnance du 3 juin 2010.

La reconnaissance des enfants naturels devant l'officier de l'état civil ? La possibilité, pour un père relevant du statut de droit local, de reconnaître un enfant naturel devant l'officier de l'état civil, est relevée par un ancien magistrat⁸⁵⁹ : « De nombreuses jeunes femmes célibataires accouchent sans indiquer le nom du père de l'enfant et quelque temps après un homme se présente en mairie et déclare reconnaître cet enfant. L'officier d'état civil reçoit alors la reconnaissance et la mentionne en marge de l'acte de naissance (ou tout simplement, selon une pratique douteuse, complète l'identité du père qui était restée en blanc ; l'extrait alors délivré ne fait même plus mention d'une reconnaissance) ». La note interne précitée du procureur de la République affirme en revanche qu'« En aucun cas, il n'appartient à l'officier d'état civil de

⁸⁵⁵ P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », in O. Gohin et P. Maurice (dir.), *Mayotte*, 2^e éd., Université de La Réunion / LGDJ, 1996, p. 275, spéc. p. 292.

⁸⁵⁶ Cette note, en date du 25 mars 1997, précise que « La règle applicable à l'état civil de droit commun prévoit que lorsqu'un père se présente en mairie, quelque temps après que l'acte de naissance ait été dressé, pour reconnaître son enfant, l'officier de l'état civil doit mentionner cette reconnaissance en marge de l'acte de naissance. Toutefois, cette règle n'est pas applicable à l'état civil de droit local. Seuls les Cadis ont compétence en matière de reconnaissance mais ils refusent souvent de l'admettre ou de rendre des jugements supplétifs quand un enfant est né hors mariage (compétence dans ce dernier cas du Tribunal de Première Instance). »

⁸⁵⁷ La commission de révision de l'état civil (CREC) a été instituée par l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000, fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte (art. 18 à 25), *JO* 10 mars 2000, p. 3799. La CREC a mené ses travaux pendant 10 ans.

⁸⁵⁸ Note interne du 20 août 2001, émanant de la direction des services judiciaires du ministère de la Justice, et faisant état d'un rapport établi par Mme Perron, présidente de la CREC.

⁸⁵⁹ P. Brossier, « L'état civil à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 292.

droit local de recevoir la reconnaissance en cas de refus du *cadi* ». Un agent du greffe du service des affaires familiales confirme cette position : le droit local étant un droit d'émanation musulmane, lequel ne connaît pas la notion de reconnaissance, il est interdit à un père de statut de droit local de reconnaître son enfant. Une telle reconnaissance serait une « reconnaissance frauduleuse » et elle devrait être annulée. L'agent ajoute qu'il a eu l'occasion d'être confronté à des annulations d'actes de ce type.

Bien plus, s'intéressant à la situation d'un père, de statut personnel mahorais, qui a reconnu sa paternité en métropole, mais à qui on a refusé que la mention de cette filiation soit portée en marge de l'acte de naissance de son enfant, une réponse ministérielle en date du 21 septembre 2010⁸⁶⁰ précise que deux voies seulement lui sont offertes. En premier lieu, « la personne concernée peut saisir le tribunal de première instance de Mamoudzou par simple requête aux fins de changement de statut ». En ce cas, il sera « procédé à une radiation de l'acte de naissance de l'enfant en droit local suivie d'une reconstitution d'un acte de naissance en droit commun. » On mesure d'emblée ce que pareille solution a d'utopique. Renoncer à son statut personnel est rare, car cela revient à renier son identité. Il y a donc fort à parier que ce chemin n'est pas emprunté. En second lieu, la personne concernée peut également « saisir le tribunal aux fins d'annulation de la reconnaissance de l'enfant enregistrée par l'officier d'état civil [afin de pouvoir] lui substituer une dation de nom », mécanisme spécifique à Mayotte et sur lequel nous reviendrons⁸⁶¹. En effet, précise le ministre, « À la date du 3 décembre 2005, et sous réserve que les deux parents relèvent bien du statut civil de droit local, la filiation paternelle hors mariage ne peut être établie que par dation de nom », laquelle « peut être effectuée devant tout officier d'état civil sur l'ensemble du territoire national ».

À dire vrai, ces propos, qui n'autorisent pas un père relevant du statut de droit local à reconnaître un enfant hors mariage – à moins de renoncer totalement à son statut personnel – nous surprennent. Ils nous semblent qu'ils méconnaissent la possibilité d'une option de législation, qui est reconnue aux Mahorais relevant du statut personnel.

bb. L'option de législation, fondement possible de la reconnaissance d'enfants

Le fonctionnement du mécanisme de l'option de législation. Conformément à l'article 1^{er}, alinéa 4, de l'ordonnance du 3 juin 2010, toute personne appartenant au statut de droit local peut décider de « soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant [de son statut] ». Un ancien magistrat en déduit, à juste titre, que les Mahorais peuvent opter ponctuellement pour le droit français afin de reconnaître un enfant naturel⁸⁶².

« À mon sens cet article permet bien aux Mahorais de choisir le droit qu'ils souhaitent voir appliquer à telle ou telle situation spécifique, et ce devant toute autorité ou administration, et non pas uniquement devant les juridictions. Telle était en tout [cas] bien l'intention de l'auteur dudit amendement afin d'éviter aux Mahorais de se retrouver dans des situations ubuesques... Sur la base de ce fondement juridique, je ne vois pas ce qui interdirait aux officiers d'état civil de recevoir des reconnaissances émanant de Mahorais

⁸⁶⁰ Rép. min. n° 70227, *JO*, Ass. nat., 21 sept. 2010.

⁸⁶¹ Voir *infra* II, A).

⁸⁶² Échanges datant de nov.-déc. 2015, entre le vice-procureur près le TGI de Saint-Pierre de La Réunion, et un magistrat en poste à Mayotte jusqu'en 2011. L'observation est formulée à propos de l'art. 52-1, al. 4, de la loi n° 2001-616 du 11 juill. 2001, relative à Mayotte, dans sa rédaction issue de l'art. 68 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juill. 2003. Ce texte est repris à l'identique par l'art. 1, al. 4, de l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010.

de droit local. En effet cela reviendrait à priver les enfants mahorais de filiation paternelle alors qu'en droit local mahorais un enfant a toujours nécessairement un père. Elle est de plus contraire à l'égalité des citoyens devant la loi. »

Le mécanisme, au demeurant, était déjà utilisé à l'époque coloniale afin, notamment, que les autochtones puissent accomplir un acte inconnu de leur statut personnel ou dont la teneur était en contradiction formelle avec les principes de leur statut. Des pères de confession musulmane ont, de cette manière, pu reconnaître leur enfant naturel devant l'officier de l'état civil, en optant pour le droit français⁸⁶³. Cette option de législation avait des effets limités : elle n'affectait pas le statut des intéressés – le père et son enfant conservaient leur statut personnel – et elle ne valait que pour l'établissement de la filiation, sans que le droit successoral s'en trouve modifié⁸⁶⁴. Le caractère circonscrit de l'option, affirmé par des décisions anciennes⁸⁶⁵, est consacré aujourd'hui explicitement pour le Sénégal⁸⁶⁶.

Ces principes valent encore pour Mayotte⁸⁶⁷. L'option de législation, d'une part, peut jouer pour « tout rapport juridique » relevant, en principe, du statut civil de droit local, ce qui inclut la filiation. Toutefois, faut-il ajouter immédiatement, elle ne vaut que pour le rapport à l'occasion duquel elle a été exercée, en l'occurrence la reconnaissance d'un enfant ; les intéressés restent soumis à leur statut personnel pour tous les autres rapports juridiques qui peuvent les concerner. C'est ce qui est parfaitement exprimé par deux décisions du tribunal de première instance de Mamoudzou⁸⁶⁸ : l'option de législation « n'entraîne l'application du droit commun que dans les limites du seul litige soumis à l'appréciation du juge de droit commun ». Par suite, elle ne vaut ni pour la succession de l'auteur de la reconnaissance, qui sera dévolue selon la coutume, ni pour les effets de la filiation, tels que, notamment, l'obligation alimentaire ou le droit de garde de l'enfant, qui continueront pareillement à être régis par les règles du statut personnel mahorais. L'option de législation, d'autre part, et selon ces mêmes décisions, « n'entraîne pas renonciation par les parties de leur statut personnel de droit local ». En effet, cette renonciation, qui impose de surcroît le recours à une procédure judiciaire⁸⁶⁹, diffère de l'option de législation dans la mesure où elle est totale (elle concerne l'ensemble du statut civil, puisqu'elle emporte changement de statut) et définitive (aucun retour au statut de droit commun n'est autorisé).

La portée limitée de l'option de législation n'a pas permis de lever toutes les craintes de la doctrine, qui l'analyse parfois comme un moyen de « contourner les règles strictes relatives à la renonciation [au] statut personnel », lorsqu'elle est « laissée ainsi à l'entière discrétion de

⁸⁶³ Voir, par exemple, TPI Diégo-Suarez, 12 mai 1954, *Penant* 1955, p. 262, note P. Guy.

⁸⁶⁴ Voir, sur cette question, B. Durand, *Droit musulman – Droit successoral*, Litec, 1991, p. 145-149.

⁸⁶⁵ Cass. civ., 19 oct. 1891, *Penant* 1891, p. 237, obs. anonymes ; S. 1893, 1, p. 234, obs. anonymes. L'acte de reconnaissance invoqué par un enfant naturel, « reconnu conformément aux dispositions du Code civil » n'implique point que son père « ait renoncé ni pour lui-même ni pour son fils mineur au statut personnel musulman, pour se soumettre à l'empire de la loi française ». Partant, il ne résulte pas que la succession de l'auteur de cette reconnaissance soit « soumise [...] à l'application de la loi française ».

⁸⁶⁶ Les successions peuvent être dévolues soit selon les règles dites « modernes », soit selon les règles musulmanes. Or, la reconnaissance d'un enfant naturel par son père, devant l'officier de l'état civil, ne vaut pas renonciation de celui-ci à se prévaloir des règles musulmanes sur la succession (art. 193 C. fam.).

⁸⁶⁷ Voir, pour une étude d'ensemble de l'option de législation dans les conflits internes de lois, V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., vol. 1, p. 1386-1482.

⁸⁶⁸ TPI Mamoudzou, 15 déc. 2005, *RJOI* 2008, p. 245, note É. Ralser, et TPI Mamoudzou, 3 sept. 2007, *RJOI* 2008, p. 254, note É. Ralser.

⁸⁶⁹ Art. 57, al. 2, de la loi n° 2001-616 du 11 juill. 2001, repris par l'art. 3, al. 2, de l'ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010. La procédure de renonciation est organisée par le décret n° 2002-1168 du 11 sept. 2002, *JO* 18 sept. 2002, p. 15344.

son auteur »⁸⁷⁰, voire comme une ouverture vers une « pratique de *law-shopping* généralisée », risquant de « s'apparenter à une renonciation à la carte » si elle ne demeure pas « des plus limitées »⁸⁷¹. Quoiqu'il en soit, l'option de législation constitue le droit positif. Elle s'inscrit dans la volonté du législateur, qui est d'amener progressivement les Mahorais vers le droit commun. En revanche, et contrairement à ce qui a pu être jugé par des décisions du tribunal de première instance de Mamoudzou, l'option de législation n'aurait pas dû être déduite de l'option de juridiction, offerte aux parties entre 2003 et 2010⁸⁷².

Le domaine d'application de l'option de législation. À ce stade, l'option de législation préconisée devrait permettre, à un *parent relevant du statut de droit local* de reconnaître un enfant, relevant aussi de ce statut, *conformément à la loi civile française*, mais en violation des règles de son statut personnel, qui ne semblent pas autoriser l'établissement de la filiation hors mariage. Cette situation doit être distinguée de deux autres, envisagées par ailleurs.

La reconnaissance dont il est question ici vise à établir la filiation *naturelle* d'un enfant, conformément au droit commun : elle prend acte de ce que la naissance a eu lieu en dehors du mariage. À l'inverse, la reconnaissance de paternité *légitime* s'effectue conformément au droit musulman, et il en résulte une présomption, qui n'est généralement pas remise en cause, de naissance dans le mariage⁸⁷³ (et ce, sans que le père ait à prouver celui-ci). En revanche, dans l'un et l'autre cas, la reconnaissance émane d'un homme relevant du statut de droit local.

La reconnaissance d'un enfant naturel par un père de statut de droit local se distingue également du cas où le père, *de statut de droit commun*, reconnaît l'enfant né d'une mère de statut de droit local. Certes, l'une et l'autre interviennent sur le fondement du droit français. Dans le premier cas, néanmoins, la reconnaissance ne modifie pas le statut des intéressés, qui restent de droit local : l'acte doit être interprété comme une option de législation. Dans le second cas, au contraire, la reconnaissance par le père fait perdre à l'enfant son statut coutumier initial, pour lui octroyer le statut de droit commun, peu importe que le père soit de nationalité française ou étrangère⁸⁷⁴. Cette solution, posée à l'époque coloniale par un décret du 7 novembre 1916, sur lequel nous reviendrons⁸⁷⁵, constitue encore, sur ce point précis, le droit positif. Bien plus, si la mère est de nationalité étrangère, le législateur français exerce son contrôle, afin d'éviter des reconnaissances frauduleuses, qui auraient pour seules fins d'obtenir, par exemple, un titre de séjour⁸⁷⁶. La pratique, pour être fréquente à Mayotte puisqu'elle y a donné lieu à une réglementation spécifique, n'en demeure pas moins en marge de la coutume. Les intéressés, en effet, ne relèvent généralement pas du statut personnel mahorais.

⁸⁷⁰ É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 748.

⁸⁷¹ L. Sermet, *Une anthropologie juridique des Droits de l'homme. Les chemins de l'océan Indien*, Éd. des Archives contemporaines, 2009, p. 76, et note 318, p. 76.

⁸⁷² Art. 61 de la loi n° 2001-616 du 11 juill. 2001, dans sa rédaction issue de l'art. 68 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juill. 2003. Les personnes relevant du statut civil de droit local pouvaient librement choisir de porter leur litige soit devant le tribunal de première instance, soit devant le cadî. Plusieurs décisions ont interprété la saisine du tribunal de droit commun comme une « option de législation en droit commun » : TPI Mamoudzou, décisions précitées du 15 déc. 2005 (demande de réduction d'une pension alimentaire) et du 3 sept. 2007 (demande de délégation de l'autorité parentale), et, dans le même sens, TPI Mamoudzou, 2 mars 2007, RG 31/06 (action en recherche de paternité intentée par la mère). Le lien établi entre le choix du juge et le droit applicable, déjà très contestable à cette époque, n'a plus aucune raison d'être depuis la suppression des juridictions cadiales.

⁸⁷³ Voir *infra* I, A, 2, b).

⁸⁷⁴ Voir, sur ce point, *supra* notre rapport portant sur « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais ».

⁸⁷⁵ Voir *infra* II, B, 1, b).

⁸⁷⁶ Voir *infra* II, B, 2).

Tel qu'il est compris, le mécanisme de l'option de législation permet d'atténuer la rigueur du droit musulman à l'égard des enfants naturels. Il trouvera sans doute peu d'occasions de s'appliquer, la souplesse des règles relatives à la filiation légitime permettant d'établir, dans un grand nombre d'hypothèses, ladite filiation.

2. La souplesse des règles relatives à la filiation légitime

Le droit musulman connaît trois modes d'établissement de la filiation paternelle : la présomption de paternité attachée au mariage (a), la reconnaissance ou l'aveu de paternité légitime (b) et l'action judiciaire fondée sur le témoignage (c). Ces procédés poursuivent un objectif commun : ils visent à faciliter l'établissement de la filiation légitime. Ainsi, alors qu'en principe, l'existence d'une filiation légitime devrait être subordonnée à la preuve d'un mariage valable des parents de l'enfant, laquelle pourrait être rapportée, par exemple, par la production d'une copie de leur acte de mariage, dans le système en vigueur à Mayotte, la paternité légitime peut être établie en dépit de l'absence de preuve d'un mariage valable, voire, ce qui est plus surprenant, en dehors de tout mariage. Cette souplesse ne paraît pas se retrouver dans la coutume malgache.

a. La présomption de paternité attachée au mariage

La présomption de paternité attachée au mariage joue un rôle central dans la coutume mahoraise, où elle est pratiquement irréfragable (aa). De plus, son domaine d'application est défini de façon très large (bb).

aa. Le rôle central d'une présomption quasi irréfragable

« *L'enfant appartient au lit conjugal* ». Il existe, en droit musulman, une présomption de paternité, qui permet de rattacher l'enfant au mari de la mère et, partant, de lui conférer une filiation légitime. C'est ce qu'exprime l'adage « L'enfant appartient au lit conjugal »⁸⁷⁷. La règle figure pareillement dans la coutume malgache : « La filiation légitime résulte uniquement du mariage »⁸⁷⁸. Cette présomption de paternité, empruntée au droit romain, est bien connue aussi du droit français, où elle est maintenue sous sa formulation latine : *Pater is est quem nuptiae demonstrant*. Ce parallélisme des solutions n'a pas échappé à l'un des agents du greffe du service des affaires familiales, qui relève, d'une part, que la philosophie du droit musulman est alignée sur celle du droit commun, qui déclare que l'enfant né d'une femme mariée a pour père le mari et, d'autre part, qu'« on a du mal à accepter une contestation de paternité ».

La règle *Pater is est*, cependant, ne revêt pas la même portée dans tous les systèmes juridiques. En droit français, qui est dominé par un principe d'égalité des filiations, elle ne sert plus, comme naguère, à asseoir la légitimité de la filiation. Elle permet uniquement de fonder, par le seul effet de la loi, la paternité du mari⁸⁷⁹. En droit musulman, comme dans la coutume malgache, la seule filiation légalement et socialement admissible demeure au contraire la filiation légitime.

⁸⁷⁷ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 26. – L. Milliot et Fr.-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Coll. Bibliothèque Dalloz, Dalloz, 2001 [Reproduction de la 2^e éd., Sirey, 1987], p. 404.

⁸⁷⁸ F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches*, op. cit., p. 184. L'enfant légitime est « le *zanaka nateraka* », ce qui signifie « né au cours du mariage ». Autrement dit, sa filiation à l'égard de ses deux parents est établie par le seul fait de sa naissance pendant leur mariage.

⁸⁷⁹ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, op. cit., p. 539-554.

La règle joue, de ce fait, un rôle de premier plan, puisqu'elle permet de désigner le seul père possible d'un enfant : son père légitime.

Bien plus, cette présomption bénéficiaire, dans ces derniers systèmes, d'une très grande force. Dans la coutume malgache, l'enfant ne pourra être exclu de sa famille que si son père et/ou sa mère recourt à la procédure de « rejet »⁸⁸⁰. En droit musulman, la présomption ne peut être renversée que par un désaveu du père (*li'ân*), lorsque l'épouse s'est rendue « coupable du crime de fornication » (*zina*). La procédure à suivre, pour prononcer les serments d'anathème, qui permettront au mari de rejeter sa paternité à l'égard des enfants de sa femme, est minutieusement réglementée dans le *Minhâdj*⁸⁸¹. Le désaveu est toutefois complètement tombé en désuétude⁸⁸², ce qui signifie qu'en pratique, la présomption de paternité n'est jamais combattue. Il est possible, en outre, d'amener le père à reconnaître son enfant légitime, pour le cas où il se montrerait récalcitrant à exercer ses responsabilités.

Le recours possible au serment décisore pour établir la paternité légitime ? Tandis que le Code civil s'appuie sur un système de preuve légale de la filiation, il semblerait qu'en droit coutumier, le refus par un homme de prêter, devant le Grand cadi de Mayotte, le serment décisore quant à sa non-paternité suffise à établir sa paternité. C'est ce qui résulte très clairement d'une affaire mentionnée par la bâtonnière de l'ordre des avocats du barreau de Mayotte, afin d'illustrer l'application de la coutume.

Un mariage, conclu devant le cadi selon les coutumes musulmanes, est ensuite dissous par répudiation. Des jumeaux sont nés après cette répudiation, sans que l'on sache avec certitude s'ils sont nés moins de huit mois avant la répudiation, ou près de deux ans après celle-ci. Toujours est-il que le mari, invité par le Grand cadi de Mayotte – qui avait été saisi par la femme – à prononcer le serment décisore quant à sa non-paternité, a refusé de prêter serment. Le tribunal, se fondant sur « les règles du droit coutumier », a considéré que sa paternité était établie et il a condamné le père à verser à la mère une pension alimentaire. Cette décision a été confirmée par le tribunal supérieur d'appel, puis par la Cour de cassation⁸⁸³.

Le père, par conséquent, ne semble pas pouvoir – *moralement à tout le moins* – échapper à la présomption de paternité qui pèse sur lui. Qu'en est-il depuis 2010 ? Les cadis ayant été supprimés, le serment décisore ne peut plus être déféré devant eux, ce qui est regretté par certains⁸⁸⁴. Serait-il possible de déférer ce serment devant le juge étatique, afin d'établir la filiation légitime d'un enfant ? La réponse n'est pas évidente. En droit commun, et en dépit des termes généraux de l'article 1385 du Code civil, qui prévoit que « Le serment décisore peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de cause », la doctrine admet que « [Ce] serment ne peut pas intervenir dans les matières où une transaction n'est pas possible, par exemple les matières d'*ordre public*, notamment d'état des personnes ; ainsi il ne pourrait être utilisé en matière de filiation »⁸⁸⁵. Par suite, si le juge français qualifie les règles

⁸⁸⁰ F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches*, op. cit., p. 189-190.

⁸⁸¹ Un livre complet est consacré à l'anathème : L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn. Le Guide Des Zélés Croyants*, t. 3, Batavia, 1884, p. 23-37.

⁸⁸² Voir, en faisant le constat de façon générale, Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 46, et, à propos de Mayotte, P. Guy, *Cours de droit musulman*, op. cit., p. 120.

⁸⁸³ Cass 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 05-16809, *Bull. civ.* 2006, I, n° 262.

⁸⁸⁴ Voir *infra* II, B, 3), à propos du combat mené par l'État contre la pratique des reconnaissances frauduleuses.

⁸⁸⁵ Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Coll. Précis, Dalloz, 2015, p. 552 [en italique dans le texte] [Les développements relatifs à la preuve ont disparu des éditions postérieures].

relatives au serment judiciaire de règles procédurales⁸⁸⁶ – exclues, en tant que telles, du domaine d'application du statut civil de droit local –, il refusera de recourir à ce serment pour établir la filiation d'un enfant. Il pourrait néanmoins, par analogie avec ce qui est décidé sur le terrain du droit international privé⁸⁸⁷, soumettre la preuve de la filiation à la loi applicable à celle-ci, en l'occurrence au statut personnel mahorais, dès lors que tous les protagonistes relèvent de ce statut⁸⁸⁸. Toutefois, et à supposer que ce mode de preuve soit admis par le juge étatique, on peut penser qu'il ne sera pas aussi efficace que devant le *cadi*, l'un et l'autre ne bénéficiant pas, à l'évidence, de la même autorité spirituelle.

Le domaine d'application de la présomption de paternité est défini par ailleurs de façon très large.

bb. Un domaine d'application défini très largement

En apparence, la facture de la présomption de paternité du droit musulman est des plus classiques : est réputé issu du mariage de ses parents – et, partant, enfant légitime – « l'enfant né dans le mariage » ou « l'enfant né après la dissolution du mariage, mais dont la conception peut se placer dans le mariage »⁸⁸⁹. Les légistes musulmans, cependant, ont interprété tant l'existence du mariage et que la durée de la période de conception de l'enfant de façon extrêmement souple, afin de pouvoir actionner le plus souvent possible la présomption de paternité et de donner de la sorte un statut social à l'enfant. Le système législatif créé par les légistes musulmans est « si tolérant et si humain » qu'il « ne joue pas le rôle de 'révélateur' d'illégitimité comme dans les systèmes occidentaux »⁸⁹⁰.

S'agissant, plus précisément, de la condition relative à l'existence du mariage, il est notable de constater que la paternité légitime peut être présumée sans que le père, déclarant son enfant à l'état civil, ait à rapporter la preuve de son mariage avec la mère de l'enfant. Bien plus, la présomption de paternité n'est pas remise en cause lorsque le mariage, dont l'existence est rapportée, n'est pas valable.

Le jeu de la présomption de paternité sans avoir à rapporter la preuve d'un mariage. La déclaration de naissance d'un enfant à l'état civil de droit local n'est pas subordonnée à la preuve du mariage de ses parents, ce qui n'empêche pas qu'elle vaille présomption de paternité légitime. Le système se distingue, à cet égard, tant du système occidental de droit commun que de la coutume malgache.

En droit commun, et conformément à une circulaire du 28 octobre 2011, l'acte de naissance d'un enfant énonce les modalités d'établissement de sa filiation : y figurent, selon les cas, le mariage de ses parents, l'acte de reconnaissance ou encore l'acte de notoriété constatant la

⁸⁸⁶ Le Code civil contient, certes, des dispositions concernant spécifiquement le serment décisoire (art. 1385 à 1385-4), mais le Code de procédure civile consacre les articles 317 à 322 au « serment judiciaire ».

⁸⁸⁷ Voir, sur la détermination de la loi applicable aux modes de preuve en matière de filiation, V. Parisot, « Prouver son état en l'absence d'actes », in H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis (Coll. Perspective(s)), 2019, p. 339, spéc. p. 358-359.

⁸⁸⁸ Il ne suffit pas, pour que les règles du statut personnel mahorais soient applicables, que la mère relève de ce statut, et ce par analogie avec ce que décide l'art. 311-14 C. civ. En l'état actuel du droit positif, le droit commun s'applique dans les rapports juridiques mixtes (Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010, art. 5, al. 1), de sorte que le statut de droit local ne régit que les rapports entre personnes relevant toutes de ce statut.

⁸⁸⁹ L. Milliot et Fr.-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, p. 403.

⁸⁹⁰ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, *op. cit.*, p. 18-19.

possession d'état⁸⁹¹. La mention du mariage éventuel des parents, qui permet de faire jouer la règle *Pater is est*, était déjà exigée par l'instruction générale du 11 mai 1999 relative à l'état civil⁸⁹², mais la désignation du mari de la mère comme étant le père de l'enfant a changé de sens entre-temps. Avant 2005, elle permettait d'établir la filiation légitime d'un enfant. Depuis cette date, elle a pour seul effet d'établir automatiquement la filiation paternelle de l'enfant sans qu'il soit besoin, pour le père, de reconnaître son enfant. Dans la coutume malgache, la filiation légitime de l'enfant à l'égard de son père ne saurait résulter de la simple production de son acte de naissance. Elle suppose en outre la production de l'acte de mariage de ses parents⁸⁹³.

En droit local « mahorais », au contraire⁸⁹⁴, l'acte de naissance indique simplement les « nom, âge, profession et domicile des père et mère » ; il ne mentionne pas leur mariage. Ni la circulaire de 2011, ni l'instruction générale de l'état civil de 1999, n'étant applicables à la naissance d'un enfant relevant du statut de droit local, l'existence éventuelle du mariage de ses parents fait défaut sur son acte de naissance. En d'autres termes, et conformément, du reste, à l'interprétation des textes retenue par la commission de révision de l'état civil (CREC), le père peut déclarer la naissance de son enfant « sans avoir à justifier d'un quelconque lien matrimonial », l'acte de naissance étant établi « sans qu'il soit fait expressément mention de la nature de la filiation »⁸⁹⁵.

Cette pratique de la commission tient compte, par ailleurs, d'une réalité : il est des situations dans lesquelles un *acte de mariage des parents n'aurait, de toute façon, pas pu être reconstitué*, « le décès des deux parents et l'ancienneté de la célébration, parfois très discrète [, ne permettant] pas d'entendre un témoin ou de recueillir suffisamment de précisions pour établir l'acte ». Refusant de « constater l'absence de filiation légitime de tous les enfants issus de cette union non déclarée à l'état civil », la CREC a pris le parti, eu égard aux fondements de la vie sociale à Mayotte, de considérer que « l'existence d'une fratrie importante issue du même lit [démontrait] la réalité de l'union »⁸⁹⁶. En d'autres termes, elle a admis la filiation légitime de ces enfants, alors que la preuve du mariage de leurs parents ne pouvait pas être rapportée formellement.

Bien plus, la déclaration à l'état civil de naissances, *en dehors de tout mariage*, a pu être encouragée, afin de couvrir l'irrégularité de ces naissances. Dans son cours à l'usage des futurs cadis, Paul Guy observait ce qui suit :

« [Lorsque] le père de la femme non mariée vient déclarer au chef de canton la naissance d'un enfant qu'il a eu de cette femme et qu'il veut bien préciser en être le père, ledit chef de canton inscrit le nom du déclarant comme père sur l'acte de naissance sans avoir à s'occuper si les parents sont ou ne sont pas effectivement mariés. Dans l'avenir, l'enfant qui présentera son acte de naissance sera présumé [...] légitime. Et comme pratiquement, personne ne viendra contester sa qualité, la déclaration faite, autrefois, par son père vaudra comme reconnaissance d'enfant naturel (*walad twabi'y*). Ceci n'est certes pas conforme au « Fiqh » et l'illégitimité de l'enfant pourra être toujours invoquée par ceux

⁸⁹¹ Circulaire du 28 oct. 2011, relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, JUSC1119808C, BOMJL n° 2011-1, 30 nov. 2011, spéc. p. 26, et p. 28-29.

⁸⁹² Instruction générale du 11 mai 1999, relative à l'état civil, JO 28 juill. 1999, p. 50001, spéc. p. 50100.

⁸⁹³ Jurisprudence citée par F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches*, op. cit., p. 185-186.

⁸⁹⁴ Art. 19 de la délib. n° 61-16 du 17 mai 1961, non modifié à cet égard par l'ord. n° 2000-219 du 8 mars 2000.

⁸⁹⁵ Fr. Perron, « La commission de révision de l'état civil à Mayotte », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 345, spéc. p. 360.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, spéc. p. 359-360.

qui auront intérêt – les cohéritiers notamment – mais cette pratique a, dans l'ensemble, d'heureux effets pour le fils ou la fille nés des erreurs de leurs parents. »⁸⁹⁷

Dans les situations qui précèdent, la déclaration de l'enfant à l'état civil établit la filiation légitime à l'égard du déclarant, sans que celui-ci ait à justifier de son mariage avec la mère. Tantôt, ce mariage est bien réel, mais il n'est pas possible, en l'absence d'acte de mariage, d'en rapporter la preuve. Tantôt, ce mariage n'a pas eu lieu, et cette déclaration confère à un enfant né hors mariage une apparence de légitimité. Dans d'autres situations, la preuve de l'existence d'un mariage est rapportée, mais il s'avère que le mariage n'est pas valable. Or, la nullité du mariage ne constitue pas davantage un obstacle au déclenchement de la présomption de paternité.

Le jeu de la présomption de paternité en dehors d'un mariage valable. La présomption de paternité ne joue pas seulement pour les enfants nés d'un mariage valable. Elle couvre également « les enfants nés d'un mariage atteint de nullité absolue », ainsi que « ceux issus de relations sexuelles illégitimes, que, par erreur, leurs auteurs ont cru être licites »⁸⁹⁸. De plus, « la nullité des mariages incestueux peut, dans le cas de bonne foi des époux, conserver aux enfants leur statut [d'enfants] légitimes »⁸⁹⁹. L'intérêt de la présomption de paternité est non seulement de ne pas traiter ces enfants comme des enfants naturels, qui seraient rejetés par la société, mais aussi – et surtout – d'établir automatiquement la filiation légitime de l'enfant à l'égard de son père, sans avoir à recourir à des artifices, telle la putativité, connue du droit français, afin de tempérer les rigueurs de la règle. La Cour de cassation, au demeurant, en a fait l'expérience dans un litige international.

Une femme, de nationalité algérienne, tentait de faire établir la paternité de son enfant à l'égard de l'homme qu'elle avait épousé *more islamico* à Rouen. Au regard de la loi française, la nullité d'un tel mariage ne faisait aucun doute. Quelle conséquence convenait-il d'en tirer sur la filiation de l'enfant ? La mère s'est d'abord fondée sur l'article 340 du Code civil français, afin d'intenter une action en recherche de paternité. Si cette demande avait prospéré, elle aurait établi la filiation *naturelle* de l'enfant à l'égard de son père. Elle ne fut cependant pas accueillie, au motif que la loi algérienne, désignée par l'article 311-14 du Code civil, était seule compétente pour décider du bien-fondé d'une telle action⁹⁰⁰. La mère a alors convoqué l'article 40 de la loi algérienne, lequel, à l'instar du statut personnel mahorais, déduit la filiation légitime de l'existence d'un mariage, *quelle qu'en soit la validité*. Elle put de la sorte établir la filiation *légitime* de son enfant à l'égard du père⁹⁰¹.

Le droit musulman, en déconnectant complètement la présomption de paternité de la validité du mariage, ouvre donc très largement, et en toute simplicité, la filiation légitime. Une

⁸⁹⁷ P. Guy, *Cours de droit musulman, op. cit.*, p. 122.

⁸⁹⁸ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé, op. cit.*, p. 27.

⁸⁹⁹ P. Guy, *Cours de droit musulman, op. cit.*, spéc. p. 121. L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn. Le Guide Des Zélés Croyants*, t. 2, Batavia, 1883, p. 246-248, envisage, dans un livre consacré aux successions, le cas des mariages incestueux, qui sont « d'usage chez les Pyrolâtres » et qui peuvent « avoir lieu par erreur dans les familles Musulmanes ». Il détermine en quelle qualité les enfants issus de ses unions – entre un fils et sa mère ou entre un père et sa fille – peuvent hériter.

⁹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 18 nov. 1992, *Makhlouf c/ Benali*, n° 90-15275, *Bull. civ.* 1992, I, n° 282 ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 276, note B. Ancel ; *JDI* 1993, p. 309, note Y. Lequette ; *D.* 1993, p. 213, note P. Courbe.

⁹⁰¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998, *Benali c/ Makhlouf*, n° 95-17384, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 652, note B. Ancel ; *D.* 1998, p. 578, note H. Fulchiron.

mansuétude comparable se retrouve lorsque l'on s'intéresse à la durée de la conception légale de l'enfant.

La durée excessivement longue de la grossesse. En droit français, la durée de la grossesse est comprise entre 180 et 300 jours soit, approximativement, entre six et dix mois⁹⁰². En droit musulman, la durée minimale de la grossesse est, quelle que soit l'école, fixée à six mois. En revanche, il y a une divergence entre les rites, et parmi les auteurs d'un même rite, au sujet de sa durée maximale. Les Malékites admettent qu'elle puisse s'étendre à quatre ans, voire à cinq ans, tandis que pour les Hanafites, les grossesses les plus longues dureraient deux ans⁹⁰³. À Mayotte, le *Minhâdj* prévoit une durée comprise entre six mois et quatre ans⁹⁰⁴. Autrement dit, l'enfant qui naît six mois au moins après la conclusion du mariage et au plus quatre ans après la séparation irrévocable des époux⁹⁰⁵, peut être rattaché au mariage de ses parents : c'est un enfant légitime.

De telles durées ont été influencées par « la croyance, fortement enracinée dans les milieux populaires, qu'un enfant peut s'endormir dans le sein de sa mère, et par la coutume qui reconnaît à la femme dont le mariage a été dissous ou dont le mari est en état d'absence, le droit de se dire enceinte d'un enfant endormi (*markūd*) et, lorsque la chose a été admise, à quelque époque que la femme accouche ensuite, rattache l'enfant au mariage »⁹⁰⁶. Cette théorie de « l'enfant endormi », répandue dans tout l'Islam, était fortement ancrée dans la population des Comores⁹⁰⁷. À l'évidence, ces durées, qui échappent à toute rationalité, ne peuvent que nous paraître « extravagantes ». Toutefois, nous met en garde un spécialiste du droit musulman, « Il importe surtout de ne pas taxer [les légistes qui en sont à l'origine] d'ignorance : ce serait vraiment très mal les connaître. Ils savaient parfaitement que la grossesse ne durait que dix mois au grand maximum »⁹⁰⁸. En réalité, ces délais ont été adoptés pour des « raisons d'humanité », afin « de diminuer le nombre des déclassés et des déshérités et d'éviter d'appliquer les peines de l'adultère »⁹⁰⁹. Partant, et aussi invraisemblables qu'ils soient, de nombreux sociologues et plusieurs orientalistes modernes ont recommandé de les conserver dans l'intérêt de l'enfant. Une telle règle apporte « un remède à l'impossibilité juridique de légitimer les enfants naturels, ou même adultérins »⁹¹⁰.

La présomption de paternité attachée au mariage, en raison tant de son caractère quasi irréfragable que de son très large domaine d'application, permet, dans un grand nombre de situations, d'établir la filiation légitime d'un enfant à l'égard de son père. Le droit musulman prévoit par ailleurs l'établissement de la filiation par la reconnaissance ou par le témoignage. Ces procédés peuvent être utilisés par le père et par la mère, mais nos développements se limiteront à envisager la filiation paternelle.

⁹⁰² Art. 311, al. 1, C. civ.

⁹⁰³ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 35-36. – L. Milliot et Fr.- Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 405-406.

⁹⁰⁴ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 3, p. 28.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 43-44.

⁹⁰⁶ L. Milliot et Fr.- Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 406.

⁹⁰⁷ P. Guy, *Cours de droit musulman*, op. cit., p. 121.

⁹⁰⁸ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 36.

⁹⁰⁹ L. Milliot et Fr.-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 405-406.

⁹¹⁰ P. Guy, *Cours de droit musulman*, op. cit., p. 121.

b. La reconnaissance ou l'aveu de paternité légitime

Un mode d'établissement de la filiation légitime. La reconnaissance de paternité (*ta'abbi*) repose sur un aveu (*igrâr*), institution dont on trouve plusieurs illustrations dans le *Minhâdj*⁹¹¹. Elle consiste pour un homme à « [déclarer], en présence de deux témoins, qu'il est le père d'un enfant » ou à « [s'attribuer] tacitement la paternité de cet enfant, en le traitant comme sien »⁹¹². Cette reconnaissance de paternité doit être soigneusement distinguée de la reconnaissance d'un enfant naturel, conformément au droit commun, et dont nous avons vu qu'elle pouvait trouver un fondement juridique dans l'option de législation. La reconnaissance de paternité dont il s'agit ici émane, comme la précédente, d'un homme relevant du statut de droit local, mais elle prend source dans le droit musulman et elle a pour résultat de conférer à l'enfant une paternité légitime. L'utilité de cette reconnaissance est certaine lorsque la naissance de l'enfant n'a pas été déclarée à l'état civil et que sa légitimité ne peut davantage être déduite d'un jugement supplétif d'acte de naissance.

Reconnaissance de paternité directe ou reconnaissance de paternité indirecte. La reconnaissance de paternité peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsque l'aveu est « relatif à la filiation entre soi-même et une autre personne »⁹¹³. Elle est indirecte lorsqu'elle « repose sur un tiers », parent de l'auteur de la reconnaissance, qui représente « le lien entre l'auteur et le bénéficiaire de la reconnaissance, lien sans lequel ceux-ci ne pourraient être parents selon les lois de la nature »⁹¹⁴ : l'aveu « Une telle personne est mon frère » ou « mon oncle paternel » a pour « effet d'établir des relations de famille entre celui qui est reconnu et celui dont il est déclaré descendre »⁹¹⁵. La formule est explicitée par Linant de Bellefonds : « Celui qui reconnaît un individu pour son frère attribue implicitement à son propre père la paternité de ce frère [et] celui qui déclare avoir pour oncle telle personne sous-entend que son grand-père est le père de celui qu'il reconnaît pour oncle. »⁹¹⁶ La paternité indirecte est soumise aux mêmes conditions que la paternité directe, mais elle n'est possible que « si la personne, dont la paternité est constatée de la sorte, [est] déjà morte »⁹¹⁷. Elle n'emporte en outre que des effets limités. En particulier, elle ne confère aucun droit successoral.

Les conditions de la reconnaissance de paternité. Le *Minhâdj* précise que l'aveu de paternité directe « n'est admissible qu'à la condition que ni le sens commun ni la loi ne s'opposent au fait avoué », et que « l'on ne saurait reconnaître un enfant qui a notoirement une autre origine »⁹¹⁸. Ces deux conditions peuvent être éclairées par des ouvrages de droit musulman. En premier lieu, la référence au « sens commun » renvoie très certainement au caractère « vraisemblable » de la paternité de celui qui avoue, ce qui suppose une différence d'âge

⁹¹¹ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 2, Livre XV, p. 74-93.

⁹¹² L. Milliot et Fr.-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 410. – Définition reprise pour le droit musulman chaféite par Fr.-Pierre Blanc, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'Océan Indien (République de Djibouti – Union des Comores)*, Coll. L'Univers des Discours, Balzac éditeur, 2015, p. 248.

⁹¹³ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 2, p. 89.

⁹¹⁴ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 64.

⁹¹⁵ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 2, p. 91.

⁹¹⁶ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 64.

⁹¹⁷ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 2, p. 92.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 89-90.

suffisante entre l'auteur de la reconnaissance et la personne reconnue⁹¹⁹. En d'autres termes, « Il ne [doit] pas [être] impossible, en fait, que l'un soit le fils de l'autre »⁹²⁰.

En second lieu, cette reconnaissance ne doit pas être contraire à la loi musulmane. Dit autrement, il faut que l'auteur de la reconnaissance puisse avoir été « légalement » le père de l'enfant reconnu, ce qui implique que « cette reconnaissance [ne soit pas] de nature à révéler l'irrégularité de la naissance »⁹²¹. Or, comme le droit musulman n'admet que la filiation légitime, la reconnaissance ne devrait pas, en principe, concerner un enfant né hors mariage. Par suite, l'enfant « ne doit pas avoir de filiation déjà connue, quand bien même ses parents seraient décédés ou l'auraient abandonné ». Pareille exigence se comprend aisément : lorsque la filiation de l'enfant est connue, il est présumé que « le tiers, auteur d'une pareille reconnaissance, ne serait rien moins que le père illégitime, ce qui est strictement interdit par la loi musulmane »⁹²². La règle, néanmoins, est très fortement assouplie, car « l'auteur de la reconnaissance [n'a pas] à prouver que la naissance de l'enfant qu'il reconnaît a été légitime ». Tandis que « pour le juriste occidental, la preuve de la filiation légitime exige, au préalable, que soit établie la preuve du mariage, « le juriste musulman ne s'embarrasse pas de cette logique beaucoup trop formelle. La reconnaissance de paternité légitime est valable sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un mariage antérieur, à la seule condition que le déclarant n'avoue pas avoir eu cet enfant de relations illégitimes. On ne lui demande en somme que de se taire sur ce point. Le mariage est alors présumé, et d'une façon irréfragable ». En somme, conclut un éminent auteur, « Un enfant 'naturel', au sens que l'on donne à cette expression dans les législations occidentales, peut très bien faire l'objet d'une reconnaissance en droit musulman. Il suffit que l'auteur de la reconnaissance s'abstienne de déclarer qu'il s'agit d'un enfant de la *zinâ*, d'un enfant de la fornication ». Mais « il va de soi, ajoute-t-il, que s'il avouait le caractère illégitime de la naissance, la reconnaissance serait automatiquement invalidée »⁹²³.

Une troisième et dernière condition apparaît dans le *Minhâdj* et elle se retrouve dans les autres écoles. Elle intéresse la personne reconnue : celle-ci « doit consentir à l'aveu si elle en est légalement capable : c'est pourquoi un aveu ne peut établir la filiation entre celui qui [le] prononce, et un majeur qui s'y oppose, à moins que cette filiation ne soit légalement prouvée d'une autre manière. Le mineur légalement reconnu ne saurait non plus, à sa majorité, annuler cet acte par sa simple dénégation. »⁹²⁴

Lorsque ces conditions sont réunies, « La reconnaissance place la personne reconnue exactement dans la même situation juridique que si elle avait été, en vertu de la loi, l'enfant [...] de l'auteur de la reconnaissance. »⁹²⁵ Et « cet enfant reconnu est, en droit musulman, un enfant légitime »⁹²⁶. L'action judiciaire fondée sur le témoignage produit un effet identique.

c. L'action judiciaire fondée sur le témoignage

Règle de fond ou règle de preuve ? En principe, la reconnaissance de paternité légitime ou l'aveu, d'une part, et la réclamation judiciaire de parenté par le témoignage (*bayyina*), d'autre

⁹¹⁹ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 51.

⁹²⁰ L. Milliot et Fr.- Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 411.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 411.

⁹²² Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., spéc. p. 50.

⁹²³ *Ibid.*, p. 18, et p. 53.

⁹²⁴ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, op. cit., t. 2, p. 90.

⁹²⁵ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 48.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 52.

part, devraient avoir une portée différente. La reconnaissance, en effet, doit être qualifiée de règle de fond. Elle n'est pas « simplement déclarative de droit », dans la mesure où « le mari ne se borne pas à avouer les circonstances de la naissance qui feront, à leur tour, jouer la présomption légale ». Au contraire, « Il s'attribue d'autorité la paternité d'un enfant » sans avoir, nous l'avons vu, à « établir l'existence d'un mariage contemporain de la [naissance] » et « sans même être tenu de prouver que cette naissance est légitime ». « Tout ce que la loi exige de lui, est que, le cas échéant, il se taise sur le caractère illégal de la naissance, et que par ailleurs sa paternité soit vraisemblable, compte tenu de son âge et de l'âge de celui qui bénéficie de la reconnaissance. Ainsi donc, *en théorie*, un homme qui n'a jamais été marié (hypothèse assez vraisemblable en pays d'Islam) pourrait néanmoins reconnaître un individu comme étant son fils légitime »⁹²⁷.

À l'inverse, le témoignage ne devrait constituer, de prime abord, qu'un simple mode de preuve de la filiation. Or, d'après le droit commun de la preuve, « Les témoins ne peuvent rapporter que ce qu'ils ont pu constater par eux-mêmes ou ce dont ils ont pu avoir une connaissance directe »⁹²⁸. Si l'on s'en tient à cette règle générale, le rôle des témoins, en matière de filiation, devrait se limiter à rapporter la preuve, « soit des circonstances et des faits sur lesquels repose la présomption » de paternité résultant du mariage, telles la date de naissance de l'enfant ou la date de la répudiation, « soit de la reconnaissance intervenue antérieurement ». Toutefois, le droit musulman confie aux témoins « un pouvoir qu'ils n'ont pas normalement : celui de se fonder sur une commune renommée, afin de certifier la filiation ou la parenté qui fait l'objet d'un litige »⁹²⁹. La *bayyina* sort alors de sa fonction strictement probatoire, par laquelle elle se contente de confirmer l'existence d'une filiation, pour devenir une véritable règle de fond : il suffit aux témoins, pour faire « naître » la filiation, de « déclarer qu'il est communément admis que celui pour qui ils témoignent et dont la filiation est inconnue [...] a pour père tel individu »⁹³⁰. En définitive, cette preuve par témoins apparaît comme un nouveau moyen de donner une filiation légitime à l'enfant né hors mariage.

Le moyen de donner une filiation légitime à l'enfant né hors mariage ? Paul Guy, dans son cours à l'usage des cadis, traite ensemble la reconnaissance de paternité et la preuve par témoins. Il observe qu'« En pratique, les comoriens qui, comme tous les musulmans, aiment beaucoup les enfants, ne contestent jamais leur filiation » et que, « Mieux, ils en octroient une à ceux qui n'en ont pas, soit en faisant l'aveu qu'ils sont le père, soit en produisant des témoins complaisants qui certifieront le lien légitime. » Rappelant que l'Islam considère « l'enfant né d'une concubine – non esclave du père – ou né en dehors des délais de gestation comme marqué du signe de l'infamie », il conclut que « Les aveux et témoignages sont [...] le fruit d'un pieux mensonge qui profite à l'enfant et que les tribunaux préfèrent ne pas suspecter, à cause de l'intérêt de ce dernier. »⁹³¹ Cette position contraste singulièrement avec celle retenue par la coutume malgache, selon laquelle « À l'égard du père, la filiation naturelle ne peut jamais être établie par quelque moyen de preuve que ce soit et même pas par l'aveu du père ou par la reconnaissance volontaire de celui-ci »⁹³².

Conclusion : l'absorption de la filiation naturelle par la filiation légitime. Le constat de départ, selon lequel il ne peut y avoir de filiation qu'en mariage, ne doit pas laisser accroire que

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 25 [en italique dans le texte].

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 75-76.

⁹³¹ P. Guy, *Cours de droit musulman, op. cit.*, p. 121.

⁹³² F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches, op. cit.*, p. 185.

tous les enfants nés hors mariage seraient nécessairement des enfants illégitimes. De fait, la rigueur, bien réelle, du droit musulman à l'égard des enfants naturels est fortement tempérée par la souplesse des règles relatives à la filiation légitime, qui permettent d'établir celle-ci en dehors de tout mariage. Somme toute, concluait Linant de Bellefonds, « Il faudrait vraiment un concours de circonstances singulièrement malheureux, ou alors que la mère soit privée de tout appui familial ou encore que la naissance ait eu lieu avant son premier mariage, celui-ci étant en général précoce, pour que, dans une société où tout s'emploie à légitimer les naissances » – et où, ajoute-t-il, « la polygamie, même sous sa forme latente, et les répudiations répétées, favorisent toutes les confusions » – « un enfant soit officiellement déclaré illégitime »⁹³³. Dans la coutume malgache, en revanche, qui ne semble pas applicable sur ces questions à Mayotte, la filiation naturelle ne peut jamais être établie à l'égard du père. Or, à défaut de subterfuge, comme en droit musulman, pour étendre la notion d'enfant légitime, l'adoption apparaît comme un moyen de remédier aux inconvénients qui résultent de ce système. C'est là poser la question du sort réservé à la filiation adoptive dans la coutume mahoraise.

B. La filiation adoptive

Le statut mahorais, on le sait, est fondé à la fois sur les préceptes du droit musulman et sur les coutumes malgaches. Or, dans le domaine de l'adoption, la confrontation de ces deux sources révèle des contradictions, irréductibles de prime abord (1). D'où l'interrogation suivante : comment s'opère, à Mayotte, la conciliation entre des commandements qui paraissent incompatibles ? (2).

1. La confrontation des sources

La prohibition de la filiation adoptive dans l'Islam ? À l'époque préislamique, l'adoption (*tabanni*) était une pratique courante et elle créait un véritable lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté⁹³⁴ : l'adopté prenait le nom de l'adoptant ; l'adoption conférait à l'adopté une vocation successorale et elle lui donnait une créance alimentaire à l'encontre de l'adoptant. Enfin, l'adoption créait un empêchement au mariage. L'égalité de traitement entre enfants adoptés et enfants biologiques est illustrée par le traitement égal que le Prophète accorda à ses fils biologiques et à son fils adoptif Zayd, qui était un ancien esclave.

Un événement dans la vie amoureuse du Prophète serait néanmoins à l'origine de plusieurs versets coraniques modifiant cet état de choses. Le Prophète, en effet, était tombé amoureux de la femme de son fils adoptif. Or, celle-ci lui était « doublement interdite puisqu'elle était l'épouse d'une autre et de surcroît celle de son fils »⁹³⁵. Les versets 4, 5 et 37 de la Sourate 33, *Al-Ahzab (Les Coalisés)* lui permirent de l'épouser, après que son fils Zayd l'eut répudiée et que le délai légal fut écoulé.

L'interprétation de ces versets est controversée. Yves Moatty, alors vice-président du tribunal de première instance de Mamoudzou, déduit des versets 5 et 37 que « Le texte du Coran [...] ne prohibe pas l'adoption. »⁹³⁶ Le verset 37 lève certes l'empêchement au mariage, qui résultait précédemment de l'adoption, afin de permettre au Prophète d'épouser sa bru, mais il mentionne

⁹³³ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé, op. cit.*, p. 19.

⁹³⁴ L. Milliot et Fr.- Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman, op. cit.*, p. 415.

⁹³⁵ Y. Moatty, « L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores », rapport (non publié) rédigé à l'issue d'un stage à l'Institut des Hautes Études sur la Justice, mai 2010. Ce texte est reproduit *infra*.

⁹³⁶ *Ibid.*

aussi l'existence possible de « fils adoptifs »⁹³⁷. Quant au verset 5⁹³⁸, souligne l'ancien magistrat, il prévoit simplement « que l'enfant adoptif conserve le nom de son père d'origine ». Le fils adoptif du Prophète, qui avait pris le nom de ce dernier le jour de son adoption, 35 ans auparavant, dut reprendre son nom d'origine : de « *Zayd ibn Muhammad* », il redevint « *Zayd ibn Hârithah* ».

Yves Moatty ne mentionne pas le verset 4, aux termes duquel « [Allah] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants », et qui, combiné avec les deux précédents, est interprété par une très large majorité de la doctrine comme privant l'adoption de tous ses effets de droit, ce qui emporte, en définitive, condamnation de celle-ci. Linant de Bellefonds l'affirme avec force : « Il n'existe pas d'adoption en droit musulman » et « sa condamnation coranique fut trop nette pour qu'elle pût laisser subsister la moindre divergence entre les écoles, que celles-ci fussent sunnites ou chiites »⁹³⁹.

Est-ce à dire, si l'on admet que le droit musulman prohibe l'adoption, que celle-ci n'est pas pratiquée ? Un auteur nous donne des raisons d'en douter. Après avoir rappelé les versets coraniques condamnant cette institution, il observe immédiatement qu'il serait « naïf de croire qu'en ce domaine la société, favorable à l'institution, s'est pliée à l'interdiction ». Il ajoute que « La pratique est ici largement en contradiction avec le droit. L'adoption est de pratique courante, comme elle l'était à l'époque préislamique, et ce dans tous les pays musulmans, de sorte que les enfants adoptifs sont considérés comme légitimes et traités, pour la succession, au même titre »⁹⁴⁰. Assurément, la distorsion ainsi relevée entre la théorie et la pratique ne concerne pas spécifiquement l'archipel des Comores, mais, de façon plus générale, les pays de droit musulman. L'assertion ne vaudrait-elle pas également pour Mayotte ?

En toute hypothèse, l'adoption est une pratique courante dans le droit coutumier malgache, dont on sait qu'il est de nature à façonner la coutume à Mayotte, en dérogeant à certaines règles du droit musulman.

La pratique fréquente de l'adoption dans la coutume malgache. Paul Guy, dans son cours à l'usage des cadis, enseigne que l'adoption est « très fréquente et beaucoup plus facile et plus large » en droit civil malgache qu'en droit civil français, où elle demeure assez rare⁹⁴¹. Dans une thèse portant notamment sur l'application des coutumes malgaches par les magistrats, avant l'accession à l'indépendance de Madagascar, la faculté d'adopter est décrite par son auteur comme étant « illimitée ». Elle peut s'exercer « sans aucune restriction ni condition », « n'importe qui [pouvant] adopter n'importe qui »⁹⁴².

Bien connue de la tradition malgache, l'adoption poursuivait des objectifs variés⁹⁴³, tels qu'« acquérir un prestige ou un intérêt matériel et moral, compte tenu de la personnalité de

⁹³⁷ « [...] Quand Zayd eût cessé toute relation avec elle [Il s'agit de la femme épousée par son fils adoptif], Nous te la fimes épouser, afin qu'il n'y ait aucun empêchement pour les croyants d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci cessent toute relation avec elles. ». Les traductions françaises du Coran sont tirées du site internet <http://www.coran-en-ligne.com/coran-en-francais.html>.

⁹³⁸ « Appelez-les [Il s'agit des enfants adoptifs] du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés [...] »

⁹³⁹ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, op. cit., p. 61.

⁹⁴⁰ B. Durand, *Droit musulman – Droit successoral*, op. cit., p. 151-152.

⁹⁴¹ P. Guy, *Cours de droit musulman*, op. cit., p. 123.

⁹⁴² F. A. Razafindratsima, *Entre droit français et coutumes malgaches*, op. cit., p. 187-188.

⁹⁴³ N. Rakotobe, « La problématique de l'adoption internationale dans le droit malgache (Loi n° 2005-014 du 07 septembre 2005 relative à l'adoption) », *RJOI* 2011, p. 137, spéc. p. 137.

l'adopté », « [reconnaître un] enfant naturel ou adultérin » – ce qui atténue la très grande rigueur précédemment constatée dans l'application des règles relatives à la filiation légitime – « s'assurer une succession, lorsque l'adoptant n'[a] pas d'enfant », ou encore « [permettre] au rejetant de recevoir à nouveau l'adopté qui aurait été rejeté, dans sa famille ». Un arrêté du 6 juin 1939, réorganisant l'état civil indigène dans la colonie de Madagascar et dépendances⁹⁴⁴, prévoyait d'ailleurs explicitement comment les adoptions intervenues suivant les « coutumes locales » devaient être « constatées, reçues et enregistrées » (article 1^{er}). Ces adoptions donnaient lieu à un acte d'état civil, soigneusement réglementé par l'arrêté et dont celui-ci fournissait un modèle. L'arrêté, toutefois, excluait de son champ d'application l'archipel des Comores.

Le droit applicable à Mayotte aux personnes relevant du statut de droit local étant constitué du droit musulman, mêlé de coutumes malgaches, la question se pose de savoir comment s'opère la conciliation entre ces deux sources de droit contradictoires.

2. Et à Mayotte ? La conciliation du droit musulman et des coutumes malgaches

La prohibition de l'adoption par le droit musulman fait-elle obstacle au jeu de l'institution à Mayotte ? Derrière une question simple se cache une réalité complexe, comme en témoigne la diversité des thèses en présence. En réalité, il nous semble que certaines institutions – que la pratique désigne par le terme d'adoption – sont susceptibles de remplir un rôle analogue à celui de l'adoption, mais qu'elles ne peuvent pas, pour autant, être confondues avec une adoption à proprement parler. L'interprétation proposée préserverait tout à la fois l'interdiction de principe du droit musulman et la possibilité d'adopter, consacrée par les coutumes malgaches.

La diversité des thèses en présence. Dans son cours à l'usage des cadis, Paul Guy, tout en reconnaissant que l'adoption est ignorée du droit musulman chaféite, se demande si elle ne pourrait pas être admise à titre de « coutume », comme l'y autorise le décret du 1^{er} juin 1939⁹⁴⁵. S'interrogeant sur le sort qui doit être réservé aux nombreuses adoptions de personnes par des Comoriens, « en résidence ou [domiciliés] à Madagascar », selon la coutume malgache, il distingue deux situations. Il estime que l'adoption selon le mode malgache (*fananganana*) ne devrait être admissible que pour les anciennes tribus sakalaves de Mayotte, déjà présentes dans l'île en 1843, et qui se sont par la suite converties à l'Islam. En revanche, l'adoption ne devrait pas être permise « pour la majorité des grands comoriens, des anjouannais ou des mahorais de langue comorienne », afin d'« éviter la confusion de statuts ». « Prétendre le contraire », poursuit l'ancien magistrat, « Ce serait l'anarchie légale »⁹⁴⁶. Au fond, et même si le terme ne figure pas dans ses écrits, c'est un risque de *law shopping* qui est craint avant toute chose ou, dit autrement, d'un usage opportuniste de la coutume. « Il n'est pas permis à un citoyen français – écrit Paul Guy – de contracter, pour les droits de famille, tantôt sous sa loi, tantôt sous la loi d'un autre citoyen. Personnellement, je ne puis pas me marier selon les coutumes musulmanes. Je ne puis pas adopter quelqu'un selon la coutume malgache. La loi oblige tous les citoyens :

⁹⁴⁴ Arrêté du 6 juin 1939 portant réorganisation de l'état civil indigène dans la colonie de Madagascar et dépendances (archipel des Comores excepté), *JO Madagascar et dépendances* 19 août 1939, p. 1040.

⁹⁴⁵ P. Guy, *Cours de droit musulman, op. cit.*, p. 124 : « Il est un point indubitable, à savoir que le droit musulman chaféite ignore l'adoption. Tenus de rendre la justice selon le 'Minhadj-at Twalibin' vous ne pouvez pas admettre de liens de parenté autres que ceux prévus par ce Code. Toutefois, l'adoption étant dans d'autres rites réglementée, ou admise à l'état de coutume locale – c'est le cas dans certaines parties de la Tunisie et au Hoggar chez les Twareg – on peut se demander si l'adoption ne serait pas recevable au titre de la coutume puisque vous êtes tenus (art. 6 décret du 1^{er} Juin 1939) d'appliquer la coutume lorsqu'elle est constante et bien prouvée. »

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 123-124.

vous ne pouvez pas non plus vous marier selon les coutumes sakalaves et adopter selon la loi 'hova'. »⁹⁴⁷ Seule une renonciation au statut personnel, « à titre exceptionnel », lui paraissait envisageable : « Vous pouvez, si vous le désirez, devenir citoyen français de statut métropolitain. Mais alors, votre choix est définitif : vous ne pouvez plus revenir à votre loi d'origine. » Ni l'application des coutumes malgaches, ni l'adoption conformément à la loi civile française, via une option de législation comme en matière de reconnaissance d'enfants naturels, ne lui paraissaient concevables.

Ces conseils ont-ils été suivis en pratique ? La réponse à cette question est loin d'être évidente, tant les témoignages en la matière paraissent contradictoires. Un ancien magistrat, mobilisant la délibération du 3 juin 1964, qui considère « les coutumes locales propres à chaque île » comme des sources officielles du droit à Mayotte, affirme que « Le principe de l'adoption ne semble poser aucune difficulté aux cadis de Mayotte ». Il évoque le cas d'un testament reçu par un cadi, dans lequel un Mahorais a déclaré adopter une fillette comme son unique enfant et lui léguer tous ses biens. Il ajoute que depuis la suppression de la juridiction cadiale à Mayotte, « Il ne semble y avoir aucun obstacle juridique à ce que [La juridiction de droit commun, désormais appelée à statuer en droit local] puisse prononcer des adoptions simples et plénières en faveur de Mahorais relevant du statut personnel de droit local »⁹⁴⁸. En réponse à un questionnaire que nous lui avons adressé dans le cadre de cette recherche collective, il estime par ailleurs que « Les Mahorais doivent pouvoir être libres d'adopter en droit commun s'ils le souhaitent ». Cette évolution de la coutume vers le droit commun a également été souhaitée par une doctorante, en réponse à ce même questionnaire, car « un changement en la matière [serait] bénéfique pour la protection de l'enfance ».

Cette position n'est pas partagée par tous. Selon un rapport au secrétaire d'État à l'outre-mer, « La filiation adoptive est connue de la coutume malgache sakalave, mais les cadis n'en tiennent pas compte et campent sur le principe de l'interdiction »⁹⁴⁹. Bien plus, lors d'un entretien avec des cadis, la révélation des versets du Coran, consécutive au mariage du Prophète avec la femme répudiée de son fils adoptif, a été explicitement mentionnée afin de rappeler la prohibition de l'adoption. Insistant sur le « besoin de morale » de l'homme, les cadis, regrettant leur disparition, nous ont rappelé leur rôle essentiel en la matière, afin d'expliquer le caractère déviant de tel ou tel comportement au regard de « la législation musulmane et [du] droit local ».

En réalité, il est peut-être possible de concilier ces points de vue. De fait, nos interlocuteurs font état de plusieurs formes de prise en charge de l'enfant, qui sont susceptibles de produire des effets très semblables à l'adoption, mais qui s'en détachent néanmoins par certains aspects. Elles répondent ainsi à la « nécessité sociale » à laquelle correspond l'adoption – ce qui peut expliquer qu'elles soient désignées par le terme d'« adoption » – mais elles ne sauraient être confondues avec celle-ci, afin de ne pas « violer la lettre du Coran »⁹⁵⁰. Ce constat, formulé à propos de la *kafala*, qui « [favorise] l'éducation d'enfants sans rattachement familial », vaut tout autant, nous semble-t-il, pour les pratiques de transferts d'enfants que pour le recueil d'un enfant trouvé, institutions que l'on retrouve à Mayotte et qui ne sont qualifiées d'adoptions que par simple commodité de langage.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 124.

⁹⁴⁸ Y. Moatty, « L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores », *loc. cit.*

⁹⁴⁹ Fr. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Coll. Rapports officiels, La documentation Française, 1998, p. 66.

⁹⁵⁰ Fr.-Pierre Blanc, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite*, *op. cit.*, p. 265.

Les transferts d'enfants : généralités. Les pratiques de transferts d'enfants, autrement dénommées « dons d'enfants » ou « circulation d'enfants », sont fréquentes dans nombre de systèmes juridiques, et dans les sociétés ultramarines en particulier⁹⁵¹, que ce soit à La Réunion, en Polynésie française⁹⁵² ou en Nouvelle-Calédonie⁹⁵³. Par suite, et tandis que le droit de la famille en Occident est dominé par un « principe d'exclusivité », selon lequel « un enfant n'a qu'un seul père et une seule mère », il en est autrement dans ces sociétés, où « un enfant peut avoir de multiples pères et mères 'classificatoires' »⁹⁵⁴. Mayotte et, plus généralement, l'archipel des Comores, n'échappent pas à ce constat. Issue des « coutumes locales », dont on sait qu'elles peuvent être mobilisées par le *cadi*, cette pratique y est courante. L'accueil d'un enfant par des membres de la famille autres que les parents est mentionné à plusieurs reprises par la doctrine et par les personnes interrogées. « L'expérience de la circulation des enfants entre diverses maisonnées de la famille étendue est si commune aux Comores – observent des auteurs – qu'on a soin de préciser, lorsqu'une fille parle de sa mère par exemple, *mayangu anidzaa* “ma mère qui m'a mise au monde”, *mayangu anilela* “ma mère qui m'a élevée”, *mayangu anilodza* “ma mère qui m'a mariée”⁹⁵⁵.

Cette pratique du don d'enfants, dénommée de temps à autre « adoption coutumière », est totalement étrangère à la conception occidentale de l'adoption, envisagée comme « [la création d'une] filiation entre des personnes qui ne sont pas parentes selon le sang »⁹⁵⁶, et qui vise à remédier à un abandon, dans un « contexte d'anonymat, de secret et parfois de mensonge ». Le don d'enfants suppose des « rapports personnalisés », puisque le choix de la famille adoptive constitue un « droit fondamental ». « Conçu et vécu comme un acte à la fois responsable et généreux, il recouvre un geste d'amour, de confiance et d'espoir »⁹⁵⁷. Enfin, il est dépourvu de toute formalité et ne crée aucun lien de filiation véritable.

Il ne saurait être question, dans le cadre limité de cette étude, d'analyser de façon approfondie les pratiques de transferts d'enfants. Nous nous contenterons d'explorer, à partir des témoignages recueillis, les raisons qui conduisent à confier un enfant à d'autres membres de la famille. Ces illustrations permettront de mettre en exergue les différences qui existent entre cette pratique du don d'enfants et l'institution de l'adoption, au sens occidental du terme.

La diversité des raisons conduisant à confier un enfant à d'autres membres de la famille. La pratique du don d'enfants, qui consiste à confier un enfant à des membres de la famille autres que les parents, poursuit des objectifs variés. Elle peut viser notamment à offrir à une femme stérile un enfant de sa parenté proche – celui de son frère ou de sa sœur – car « La coutume veut qu'une femme ne reste jamais sans enfant ». Par ce don, « Cet enfant deviendra le sien et pourra

⁹⁵¹ Voir, dans une perspective comparatiste, I. Leblic (dir.), *De l'adoption : des pratiques de filiation différentes*, Coll. Anthropologie, Presse Universitaire Blaise Pascal, 2004, et en particulier S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, « Circulation des enfants aux Comores. Classe sociale, lignage, individu », p. 177, qui s'appuient sur des enquêtes faites auprès des familles, à Mayotte depuis 1980 et à Ngazidja (Grande Comore) depuis 1989.

⁹⁵² Voir par exemple M.-N. Charles, « Réflexions sur l'adoption en Polynésie française », *RRJ* 1997, p. 89.

⁹⁵³ Voir H. Fulchiron, « La filiation », in É. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, p. 56, spéc. p. 80-85, sur l'adoption coutumière. Conformément à la Charte du peuple kanak, fixant le socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak (pt 66), « La donation coutumière (adoption) d'un enfant correspond en général à un geste d'harmonie et de renouvellement d'alliance » : Délib. n° 06-2014/SC du 15 juill. 2014 du Sénat coutumier, *JONC* 5 août 2014, p. 6815.

⁹⁵⁴ I. Leblic, « Présentation : parenté et adoption », in Leblic (dir.), *De l'adoption, op. cit.*, p. 11.

⁹⁵⁵ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, « Circulation des enfants aux Comores », *loc. cit.*, p. 180.

⁹⁵⁶ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 695.

⁹⁵⁷ M.-N. Charles, « Réflexions sur l'adoption en Polynésie française », *loc. cit.*, spéc. p. 90-95.

même pendre le nom de son mari. »⁹⁵⁸ Il ressort de nos entretiens avec un agent du greffe et avec un notaire que, selon la coutume, un homme qui a un enfant ou des enfants avec une femme d'un autre village, peut également, sans aucune formalité, confier l'un de ses enfants à sa sœur, afin de laisser une trace de sa présence.

La plupart du temps, ce sont les grands-parents qui recueillent les enfants. Jusqu'en 2006, le cadi leur délivrait un « certificat de tutelle », ce qui révèle bien, qu'en dépit du terme utilisé pour désigner cette situation, cet accueil par les grands-parents n'était pas perçu comme une adoption véritable. Cet aspect des choses n'a pas été modifié en 2006, lorsque les cadis ont perdu leur compétence à cet égard. Depuis cette date, des délégations d'autorité parentale – et non des adoptions – continuent d'être fréquemment sollicitées, afin de pouvoir assurer la prise en charge administrative de ces enfants⁹⁵⁹. Ces délégations d'autorité parentale, rendues *conformément au droit commun*, ne sont nullement imposées par la coutume, nous indique un agent du greffe du service des affaires familiales.

Plusieurs facteurs peuvent en être à l'origine. Il est possible, d'abord, d'y voir une conséquence du principe coutumier de matrilocalité, qui se trouve au fondement de la société mahoraise⁹⁶⁰. À Mayotte, en effet, les grands-parents maternels vivent souvent dans le même village que les enfants de leur fille, leurs maisons pouvant partager la même cour. Dans ce contexte, ils nouent des relations privilégiées avec leurs petits-enfants. Aussi, « chaque fois qu'une femme ne peut pas ou plus prendre en charge ses enfants, notamment dans un cadre de séparation du couple, de maladie, de voyage, ou lorsque la mère est très jeune, la mère de la femme ou la mère du mari est sollicitée comme parente pour la prise en charge des enfants [...] Parfois, la relation entre le grand-parent et l'enfant est tellement forte que l'enfant ne réalise qu'à l'âge adulte qui est son véritable père ou mère. »⁹⁶¹

Selon des magistrats, la prise en charge des enfants par les grands-parents, paternels cette fois-ci, peut, ensuite, être un moyen de « contrebalancer le principe de matrilocalité, alors que le taux de fécondité est traditionnellement important dans l'archipel des Comores ». Ils observent qu'il est fréquent, après la séparation du couple, que les enfants soient partagés entre les deux lignages. « Dans le lignage du père, cela conduira le plus fréquemment à ce que l'enfant soit confié aux grands-parents paternels. En répartissant les enfants entre les deux lignages, la mère obtient du père le respect de son devoir d'entretien. Ainsi, la question de la prise en charge des enfants rejoint la question de la gestion des biens dans la famille. » Cette séparation des membres de la fratrie, qui peut surprendre le juriste de métropole, habitué à ne pas séparer les frères et sœurs, dans l'intérêt des enfants, relève « d'habitudes sociales à l'origine d'une forme de coutume à Mayotte ».

L'enfant, par ailleurs, peut être confié à ses grands-parents, paternels ou maternels, ou à son oncle, lorsqu'il est orphelin. Cette pratique serait autorisée par le Coran. Selon l'un des cadis que nous avons sollicités, lorsque cet enfant a un héritage, « il faut des gens de confiance pour

⁹⁵⁸ Y. Moatty, « L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores », *loc. cit.*

⁹⁵⁹ Note rédigée le 16 août 2018 par plusieurs magistrats, à la suite d'un entretien, et intitulée « La place la coutume dans les actes juridictionnels relatifs à la famille à Mayotte ».

⁹⁶⁰ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, « Circulation des enfants aux Comores », *loc. cit.*, p. 181. La résidence matrilocale constitue l'un des deux critères « déterminants pour les modes de déplacements des enfants », car elle « permet une grande proximité spatiale et psychologique entre les maternels dans des maisons centrées sur les femmes propriétaires, tandis que les paternels peuvent être résidents dans un autre village ». Selon les auteurs, le second critère est « la grande instabilité matrimoniale [qui] rend banal le départ du père et l'entrée dans la maison maternelle d'un nouveau mari, ou de plusieurs successivement ».

⁹⁶¹ Note précitée du 16 août 2018, rédigée par plusieurs magistrats.

garder sa succession jusqu'à ce qu'il atteigne son âge de puberté, pour qu'on lui remette sa succession ». Toutefois, « si les parents à qui on a confié cet enfant n'arrivent pas à garder cette somme d'argent ou le terrain ou quel que soit son bien », le Coran prévoit que l'enfant ne doit pas pour autant aller dans une famille d'accueil ; il doit être « confié à quelqu'un qui peut garder son bien jusqu'à ce qu'il atteigne la puberté. » Cette « adoption » intrafamiliale, cependant, n'est pas véritablement considérée comme une adoption par le *cadi*, car « l'adoption, c'est d'adopter l'enfant comme s'il était à moi ».

Enfin, lorsque « [des] parents n'assument pas la charge effective et quotidienne de tous leurs enfants, ils les confient toujours à un membre de la famille ou à une personne du village, pour que ceux-ci puissent bénéficier de l'assistance matérielle des jeunes générations, ou percevoir les allocations familiales, ou pour que les enfants puissent être élevés et scolarisés. » Or, « dans la conception traditionnelle, c'est l'ensemble du village qui est responsable de l'éducation des enfants, et les jeunes garçons qui, à l'âge d'acquérir leur autonomie, quittent la résidence maternelle pour s'installer dans un *banga*, ne sont en fait jamais totalement livrés à eux-mêmes. » Selon l'auteur qui envisage cette situation⁹⁶², cette « 'mutualisation' de l'entretien et de l'éducation des enfants du village », qui résulte des traditions musulmanes et des pratiques coutumières, empêche, *de facto*, l'abandon d'un enfant de statut de droit local, et son adoption subséquente. Ce témoignage peut sans doute être rapproché de celui d'un notaire à Mayotte, selon lequel on adopte souvent des personnes majeures dont l'éducation et les frais courants ont été pris en charge lorsqu'elles étaient mineures.

Les transferts d'enfants répondent, on le voit, à des motivations diverses. Ils présentent pour point commun de concerner des enfants dont la véritable filiation est connue. Tout autre est le statut des enfants trouvés.

Le statut des enfants trouvés. Le *Minhâdj* consacre un livre entier aux enfants trouvés⁹⁶³. On peut y lire notamment ce qui suit : « Les enfants délaissés ne sauraient être abandonnés à leur sort : c'est une obligation dont la communauté Musulmane est solidairement responsable. Le fait d'avoir trouvé un enfant doit être constaté par des témoins. L'autorité sur l'enfant, résultant du fait de l'avoir trouvé et de s'en être chargé, ne saurait être exercée que par un Musulman, majeur, doué de raison, libre, irréprochable et assez intelligent pour administrer ses propres affaires. C'est pourquoi, par exemple, l'esclave qui, à l'insu de son maître, s'est chargé [d'] un enfant trouvé, n'a pas le droit de le garder. »⁹⁶⁴

Le *Minhâdj* établit en outre ce qu'il appelle des « présomptions relatives à la paternité »⁹⁶⁵. Il prévoit notamment que « Lorsqu'un Musulman libre déclare qu'un enfant trouvé est le sien, cette déclaration suffit pour lui conférer le droit d'élever l'enfant par préférence à toute autre personne ». De plus, si « deux personnes se [disputent] la paternité d'un enfant trouvé », il convient « d'avoir recours à un physionomiste pour indiquer le père de l'enfant ». À défaut, l'enfant devra déclarer, à sa majorité, « vers laquelle de ces deux personnes il incline par son caractère ». Enfin, dans le cas où « chaque partie prouverait légalement la vérité de son aveu de la paternité, les preuves alléguées s'annulent réciproquement ».

⁹⁶² E. Cadou, « Le statut de l'enfant dans l'océan Indien : l'enfant mahorais », *RIDC* 2005, p. 291, spéc. p. 329.

⁹⁶³ L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, *op. cit.*, t. 2, Livre XXVI, p. 209-218.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 209.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 217-218.

La question des enfants trouvés est abordée tant par un ancien magistrat⁹⁶⁶ que par le *cadi* de M'Tsapéré. Selon le premier, « la tradition voulant qu'un enfant ne soit jamais délaissé, tout enfant isolé se verra accueilli et adopté par une famille ». Certes, le *Minhâdj* ne prononce pas le terme d'« adoption », contrairement aux Mahorais qui l'emploient fréquemment, mais le sort qu'il réserve à ces enfants, qui sont élevés par celui qui les a trouvés et qui exercent sur eux une « autorité », équivaut à une adoption. Selon le *cadi*, en revanche, cette prise en charge de l'enfant n'est pas une adoption véritable. Lorsqu'on lui demande s'il peut, en droit local, adopter une petite Anjouanaise, il répond par la négative à cette question. Mais il ajoute aussitôt qu'il peut « prendre » cet enfant, « pour que Dieu exauce [ses] bienfaits »⁹⁶⁷.

À dire vrai, la reconnaissance de l'enfant trouvé doit être « [distinguée] avec soin [de] l'adoption proprement dite, qui, en tant que telle, est ignorée du droit musulman », mais elle compte parmi les « institutions plus ou moins proches, auxquelles le *fiqh* attache certaines conséquences juridiques » et qui jouent « un rôle analogue à celui de l'adoption »⁹⁶⁸.

Les développements qui précèdent nous ont permis d'explorer le contenu des règles coutumières applicables à Mayotte en matière d'établissement de la filiation. L'enfant, pour peu qu'il relève du statut personnel mahorais, ne peut établir sa filiation qu'en se fondant sur les préceptes du droit musulman classique, qui ne connaît que la filiation légitime et qui paraît ignorer l'adoption. Divers procédés, toutefois, atténuent la rigueur de ces règles, si bien qu'en réalité, les enfants naturels demeurent rares et qu'un enfant peut, en de nombreuses situations, être élevé par d'autres que ses parents biologiques. Au reste, la filiation à Mayotte ne se limite pas à ces règles coutumières. Elle puise à des règles qui, pour être « locales », ne se trouvent pas moins en dehors de la coutume.

II. La filiation en dehors de la coutume mahoraise

Une volonté commune : la lutte contre la fraude au droit local. Deux situations en particulier doivent être évoquées, lorsque l'on s'intéresse à l'établissement de la filiation en dehors de la coutume mahoraise : la dation de nom et les reconnaissances mensongères ou frauduleuses. Elles présentent deux points communs.

D'une part, elles ont donné lieu à des règles forgées, à l'origine à tout le moins, spécifiquement pour Mayotte : elles apparaissent, de la sorte, comme des règles du droit « local ». La dation de nom, issue du « droit commun général »⁹⁶⁹, c'est-à-dire du droit commun applicable à tous, s'en écarte néanmoins lorsqu'elle s'adresse à des personnes de statut civil de droit local et qu'elle est destinée à Mayotte. Il s'agit, de ce fait, d'une règle doublement spéciale – par ses destinataires et par son champ d'application territorial – et qui déroge aux règles coutumières relatives à l'établissement de la filiation. Quant aux règles relatives à la reconnaissance frauduleuse d'enfants, elles étaient, dans un premier temps, dérogatoires au droit commun général du livre I^{er} du Code civil. Ces règles, propres à Mayotte, mais qui n'étaient pas réservées

⁹⁶⁶ Y. Moatty, « L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores », *loc. cit.*

⁹⁶⁷ « Supposons que je trouve quelqu'un au bord de la mer ou à la plage comme il se passe parfois ici à Mayotte. On reçoit des enfants de quatre ans, ils viennent clandestinement mais, par exemple, la maman on ne la trouve pas, on ne sait pas si elle est décédée ou pas. Si je trouve un enfant comme ça, je le garde chez moi, je peux faire quelque chose, mais je ne dirai pas que c'est mon enfant. Je peux le garder, je peux le scolariser pour attendre que mes biens soient récompensés par Dieu. »

⁹⁶⁸ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé, op. cit.*, p. 62.

⁹⁶⁹ L'expression est empruntée à C. Kuhn et Chr. Popineau, « Mayotte et pratique notariale », *JCP N* 2019, 1335, p. 21, spéc. p. 22, qui opposent le « droit commun général » (ou droit commun « commun ») au « droit commun 'spécial' mahorais » ou « droit commun 'mahorais' ».

aux personnes de statut civil de droit local, constituaient donc un « droit commun spécial mahorais ». Elles ont malgré tout été récemment absorbées par les règles du droit commun général.

D'autre part, ces règles locales ont été « détournées de leurs finalités initiales », instrumentalisées, pourrait-on dire, afin d'« atteindre des objectifs frauduleux »⁹⁷⁰. D'après le recensement de la population établi par l'INSEE en 2017, les trois quarts des bébés nés à Mayotte ont une mère de nationalité étrangère, principalement comorienne⁹⁷¹. Or, il semblerait que nombre de ces femmes comoriennes, sitôt l'enfant né, chercheraient à convaincre un Mahorais d'accepter, contre rémunération, soit de « se présenter comme le père » de l'enfant et de lui donner, par substitution, son propre nom à l'état civil, ce qui a pour effet d'établir la filiation de celui-ci à son égard, soit de reconnaître directement la paternité de cet enfant. Dans les deux cas – la dation de nom comme la reconnaissance –, l'enfant devient immédiatement français et la femme, en tant que parent d'un enfant français, peut solliciter un titre de séjour⁹⁷². En 2006, le législateur est intervenu afin d'encadrer ces pratiques et de sanctionner ce que l'on pourrait qualifier de « fraude au droit local »⁹⁷³.

Au-delà de ces éléments de convergence, la dation de nom (A) et les reconnaissances mensongères ou frauduleuses (B) diffèrent profondément l'une de l'autre, ce qui justifie qu'elles soient étudiées séparément.

A. La dation de nom

La dation de nom, mécanisme issu du droit commun général et étendu à Mayotte, revêt une signification fort différente selon qu'elle concerne des enfants relevant du statut de droit commun ou selon qu'elle vise des enfants relevant du statut de droit local. Un bref rappel du droit commun (1) s'avère nécessaire afin de saisir la spécificité du droit local (2).

1. Un mécanisme issu du droit commun

« *Le décrochage du nom et de l'état civil* »⁹⁷⁴. La dation de nom a été introduite dans notre droit à l'occasion de la réforme de l'adoption, en 1966, et elle a ensuite bénéficié à l'enfant naturel à partir de 1972. Dans les deux cas, l'enfant reçoit le nom d'une personne qui l'élève – le mari de sa mère – sans qu'il y ait de rapport avec sa filiation. La dation de nom de l'enfant naturel constituera l'objet exclusif des développements qui vont suivre, car elle a seule reçu un écho pour les enfants relevant du statut personnel mahorais.

Dans la loi du 3 janvier 1972, sur la filiation, « L'enfant naturel [acquerrait] le nom de celui de ses deux parents à l'égard de qui sa filiation [était] établie en premier lieu. »⁹⁷⁵ La règle assurait, *de facto*, une prééminence du nom de la mère conforme à l'intérêt de l'enfant. Elle n'était bloquée que si la filiation était établie simultanément à l'égard des deux parents : l'enfant portait

⁹⁷⁰ J.-B. Seube, « Les dispositions de la loi 'immigration et intégration' touchant au statut civil de droit local de Mayotte », *RJOI* 2009, n° spécial, p. 139, spéc. p. 140.

⁹⁷¹ *Insee Première*, n° 1737, févr. 2019.

⁹⁷² Fr.-N. Buffét, Rapport n° 300 (2005-2006) fait au nom de la commission d'enquête sur l'immigration clandestine, Sénat, 6 avr. 2006, spéc. p. 32-33.

⁹⁷³ J.-B. Seube, « Les dispositions de la loi 'immigration et intégration' », *loc. cit.*, spéc. p. 140.

⁹⁷⁴ J.-J. Lemouland, « Le choix du prénom et du nom en droit français », in J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine – Étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, 2002, p. 631, spéc. p. 651-652.

⁹⁷⁵ Art. 334-1 C. civ., introduit par la loi n° 72-3 du 3 janv. 1972, sur la filiation, *JO* 5 janv. 1972, p. 145.

alors le nom de son père, ce qui lui conférait une « apparence de légitimité », à une époque où l'on distinguait filiation légitime et filiation naturelle⁹⁷⁶.

Le Code civil mettait en place plusieurs tempéraments à ce système, dont la dation de nom, qui permettait au mari de la mère, « en l'absence de filiation paternelle établie », de « conférer, par substitution, son propre nom à l'enfant par une déclaration [faite] conjointement avec la mère »⁹⁷⁷. La règle bouleversait le rattachement traditionnel du nom à la filiation : instituant « une sorte d'adoption quant au nom seulement (*ad nomen tantum*) »⁹⁷⁸, la dation de nom « conduisait l'enfant à porter le nom d'un tiers avec lequel il n'a qu'un simple lien d'alliance »⁹⁷⁹. Deux limites, résultant de la volonté de l'enfant, étaient néanmoins posées. L'enfant de plus de treize ans⁹⁸⁰ devait exprimer son consentement et il avait la possibilité, dans les deux années qui suivent sa majorité, de demander au juge aux affaires familiales à reprendre le nom qu'il portait antérieurement⁹⁸¹.

Ce mécanisme de la dation de nom a été élargi en 2002⁹⁸². Il était notamment prévu de le bilatéraliser : la faculté de « conférer par substitution son propre nom de famille à l'enfant par une déclaration [conjointe] » aurait été offerte non plus seulement au mari de la mère (en l'absence de filiation paternelle), mais également à la femme du père (en l'absence de filiation maternelle). Cette réforme, cependant, n'est jamais entrée en vigueur pour les enfants naturels.

L'extension du mécanisme à Mayotte pour les enfants relevant du statut de droit commun.

Ce système valait également pour les enfants mahorais relevant du statut de droit commun. Certes, en 1972, Mayotte était, en tant que territoire d'outre-mer, soumis à un principe de spécialité législative : le droit métropolitain n'y était applicable que sur mention expresse. Toutefois, la loi du 9 juillet 1970, dérogeant explicitement à ce principe, y a étendu de plein droit les dispositions législatives relatives au statut civil de droit commun, en matière notamment d'état et de capacité des personnes, dont font partie les dispositions ayant trait au nom⁹⁸³. Partant, la loi du 3 janvier 1972 était en vigueur à Mayotte, en dépit de l'absence de disposition expresse en ce sens⁹⁸⁴.

L'abrogation de la dation de nom, en réaction contre la dissociation du nom et de la filiation.

La dation de nom, qu'elle soit sollicitée en métropole ou à Mayotte, était limitée à la dévolution du nom de l'enfant naturel dépourvu de filiation à l'égard de l'un de ses parents. Elle n'avait aucun effet attributif de filiation, bien au contraire. Le dispositif ne contrevenait donc pas à l'article 310-1 du Code civil qui, énumérant de manière limitative les différentes façons d'établir la filiation d'un enfant, ne mentionne pas la dation de nom. Or, ce sont précisément les critiques se rapportant à cette dissociation du nom et de la filiation, « créatrice de fausses

⁹⁷⁶ S. Fournier, in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, 8^e éd., Coll. Dalloz Action, Dalloz, 2019, p. 925-926.

⁹⁷⁷ Art. 334-5, al. 1, anc., C. civ.

⁹⁷⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. I, 1^{re} éd., Coll. Quadrige. Manuels, PUF, 2004, p. 428.

⁹⁷⁹ S. Fournier, *Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 927.

⁹⁸⁰ Art. 334-2, al. 2, anc., C. civ. (auquel renvoie l'art. 334-5, al. 1, anc., C. civ.), dans sa rédaction issue de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993, modifiant le code civil (art. 21, II), *JO* 9 janv. 1993, p. 495.

⁹⁸¹ Art. 334-5, al. 2, anc., C. civ., dans sa rédaction issue de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 (art. 48, II).

⁹⁸² Art. 13 de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, relative au nom de famille, *JO* 4 et 5 mars 2002, p. 4159.

⁹⁸³ Voir *supra* l'introduction, sur la notion d'« état et de capacité des personnes ».

⁹⁸⁴ L'application à Mayotte de l'art. 334-5 C. civ. a été confirmée expressément tant par l'art. 24 de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, qui procède à un « rattrapage » législatif, que par l'art. 2291 C. civ., introduit par l'ord. n° 2002-1476 du 19 déc. 2002, portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire, *JO* 21 déc. 2002, p. 21363.

situations familiales »⁹⁸⁵, qui ont conduit à l'abrogation de la règle en 2003, pour les enfants naturels nés après le 1^{er} janvier 2005⁹⁸⁶.

Le mécanisme, pourtant, existe toujours à Mayotte, mais uniquement pour les enfants relevant du statut civil de droit local. Il comporte certaines spécificités et il a été détourné, à partir de 2003, de sa fonction initiale.

2. La spécificité de la dation de nom en droit local

La dation de nom, réservée spécifiquement aux personnes relevant du statut personnel mahorais par l'ordonnance du 8 mars 2000, ne concerne que l'enfant né en dehors du mariage de ses parents. Elle a connu trois phases, qui doivent être successivement décrites (a). Dans sa physionomie actuelle, elle revêt une importance pratique indéniable (b) et l'on ne peut que déplorer qu'il ne soit pas possible d'y recourir en dehors de Mayotte (c). En toute hypothèse, la dation de nom ne modifie pas le statut des intéressés (d).

a. Les trois phases de la dation de nom

L'attribution du nom du père prétendu. Au départ, le mécanisme de la dation de nom permet uniquement au père prétendu d'attribuer son nom à un enfant né hors mariage, et ce dans les termes qui suivent⁹⁸⁷ : « L'enfant né hors mariage acquiert le nom de sa mère. Avec l'accord de la mère, celui qui se présente comme le père peut, par une déclaration devant l'officier de l'état civil, conférer à l'enfant, par substitution, son propre nom sans que cette dation de nom ait pour effet d'établir un lien de filiation. »

La règle rejoint celle du droit commun à trois égards : elle suppose un accord de la mère ; elle n'établit pas un lien de filiation ; surtout, elle modifie le nom attribué initialement à l'enfant né hors mariage, en substituant au nom de la mère le nom de celui qui prétend être le père. Le système, en rupture avec la coutume, oblige à modifier les comportements.

Avant cette réforme, l'attribution du nom relevait exclusivement de la coutume. Or, en pratique, l'enfant portait généralement le nom de son père accolé au sien : « La nomination islamique [était] en elle-même une reconnaissance de paternité »⁹⁸⁸. La donne change avec l'ordonnance de 2000 et l'obligation, depuis 2006, de se marier devant l'officier de l'état civil. Lorsqu'un couple se marie devant le *cadi*, l'enfant garde le nom de sa mère, tant que son père n'a pas procédé à la dation de nom, laquelle intervient souvent des semaines ou des mois après la naissance de l'enfant⁹⁸⁹. Pendant tout ce laps de temps, il apparaît aux yeux de tous – du seul fait qu'il n'a pas le nom de son père – comme étant né en dehors du mariage, ce qui constitue « une honte pour soi et sa famille »⁹⁹⁰. La dation de nom réconcilie à cet égard, et dans une certaine mesure, la pratique et la coutume, puisque l'enfant porte le nom de son père. Elle implique néanmoins une démarche volontaire en ce sens du père, qui va à l'encontre de ce qui était admis par la coutume.

⁹⁸⁵ S. Fournier, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 927.

⁹⁸⁶ Art. 9, 12 et 13 de la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003, relative à la dévolution du nom de famille, *JO* 19 juin 2003, p. 10240. Pour les enfants adoptés, la dation de nom n'a été supprimée qu'en 2013.

⁹⁸⁷ Art. 3 de l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000.

⁹⁸⁸ S. Blanchy, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte. Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française* 2018, p. 47, spéc. p. 51.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, spéc. p. 51.

⁹⁹⁰ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 125.

Une différence – et elle est de taille – sépare en outre le droit commun et le droit local. En droit commun, l'enfant doit nécessairement, pour bénéficier de la dation de nom, être dépourvu de filiation à l'égard de l'un de ses parents. À Mayotte, la dation de nom, prévue au profit de l'enfant qui relève du droit local, émane en revanche de « celui qui se présente comme le père ». Bien sûr, précise un ancien magistrat à Mayotte, la « qualité de père » des personnes entreprenant cette démarche de dation de nom ne saurait être « certifiée » : il s'agit « des personnes qui se sont présentées en mairie et ont déclaré, avec l'accord de la mère, être le père d'un enfant »⁹⁹¹. Toutefois, la filiation paternelle de l'enfant ne saurait être déniée par principe. Le mécanisme a d'emblée connu un réel succès, puisqu'il a été procédé à 104 dations de nom en 2000 et à 107 en 2001⁹⁹².

Un mode original d'établissement de la filiation naturelle. En 2003⁹⁹³, la dation de nom change de nature : la substitution du nom du père à celui de la mère « emporte reconnaissance et établissement de la filiation paternelle », alors qu'au départ elle n'avait pas « pour effet d'établir un lien de filiation ».

L'enfant mahorais dispose aujourd'hui d'une possibilité officielle de voir sa filiation naturelle établie. La rupture avec l'esprit initial de la dation de nom du droit commun se trouve de la sorte définitivement consommée, cette dernière ne visant qu'à conférer à l'enfant une apparence de légitimité, tout en refusant de lui attribuer formellement une filiation à l'égard de l'auteur de la dation de nom. Selon l'un des agents du greffe du service des affaires familiales, ce mécanisme permet ainsi d'adapter le droit à l'évolution de la société, de nombreuses femmes ayant des enfants hors mariage ou au sein d'un mariage nul. Il autorise l'établissement de la filiation naturelle de ceux-ci, dans une société où le droit local, d'émanation musulmane, ignore la reconnaissance. Certes, nous l'avons vu, toute reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas exclue en pratique dans la société mahoraise. Néanmoins, ces reconnaissances ne reçoivent que rarement l'assentiment des autorités officielles et elles peinent à trouver un fondement juridique solide, l'option de législation, qui aurait pu jouer ce rôle, n'étant que rarement sollicitée⁹⁹⁴. Par conséquent, la dation de nom met fin aux incertitudes du droit antérieur.

En outre, et en dépit des termes utilisés par l'ordonnance, cette « reconnaissance » diffère foncièrement de la reconnaissance du droit commun, reposant sur l'article 316 du Code civil : loin d'être unilatérale, comme cette dernière, elle nécessite systématiquement un accord de la mère. Par suite, la dation de nom, emportant reconnaissance et établissement de la filiation paternelle, est impossible toutes les fois que la mère exprime son désaccord, ou qu'elle n'est plus en mesure de donner son accord, par exemple parce qu'elle est décédée. Un agent des greffes le regrette : l'exigence d'un consentement de la mère et, ajoute-t-il, de sa présence, empêche en ce cas le père de reconnaître son enfant.

Enfin, et en contradiction avec le droit commun, encore, il n'est tenu aucun compte de la volonté de l'enfant : son consentement personnel n'est jamais exigé, quel que soit son âge, et il ne peut pas s'opposer à cette dation de nom, une fois qu'il est devenu majeur. Par ailleurs, la dation de

⁹⁹¹ A. Chateaufort, alors président du tribunal de première instance de Mayotte, Contribution orale concernant le statut personnel, *in Mayotte dans la République, op. cit.*, p. 589.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 588. L'ancien magistrat observe qu'« Il ne s'agit donc pas d'une simple hypothèse d'école, mais d'une réalité locale, conduisant à la création légale d'un lien patronymique entre deux personnes sans que ce lien n'établisse de filiation, et donc de liens juridiques, entre elles. »

⁹⁹³ Art. 3, al. 2, de l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000, dans sa rédaction issue de l'art. 65, I, 5° a) de loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juill. 2003.

⁹⁹⁴ Voir *supra* I, A, 1, b), sur ces éléments.

nom ne peut provenir que du père, et non de la mère. La bilatéralisation, qui était au cœur de la réforme du droit commun en 2002, sans pour autant entrer en vigueur, n'a jamais été envisagée pour le droit local mahorais. En toute hypothèse, elle est imposée à l'enfant, qui ne dispose pas de la faculté réciproque de faire juger qu'il est né de tel individu qu'il désigne : l'action en recherche de paternité (et de maternité) demeure interdite, même si, toujours aux dires de cet agent des greffes, de telles actions sont fréquentes en pratique.

La lutte contre la fraude au droit local. Depuis 2006⁹⁹⁵, enfin, la dation de nom n'est attributive de filiation que si « le père et la mère [sont] des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte ». « À défaut, la filiation ne peut être établie que dans les conditions et avec les effets prévus par le Code civil. »

Cette précision a pour objet de mettre fin à la pratique par laquelle un Mahorais de droit local donne son nom à l'enfant d'une femme comorienne, venue accoucher à Mayotte, afin qu'elle obtienne, grâce à cette dation de nom emportant les effets d'une reconnaissance, une carte de séjour au nom de la protection de la vie privée et familiale⁹⁹⁶. De fait, le caractère très attractif de l'institution, telle qu'elle résulte de la réforme intervenue en 2003, se mesure sans mal, le nombre des dations de nom ayant été multiplié par quatre en l'espace de quatre ans, pour atteindre 421 procédures en 2004⁹⁹⁷. Désormais, nous confirme un agent des greffes, la dation de nom ne permet de pallier l'absence de reconnaissance de filiation en droit local que lorsque les deux parents – et non plus seulement l'enfant – relèvent du statut de droit local.

Le dispositif a été maintenu après la départementalisation de Mayotte⁹⁹⁸, ce que nous confirme un agent des greffes : il est possible de faire des dations de nom en mairie, mais, observe-t-il, « il y en a peu ». La dation de nom revêt malgré tout une importance toute particulière depuis la suppression du mariage devant le cadi en 2006.

b. L'importance pratique de la dation de nom

Le moyen de donner un statut social à l'enfant depuis la disparition du mariage cadial. Le mariage entre deux personnes relevant du statut personnel mahorais a été profondément affecté par les diverses réformes opérées à Mayotte. Initialement, ce mariage était célébré par le cadi, conformément à la coutume, celui-ci ayant même, un temps, reçu compétence pour dresser l'acte de mariage. Depuis 2006, les cadis ont perdu toute compétence en ce domaine : ils ne peuvent plus ni célébrer les mariages ni dresser les actes d'état civil qui en résultent. À présent, tous les mariages doivent être obligatoirement célébrés devant l'officier de l'état civil, conformément au droit commun. Mais la réalité est tout autre. Nos interlocuteurs sont unanimes : les pratiques demeurent, en la matière, coutumières. Par ignorance ou par choix, nous raconte un avocat, les Mahorais relevant du statut de droit local continuent de se marier soit devant le cadi ou devant le *fundi*⁹⁹⁹, soit religieusement, « à la maison ». Ils boudent

⁹⁹⁵ Art. 3 de l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000, complété par un alinéa 3, issu de l'art. 107 de la loi n° 2006-911 du 24 juill. 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, *JO* 25 juill. 2006, texte 1.

⁹⁹⁶ J.-B. Seube, « Les dispositions de la loi 'immigration et intégration' », *loc. cit.*, spéc. p. 140.

⁹⁹⁷ Fr.-N. Buffet, Rapport n° 371 (2005-2006) fait au nom de la Commission des Lois, sur le projet de loi relatif à l'immigration et à l'intégration, Sénat, 31 mai 2006, spéc. p. 260.

⁹⁹⁸ Rép. min., n° 80445, *JO*, Ass. nat., 11 janv. 2011, p. 264.

⁹⁹⁹ Il s'agit d'une personne de notoriété religieuse habilitée par le cadi à célébrer le mariage.

l'officier d'état civil, le mariage coutumier, pourtant dépourvu de tout effet juridique¹⁰⁰⁰, leur apparaissant comme le seul mariage « socialement » valide.

Cette réforme du mariage a un impact direct sur la filiation : les parents unis coutumièrement se pensent mariés alors qu'ils ne le sont pas, au regard de la loi civile, dorénavant seule applicable en la matière ; leurs enfants, même nés postérieurement à la célébration de leur mariage, sont officiellement des enfants nés hors mariage. La dation de nom permet en ce cas de pallier l'absence de mariage civil et de donner à l'enfant « un statut juridique correspondant à son statut social »¹⁰⁰¹, peu importe que, d'un point de vue juridique, l'enfant soit né en dehors d'un mariage valablement célébré au regard du droit civil. La nature et la preuve de la filiation en ressortent néanmoins transformées.

Les changements affectant la nature et la preuve de la filiation. Avant 2006, l'établissement de la filiation ne soulevait guère de difficultés : le mariage coutumier, qui se trouve au soubassement de la famille, était reconnu légalement et socialement. De surcroît, la souplesse des règles relatives à la filiation légitime conduisait le plus souvent à reconnaître cette filiation, si bien que la nécessité d'établir la filiation naturelle était une hypothèse somme toute relativement marginale. La filiation légitime de l'enfant était donc assurée dans des conditions équivalentes à celles du droit commun, par le truchement, principalement, de la présomption *Pater is est*. Depuis 2006, il est, certes, possible d'asseoir la filiation légitime d'un enfant né en dehors d'un mariage régulier, en usant des divers procédés mis en place à cet effet par les légistes musulmans. Toutefois, il est à craindre que la société, qui n'est peut-être pas forcément au fait des subtilités de la coutume, refuse de considérer ces enfants comme des enfants légitimes. Afin de prévenir toute incertitude quant à leur statut, la dation de nom offre aux parents non mariés civilement un moyen simple d'établir la filiation de leurs enfants, étant entendu qu'il ne pourra s'agir que d'une filiation naturelle et non d'une filiation légitime. La situation révélera au grand jour les distorsions entre les règles du statut personnel mahorais et celles du droit commun.

La publicité, dont est en outre assortie la dation de nom¹⁰⁰², simplifiera la preuve de la filiation de l'intéressé, et facilitera ses relations, ainsi que celles de ses parents, avec les autorités ou les administrations, publiques ou privées, auprès desquelles cette preuve peut s'avérer nécessaire. Mais encore faut-il, évidemment, que la possibilité de recourir à la dation de nom soit réellement offerte. Tel ne semble cependant pas être le cas en dehors de Mayotte.

c. La pratique impossible de la dation de nom en dehors de Mayotte ?

Le constat : l'impossibilité de recourir à la dation de nom. 15 ans après l'introduction de la dation à Mayotte, une magistrate en charge du Parquet civil au TGI de Saint-Pierre de La Réunion nous apprend qu'elle ne parvient toujours pas à faire recevoir les datations de nom par les mairies de son ressort, et ce contrairement à la position exprimée par la Chancellerie¹⁰⁰³ ou

¹⁰⁰⁰ Entretien avec un agent du greffe du service des affaires familiales. – Voir également *supra* le rapport de V. Égéa, « Mariage et coutumes à Mayotte ».

¹⁰⁰¹ Rapport intermédiaire établi par les responsables de cette recherche collective, oct. 2019, p. 16.

¹⁰⁰² L'art. 10 de l'ord. n° 2000-218 du 8 mars 2000 prévoit que la mention des décisions de changement de nom « est portée en marge des actes de l'état civil de l'intéressé ».

¹⁰⁰³ Échanges datant de nov.-déc. 2015, entre le vice-procureur près le TGI de Saint-Pierre de La Réunion, et un magistrat en poste à Mayotte jusqu'en 2011.

par le ministère¹⁰⁰⁴. Les mairies se trouveraient confrontées à des « difficultés techniques » et refuseraient de suivre leurs directives, les invitant à accepter cette procédure, lorsque les pères d'enfants nés à La Réunion le demandent. Ce constat avait déjà été formulé cinq ans auparavant, par une anthropologue et par le vice-président du TGI de Saint-Denis de La Réunion. Le paradoxe de la situation est relevé dans les termes qui suivent¹⁰⁰⁵ :

« Le statut de droit local est attaché à la personne et non au lieu où elle se trouve. Mais hors de Mayotte, le droit commun peut être appliqué, à défaut de compétences pour appliquer le droit local mahorais. Or, à [La] Réunion, où ils résident nombreux, les Mahorais se trouvent souvent renvoyés d'un droit à l'autre. Si un enfant naît d'une mère mahoraise alors que le père se trouve à Mayotte et que celui-ci veut par la suite reconnaître son enfant, on lui interdit la procédure de reconnaissance (droit commun), mais la dation de nom (droit local de Mayotte) n'existe pas sur les registres de droit commun de [La] Réunion ! »

L'impasse devant laquelle se trouvent les Mahorais, et les difficultés administratives qu'ils rencontrent en matière de filiation, les conduiraient parfois à solliciter un changement de statut¹⁰⁰⁶.

La levée possible des obstacles techniques. En dehors de Mayotte, la dation de nom paraît se heurter à deux obstacles techniques, qui peuvent, à notre avis, être surmontés.

On pourrait penser, de prime abord, que le mécanisme de la dation de nom est dépourvu de fondement juridique en dehors de Mayotte, à savoir en métropole ou dans les autres territoires ultramarins, telle La Réunion. L'ordonnance du 8 mars 2000, qui l'introduit, n'indique-t-elle pas, dès son article 1^{er}, que les règles qu'elle fixe concernent les « personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte » ? En réalité, cette précision, que l'on retrouve dans l'ordonnance du 3 juin 2010, ne vise nullement à conférer au statut personnel un domaine spatial d'application limitée : en droit français, le statut personnel, parce qu'il est attaché à une personne, la suit partout, où qu'elle se trouve, et le principe vaut pour les relations internationales comme pour les relations internes à un État. La qualification de « droit local applicable à Mayotte » signifie simplement que le statut personnel entretient des liens avec le territoire quant à son existence et quant à son contenu¹⁰⁰⁷. Dit autrement, la dation de nom, dans

¹⁰⁰⁴ Rép. min. n° 70227, *JO*, Ass. nat., 21 sept. 2010 : la dation de nom, « emportant reconnaissance de paternité, peut être effectuée devant tout officier de l'état civil sur l'ensemble du territoire national ».

¹⁰⁰⁵ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 135.

¹⁰⁰⁶ Y. Moatty, « Justice cadiale, droit local, droit commun », sept. 2009, contribution écrite non publiée : « Une augmentation des requêtes en changement de statut est la conséquence des difficultés administratives rencontrées par les mahorais : impossibilité pratique de reconnaître leurs enfants nés hors mariage civil ou d'effectuer une dation de nom en dehors de Mayotte ; impossibilité de faire figurer sur leurs livrets de famille leurs enfants légitimes nés à une date trop rapprochée de la célébration du mariage ; difficultés opposées à une requête en adoption au motif que l'adoption n'existerait pas en droit local ».

¹⁰⁰⁷ Le statut personnel mahorais n'existe que pour les Français originaires de Mayotte : voir, sur ce point, *supra* notre rapport portant sur « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais ». De surcroît, son contenu est déterminé par référence à un territoire : le statut personnel mahorais ne saurait être confondu ni avec le droit musulman classique, tel qu'on peut le trouver dans d'autres pays, ni avec les coutumes malgaches, dont il s'inspire parfois directement : voir, à la lumière du droit colonial algérien, sur les liens entretenus avec le territoire par les conflits interpersonnels de lois se produisant outre-mer, V. Parisot, « L'apport du droit colonial algérien à la science des conflits de lois. De l'intérêt du droit colonial aujourd'hui », in J.-Ph. Bras (dir.), *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Coll. Terres et gens d'islam, Karthala, 2015, p. 241, spéc. p. 243-254.

la mesure où elle fait partie intégrante du statut personnel des personnes originaires de Mayotte, devrait leur être offerte, où qu'elle soit demandée.

Si les praticiens de La Réunion n'acceptent pas ce mécanisme, ce n'est donc pas parce qu'il y serait dépourvu de fondement légal. L'explication pourrait-elle se trouver, comme l'avancent nos interlocuteurs, dans l'inexistence, en dehors de Mayotte, des registres de droit local ? Effectivement, lorsqu'un enfant naît en dehors de Mayotte – à La Réunion ou en métropole – il ne peut être déclaré que dans un registre de droit commun, à l'officier de l'état civil de son lieu de naissance¹⁰⁰⁸. Deux conséquences en découlent.

D'une part, seules peuvent être portées sur son acte de naissance les mentions imposées par le droit commun, parmi lesquelles la dation de nom du droit local ne figure pas. Ainsi, le système des mentions marginales s'oppose à ce que le père procède à une dation de nom. L'obstacle n'est pourtant pas insurmontable. Il devrait être envisageable d'analyser la dation de nom en un changement de nom par déclaration conjointe des parents, bien connue du droit commun, et de porter sur l'acte de naissance la mention marginale prévue à cet effet¹⁰⁰⁹. Ce pis-aller ne devrait toutefois pas faire oublier que les deux mécanismes diffèrent sur un point central. En droit commun, la déclaration conjointe des parents suppose que la filiation de l'enfant a été *préalablement* établie, et ce de façon successive, à l'égard de chacun des parents. En droit local, au contraire, la demande de changement de nom émanant du père, et ayant recueilli l'accord de la mère, a précisément pour effet d'*établir la filiation naturelle* de l'enfant à l'égard du père.

D'autre part, et surtout, l'existence de deux registres de l'état civil, l'un de droit commun et l'autre de droit local, reflète nécessairement le statut – de droit commun ou de droit local – des personnes dont les naissances sont déclarées. En outre, la mention du statut (de droit local ou de droit commun) ne peut pas être indiquée sur un acte de naissance établi ailleurs qu'à Mayotte, car elle n'existe pas en droit commun. Il s'ensuit que, lorsqu'un enfant est déclaré sur un registre de droit commun, tout se passe, formellement, comme s'il était de statut de droit commun. En tant que tel, il ne relève pas de l'ordonnance du 8 mars 2000, qui est réservée aux personnes de statut de droit local. À n'en pas douter, il s'agit là de la véritable difficulté que rencontre la dation de nom en dehors de Mayotte. L'un des moyens d'y remédier pourrait consister à supprimer la dualité de l'état civil, tout en inscrivant de façon systématique le statut des intéressés sur un registre unique : DC ou DL. Ce système permettrait de déclarer la naissance d'un enfant, en dehors de Mayotte, sans lui faire perdre, *de facto*, son statut personnel. Par suite, cet enfant pourrait bénéficier de la dation de nom, laquelle serait portée en marge de son acte de naissance.

En toute hypothèse, et lorsque cette dation de nom est possible, elle n'affecte pas le statut des protagonistes.

d. Les effets de la dation de nom sur le statut des protagonistes

L'analogie avec l'option de législation. La dation de nom unit l'enfant et son père « par des liens d'une filiation naturelle désapprouvée par la règle musulmane », ce qui conduit à « s'interroger sur le point de savoir si ce mécanisme [...] n'emporte pas nécessairement renonciation au statut personnel, et ne place pas d'emblée l'enfant et son père sous l'emprise

¹⁰⁰⁸ Art. 55, al. 1, C. civ.

¹⁰⁰⁹ Art. 311-23, al. 2, C. civ., et circulaire du 26 août 2020, relative aux tableaux récapitulatifs des formules de mentions apposées en marge des actes de l'état civil, JUSC2021489C, *BOMJ* n° 2020-08, 31 août 2020, spéc. p. 5, et p. 58.

exclusive et définitive du droit commun »¹⁰¹⁰. En réalité, il nous semble que la dation de nom doit, de ce point de vue, être analysée comme l'option de législation. Certes, il ne s'agit pas, en recourant à la dation de nom, de faire appel à une règle du droit commun, applicable, en tant que telle, à tous les Français relevant du statut civil de droit commun. La dation de nom reste une règle de « droit local » et elle est, qui plus est, spécialement réservée aux personnes relevant du statut personnel mahorais. Elle présente néanmoins pour point commun avec l'option de législation de marquer une renonciation *ponctuelle* à la coutume pour lui substituer une règle forgée par le législateur national. En l'occurrence, il s'agit, pour les parents, d'écarter la règle particulière du droit musulman, qui interdit l'établissement de la filiation naturelle, et d'opter pour un mécanisme qui donne, à leur enfant, un statut juridique qui sera dépourvu de contestation, quand bien même cet enfant est né en dehors du mariage (civil) de ses parents. Partant, les effets de la dation de nom devraient être similaires à ceux de la reconnaissance d'un enfant naturel, effectuée conformément au droit commun : la dation de nom se limite à établir la filiation naturelle d'un enfant. Les effets de la filiation demeurent en revanche soumis à la coutume.

Une question émerge alors : si la dation de nom et la reconnaissance d'un enfant naturel emportent les mêmes effets, quelle est l'utilité de prévoir deux mécanismes différents ? L'examen de l'arsenal des lois, poursuivant la lutte contre les reconnaissances mensongères ou frauduleuses, apporte un élément de réponse à cette question.

B. Les reconnaissances mensongères ou frauduleuses

Les reconnaissances mensongères ou frauduleuses d'enfants trouvent leur origine à l'époque coloniale, au commencement du siècle dernier, où elles constituaient une fraude à la citoyenneté française¹⁰¹¹. Les procédures instituées à cette époque pour lutter contre ce phénomène ne sont pas dénuées d'intérêt pratique, encore aujourd'hui (1). Au XXI^e siècle, de telles reconnaissances perdurent, mais elles ont changé d'objectif : il s'agit désormais de frauder la nationalité française – et non plus la citoyenneté française – ou la législation française sur le droit des étrangers. Il n'empêche ! Les similitudes sont réelles entre le droit d'hier et les lois contemporaines, qui multiplient les dispositifs de prévention de la fraude, ainsi que les sanctions, pénales et civiles, afin de lutter contre l'immigration clandestine (2). Les praticiens sont, par ailleurs, fréquemment confrontés à de telles reconnaissances, ce qui soulève la question de la place de la coutume dans ce système (3).

1. L'actualité du droit colonial de la lutte contre les reconnaissances mensongères ou frauduleuses : la fraude à la citoyenneté française

La volonté de combattre les reconnaissances frauduleuses puise sa source dans le droit colonial, où les contrôles mis en place visaient à lutter contre la « fraude à la citoyenneté » française. Les termes du débat doivent être rappelés (a) avant d'examiner les solutions prévues pour la colonie de Madagascar, à laquelle étaient rattachées les Comores et dont faisait partie Mayotte (b).

¹⁰¹⁰ E. Cadou, « Le statut de l'enfant dans l'océan Indien », *loc. cit.*, spéc. p. 326.

¹⁰¹¹ Voir, sur cette question, E. Saada : « Paternité et citoyenneté en situation coloniale. Le débat sur les 'reconnaisances frauduleuses' et la construction d'un droit impérial », *Politix* 2004, p. 107, et, du même auteur, *Les enfants de la colonie. Les métis de l'Empire français entre sujétion et citoyenneté*, Coll. L'espace de l'histoire, La Découverte, 2007, spéc. p. 137-163, et p. 293-295, « La controverse des 'reconnaisances frauduleuses' ».

a. Les termes du débat

Le contexte. Au début du XX^e siècle, les reconnaissances frauduleuses d'enfants sont perçues comme un moyen d'accéder à la citoyenneté française, tout en échappant au contrôle du législateur colonial. Cette pratique, qui constitue l'un des aspects de la « question métisse », concerne plus particulièrement l'Indochine, Madagascar et l'Afrique subsaharienne. Elle résulte de la combinaison de deux éléments. D'une part, et jusqu'à ce que la qualité de citoyen français soit reconnue à l'ensemble des nationaux¹⁰¹², et que la renonciation au statut personnel devienne un droit¹⁰¹³, les « sujets français », régis par leurs coutumes, ne peuvent accéder à la citoyenneté française – et, partant, au statut civil de droit commun – qu'en se soumettant aux procédures, administrative et judiciaire, instituées dans cette perspective. Or, ils parviennent rarement, en pratique, à devenir des citoyens en empruntant cette voie en raison des conditions strictes de moralité, de connaissance de la langue française ou de monogamie, qui étaient requises pour cela¹⁰¹⁴. D'autre part, l'enfant, de statut coutumier à la naissance et dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul de ses parents, perd son statut initial pour prendre le statut de droit commun, s'il est reconnu ensuite par un parent relevant du statut de droit commun. Ce changement de statut, dont on observera dans un instant qu'il a été explicitement confirmé pour Madagascar, caractérise toujours le droit positif¹⁰¹⁵.

Reconnaisances frauduleuses ou mensongères ? Dans ce contexte, les reconnaissances d'enfants apparaissent comme un moyen de contourner les procédures relatives à l'accession à la citoyenneté française. De fait, il suffit qu'une mère « indigène » fasse reconnaître son enfant par un citoyen français, pour que celui-ci accède à la citoyenneté française, lors même qu'il ne remplirait pas les conditions strictes posées par les décrets à cet effet. Concrètement, ce sont, la plupart du temps, des citoyens originaires de métropole qui, moyennant quelques piastres, reconnaissent des sujets métis, permettant à ceux-ci d'accéder à la pleine citoyenneté française, en dehors de tout contrôle de l'État. Cette pratique, lorsqu'elle est mue par l'appât du gain, ne tend nullement à établir un lien de filiation réel, comme l'observe un conseiller à la Cour de cassation¹⁰¹⁶.

« Dans ce trafic, il n'y a, bien entendu, nulle raison de famille. Les parties contractantes, qui ne se connaissent même pas le plus souvent avant la reconnaissance, continueront à s'ignorer après ; elles n'ont eu en vue qu'une affaire, et n'ont jamais songé à créer entre elles un lien de famille quelconque donnant naissance à des droits et à des obligations réciproques. Le père n'a eu nul souci d'acquérir les prérogatives attribuées à la puissance paternelle ; les prétendus enfants ne se doutent pas que, désormais, leur père pourra leur réclamer une pension alimentaire, et que, s'ils meurent avant lui, il sera leur héritier. Leur but a été de devenir citoyens français ; ils l'ont atteint en achetant cette qualité à deniers comptants ; leur conception ne dépasse pas les limites du marché conclu. »

¹⁰¹² Loi *Lamine-Gueye* n° 46-940 du 7 mai 1946, tendant à proclamer citoyens tous les ressortissants des territoires d'outre-mer, *JO* 8 mai 1946, p. 3888, et art. 80 de la Constitution du 27 oct. 1946.

¹⁰¹³ Art. 82 de la Constitution du 27 oct. 1946, dont l'art. 75 de la Constitution actuelle est un héritage direct.

¹⁰¹⁴ Pour Madagascar, dont les textes ont été étendus aux Comores à partir de 1914, les conditions d'accession des indigènes aux droits de citoyens français ont été fixées initialement par un décret du 3 mars 1909, *JO* 10 mars 1909, p. 2411, modifié à plusieurs reprises, et, en dernier lieu, par un décret du 7 avr. 1938, *JO* 12 avr. 1938, p. 4355. La liste des conditions, relativement limitée en 1909, s'est considérablement allongée au fil des réformes.

¹⁰¹⁵ Voir, sur ce point, *supra* notre rapport portant sur « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais ».

¹⁰¹⁶ J. Ruben de Couder, note ss Cass. civ., 17 déc 1913, *Bodin*, S. 1914, 1, p. 153.

Mais ces pratiques peuvent également être motivées par la volonté, désintéressée, de « rendre service ». Les reconnaissances s'insèrent en ce cas « dans de véritables réseaux d'entraide reliant de multiples acteurs »¹⁰¹⁷. Elles permettent par exemple à un jeune homme métis d'être incorporé dans l'armée française ou d'officialiser une prise en charge informelle. Loin d'abandonner les enfants qu'ils ont eus de leur commerce avec une femme indigène, certains coloniaux, après les avoir élevés avec amour et leur avoir transmis une éducation, « veulent leur préparer un avenir et donc leur garantir le statut de Français dans la société coloniale »¹⁰¹⁸. L'actualité du propos est saisissante. On retrouvera ce critère – la volonté d'assumer ou non les conséquences de la filiation résultant de la reconnaissance – dans la circulaire du 20 mars 2019, afin de distinguer la reconnaissance « simplement » mensongère d'un enfant, de la reconnaissance « frauduleuse », sanctionnée en tant que telle.

L'introduction d'un contrôle a posteriori du ministère public. Au début du siècle dernier, la jurisprudence n'autorise pas le ministère public à contester les reconnaissances frauduleuses : « Les questions de paternité et de filiation [intéressant] moins l'ordre public que l'honneur et le repos des familles », la Cour de cassation, dans une décision célèbre rendue en 1913, le prive du droit d'agir d'office, et par voie d'action principale, afin de faire annuler la reconnaissance qu'un Français aurait faite, en Cochinchine, d'enfants naturels nés d'une mère indigène¹⁰¹⁹. La solution n'a rien d'une évidence. Si, en métropole, les reconnaissances ont principalement pour effet d'établir une filiation fictive – situation qui intéresse au premier chef les personnes privées¹⁰²⁰ – dans les colonies, au contraire, ces reconnaissances aspirent essentiellement à octroyer la citoyenneté française à l'enfant reconnu : elles « brouillent » tout à la fois « l'ordre des filiations et les contours de la citoyenneté »¹⁰²¹. Ainsi, et pour reprendre l'heureuse formule d'un auteur, « Les *questions d'état* sont avant tout des *questions d'État*, l'état civil étant, plus encore qu'en métropole, un élément constitutif de l'état politique »¹⁰²². En d'autres termes, la reconnaissance d'un enfant n'est pas seulement un « acte de caractère éminemment *personnel* »¹⁰²³ ; c'est « une déclaration dont la véracité est un enjeu d'ordre public »¹⁰²⁴.

Cette lacune du droit a été comblée, en Indochine, par un décret du 28 mars 1918 : l'article 339 du Code civil est complété, afin d'habiliter le ministère public à « poursuivre d'office et par voie d'action principale l'annulation des reconnaissances frauduleuses ». Cet ajout s'explique par le souci de « combattre plus efficacement l'accession frauduleuse d'indigènes aux droits de citoyen français par le subterfuge de reconnaissances fictives de paternité »¹⁰²⁵. Dorénavant, et en réaction contre l'arrêt de 1913, les reconnaissances d'enfants font l'objet, précisément en raison de leurs effets d'ordre politique, d'un contrôle étatique, et elles sont susceptibles d'annulation par le ministère public. Le dispositif s'étant avéré insuffisant à l'usage, des sanctions pénales sévères ont été infligées, à partir de 1934, aux « Européens ou assimilés qui

¹⁰¹⁷ E. Saada, *Les enfants de la colonie*, *op. cit.*, p. 140-141, auquel les exemples cités au texte sont empruntés.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰¹⁹ Cass. civ., 17 déc 1913, *Bodin*, S. 1914, 1, p. 153, note J. Ruben de Couder ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 16, p. 114. Aux termes de l'art. 46 de la loi du 20 avr. 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, disponible à l'adresse suivante <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1810/04/20/n1/jo>, « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. » Selon la Cour de cassation, il ne peut agir, en dehors de ces cas, que « dans les circonstances où l'ordre public est directement et principalement intéressé ».

¹⁰²⁰ L'État n'est concerné que de façon secondaire, par le truchement des dispositions sur la nationalité.

¹⁰²¹ E. Saada, *Les enfants de la colonie*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 150 [Les expressions sont en italique dans le texte].

¹⁰²³ J. Carbonnier, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 1038 [en italique dans le texte].

¹⁰²⁴ E. Saada, *Les enfants de la colonie*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰²⁵ Rapport au Président de la République, précédant le décret du 28 mars 1918, *JO* 7 avr. 1918, p. 3025.

seront convaincus d'avoir faussement reconnu un enfant indigène ou assimilé »¹⁰²⁶. Le décret de 1918 a ensuite été étendu à d'autres territoires : Afrique occidentale française, Nouvelle-Calédonie et Établissements français de l'Inde¹⁰²⁷.

À Madagascar et en Afrique équatoriale française, c'est une autre voie qui a été empruntée. Les reconnaissances d'enfants ont été soumises à une procédure spécifique d'homologation, afin que leur sincérité puisse être contrôlée.

b. Les solutions à Madagascar et dans les Comores

À Madagascar et dans les Comores, la reconnaissance des enfants métis naturels est encadrée par un décret du 7 novembre 1916, qui offre toujours un intérêt aujourd'hui.

Les solutions prévues par le décret du 7 novembre 1916. Le décret cherche à déterminer « dans quelle mesure les dispositions du code civil relatives à la reconnaissance des enfants naturels se concilient avec les lois et coutumes malgaches »¹⁰²⁸.

Observant qu'« un grand nombre d'enfants métis naturels ont été reconnus dans la colonie par des pères Français, conformément au code civil » et que « plusieurs sont parvenus à un âge où leurs pères sont justement préoccupés de leur assurer un avenir », le décret décide de « ne laisser subsister aucun doute sur la valeur de ces reconnaissances ». Il pose en principe que l'enfant sujet français né, hors mariage, d'une mère indigène malgache, peut être reconnu par un citoyen français¹⁰²⁹, à condition que cela n'aboutisse pas à établir une filiation incestueuse ou adultérine (article 1^{er}). En ce cas, il accède « de plein droit à la qualité de citoyen français », et ce sans rétroactivité (article 10). Toutefois, « étant donné le milieu pour lequel [il] légifère », le décret entoure ces reconnaissances d'enfants métis d'un certain nombre de garanties. Il introduit notamment¹⁰³⁰ une procédure très lourde d'homologation des reconnaissances, qui permet à l'État d'en contrôler la sincérité.

En simplifiant, il ressort de ce décret que la reconnaissance doit avoir lieu par acte authentique, passé devant un officier d'état civil, et que l'auteur de la reconnaissance doit, en principe¹⁰³¹, comparaître en personne (article 2). L'officier de l'état civil doit alors, dans les dix jours, transmettre au procureur de la République l'acte de reconnaissance (article 3). Celui-ci s'entoure aussitôt « de tous renseignements aux fins de constater notamment la sincérité de la reconnaissance et de déterminer l'intérêt pouvant en résulter pour l'ordre public et pour l'enfant », puis il saisit le tribunal de ses conclusions (article 4). Ce dernier, après avoir entendu l'auteur de la reconnaissance, la mère de l'enfant et « toutes autres personnes », notamment « l'enfant s'il le juge utile », et ordonné « toutes mesures d'instruction qu'il croit nécessaires

¹⁰²⁶ Décret du 28 mars 1934, précédé d'un rapport au Président de la République, *JO* 31 mars 1934, p. 3301.

¹⁰²⁷ Fr. Luchaire, « Le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer », *RJPUF* 1955, p. 1, spéc. p. 34-35.

¹⁰²⁸ Rapport au Président de la République, précédant le décret du 7 nov. 1916, cité *supra* note 831, dont les dispositions sont reprises pratiquement à l'identique par le décret du 18 janv. 1918, relatif à la reconnaissance des enfants naturels en Afrique équatoriale française, *JO* 25 janv. 1918, p. 916.

¹⁰²⁹ L'enfant sujet français, et de statut indigène malgache comme sa mère, peut également, à certaines conditions, être reconnu par un étranger (art. 12).

¹⁰³⁰ Le décret s'intéresse par ailleurs à la puissance paternelle (art. 13) et à la tutelle de l'enfant (art. 14). Il prévoit des dispositions transitoires (art. 15) et il pose un principe de gratuité de la procédure (art. 16).

¹⁰³¹ Si le père ne peut pas être présent parce qu'il réside hors de la colonie ou qu'il justifie d'un « empêchement absolu de se présenter », « la reconnaissance peut être faite par mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique. » (art. 2).

en vue de statuer en connaissance complète de cause », homologue ou refuse d'homologuer l'acte de reconnaissance. Des voies de recours sont prévues¹⁰³².

Cette procédure d'homologation joue un rôle central : l'acte de reconnaissance non homologué est « frappé de nullité radicale » et il doit « être considéré comme n'ayant jamais existé » (article 11). Seul l'acte de reconnaissance homologué permet de « [constater] la filiation de l'enfant vis-à-vis de son père citoyen français » et lui octroie « de plein droit », mais sans rétroactivité, « la qualité de citoyen français », ainsi qu'à sa femme et à ses enfants mineurs (article 10).

Que retenir, aujourd'hui, de ce texte datant de l'époque coloniale ?

L'intérêt pratique, toujours actuel, du décret du 7 novembre 1916. Trois données doivent être relevées, lorsque l'on s'interroge sur l'actualité de ce décret.

Ce décret, d'abord, décide que la reconnaissance d'un enfant né hors mariage d'une mère « indigène » – on dirait à présent « de statut coutumier » – par un père de statut de droit commun, fait perdre à l'enfant son statut coutumier initial pour lui conférer le statut de droit commun de son père. À cet égard, la solution constitue toujours le droit positif. Sur quel fondement intervient cette reconnaissance ? La circonstance qu'elle ait lieu par acte authentique, dressé par un officier d'état civil, ne saurait suffire à affirmer la compétence de la loi française quant au fond. En effet, le principe, bien connu des internationalistes, selon lequel l'officier d'état civil français applique sa propre loi (*lex auctoris*), est strictement limité à la forme des actes qu'il établit et aux mentions qui y figurent. En revanche, la compétence de la loi française ne s'étend pas à la validité au fond du rapport de droit, que l'acte vient constater. L'état de la personne demeure soumis à la loi désignée par le système conflictuel, tel qu'il résulte des articles 311-14 à 311-17 du Code civil¹⁰³³. Cela étant, la reconnaissance des enfants naturels étant inconnue de la législation malgache, celle-ci ne peut guère être effectuée qu'en se fondant sur la loi française. En outre, ce recours à la loi française va au-delà d'une simple option de législation, qui permet à un parent relevant du statut de droit local de reconnaître un enfant, de même statut que lui, conformément à la loi civile française. Alors que l'option de droit ne vaut que pour le rapport juridique à l'occasion duquel elle est exercée, la reconnaissance, effectuée par un citoyen français, constate la filiation de l'enfant à son égard « avec tous les effets et toutes les conséquences que le Code civil attache à la filiation naturelle » (article 10).

Le décret du 7 novembre 1916, ensuite, continue à être régulièrement convoqué dans des litiges ayant trait au droit de la nationalité. Souvent – et davantage dans les outre-mer, en raison des limitations du droit du sol¹⁰³⁴ –, la nationalité française résulte de la filiation avec un Français. Or, pour établir sa nationalité française, le requérant doit rapporter la preuve qu'il est né d'au moins un parent français, ce qui postule généralement que ce parent lui-même est né d'un parent français et ainsi de suite. Les juges, appelés à remonter la chaîne des filiations, sont conduits,

¹⁰³² L'auteur de l'acte de reconnaissance, ou son mandataire, doit être informé de la date à laquelle le tribunal doit se prononcer (art. 5). La décision peut faire l'objet d'un appel par le ministère public ou par l'auteur de la reconnaissance (art. 7 et 8) et, une fois le délai d'appel expiré, elle est notifiée à l'officier de l'état civil qui a reçu l'acte de reconnaissance (art. 6). Les décisions rendues en cette matière ne sont pas susceptibles de recours en cassation (art. 9).

¹⁰³³ Chr. Bidaud-Garon, *JurisCl. Dr. intern.*, Fasc. 544 : *État civil. – Autorités compétentes. – Loi applicable. – Réception des actes étrangers en France*, 2008, n^{os} 138-151, sur la loi applicable à la forme des actes de l'état civil français, et n^{os} 174-179, sur la loi applicable à la filiation.

¹⁰³⁴ Voir, sur ce point, *supra* notre rapport portant sur « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais ».

conformément aux règles de droit transitoire du droit de la nationalité, à mobiliser des textes anciens. Tel est le cas du décret objet de notre analyse. En nous limitant à une seule illustration récente, la cour d'appel de Paris¹⁰³⁵ a été amenée à constater l'extranéité du requérant en convoquant le décret de 1916. En l'espèce, ce dernier se disait né en 1950 d'un père français et d'une mère malgache. Toutefois, sa naissance n'avait été déclarée que par le médecin ayant procédé à l'accouchement. L'acte de naissance avait été signé par l'officier d'état civil, mais le père de l'intéressé n'avait « procédé personnellement ni à la déclaration de naissance ni à la prétendue reconnaissance devant l'officier d'état civil ». Le décret exigeant la présence du père lors de la reconnaissance, il a été jugé que les conditions posées par le décret de 1916 n'étaient pas réunies et que le requérant ne rapportait pas la preuve de sa filiation à l'égard d'un Français.

Le décret du 7 novembre 1916, enfin, soulève la question de son application dans l'espace. Dans la mesure où il est en vigueur dans « Madagascar et dépendances », il ne vaut dans les Comores, nous semble-t-il, que tant l'archipel était rattaché à cette colonie. Le décret a donc cessé de s'y appliquer en 1946, lorsque l'archipel des Comores s'en est séparé pour recouvrer son autonomie administrative et financière, et prendre la forme d'un territoire d'outre-mer. D'autres dispositions, plus récentes, ont néanmoins pris le relais, afin de décourager, voire de sanctionner les reconnaissances mensongères ou frauduleuses d'enfants. Le débat politique, qui s'est noué à l'époque coloniale autour de la citoyenneté française, réapparaît à l'époque contemporaine sous la forme d'un débat autour de l'immigration.

2. Les sanctions, prévues par le droit commun, pour lutter aujourd'hui contre les reconnaissances mensongères ou frauduleuses

Précisions terminologiques. Reconnaissances mensongères et reconnaissances frauduleuses sont fréquemment tenues pour synonymes. Elles doivent pourtant être soigneusement distinguées, dans la mesure où elles sont susceptibles de donner lieu à des sanctions différentes. Si l'on reprend les termes d'une circulaire du 20 mars 2019¹⁰³⁶, « La reconnaissance est dite de complaisance lorsque son auteur sait ne pas avoir de lien de filiation biologique avec l'enfant, mais s'engage à assumer les conséquences du lien de filiation établi par l'acte de reconnaissance. » Cette reconnaissance est « mensongère », puisque son auteur sait qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, mais « ce mensonge peut parfois intervenir dans l'intérêt de l'enfant »¹⁰³⁷.

La « reconnaissance frauduleuse », en revanche, est souscrite par son auteur « dans le seul but d'obtenir ou de faire obtenir à l'un des parents un avantage particulier », qui peut être lié soit à la perception de prestations sociales, soit à l'attribution à l'enfant mineur de la nationalité française, qui ouvre à son parent étranger et en situation irrégulière un droit au séjour et/ou une protection contre une mesure d'éloignement. Dans tous les cas, et selon la circulaire encore, « l'auteur d'une reconnaissance souscrite à des fins étrangères à l'intérêt de l'enfant et à son éducation n'a pas l'intention d'assumer les droits et devoirs résultant du lien de filiation ainsi établi. » La reconnaissance « s'explique, non par l'intérêt de l'enfant, mais par l'intérêt des parents »¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ CA Paris, 2 févr. 2021, RG 19/08884.

¹⁰³⁶ Circulaire de présentation des dispositions destinées à lutter *a priori* contre les reconnaissances frauduleuses de paternité et de maternité, 20 mars 2019, JUSC1904138C, spéc. p. 2-3.

¹⁰³⁷ J.-B Seube, « Les dispositions de la loi 'immigration et intégration' », *loc. cit.*, spéc. p. 141.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, spéc. p. 141.

Cette distinction se retrouve dans le droit colonial, ne serait-ce qu'en filigrane. Les reconnaissances, par un citoyen français, d'enfants nés d'une mère indigène, pouvaient être motivées soit par la volonté de « rendre service », par solidarité, soit par l'appât du gain, dans l'unique objectif de permettre à l'enfant de contourner les procédures d'accès à la citoyenneté française. Certes, il n'est pas certain qu'à Madagascar, le refus d'homologation de la reconnaissance ne s'impose que dans le second cas. Il demeure que l'enquête conduite par le procureur de la République, à qui l'officier d'état civil transmettait l'acte de reconnaissance établi devant lui, visait à « constater notamment la sincérité de la reconnaissance » et à « déterminer l'intérêt pouvant en résulter pour l'ordre public et pour l'enfant » (article 4 du décret du 7 novembre 1916).

En outre, et comme à l'époque coloniale, le Code civil sanctionne aujourd'hui civilement les reconnaissances mensongères ou frauduleuses (a). Ce dispositif est par ailleurs complété par des règles propres au droit des étrangers, qui peuvent être de nature pénale et qui paraissent étrangères au droit colonial (b).

a. Les dispositifs de lutte contre le mensonge et la fraude prévus par le Code civil, et ce dans le prolongement du droit colonial

Le Code civil sanctionne les reconnaissances d'enfants, mensongères ou frauduleuses, soit *a posteriori*, comme c'était le cas en Indochine (aa), soit, mais cela est beaucoup plus récent, *a priori*, comme à Madagascar et dans les Comores (bb).

aa. Les sanctions civiles a posteriori

L'annulation de la reconnaissance par le ministère public. Le lien de filiation obtenu par complaisance peut être contesté *a posteriori* par le ministère public. Lorsqu'une reconnaissance est enregistrée par l'officier de l'état civil, le Parquet peut engager une action en annulation, sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Le texte est applicable à Mayotte, l'article 2492 du Code civil y renvoyant sans réserve. Il permet de contester une « filiation légalement établie » si « des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi », ce qui recouvre l'hypothèse de la fraude à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers en France¹⁰³⁹.

Ce faisant, cette disposition, qui succède à l'article 339 du Code civil introduit par la loi du 3 janvier 1972¹⁰⁴⁰, s'inscrit dans le prolongement de ce qui avait été décidé pour l'Indochine, dès 1918, et dans d'autres territoires par la suite¹⁰⁴¹. En 1972, elle n'était toutefois pas (encore) liée aux enjeux migratoires¹⁰⁴². De plus, cette remise en cause *a posteriori* de la reconnaissance est

¹⁰³⁹ F. Jault-Seseke, S. Corneloup et S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Coll. Thémis Droit, PUF, 2015, p. 486.

¹⁰⁴⁰ Cette loi, postérieure à celle du 9 juill. 1970, était applicable à Mayotte, en dehors de toute mention expresse d'applicabilité : voir, sur ce point, *supra* II, A, 1), à propos de la dation de nom.

¹⁰⁴¹ Dans sa rédaction issue de la loi de 1972, l'art. 339, al. 2, C. civ., ouvre au ministère public l'action en contestation de reconnaissance « si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée ». Dans les colonies, et notamment en Indochine, le même article, dans sa rédaction issue du décret du 28 mars 1918 pris pour ce territoire, disposait : « Le ministère public pourra, d'office, poursuivre l'annulation de toute reconnaissance, par un Européen ou assimilé, d'un enfant naturel indigène ou asiatique assimilé lorsque le fait de la paternité ou de la maternité, servant de base à la reconnaissance, pourra être démontré faux. »

¹⁰⁴² E. Saada, *Les enfants de la colonie*, *op. cit.*, p. 162.

longtemps restée la seule possible¹⁰⁴³. Les sanctions civiles *a priori* n'ont été introduites que beaucoup plus tard en droit français, et elles ont eu très clairement pour objet la maîtrise des flux migratoires. Prévu initialement spécifiquement pour Mayotte, ce dispositif « de droit local » a été récemment étendu à tout le territoire.

bb. Les sanctions civiles a priori

Un mécanisme préventif prévu initialement spécifiquement pour Mayotte. La pression migratoire étant particulièrement forte à Mayotte, le législateur a, en 2006¹⁰⁴⁴, renforcé la lutte contre les reconnaissances frauduleuses, en introduisant un mécanisme de contrôle analogue à celui qui est connu en matière de mariage, et dont l'esprit n'est guère éloigné de la procédure d'homologation instituée par le décret de 1916 pour Madagascar et les Comores. Conformément à ce droit commun « spécial », l'officier de l'état civil, qui constate que des « indices sérieux [laissent] présumer que la reconnaissance d'un enfant est frauduleuse »¹⁰⁴⁵, doit saisir le procureur de la République. Celui-ci dispose d'un délai de quinze jours pour opter entre l'une des trois solutions suivantes :

- Il peut autoriser la reconnaissance et laisser l'officier de l'état civil l'enregistrer ou la mentionner en marge de l'acte de naissance ;
- Il peut surseoir à statuer, le temps de diligenter une enquête pendant un délai d'un mois, voire de deux mois si l'enquête est menée à l'étranger, renouvelable une fois par décision spécialement motivée ;
- Il peut s'opposer à la reconnaissance.

Même lorsque la reconnaissance a passé les fourches caudines du ministère public, la loi met à la charge du père, ayant reconnu l'enfant né d'une mère étrangère et en situation irrégulière, le paiement complet des frais d'hospitalisation de la mère et de l'enfant¹⁰⁴⁶. Voilà qui est de nature à limiter encore davantage les déclarations de paternité, par un père français, de l'enfant d'une mère comorienne sans papiers¹⁰⁴⁷ !

Selon le Parquet du tribunal de grande instance de Mamoudzou, ces textes, en réalité, se sont révélés « difficilement applicables en raison de plusieurs obstacles locaux » et « parce que les officiers de l'état civil n'ont pas nécessairement la capacité d'identifier les 'indices sérieux laissant présumer la fraude', notamment au regard du nombre de reconnaissances douteuses qui

¹⁰⁴³ Lorsque l'officier de l'état civil éprouvait un doute sur le caractère sincère d'une reconnaissance, il avait l'obligation de l'enregistrer, tout en rappelant à son auteur les conséquences de cet acte et les éventuels risques qui pourraient résulter d'une reconnaissance illicite ou frauduleuse, exposant son auteur à des sanctions pénales (art. 441-4 C. pén.). Il informait alors sans délai le parquet, qui pouvait, le cas échéant, intenter l'action en annulation mentionnée au texte.

¹⁰⁴⁴ Art. 2499-1 à 2499-5 C. civ., introduits par l'art. 108 de la loi n° 2006-911 du 24 juill. 2006, relative à l'immigration et à l'intégration, dans le Livre V du Code civil, intitulé « Dispositions applicables à Mayotte ».

¹⁰⁴⁵ J.-B. Seube, « Les dispositions de la loi 'immigration et intégration' », *loc. cit.*, spéc. p. 141, précise que « le seul fait que la mère soit étrangère ne suffit évidemment pas » à caractériser des « indices sérieux ». En revanche, « Il y aura indices sérieux que la reconnaissance sera frauduleuse lorsqu'une contrepartie aura été versée, lorsque la même personne aura fait de nombreuses reconnaissances, lorsque le déclarant n'a aucun engagement affectif envers l'enfant, lorsqu'il aura avoué la fraude... »

¹⁰⁴⁶ Art. 20 de l'Ord. n° 96-1122 du 20 déc. 1996, relative notamment à la sécurité sociale à Mayotte, *JO* 22 déc. 1996, p. 18981, dans sa rédaction issue de l'art. 106 de la loi n° 2006-911 du 24 juill. 2006.

¹⁰⁴⁷ Voir en ce sens J.-Chr. Hébert et O. Hébert, « Parentalité à Mayotte », *loc. cit.*, spéc. p. 84.

sont faites à Mayotte. »¹⁰⁴⁸ Partant, c'est avec des adaptations que ce dispositif préventif de lutte contre les reconnaissances frauduleuses a été élargi à l'ensemble du territoire national.

L'extension, à tout le territoire, du droit local. La loi du 10 septembre 2018 abroge le droit propre à Mayotte et introduit dans le livre I^{er} du Code civil plusieurs dispositions relatives à l'établissement de la filiation par la reconnaissance. Ces textes, qui s'inspirent très directement du droit local auquel la loi met fin, sont aujourd'hui applicables à Mayotte à titre de droit commun « général »¹⁰⁴⁹. Les reconnaissances frauduleuses de paternité étant particulièrement nombreuses¹⁰⁵⁰, deux mécanismes sont institués, afin de lutter *a priori* contre celles-ci¹⁰⁵¹. D'une part, l'article 316 du Code civil, tel que modifié en 2018, impose à l'auteur d'une reconnaissance de paternité ou de maternité de justifier « de son identité par un document officiel », ainsi que « de son domicile ou de sa résidence par la production d'une pièce justificative datée de moins de trois mois. » Il est à craindre – et en dehors même de toute velléité de fraude ou, plus « simplement », de mensonge – que ces exigences ne fassent obstacle, purement et simplement, à l'établissement de la filiation. Sont ici visés non seulement les parents étrangers en situation irrégulière, qui sont concernés au premier chef, mais également des parents français en situation de grande exclusion. D'autre part, les articles 316-1 à 316-5 du Code civil reprennent le système mahorais, en prévoyant désormais que l'officier de l'état civil puisse, le cas échéant, procéder à une audition de l'auteur de la reconnaissance de l'enfant, afin de caractériser les « indices sérieux laissant présumer [...] que [la reconnaissance est] frauduleuse »¹⁰⁵². La règle nouvelle cherche à remédier à la difficulté pratique relevée par le Parquet de Mamoudzou.

Ces différentes sanctions, posées par le Code civil, mais à la suite du droit colonial, sont complétées par des règles propres au droit des étrangers, lesquelles, à notre connaissance, n'avaient pas d'équivalent à l'époque coloniale.

b. Les règles propres au droit des étrangers, étrangères au droit colonial

Typologie des cas de fraude. Le CESEDA (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) attache divers droits à la qualité de membre de la famille d'un Français, sur le terrain de l'entrée et du séjour, dont il ne saurait être question de dresser l'inventaire. Seuls les contrôles portant sur la réalité du lien de filiation retiendront notre attention. Trois cas de fraude, dont les deux premiers intéressent plus spécifiquement la nationalité et le droit des étrangers, sont en effet identifiés par la circulaire du 20 mars 2019¹⁰⁵³ :

¹⁰⁴⁸ Étude d'impact concernant le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, 20 févr. 2018, disponible sur le site de l'Assemblée nationale, spéc. p. 230-231.

¹⁰⁴⁹ Loi n° 2018-778 du 10 sept. 2018, pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, *JO* 11 sept. 2018, texte 1. À compter du 1^{er} mars 2019 (art. 71, IV), l'art. 55 abroge les art. 2499-1 à 2499-5 C. civ., dispositions spécifiques à Mayotte. Au sein du livre I^{er} du Code civil, il modifie l'art. 316 et il introduit les art. 316-1 à 316-5, directement inspirés du dispositif mahorais, et qui sont applicables dans l'archipel sans réserve (art. 2492 C. civ.).

¹⁰⁵⁰ En 2015, les préfetures ont recensé 400 reconnaissances frauduleuses de paternité, produites à l'appui d'une demande de titre de séjour, sur les 2234 tentatives d'obtention frauduleuse de titres de séjour. En 2016, ce chiffre s'élève à 577 : étude d'impact concernant le projet de loi pour une immigration maîtrisée, *loc. cit.*, p. 222.

¹⁰⁵¹ Voir, pour une présentation extrêmement critique, L. Carayon, « Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation : viser les personnes étrangères, frapper tous les pères », *AJ Fam.* 2018, p. 541.

¹⁰⁵² Art. 316-1, al. 1, C. civ.

¹⁰⁵³ Circulaire de présentation des dispositions destinées à lutter *a priori* contre les reconnaissances frauduleuses, spéc. p. 3.

- Un Français reconnaît l'enfant mineur d'une ressortissante étrangère. Cette reconnaissance permet d'attribuer à l'enfant la nationalité française (article 18 du Code civil) puis, à sa mère, un titre de séjour, en qualité de parent d'un enfant français ;
- Inversement, un ressortissant étranger reconnaît l'enfant mineur d'une Française. Devenu parent d'un enfant français, il peut, à ce titre, obtenir la délivrance d'un titre de séjour ;
- La reconnaissance est effectuée pour qu'une mère ou un père puisse bénéficier de prestations sociales, pour elle-même, lui-même et/ou pour son enfant.

Il est frappant de constater que les cas avérés de fraude (aa) ne sont pas les seuls à être sanctionnés. La simple crainte de la fraude a pu conduire le législateur à intervenir, afin de combattre la fraude en amont (bb).

aa. La sanction des cas avérés de fraude

La jurisprudence se reconnaît le pouvoir, en cas de fraude, de ne pas tenir compte d'un acte de droit privé établissant la filiation d'un enfant. Allant plus loin, le CESEDA, en vigueur à Mayotte depuis 2014, sanctionne pénalement la fraude.

Le contrôle du juge administratif. En principe, le juge administratif n'est pas compétent en matière d'état des personnes. Il ne lui appartient « ni de se prononcer, en cas de doute sérieux, sur l'état des personnes, ni, par suite, d'ordonner des mesures d'expertise ou d'instruction propres à établir, le cas échéant, un lien de filiation », invoqué par le demandeur au soutien de sa demande de visa¹⁰⁵⁴. En revanche, l'administration peut priver d'effet un acte de droit privé créé frauduleusement, en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, et ce sans que cet acte ait été préalablement annulé par le juge judiciaire¹⁰⁵⁵. Concrètement, ce principe peut conduire l'administration, qui parvient à rapporter la preuve que la reconnaissance d'un enfant est frauduleuse, à refuser de délivrer un titre de séjour sur ce fondement.

Les sanctions pénales prévues par le CESEDA. La fraude est, de surcroît, pénalement sanctionnée, en matière de reconnaissance d'enfants comme en matière de mariage, d'ailleurs. Dans une section intitulée « Mariage contracté ou enfant reconnu à seule fin d'obtenir ou de faire obtenir à un étranger un titre de séjour ou la nationalité française », le CESEDA punit de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « le fait, pour toute personne, de contracter un mariage ou de reconnaître un enfant aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour ou le bénéfice d'une protection contre l'éloignement, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française ». Ces peines sont également encourues « en cas d'organisation ou de tentative d'organisation d'un mariage ou d'une reconnaissance d'enfant aux mêmes fins », et elles sont aggravées lorsque « les faits sont commis en bande organisée »¹⁰⁵⁶. Il a, en outre, été jugé¹⁰⁵⁷ que « les reconnaissances de paternité de complaisance », effectuées au profit de mineurs, constituent une « aide directe destinée à faciliter leur entrée ou leur séjour irréguliers en France », qui est punie, sauf exception, de cinq ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ CE, Ord. réf., 11 mars 2010, req. n° 336326.

¹⁰⁵⁵ CE, 10 juin 2013, req. n° 358835 (pt 5), *Rev. crit. DIP* 2013, p. 880, note P. Lagarde.

¹⁰⁵⁶ Art. L823-11 et art. L823-12 CESEDA.

¹⁰⁵⁷ Cass crim., 7 janv. 2009, n° 08-83961 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 109, note K. Parrot.

¹⁰⁵⁸ Art. L823-2 CESEDA.

Dans les situations précédentes, la fraude est établie. Mais le législateur intervient parfois en dehors de toute fraude, simplement parce qu'il craint la fraude. C'est ce que révèlent, par exemple, les conditions d'obtention d'un titre de séjour.

bb. L'intervention du législateur en amont, par crainte de la fraude

Les mesures prophylactiques du CESEDA. Il ne suffit pas d'être « Étranger parent d'un Français », ou « Enfant étranger d'un Français »¹⁰⁵⁹, pour pouvoir obtenir automatiquement un titre de séjour pour motif familial. La délivrance de ce titre suppose la réunion d'un certain nombre de conditions, qui ont été durcies au fil des réformes afin de dissuader les reconnaissances fictives.

Depuis la loi du 26 novembre 2003, telle que modifiée par une loi du 24 juillet 2006, le parent étranger d'un enfant français mineur résidant en France doit, s'il souhaite obtenir de plein droit une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale », rapporter la preuve qu'il « [contribue] effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant », depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans¹⁰⁶⁰. Cette obligation de prendre en charge de façon effective l'entretien et l'éducation de l'enfant vise à « priver de leur intérêt et donc à dissuader les reconnaissances de paternité fictive »¹⁰⁶¹. Elle répond au constat selon lequel la fraude en matière d'état civil, par la production, notamment, de « reconnaissances mensongères en paternité », constitue « un moyen de plus en plus utilisé par des ressortissants étrangers soit pour contourner les refus de visas et d'admission au séjour, soit pour accéder indûment à la nationalité française »¹⁰⁶².

Et, comme dans le droit antérieur, il est exigé en sus que la présence de cet étranger en France ne représente pas « une menace pour l'ordre public » et que celui-ci ne vive pas « en état de polygamie »¹⁰⁶³. Ce dernier point pourra faire obstacle à ce que des Comoriens obtiennent une carte séjour sur ce fondement.

Enfin, et depuis la loi du 10 septembre 2018¹⁰⁶⁴, lorsque la filiation de l'enfant est établie par une reconnaissance de paternité ou de maternité, effectuée par un parent français en application de l'article 316 du Code civil, l'étranger qui sollicite la délivrance d'un titre de séjour doit non seulement rapporter la preuve, comme précédemment, qu'il contribue à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, mais également que le parent français y contribue aussi effectivement, ou produire une décision de justice relative à la contribution à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. Une légère inflexion est néanmoins apportée à cette règle : lorsque le lien de filiation est établi, mais que la preuve de la contribution ne peut pas être rapportée, le droit au séjour du

¹⁰⁵⁹ Tels sont les intitulés du CESEDA pour les art. L423-7 à L423-11 (Étranger parent d'un Français) et pour l'art. L423-12 (Enfant étranger d'un Français).

¹⁰⁶⁰ Art. L423-7 CESEDA. Cette condition est introduite par la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (art. 17,5°, modifiant l'art. 12 bis, 6°, de l'ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945), *JO* 27 nov. 2003, p. 20136. Le délai, d'une durée d'un an, a été porté à deux ans par la loi n° 2006-911 du 24 juill. 2006 (art. 31, 7°, modifiant l'art. L313-11, 6°, anc., CESEDA).

¹⁰⁶¹ Fr.-N. Buffet, Rapport n° 300, Sénat, 6 avr. 2006, *loc. cit.*, spéc. p. 101.

¹⁰⁶² Exposé des motifs du projet de loi du 30 avr. 2003, relatif à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, Assemblée nationale, Texte n° 823, spéc. p. 14.

¹⁰⁶³ Art. L412-5 CESEDA (absence de menace à l'ordre public) et art. L412-6 CESEDA (monogamie).

¹⁰⁶⁴ Art. L423-8 CESEDA, dans sa rédaction issue de l'art. 55, I, de la loi n° 2018-778 du 10 sept. 2018, complétant l'art. L313-11, 6°, anc., CESEDA.

demandeur s'apprécie au regard du respect de sa vie privée et familiale et au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La lutte contre la fraude emprunte différentes voies. Il reste à savoir comment les praticiens appréhendent le phénomène et quel sort ils réservent à la coutume mahoraise.

3. Quelle place pour la coutume en pratique ?

La reconnaissance d'enfants, un phénomène présentant une acuité certaine à Mayotte. À Mayotte, le nombre de reconnaissances d'enfants est particulièrement élevé. Un rapport parlementaire indique qu'il a quintuplé entre 2001 et 2004, passant de 882 à 4146. Dans le même temps, le nombre des actes de naissance est passé de 6619 à 7676¹⁰⁶⁵. De plus, sur ces 7676 naissances enregistrées, 5249 – soit près de 70 % – concernent des Comoriennes en situation irrégulière¹⁰⁶⁶. À l'évidence, il serait tout à fait excessif de prêter une intention frauduleuse à l'ensemble des femmes comoriennes qui accouchent à Mayotte et dont l'enfant est reconnu par un Français. Là n'est d'ailleurs pas notre propos. Il demeure que les personnes que nous avons interrogées paraissent avoir régulièrement affaire à des reconnaissances mensongères ou frauduleuses. Des dossiers ont été évoqués devant nous, dans lesquels ces reconnaissances ont été contestées, que ce soit par le ministère public ou par leur auteur. En outre, des cadis nous ont confiés qu'ils regrettaient la méthode employée par le législateur.

La pratique des reconnaissances mensongères ou frauduleuses. Les reconnaissances mensongères, souscrites afin d'obtenir des droits sociaux, de bénéficier d'un titre de séjour ou d'acquiescer la nationalité française, soulèvent de graves difficultés. Pour la plupart, elles émanent de femmes étrangères – comoriennes ou malgaches – qui s'efforcent de la sorte de créer un lien entre leur enfant et un père français ou un père étranger en situation régulière, afin d'obtenir un titre de séjour pour lui et, conséquemment, pour elle-même.

Selon l'un des notaires de Mayotte, les reconnaissances de complaisance seraient une pratique courante et il arriverait qu'un père reconnaisse l'enfant de sa fille, ce qui équivaut, dans ce cas, à reconnaître que l'enfant est issu d'une relation incestueuse. Un officier de l'état civil nous indique que de nombreux actes de naissance sont dressés à Dombéni, car des femmes accouchent à domicile pour essayer de faire reconnaître leur enfant par un homme ayant la nationalité française. La mention « droit local » aurait ainsi tendance à disparaître. Ces reconnaissances peuvent avoir lieu moyennant une somme d'argent. Un avocat, toutefois, nous indique que les reconnaissances mensongères auxquelles il a été confronté ont toutes eu lieu sans contrepartie financière : elles aspiraient uniquement « à rendre service », mais il reconnaît avoir entendu parler de ces reconnaissances effectuées contre rémunération.

Face à ce problème, une campagne, dénonçant les reconnaissances mensongères et mentionnée au cours de plusieurs entretiens¹⁰⁶⁷, a été lancée. Des affiches en trois langues, rappelant les sanctions qui frappent l'auteur d'une telle reconnaissance, ont été placardées sur les murs du tribunal de grande instance et des salles d'attente de l'aéroport. Cette mesure serait à l'origine d'une baisse drastique du nombre des reconnaissances de paternité, en tout cas pour la commune de Kongou : d'après un avocat de Mayotte, qui se réfère à un article lu récemment et aux informations relayées par la télévision, il y aurait eu 130 demandes de reconnaissance en avril 2018 et seulement 30 en avril 2019. Ces chiffres paraissent confirmés pour 2020, un

¹⁰⁶⁵ Fr.-N. Buffet, Rapport n° 300, Sénat, 6 avr. 2006, *loc. cit.*, spéc. p. 32.

¹⁰⁶⁶ Fr.-N. Buffet, Rapport n° 371, Sénat, 31 mai 2006, *loc. cit.*, spéc. p. 258.

¹⁰⁶⁷ Entretiens avec un avocat et avec un officier d'état civil à Dombéni.

rapport mentionnant le défèrement de 40 personnes pour différents motifs, dont les reconnaissances frauduleuses de paternité¹⁰⁶⁸.

La contestation des reconnaissances mensongères ou frauduleuses par leur auteur. Il arrive que l'auteur d'une reconnaissance mensongère conteste celle-ci. La contestation peut porter sur la maternité ou sur la paternité.

Une greffière se souvient de contestations de maternité lorsque des femmes comoriennes, qui n'ont pas de papiers, font reconnaître leur enfant par des hommes qui sont en situation régulière afin de pouvoir régulariser leur situation. Elle concède avec nous qu'il ne s'agit pas d'une « coutume » à proprement parler, mais davantage d'une « pratique ».

En tout état de cause, les contestations de paternité paraissent plus fréquentes que celles qui portent sur la maternité. L'un des avocats consultés nous relate deux affaires dans lesquelles un homme, après avoir avoué avoir reconnu un enfant « pour rendre service » – c'est-à-dire sans contrepartie financière –, a souhaité contester sa paternité afin d'échapper à la demande de pension alimentaire formée par la mère. Dans le premier cas, la mère avait attendu que la fillette ait 9 ou 10 ans afin de former sa demande. La contestation du père était donc prescrite, celui-ci ne pouvant agir que pendant un délai de 5 ans. Dans le second cas, l'action en contestation était intentée par un homme ayant reconnu les deux enfants d'une femme malgache et qui s'était, lui aussi, heurté à une demande de pension alimentaire. Le juge aux affaires familiales de Saint-Pierre, à La Réunion, ne pouvait pas, là encore, annuler la reconnaissance, dans la mesure où l'action en contestation intentée par le père était hors délai. Il n'a pourtant pas donné pleinement raison à la mère : il ne lui a alloué qu'une pension d'environ 20 euros alors que celle-ci demandait 300 euros.

Dans ces différentes affaires, les contestations se fondent sur le droit commun, et il semblerait qu'elles ne laissent aucune place à la coutume. Néanmoins, la volonté de « rendre service », mentionnée à plusieurs reprises, rappelle étonnamment ce qui, depuis le droit colonial, permet de distinguer la reconnaissance « simplement » mensongère, d'une reconnaissance frauduleuse. Tout se passe comme si la coutume pouvait être convoquée, afin de justifier l'absence d'intention frauduleuse. Dans la société mahoraise, en effet, les mères célibataires sont sanctionnées socialement. De très jeunes femmes, dont le comportement est perçu comme une « insulte à la notoriété de la famille [et à] la religion », sont bannies de leur famille¹⁰⁶⁹. De plus, et au dire d'un agent des greffes, leurs enfants sont traités comme des « enfants de la rue » ; ils sont comme frappés d'infamie. Ces reconnaissances, même étrangères à la réalité, leur permettent d'avoir un père. Certes, et l'on ne peut manquer de relever le paradoxe, la filiation paternelle devrait, en principe, être légitime – c'est-à-dire rattachée à un mariage – afin de satisfaire pleinement aux exigences de la coutume. Mais, derechef, les entretiens révèlent qu'en pratique ce mariage n'a pas besoin d'être juridiquement valable pour répondre aux besoins de la société mahoraise ; un mariage religieux ou coutumier suffit¹⁰⁷⁰.

La contestation des reconnaissances par le ministère public. Les contestations de reconnaissance peuvent également émaner du ministère public, sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Elles demeurent peu fréquentes, à l'échelle nationale en tout cas. Une étude

¹⁰⁶⁸ Rapport établi par le préfet de Mayotte et le ministère de la Justice, « Lutte contre la délinquance, l'immigration clandestine et l'habitat illégal à Mayotte : bilan chiffré de l'année 2020 ». Dossier de presse, spéc. p. 25.

¹⁰⁶⁹ Voir les témoignages recueillis dans *Mayotte Hebdo*, 5 févr. 2021, n° 943, Dossier intitulé « Filles mère. D'enfants à parents », spéc. p. 8.

¹⁰⁷⁰ Les observations formulées par la direction scientifique au début de cette recherche sont en ce sens.

d'impact dénombre, sur la période 2010-2015, 737 affaires de contestation du lien de filiation initiées par le Parquet et 655 jugements. Entre 2013 et 2015, moins de 6 % de ces actions en contestation ont été rejetées par les juridictions. En 2016, 133 reconnaissances frauduleuses de paternité ont été contestées par le ministère public, conduisant à l'annulation du lien de filiation dans la quasi-majorité des affaires¹⁰⁷¹.

Un avocat a évoqué devant nous un dossier – en cours au moment de l'entretien – dans lequel un monsieur, de nationalité française, avait déclaré être le père de l'enfant d'une mère de nationalité étrangère et en situation irrégulière, afin de l'aider, car elle était « en souffrance ». La mairie a alors prévenu le procureur, qui a poursuivi les deux parents. De fait, ceux-ci avouent que le père n'est pas le père. Or le tribunal correctionnel a relaxé tant le faux père que la mère « par mansuétude », car il n'y avait pas de réelle intention frauduleuse. L'affaire, toutefois, ne s'est pas arrêtée là. Le juge aux affaires familiales a ensuite été saisi, aux fins d'annulation de la reconnaissance. Devant lui, un homme, gendarme en France et désigné finalement par la mère comme étant le véritable père, pouvait effectivement être considéré comme tel au regard des critères retenus par la coutume : l'enfant lui ressemblait, s'agissant notamment de son nez ou de ses yeux. La prise en compte de l'apparence physique, pour conforter la paternité de celui qui se présente comme étant le père de l'enfant, ne peut que surprendre le juriste métropolitain. Elle est en tout cas conforme à ce que prescrit le *Minhâdj*, qui prévoit, pour trancher les conflits de paternité, le recours à un physionomiste, qui doit être musulman, « irréprochable » et « de longue expérience »¹⁰⁷² ! La coutume réapparaît donc là où on ne l'attendait pas. Dans cette affaire, le juge n'en a cependant pas tenu compte. Il a ordonné une expertise, qui est de droit en droit commun et ce à la demande du faux père relaxé en correctionnelle, qui avait concédé ne pas être le père !

En toute hypothèse, cet arsenal répressif n'est pas toujours bien perçu par les acteurs locaux. Certains déplorent son inefficacité et plaident pour qu'une place plus large soit reconnue en la matière à la coutume et à la morale.

De la morale plutôt que des gendarmes ? Un entretien avec le bureau des cadis conduit à porter un autre regard sur le dispositif mis en place à Mayotte¹⁰⁷³. Les cadis ne nient pas que l'« on a besoin parfois des gendarmes » et de recours à la « force ». Mais ils insistent surtout sur le fait que « l'homme a besoin de morale » et que « c'est ce qui manque » dans le système actuel. Partant, ils regrettent la disparition des cadis et, avec eux, l'absence de moralisation des comportements, qui serait pourtant plus efficace que le « combat de l'État » afin de lutter contre les reconnaissances frauduleuses. Aujourd'hui, constatent-ils, nombreux sont les hommes – dont on connaît « la faiblesse » – à céder aux demandes des femmes, venant notamment d'Anjouan, qui souhaitent avoir des « papiers français » pour elles et « une identité française pour [leur] enfant » : ils n'hésitent pas à donner leur nom et à reconnaître l'enfant. Ce faisant, ni ces enfants – qui « se foutent de leur [véritable] père » et qui ne pensent qu'« aux papiers français » – ni ces hommes complaisants, ne respectent le droit local. Selon nos interlocuteurs, un passage de cinq minutes chez le cadi permettrait de combattre de manière plus efficiente ces pratiques. Le cadi pourrait rappeler à cet homme « le mal » de ce qu'il fait « par rapport à la

¹⁰⁷¹ Étude d'impact concernant le projet de loi pour une immigration maîtrisée, *loc. cit.*, spéc. p. 227.

¹⁰⁷² L. W. C. Van den Berg, *Minhâdj At-Tâlibîn*, *op. cit.*, t. 3, p. 450-451 ; voir déjà *supra* I, B, 2) à propos des enfants trouvés.

¹⁰⁷³ Plusieurs rapports insistent sur le rôle important, joué par les cadis, dans la société mahoraise contemporaine. Si, officiellement, les cadis n'ont plus qu'une fonction de médiation sociale, en réalité, ils conservent auprès de la population leur autorité spirituelle, ce qui les rend à même de résoudre bon nombre de conflits : voir notamment *supra* les rapports d'A. Siri, « Évolution de la Justice cadiale » et de Th. Malbert, « Les Cadis à Mayotte ».

législation musulmane et au droit local », ainsi que « toutes les conséquences qui vont avec ». Puis, une fois que l'homme serait « au courant et vraiment conscient du caractère interdit [de telles pratiques] en Islam », il serait invité à faire ses ablutions et à prêter serment sur le Coran, afin de jurer que cet enfant est le sien. Selon les cadis, si l'homme refuse de jurer, « c'est qu'il sait que c'est pas son enfant »¹⁰⁷⁴. La conclusion est sans appel : « Un peu de morale » rendrait possible le règlement de beaucoup d'affaires.

Ces témoignages ne sont-ils pas le signe que la coutume, encore vivace, est susceptible d'investir des champs dont le législateur français pensait l'avoir définitivement écartée ?

§ 4 – L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores

Il est admis couramment que l'adoption serait fermement prohibée en droit musulman, lequel ne connaîtrait que la *kafala*, simple recueil légal d'un enfant ne créant aucun lien de filiation. Nous tenterons de démontrer que cette position, d'une part, n'est qu'une interprétation d'un verset du Coran et, d'autre part, qu'elle est inexacte en ce qui concerne le droit local tel qu'il est appliqué à Mayotte et dans l'archipel des Comores.

I. La Sourate 33

Pour comprendre le principe de l'interdiction supposée de l'adoption en droit musulman, il faut connaître l'épisode de la vie du Prophète expliquant la rédaction de la sourate 33 (exposé notamment dans l'ouvrage de *Tabari : Mohammed, sceau des prophètes*).

Comme cela était courant dans la société arabe de l'époque, le Prophète avait adopté un fils lequel avait pris son nom : il s'agit de *Zayd ibn Muhammad*. *Zayd* était un jeune esclave converti que le Prophète avait affranchi et adopté. Quand *Zayd* eut atteint l'âge mûr, le Prophète, afin de donner tout son sens à l'intégration sociale de son fils adoptif, lui avait donné en mariage sa cousine, *Zaynab*, laquelle était, paraît-il, la plus belle femme de son temps.

Le Prophète serait par la suite tombé amoureux de sa cousine, après l'avoir aperçue chez elle tête nue. Or cette dernière lui était doublement interdite puisqu'elle était l'épouse d'un autre et de surcroît celle de son fils adoptif. Les règles de la société arabe de l'époque assimilaient en effet ce lien juridique avec celui de la parenté biologique.

C'est pour permettre au Prophète d'épouser légalement *Zaynab*, une fois celle-ci répudiée et le délai légal écoulé, que *Zayd* a repris son nom d'origine : *Zayd ibn Hârithah* en remplacement de *Zayd ibn Muhammad* qui lui avait été donné le jour de son adoption, trente-cinq ans auparavant. Cette reprise de l'identité biologique n'a cependant nullement annulé l'adoption en tant que telle ni altéré les liens affectifs entre père et fils adoptif. C'est cet épisode qui explique l'intervention des versets coraniques suivants :

Nous te l'avons donnée pour femme
afin qu'il n'y ait pas de faute
à reprocher aux croyants
au sujet des épouses de leurs fils adoptifs,

¹⁰⁷⁴ Voir *supra* I, A, 2, a, aa), sur le recours possible au serment décisoire pour établir la paternité légitime.

quand ceux-ci auront cessé tout commerce avec elles.

(33,37)

Appelez ces enfants adoptifs du nom de leur père ;
ce sera plus juste auprès de Dieu.

(33,5)

À lire le texte du Coran, celui-ci ne prohibe pas l'adoption. Il est simplement dit que l'enfant adoptif conserve le nom de son père d'origine.

II. L'adoption en droit local à Mayotte

En ce qui concerne plus précisément le droit local applicable à Mayotte, l'article 7 de la délibération n° 12 bis du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane dispose que les cadis jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans différents traités de *fiqh* et notamment le *Minhâdj-At-Talibin* d'*An Nawâwî*. Il est également précisé que les cadis peuvent invoquer les coutumes locales propres à chaque île.

Si l'on considère les coutumes locales, l'adoption sous forme de don d'enfant est une pratique courante, répandue également, par exemple, en Polynésie. La coutume veut qu'une femme ne reste jamais sans enfant. Si une femme est stérile, elle se verra offrir un enfant de sa parenté proche, celui de son frère ou de sa sœur. Cet enfant deviendra le sien et pourra même prendre le nom de son mari. Par ailleurs, la tradition voulant qu'un enfant ne soit jamais délaissé, tout enfant isolé se verra recueilli et adopté par une famille. Le terme même d'adoption est couramment employé par les Mahorais. L'étude du *Minhâdj-At-Talibin* permettrait vraisemblablement de trouver des équivalents de l'adoption. On peut ainsi lire au Livre de l'enfant recueilli : « *L'invention d'un enfant abandonné est une obligation de la communauté musulmane... Sera établie la puissance paternelle par fait de l'invention au profit de celui qui a pleine capacité, qui est libre, musulman, irréprochable et majeur...* »

Le principe de l'adoption ne semble poser aucune difficulté aux cadis de Mayotte. À titre d'exemple, le cadi de Tsingoni a reçu en 2006, un testament, par lequel A. D. déclare adopter M. N. comme son unique enfant et lui léguer tous ses biens. La volonté d'adopter au sens propre de ce terme ne semble pas faire de doute, l'adoptant déclarant expressément : « *Il a récupéré l'enfant et l'a adopté, l'a marié* ». Par ailleurs les cadis de Mayotte connaissent très bien la distinction entre l'adoption et la simple *kafala*.

La validité du testament de A. D. n'étant pas contestée en la forme, il semble que ce dernier a pu valablement adopter en droit local M. N., ne serait-ce que sous la forme d'une adoption simple, puisque l'adoptée a conservé son état civil d'origine. Il apparaît en effet tout à fait légitime que la volonté du défunt soit respectée, dès lors qu'elle a été clairement mentionnée sur le fond.

En cas de litige, le tribunal pourrait être amené à statuer sur l'interprétation du testament en cause. Toutefois, la logique voudrait que ce soit le cadi qui a reçu ce testament qui soit appelé à l'interpréter, en l'espèce le cadi de Tsingoni. Cette solution paraît encore possible aujourd'hui puisque l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 abroge la délibération n° 12 bis du 3 juin 1964 à l'exception de l'article 20 qui dispose que le cadi, en sa qualité de cadi notaire, est le représentant légal du défunt pour toute succession non réglée.

La justice cadiale ayant été supprimée à Mayotte par l'ordonnance susvisée, c'est désormais la juridiction de droit commun qui est appelée à statuer en droit local. Il ne semble y avoir aucun obstacle juridique à ce que celle-ci puisse prononcer des adoptions simples et plénières en faveur de Mahorais relevant du statut personnel de droit local.

III. L'adoption en droit local aux Comores

Une circulaire du garde des Sceaux du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale (J.O. du 2/4/1999) fait figurer en annexe les Comores parmi les pays où l'adoption est prohibée. Cette interprétation semble inexacte ou pour le moins périmée aujourd'hui.

Avec l'introduction du Code de la famille en 2005 conformément aux dispositions de l'article 19 de la Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001, la délibération n° 12 bis du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane a été abrogée et par voie de conséquence les textes visés par celle-ci, notamment le *Minhâdj-At-Talibin*. Si la justice cadiale est maintenue, les cadis appliquent donc désormais non plus le *Mindhadj* mais le même droit que les juges de droit commun.

L'Union des Comores reconnaît expressément l'adoption simple. Aux termes de l'article 2 du Code de la famille : « ... le terme d'adoption s'entend de l'adoption simple. Elle obéit aux règles des legs et donations. L'enfant adopté conserve tous ses droits dans sa famille d'origine, notamment le nom et les droits héréditaires. » L'adoption plénière est toutefois admise par la jurisprudence avec modification de l'état civil de l'adopté qui prend le nom de l'adoptant. Cette jurisprudence se fonde sur plusieurs motifs.

L'adoption plénière sous forme de don d'enfant est une pratique ancienne. De même qu'à Mayotte, la coutume veut qu'une femme ne reste jamais sans enfant. Une femme se verra offrir un enfant de sa parenté proche, celui de son frère ou de sa sœur. Le système de l'adoption aux Comores (*fosterage*) a fait l'objet d'études intéressantes par Sophie Blanchy dans son ouvrage intitulé *Maisons des femmes, cités des hommes, filiation, âge et pouvoir à Ngazidja (Comores)*, Nanterre, 2010 (pp. 48-49 ; 229). Par ailleurs, la tradition voulant qu'un enfant ne soit jamais délaissé, tout enfant isolé sera recueilli et adopté.

Les cadis de l'archipel des Comores sont ainsi amenés, en leur qualité de cadi notaire, à rendre des actes d'adoption. D'autre part, les magistrats comoriens n'hésitent pas en cas d'obscurité ou de lacune de leur propre législation à faire appel à la loi française et notamment au Code civil. Il n'est donc pas surprenant qu'un cadi prononce l'adoption d'un enfant mineur en faisant référence à l'article 343 du Code civil qui vise l'adoption plénière en droit français (par exemple, l'acte n° 1 du 25/5/2004 du 25/5/2004 du cadi de Sima). Les magistrats comoriens considèrent que c'est le bon sens et l'intérêt de l'enfant qui doivent l'emporter.

En conclusion, il semble que l'adoption, au sens du droit commun, soit conforme tant au droit positif actuel qu'aux coutumes locales ayant toujours prévalu à Mayotte et aux Comores.

§ 5 – La capacité de la femme mahoraise

À Mayotte, le chemin vers la départementalisation a été à l'origine de nombreux bouleversements. Certaines pratiques d'antan ont commencé à s'estomper progressivement avec l'évolution des mœurs. Le statut de la femme mahoraise a également subi des évolutions notables, tant pour les femmes mariées que pour les femmes isolées (célibataires ou veuves), qui vont dans le sens d'un rapprochement avec le droit commun. Ces changements, surtout ceux concernant la femme mariée de droit local, justifient une étude abordant de front certains questionnements. L'attention croissante portée, de manière générale, à la coutume, nous invite à prendre en considération la problématique relative à la capacité juridique de la femme mahoraise.

En droit positif, la capacité est l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer. Elle est prévue à l'article 414 du Code civil. Cet article dispose que « la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». Il en ressort que pour acquérir la pleine capacité juridique, il faut être majeur. Cette capacité comprend la capacité de jouissance de droits et la capacité d'exercice, c'est-à-dire la faculté de les exercer soi-même. Ce principe souffre toutefois d'un tempérament. Une personne peut être considérée juridiquement comme « incapable » en raison de nombreux facteurs, parmi lesquels la minorité et l'altération de l'état physique ou mental. Cette incapacité juridique entraîne pour la personne des difficultés à mettre en œuvre, par elle-même, les droits dont elle est titulaire. Un régime de protection a été érigé en faveur des incapables (mineurs non émancipés et majeurs incapables), prévu aux articles 425 à 494-12 du Code civil. La capacité est donc le principe et l'incapacité, l'exception.

Mais ce principe de capacité juridique peut-il dépendre du genre, féminin ou masculin, de l'individu ? *A priori* non, car le principe d'égalité entre l'homme et la femme s'y oppose. Mais qu'en est-il selon la coutume mahoraise ? Existe-t-il des règles de nature coutumière encadrant ou limitant la capacité de la femme sur le plan juridique ? La question se pose, car, relevant du domaine du statut personnel, la capacité juridique des Mahorais, et des Mahoraises en particulier, est régie par un ensemble de sources dont certaines dérogent grandement au droit commun¹⁰⁷⁵. Il s'agit du droit musulman ainsi que de coutumes locales d'origine bantoue. Ses sources primaires sont le Coran et la Sunna (tradition prophétique). D'autres sources, cette fois-ci secondaires, telles que le *Minhâdj at-Tâlibîn* ou Guide des zélés croyants, écrit au XIII^e siècle par l'imam Nawawi, font office de Code civil. Tout comme le Code civil, ces sources regroupent les lois relatives au droit civil, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui déterminent le statut des personnes, celui des biens et celui des relations entre les personnes privées. Ledit statut (ci-après statut local ou statut civil du droit local) régit les relations juridiques des Mahorais de confession musulmane et ayant la nationalité française, à savoir l'état des personnes, le régime matrimonial, la dévolution successorale, la filiation, les libéralités. Selon certains auteurs, ce droit coutumier « constitue un ensemble de règles, de principes, de recommandations intéressant la situation civile personnelle des Mahorais. Il s'agit de règles qui ont été introduites par les Arabes et inspirées de leur droit »¹⁰⁷⁶. Ces règles sont donc le résultat d'une histoire, d'un croisement civilisationnel (africain, malgache et arabe).

¹⁰⁷⁵ J.-P. Sueur, « Au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale à la suite d'une mission effectuée à Mayotte du 11 au 15 mars 2012 ».

¹⁰⁷⁶ L. Ahmed, *La construction d'un système juridique*, Thèse de doctorat, Strasbourg, 2015, p. 152.

Une mutation profonde conduisant à une modernisation du statut personnel a récemment été entamée par le législateur depuis 2000¹⁰⁷⁷, ensuite en 2003¹⁰⁷⁸ et s'est achevée en 2010 avec l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 ratifiée par la loi du 7 décembre de la même année¹⁰⁷⁹. Ce dernier texte est guidé, entre autres, par le souci de promouvoir le statut de la femme mahoraise ainsi que le principe d'égalité. Le législateur a interdit la polygynie et la répudiation, rétabli l'égalité en matière successorale entre les enfants naturels, adoptifs et légitimes et entre les enfants de sexe différent ; la capacité matrimoniale de la femme mahoraise a été également portée à dix-huit ans (alors qu'auparavant, la femme mahoraise pouvait contracter mariage dès sa puberté).

Ces changements mettent alors en évidence les écarts de points de vue entre le droit commun et ce que prévoyait jusqu'ici la coutume, notamment sur le terrain de la capacité juridique de la femme mahoraise. Ce sujet a été étonnamment peu abordé par la doctrine, notamment depuis l'accession de Mayotte au statut départemental, ayant conduit à la suppression de la justice cadiale.

Au vu des changements opérés par voie législative, on abordera le sujet à la fois à travers une approche historique, mais aussi contemporaine. Cette démarche nous conduira à faire un état des lieux non exhaustif des coutumes encadrant les droits de la femme afin de savoir si cette dernière dispose d'une capacité entière ou réduite dans la jouissance et l'exercice de ses droits (I). Pour ce faire, on a voulu interroger les experts coutumiers, à savoir les cadis, afin d'avoir leur avis sur le sujet. Nous verrons ensuite les perspectives d'évolution du statut juridique de la femme mahoraise (II).

I. État des lieux et controverses autour de la capacité juridique de la femme mahoraise

L'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010 dispose aujourd'hui que « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels ».

Cette disposition figurait déjà dans la loi statutaire n° 2001-616 du 11 juillet 2001 (art. 53), mais cette inscription matérielle, alors que l'état et la capacité des personnes sont en principe régis par leur « statut personnel » coutumier, laisse entendre que la coutume prévoit des solutions différentes, en termes de capacité juridique de la femme mahoraise. Il est donc important de faire un « bond en arrière » afin de savoir comment la coutume aborde le sujet, ce qui n'est pas facile en raison de son caractère oral. Les travaux sociologiques et anthropologiques qui se sont attachés à la coutume mahoraise nous ont livrés des aspects, des pans remarquables du fonctionnement de la société mahoraise¹⁰⁸⁰.

L'une des premières questions concerne la détention du bien immobilier par la ligne maternelle ou *Magnahoulé*. Cette question a déjà fait l'objet d'une interrogation dans des études ethnographiques, notamment celles de Sophie Blanchy, dans lesquelles elle s'est intéressée au statut civil de droit local mahorais. Il s'agit d'une véritable institution qui découle des us et

¹⁰⁷⁷ Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir institutionnel de Mayotte.

¹⁰⁷⁸ La loi de programme du 21 juillet 2003 pour l'outremer conduit à une profonde mutation du statut civil de droit local afin de le faire évoluer vers un plus grand respect des principes de la République.

¹⁰⁷⁹ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître.

¹⁰⁸⁰ S. Blanchy, « Le statut civil de droit local à Mayotte », *Droit et société*, n° 80, 2012.

coutumes mahorais. Elle déroge au droit coranique des biens. Elle tire ses origines de coutumes africaines (essentiellement bantoue). On est en présence d'un don entre vifs et à titre gratuit. Ce don peut aussi prendre la forme d'un testament à cause de mort. Cette pratique permet à la femme mahoraise, de statut civil de droit local, de recevoir un bien immobilier à l'occasion de son entrée dans une union conjugale. Il s'agit de « biens dont la propriété collective appartient à un groupe de femmes (mères et filles, sœurs, etc.) et se transmet collectivement sur les femmes »¹⁰⁸¹. Traite-t-elle explicitement de la capacité de la femme ? En effet, ce qu'il convient de noter c'est que par l'octroi d'un bien immobilier, la femme mahoraise se voit également octroyer un droit de propriété. Ce droit de propriété lui confère donc une capacité de jouissance, c'est-à-dire l'aptitude à acquérir un droit. Sur ce point, on peut affirmer que la capacité de jouissance de la femme mahoraise est sans équivoque. La vraie question, la question primitive, consiste à saisir où se situe la capacité juridique de la femme. Le fait d'octroyer un immeuble aux femmes de la lignée maternelle suffit-il à affirmer que ces dernières disposent d'une capacité élargie ?

Mais est-ce tout ? La coutume mahoraise reconnaît certains droits à la femme, notamment la détention de l'immeuble conjugal. On est certes en présence d'un droit fondamental, mais il serait intéressant de savoir si cette capacité n'est pas réduite au seul fait de détenir ce bien. Cependant, la femme mahoraise peut-elle exercer tous les actes en faveur de ses biens ou tout acte de disposition ? Est-ce que la femme mahoraise, notamment, doit être représentée par son tuteur (wali) ou son conjoint dans ce type de démarche ? La doctrine s'est penchée sur la question. Après avoir déclaré une absence de capacité juridique de la femme (mariée), elle considère toutefois que « même ainsi affirmée, la capacité juridique de la femme mahoraise reste limitée. Elle ne s'applique qu'au libre exercice d'une profession, à la libre perception et disposition des gains et salaires, à la libre administration des biens personnels »¹⁰⁸². Ce constat a permis de soulever des interrogations majeures quant à la capacité juridique de la femme. Parmi les questions soulevées, il y a la suivante : les femmes mahoraises sous statut civil coutumier disposent-elles d'une « capacité juridique aussi étendue que la Mahoraise de statut civil de droit commun »¹⁰⁸³ ? Il est également soutenu que faute d'être bénéficiaire d'une capacité absolue d'exercer ses droits, la femme mahoraise bénéficie néanmoins d'une « capacité spéciale » qui dérogerait au statut civil de droit local, tandis que toutes les autres questions relatives à la capacité juridique de la femme devraient être soumises « aux règles « traditionnelles » de son statut personnel ».

Les recherches qui se sont intéressées à la capacité juridique de la femme mahoraise ont donc formulé quelques éléments de réponse, mais elles nous semblent insuffisantes. L'absence de réponses exhaustives justifiait un complément d'information, notamment sur le contenu des règles coutumières en la matière.

Dans le cadre de nos entretiens auprès d'interlocuteurs à Mayotte, nous avons soulevé ces interrogations, adressées directement aux acteurs coutumiers, et en particulier au *cadi* de M'Tsapéré. En ayant gracieusement accepté de collaborer avec nous, il nous a apporté quelques éléments de réponse. Grâce à un guide d'entretien préétabli, ce dernier a pu répondre à nos différents questionnements avec enthousiasme.

¹⁰⁸¹ *Études sur les Comores et l'Islam en l'honneur de Paul Guy*, Institut national des langues et civilisations orientales, Centre océan Indien occidental, 1985, p. 31.

¹⁰⁸² É. Ralsér, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 768.

¹⁰⁸³ *Ibid.* p. 768.

De ces entretiens, il ressort que la femme mahoraise bénéficie, à quelques exceptions près, de la même capacité juridique que celle offerte à la femme de statut civil du droit commun, c'est-à-dire que cette dernière n'a pas besoin d'être représentée par son tuteur ou son mari pour exercer une action en justice ou tout acte de nature juridique. Nous avons cependant appris que le droit coutumier tenait tout de même à encadrer l'exercice de cette capacité. En effet, en vertu de la coutume, toute femme (mariée ou non, sans distinction de statut), doit pouvoir exercer ses droits dans les meilleures conditions possibles. Avant d'exercer une quelconque action, certaines conditions doivent être remplies : la femme mahoraise ne doit pas se retrouver dans une situation d'incapacité (maladie, démence...) et elle ne doit pas subir d'injustice. Le but poursuivi est très net. La société, la famille, l'époux, tous doivent contribuer à l'épanouissement de la femme de sorte que cette dernière ne subisse pas d'injustice dans la jouissance et l'exercice de ses droits. Si ses droits sont remis en cause, dans ce cas-là, elle peut recourir à la justice afin de les faire respecter et sans être forcément accompagnée.

Selon le cadi interrogé, si la femme a la capacité d'effectuer seule ces démarches, notamment lors d'une demande en divorce, elle peut le faire et dans n'importe quel domaine. « L'exercice de cette capacité juridique repose sur une entente avec son mari. Il lui est recommandé de demander des conseils à son mari comme il s'agit d'une union entre deux personnes, d'un contrat. Les deux époux se doivent de se consulter mutuellement » (cadi de M'Tsapéré).

De cet entretien, on a retenu que la femme mahoraise était juridiquement capable. Toutefois, au moment de la réalisation de ses démarches, elle doit être saine d'esprit et agir dans des conditions physiques favorables et on lui recommande de consulter son mari au préalable afin de lui demander des conseils.

Les données recueillies lors de notre échange avec le cadi de M'Tsapéré font davantage état d'une capacité de jouissance de la femme mahoraise et mentionnent très peu sa capacité à exercer elle-même ses droits. À défaut de réponses satisfaisantes sur ce volet-là, on s'est tourné vers d'autres interlocuteurs en charge de la lutte pour le respect des droits de la femme. Certains répondants (à l'instar de la directrice de l'association Narihime à Mayotte) n'hésitent pas à affirmer que la femme mahoraise n'a pas de capacité juridique « limitée ». Pour ce faire, elle mentionne l'existence d'une règle coutumière permettant à la femme d'exercer librement un emploi. Mais, nous n'avons malheureusement pas eu davantage d'explication sur ladite disposition.

Il nous a également été confié que la femme mahoraise ne souffre d'aucune incapacité juridique ou autre. Cette dernière souffrirait plutôt d'une méconnaissance de ses droits. En sus de cela, certaines femmes auraient quelques réticences quant à l'exercice de leurs droits. Ces réticences s'expliquent par d'autres facteurs. Auparavant, bon nombre de femmes n'étaient pas scolarisées et n'avaient pas le niveau requis pour s'insérer dans tous les domaines de la vie. Cela constituait, par exemple, un frein dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction électorale. Aujourd'hui, la place de la femme à Mayotte a nettement évolué puisque les chiffres révèlent que près de 70% des étudiants au centre universitaire de formation et de recherche de Mayotte sont des femmes. Cette donnée rend compte d'une scolarisation significative des femmes. Ceci signifie que la femme mahoraise est désormais formée et qualifiée pour occuper un emploi et faire valoir ses droits, le cas échéant.

La directrice de l'association Narihime profite de l'entretien pour remettre également en cause l'idée consistant à affirmer que la femme mahoraise est « soumise ». D'après elle, « il s'agit d'un imaginaire, d'une utopie entourant la femme mahoraise ». Pour notre interlocutrice, les arguments tendant à attribuer à la femme mahoraise le statut de « mineure » ne sont pas assez

convaincants. Elle rend compte d'une certaine forme d'avancée plutôt que d'une forme de régression de la femme. Ces avancées sont-elles dues à la modernisation des règles intervenues depuis 2010, c'est-à-dire à l'ordonnance du 3 juin 2010 consacrant la capacité juridique de la femme mahoraise, car le caractère oral de la coutume ne permettait pas de cerner de manière explicite la capacité juridique de la femme mahoraise ? Ou bien doit-on ces avancées à la scolarisation des femmes ?

Prendre en compte la capacité de la femme, c'est aussi aborder autrement la question du mariage. La majorité des Mahorais sont de confession musulmane et se marient selon le droit coranique. Le mariage tient une place importante dans la société mahoraise. À Mayotte, jusqu'en 2006, cette union était conclue selon le droit local, ce qui posait principalement la question du libre consentement de l'épouse à son mariage et celle de sa capacité juridique à consentir elle-même à celui-ci, sans devoir être représentée. Selon le droit musulman, sur le premier point, la libre expression de leur consentement est une condition essentielle à la réalisation du mariage. La loi, la coutume et le droit musulman convergent sur ce point. Dans le même ordre d'idée et selon le *cadi* de M'Tsapéré « le mariage se fait avec le consentement de la femme. Elle a le droit de refuser un homme comme elle a aussi le droit de l'accepter ». Sur le second, toujours selon le droit musulman, la présence du wali (tuteur) est requise. C'est-à-dire que lors de la célébration du mariage, la femme doit absolument être représentée par son wali. Après interprétation de quelques versets du Coran et hadiths prophétiques et selon les avis dominants des docteurs de la loi, Sayyid Sabiq conclut « qu'un mariage sans tuteur est nul »¹⁰⁸⁴. La présence du tuteur serait obligatoire pour garantir les intérêts de la femme au moment de la conclusion du mariage. On observe aussi qu'il est préférable que la future épouse se fasse représenter par son tuteur pour ne pas être taxée de dévergondage¹⁰⁸⁵. En revanche, en cas de remariage de la femme, la présence du wali n'est plus nécessaire. Par conséquent, on peut dire que la capacité matrimoniale de la femme mahoraise n'est limitée que lors de son premier mariage.

Depuis l'ordonnance de 2010, toutes les conditions de forme et de fond du mariage relèvent désormais du droit commun selon lequel, chaque futur époux est présent à son mariage et consent lui-même à son union, sans être représenté. Dans la pratique, toutefois, les Mahorais continuent à se marier en la forme coutumière¹⁰⁸⁶.

En amont du mariage coutumier, une autre condition est également exigée et n'a pas disparu dans la société mahoraise. Il s'agit de l'octroi par le marié d'une dot (don nuptial) appelée *mahr* en shimahorais. Toujours selon le droit musulman, cette dot doit être remise en mains propres à l'épouse et il lui appartient de la fixer elle-même. Aucun membre de sa famille « n'a le droit d'en récupérer une miette, à moins qu'elle n'y consente elle-même en toute liberté »¹⁰⁸⁷. Cette dot peut prendre la forme d'une somme d'argent ou toute autre forme symbolique. Elle peut aussi revêtir d'autres formes, à savoir l'engagement du mari à offrir une bague en fer ou une assiette de dattes conformément à un arrangement entre les familles¹⁰⁸⁸. Il suffit que la femme en accepte les principes. On est en présence d'une règle coranique¹⁰⁸⁹. Elle précise que, en cas

¹⁰⁸⁴ S. Sabiq, *Fiqh As-Sunna, l'Intelligence de la Norme Prophétique*, Maison Ennour, 2006, p. 252.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 254.

¹⁰⁸⁶ Voir *supra* la contribution de Vincent Egéa, dans ce rapport.

¹⁰⁸⁷ S. Sabiq, *op. cit.*, p. 284.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 285.

¹⁰⁸⁹ Coran sourates 4 : An-Nissa-Les femmes, édition Tawbah, verset 4.

« Et donnez aux femmes (que vous épousez) des dons qui leur reviennent en mariage mais si celles-ci vous en remettent de leur propre gré, alors vous pouvez les intégrer (dans vos biens). »

de mariage, l'homme est légalement obligé de fournir la dot. La fixation de la dot dépend des coutumes et pratiques observées selon les pays. En revanche, il est de coutume à Mayotte que cette dot soit fixée par le tuteur (*wali*) et versée à ce dernier¹⁰⁹⁰. Ce qui voudrait dire que bien qu'étant titulaire du droit de fixer et de recevoir sa dot, elle ne peut l'exercer seule et librement. Par conséquent, sa capacité d'exercice est limitée par cette pratique coutumière. Partant, « il appartient au père de la fille, s'il est vivant, de fixer et de recevoir la dot. À défaut de père, il appartiendra à la mère ou à l'oncle paternel, voire maternelle d'intervenir dans ce domaine »¹⁰⁹¹. On voit clairement, ici, que la famille exerce une tutelle sur la fille lors de l'acquisition de la dot. Dans cette hypothèse, on se rend compte que la pratique coutumière entourant la dot transgresse la capacité d'exercice de la femme mahoraise. Pourtant, la dot constitue un droit coranique qui est fondamental en droit musulman. Elle permet à la femme d'acquérir un patrimoine et d'en disposer, puis de le gérer sans être représentée par son tuteur ou son mari.

Enfin, notre thématique commande aussi d'aborder sa capacité d'exercer un emploi. Un entretien révèle que la femme mahoraise a une entière liberté dans l'exercice d'une profession. Cela est mentionné à plusieurs reprises. Un *cadi* se souvient par exemple d'une affaire dans laquelle une épouse avait demandé et obtenu le divorce, car son mari lui avait interdit de travailler. D'autres interlocuteurs affirment que le choix de la femme d'avoir un travail est soumis à son bon vouloir. Il s'agit bien d'une option octroyée à la femme, car en principe, selon le droit musulman, il appartient à l'époux de subvenir aux besoins du ménage. Lorsque l'épouse fait le choix d'occuper un emploi, elle est aussi libre de percevoir et de disposer des gains et revenus tirés de son travail. Ceci s'explique en raison du régime matrimonial régissant les époux qui peut s'analyser comme un régime séparatiste¹⁰⁹². Cette organisation patrimoniale s'observe même dans la répartition des comptes bancaires. Rares sont les couples mahorais qui disposent d'un compte commun contrairement à la France métropolitaine. Chacun dispose en général de son propre compte bancaire. N'est-on pas en présence d'une forme d'émancipation des couples, partant de la femme mahoraise ? Cette dernière assume entièrement sa liberté financière.

Plusieurs enseignements peuvent d'ores et déjà être tirés de nos échanges. Premièrement, les propos tenus par nos interlocuteurs, au-delà de constituer une base pour notre rapport de recherche, s'apparentent à une invitation à remettre en cause certains stéréotypes entourant l'infériorité juridique de la femme mahoraise. Ils ne réfutent pas le fait que certaines pratiques (absence du mari dans l'éducation des enfants, voire dans l'entretien du foyer, etc.) vont à l'encontre des droits de la femme mahoraise. Ils considèrent que ces pratiques contreviennent à l'esprit de la coutume qui est celle d'accorder des droits à la femme. Cependant, et en dépit de ces mutations, nos interlocuteurs s'appuient également sur le taux de scolarisation des femmes, pour affirmer que la femme mahoraise a une capacité absolue.

Ces mêmes interlocuteurs trouvent regrettable que malgré l'évolution notable de la société, les femmes mahoraises continuent d'être stigmatisées. Toujours selon nos répondants à l'enquête, les femmes à Mayotte vivent les mêmes réalités sociologiques que d'autres femmes à l'échelle nationale et internationale, c'est-à-dire qu'elles subissent aussi des discriminations en raison de leur sexe. La réalité et le contexte mahorais ne font qu'exacerber ces problématiques.

Dans tous les cas, la question de la capacité juridique de la femme a suscité un intérêt majeur auprès de nos interlocuteurs. Nous avons trouvé des hommes et des femmes prêts à combattre

¹⁰⁹⁰ *Études sur les Comores et l'Islam en l'honneur de Paul Guy, op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁹¹ *Ibidem.*

¹⁰⁹² J.-R. Binet, « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », RIDC, 54, 2002, p. 804. Voir aussi la contribution de Céline Kuhn, dans ce rapport.

les préjugés entourant la capacité juridique des Mahoraises. Il convient de noter que la réalité est, cependant, plus complexe et que les femmes mahoraises continuent, tant bien que mal, à mener le combat pour la reconnaissance de leurs droits. L'affirmation, dans la loi, de l'émancipation de la femme mahoraise est donc utile, car certaines femmes mahoraises osent désormais agir quand les droits dont elles disposent sont en péril.

Indéniablement, cette enquête nous conduit à déplacer le regard. Pour ce faire, devrait-on demander aux Mahoraises de mettre de côté leurs principes et valeurs afin d'aller de l'avant ? Ou peuvent-elles continuer, encore, à transiger avec leurs us et coutumes afin de trouver un juste équilibre entre la coutume et la modernité ? Force est de remarquer que ces éléments d'ordre culturel complexifient énormément la prise en compte de la capacité juridique de la femme mahoraise. De toute évidence, les Mahorais semblent, à travers la persistance et la prégnance de leurs pratiques coutumières, encourager ces évolutions. Quelles sont alors les perspectives d'évolution ?

II. Évolution du statut juridique de la femme mahoraise et perspectives

Le chemin vers la départementalisation a-t-il entraîné des répercussions sur la coutume ? L'accord signé le 27 janvier 2000¹⁰⁹³ ainsi que l'intervention successive de lois dans le domaine du droit privé à Mayotte, ont-ils conduit à une consolidation des droits de la femme ? Le statut départemental a-t-il parachevé le souhait du législateur ? Dans quel (s) domaine (s) peut-on voir des changements liés au statut de la femme ? De nos jours, quelle est la place accordée à la femme mahoraise ? Existe-t-il une persistance, une survivance de la coutume malgré les changements intervenus ? Cette série de questions consiste à savoir si la capacité juridique de la femme mahoraise a évolué dans un sens positif et, le cas échéant, s'il y a encore des pans à améliorer dans ce domaine.

L'accord du 27 janvier 2000 prévoyait que les droits de la femme à Mayotte allaient être au cœur des priorités de l'État. Son article 8 prévoyait la consolidation de ces droits. Au demeurant, trois ans plus tard, sa réforme de 2003 poursuit le même objectif. Ladite réforme est venue supprimer la répudiation et la polygamie. Le but poursuivi par le législateur est très clair. En effet, le législateur tenait à instaurer une égalité entre l'homme et la femme en supprimant certains mécanismes du droit coutumier qui allaient à l'encontre des droits de la femme, partant de sa capacité juridique. L'intervention du droit étatique poursuivait *in fine* un intérêt prépondérant, à savoir la revalorisation des droits de la femme. En 2010, l'intervention du législateur poursuivait aussi le même objectif.

Quels enseignements peut-on retenir s'agissant de la capacité juridique de la femme mahoraise et de son évolution ? Force est de remarquer que dix ans après la départementalisation, la population mahoraise continue à prouver son attachement à certaines pratiques coutumières. Elle montre davantage une volonté très forte à conserver ses coutumes. On peut donc se demander si dans l'avenir on ne pourrait pas dépasser le cadre juridique actuel et aller vers plus de particularisme. La prise en compte ou la sécurisation de certaines pratiques mahoraises (*mahr*, détention du domicile conjugal...), loin de tous préjugés contemporains, sans qu'elle ne soit utilisée pour des revendications culturelles par les coutumiers, sans nullement remettre en cause l'égalité entre l'homme et la femme, et sans contrarier ou limiter les droits attachés à la qualité de citoyen français, n'est-elle pas non plus une solution pérenne de consolidation des droits de la femme mahoraise ? Certains auteurs vont même plus loin et considèrent que la loi,

¹⁰⁹³ Accord du 27 janvier 2000 sur l'avenir de Mayotte.

en tant que norme « générale et abstraite » « n'est pas nécessairement vécue comme légitime, elle n'est même pas toujours connue par les populations minoritaires auxquelles elle s'applique »¹⁰⁹⁴. Ainsi et manifestement, la non-prise en compte de certains particularismes, surtout en matière de statut civil des Mahorais, ne contribue-t-elle pas à une baisse d'efficacité et d'effectivité juridiques ? Ce contexte nous invite incontestablement à porter un nouveau regard sur la question du pluralisme juridique à Mayotte¹⁰⁹⁵.

La poursuite de nos investigations a donné lieu à une série de réponses permettant d'approfondir notre sujet. D'autres propos viennent corroborer, réfuter et parfois compléter, en quelque sorte, les propos tenus *supra* s'agissant de la capacité juridique de la femme mahoraise. En d'autres termes, des personnalités issues de la diaspora mahoraise traitent la capacité juridique de la femme sous un autre angle. Un mouvement de lutte pour la départementalisation de l'île de Mayotte et ses droits a émergé à partir de 1958. Les leaders de ce mouvement étaient majoritairement des femmes mahoraises. Nous sommes réellement en présence d'un combat féministe. Ce combat a été mené par une poignée de femmes appelées les « chatouilleuses » (Zena Mérés, Zaina Mdéré...). Malgré la disparition de certaines de ces activistes, le combat des « chatouilleuses » a gardé son dynamisme. Certaines femmes leaders continuent à mener le projet des « chatouilleuses ». Nous avons voulu mener nos investigations auprès de ces femmes afin de connaître leur avis sur la question faisant l'objet de notre étude. Faute de les avoir eues en entretien, nous avons essayé, à travers certaines de leurs interventions (émissions télévisées du 31 mars 2021), de trouver des réponses à nos questionnements. L'objectif étant de connaître leur perception concernant la capacité juridique de la femme mahoraise et les évolutions qu'elle a subie depuis l'annonce officielle de la départementalisation, le 31 mars 2011, jusqu'à nos jours. Ces enquêtes nous donnent des éléments sur la place de la femme, aujourd'hui, dans la société mahoraise depuis l'intervention du législateur en matière de capacité de la femme. Incontestablement, l'intervention du législateur a permis de reconsidérer la capacité juridique de la femme mahoraise et partant sa place dans la société mahoraise. Ces points décisifs sont en constante évolution, et ce depuis la départementalisation de Mayotte. Yasmina Aouni (femme leader), dans ses interventions publiques, n'aborde pas la capacité de la femme dans le domaine juridique, mais souligne et accueille sans hésitation « le coup de pouce » de la loi à l'endroit des femmes dans le domaine politique. Elle souligne que la loi sur la parité de mai 2013¹⁰⁹⁶ constitue une avancée majeure, car elle a permis aux femmes d'accéder à la vie politique au même titre que les hommes. Cet extrait met en évidence la parité femme-homme dans le domaine politique. On s'éloigne certes de la capacité juridique de la femme, toutefois, cela permet de mettre en évidence l'émancipation de la femme mahoraise.

Yasmina Aouni affirme également que l'intervention du pouvoir législatif pour revaloriser les droits de la femme était indispensable, car elles faisaient l'objet de nombreuses discriminations dans tous les domaines notamment en matière politique. La femme ayant été quasiment en marge du pouvoir, la loi est venue effacer les discriminations dont elles ont fait l'objet des années durant en rétablissant l'égalité entre l'homme et la femme. Cependant, Yasmina Aouni considère que le poids de certaines coutumes est tel que ces dernières manquent de préparation pour affronter une vie politique. « Elles arrivent au pouvoir avec un ou plusieurs handicaps ». Toujours selon elle, les mœurs et les coutumes tout comme la polygynie constituent parfois un frein dans l'épanouissement des femmes qui se lancent ou souhaitent se lancer dans la vie

¹⁰⁹⁴ A. Wyvekens et C. Cardé, *Justice et diversité culturelle*, CERSA, 2012, p. 3.

¹⁰⁹⁵ M. Madi, *Mayotte et pluralisme juridique*, Thèse en préparation, Limoges.

¹⁰⁹⁶ Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

politique. Cependant, cet extrait nous permet d'illustrer les points d'achoppement que les femmes mahoraises subissent, et ce en dépit du soutien de la loi. On se rend compte que les causes de l'absence d'émancipation de la femme mahoraise sont quasiment les mêmes. Cette absence tire ses origines de certaines coutumes mahoraises. D'aucuns fustigent l'influence négative de certaines coutumes telle que la polygamie. Force est de constater que la capacité de la femme mahoraise rencontre encore de nombreux obstacles et ne semble pas être entièrement intégrée dans les mentalités. Doit-on accuser la persistance de certaines pratiques coutumières telles que la polygynie ? Peut-être que les Mahorais n'ont tout simplement pas encore fait le deuil du passé. Dans ce cas-là, peut-être serait-il souhaitable de mener un travail de fond (réunions, colloques, rapports...) pour faire comprendre aux Mahorais que certaines coutumes mahoraises nuisent à l'émancipation de la femme.

Évoquer la capacité juridique de la femme mahoraise commande aussi de retracer son évolution. Nous regrettons cependant que le sujet n'ait pas été évoqué explicitement par Yasmina Aouni. Elle fustige et regrette néanmoins que certains aspects de la vie sociale des femmes restent encore dans l'ombre. Elle considère que certaines pratiques « dégradantes » perdurent, notamment la polygamie. Selon elle, lesdites pratiques remettent en cause le statut de certaines femmes. Toujours selon elle, même si cette pratique est acceptée et revendiquée par certaines femmes mahoraises, elle reste pourtant un point négatif pour certaines d'entre elles, qui la subissent de plein fouet. Quand bien même la polygamie a fait l'objet d'une prohibition par voie législative à travers la loi du 21 juillet 2003 et enfin avec l'ordonnance du 3 juin 2010, cette prohibition ne semble pas diminuer ou freiner les unions polygamiques. De ce fait, la polygamie reste majoritaire, même si les séparations et remariages sont fréquents. Avec ces éléments-là, on peut avoir pour réflexe de penser que malgré la promulgation de lois en faveur de l'égalité entre l'homme et la femme, on peut remarquer une certaine persistance, survivance de certaines pratiques mahoraises prohibées par la loi, à savoir la polygamie. Cette pratique nuit parfois à l'émancipation de la femme mahoraise, affirme Yasmina Aouni. Nous sommes clairement en présence de propos révélateurs des difficultés entourant les femmes mahoraises. En conséquence, la femme mahoraise, comme toutes les femmes d'ailleurs, doit encore redoubler d'efforts afin de se frayer une place dans la société. Chaque société a ses paradoxes et Mayotte ne fait pas figure d'exception¹⁰⁹⁷.

En dépit de cela, ces femmes leaders déclarent rester sceptiques, mais espèrent tout de même que les Mahorais sauront faire table rase du passé et en tirer les leçons afin de s'inscrire dans une dynamique positive et progressiste et redonner à la femme mahoraise la place qu'elle mérite au sein de la société, notamment de la vie politique. Il faudrait, selon elle, que les Mahorais sachent, lors des élections, déceler les potentiels candidats surtout quand il s'agit de figures féminines actives et dynamiques¹⁰⁹⁸. Enfin, il faudrait également battre en brèche la pratique qui consiste à élire des femmes uniquement de manière complaisante. Ces propos montrent, encore une fois, que malgré le secours ou le concours du législateur, la femme mahoraise

¹⁰⁹⁷ À ce propos, Taslimah Soulaïmana, directrice régionale aux droits des femmes à Mayotte, dans l'émission Zakweli, du 8 mars 2021, après avoir évoqué le constat d'une insuffisance d'égalité entre l'homme et la femme, déclare que la femme mahoraise doit exister par elle-même sans forcément être rattachée à une maternité ou à une vie conjugale. Elle doit pouvoir s'accomplir au-delà d'une maternité ou d'une vie conjugale. Elle vise implicitement l'émancipation de la femme mahoraise.

¹⁰⁹⁸ Nous pouvons citer par exemple, la candidature d'une femme à la présidence du conseil départemental lors de l'élection du 1^{er} juillet 2021. Cette dernière n'a pas remporté les élections, car les électeurs ont voté pour un homme. Ceci montre tant le dynamisme des femmes mahoraises, que la réticence des électeurs face aux figures féminines souhaitant briguer un mandat électoral. Même si les femmes mahoraises souhaitent se hisser à un statut reconnu, les mentalités, elles, sont encore loin d'avoir changé. Le patriarcat est encore prépondérant.

continue à être stigmatisée. Cette affirmation vient à la fois clore notre enquête et en même temps montrer qu'il existe une disparité entre la théorie et la pratique. On se rend compte que la femme mahoraise subit encore des inégalités parfois évidentes. Même inscrite dans les textes, l'égalité entre l'homme et la femme telle que voulue par le législateur, n'est pas encore absolue, et la capacité de la femme subit autant le même sort, c'est-à-dire qu'elle n'est pas encore complète¹⁰⁹⁹.

Conclusion

Cette recherche a été initiée à partir du constat tiré de l'insuffisance d'une réflexion autour de la capacité de la femme mahoraise, surtout depuis les nombreux changements survenus ces dernières décennies à Mayotte, et ayant pour finalité d'instaurer l'égalité des droits entre l'homme et la femme tant dans la sphère privée que dans la sphère publique. Elle illustre comment les Mahorais interprètent et appliquent le droit coutumier. On est parti, plus précisément, d'un examen non exhaustif de quelques coutumes, précisément celles entourant la femme mahoraise afin d'étudier la question de sa capacité juridique. Cet examen a permis de progresser dans notre questionnement. Après avoir essayé de mener un examen plus approfondi de la portée de certaines coutumes, qui donnent une image réaliste des mentalités, on a compris que certaines coutumes à Mayotte trouvent une consistance, une persistance du fait que les Mahorais continuent à les mettre en pratique. Mais surtout, et là réside l'intérêt de la démarche, cet examen a permis de considérer que certaines coutumes ont pour finalité la préservation du statut de la femme (*Mahr, Magnahoulé*, etc.) et offrent un cadre d'analyse précieux de la condition de la femme. Une pluralité d'enseignements se dégage de nos entretiens. L'observation de ces entretiens nous a donné l'occasion d'examiner plus en détail cette capacité. On peut retenir d'ores et déjà que la capacité de la femme mahoraise, avant l'ordonnance du 3 juin 2010, n'était pas explicitement affirmée par la coutume. Elle découlerait plutôt d'une interprétation des textes et hadiths prophétiques. Faute de capacité nettement affirmée par la coutume, nous retenons cependant que la coutume poursuit un objectif précis, à savoir la préservation de la femme qui se traduit par l'observation et le respect de certaines règles majeures. On a aussi constaté que les Mahorais concourent ou contribuent à leur façon à l'émancipation de la femme. Ce travail de recherche commandait aussi de faire une analyse des évolutions du statut de la femme mahoraise depuis les récentes évolutions majeures intervenues surtout depuis l'avènement de la départementalisation. Longtemps affaibli, on constate un essor de la capacité juridique de la femme mahoraise du statut personnel coutumier. Mais le déploiement de cette capacité dépendra certainement de l'évolution de la société mahoraise, de ses bouleversements et de ses exigences. Ce qui est indéniable, c'est que l'on constate de plus en plus que la femme mahoraise est aujourd'hui une femme émancipée. Nous en avons pour preuve la scolarisation massive des femmes. Mais cette émancipation n'est pas sans remettre en cause des pratiques séculaires. Le soutien de la loi a permis de mettre en évidence cette capacité juridique que la coutume mahoraise a tendance à affaiblir. Désormais, son souhait de rompre la vie conjugale est entièrement pris en compte par le législateur. Certaines lois, notamment celle qui est venue instaurer la parité homme/femme dans la vie politique, constituent un tournant majeur dans l'épanouissement des femmes et peuvent être accueillies

¹⁰⁹⁹ Enfin, toujours en lien avec la capacité de la femme, on peut remarquer des avancées notables surtout dans le domaine de l'entrepreneuriat. Selon Noera Mohamed, ancienne déléguée aux droits des femmes à la préfecture : « L'entrepreneuriat permet également à la femme mahoraise de consolider sa place au sein de la société mahoraise ». Il convient de souligner que le taux de femmes auto-entrepreneurs au niveau national s'élève à 50% et les femmes mahoraises sont en tête de liste. Cette enquête de terrain met en lumière tant les points positifs que les points négatifs entourant la capacité juridique de la femme mahoraise. On peut rajouter à ceci, la détermination des femmes mahoraises.

favorablement. Nous avons aussi profité de l'occasion pour recueillir les éventuels points de blocages entourant la capacité de cette dernière. Force est de constater que malgré l'apparition d'une modernisation consistant à aligner les droits de la femme de statut coutumier à ceux de la femme de statut commun, des inégalités existent encore au sein de la société mahoraise s'agissant du traitement accordé à la femme mahoraise de statut coutumier, voire celle de droit commun. Comme nous l'avons souligné plus haut, le *mahr* et le *magnahoulé* constituent de « bonnes coutumes ». Mais il faut s'assurer du respect de la capacité juridique de la femme dans ces domaines, comme dans d'autres. S'agissant de la fixation de la dot, il faudrait que les Mahorais accordent une place prépondérante à la femme dans ce domaine, c'est-à-dire que la femme devrait avoir pleine capacité en matière d'acquisition de la dot. L'intervention du wali dans la formation du mariage devrait être également atténuée ou supprimée afin de donner pleine capacité à la femme, sauf si cette dernière présente une incapacité avérée.

Malgré des discordances notables, on peut avoir pour réflexe de dire que la coutume et la loi sont plutôt complémentaires en ce que d'un côté, elles permettent à la femme mahoraise de statut coutumier de disposer de droits coutumiers (*mahr*, *magnahoulé*, exercice d'une activité salariale, perception de ses gains et salaires, administration, obligation et aliénation de ses biens personnels...), et de l'autre, de droits et obligations issus du droit commun, tels que la formation du mariage et sa dissolution par consentement mutuel, telles qu'envisagées dans le Code civil. Toutefois, des inconvénients peuvent apparaître et être préjudiciables à cette dernière. Nonobstant l'appui de la loi et les perspectives d'évolution, on se rend malheureusement compte que des inégalités subsistent dans tous les domaines (privé ou public). Le poids de la culture et des traditions pèse encore sur cette dernière. La réforme visant à promouvoir les droits de la femme devrait revenir sur ces insuffisances et parvenir à combler le fossé qui existe entre la théorie et la pratique. On constate parfois un réel décalage entre le droit musulman, le droit commun et les pratiques observées à Mayotte. L'omniprésence de la dimension culturelle, de la tradition, du machisme et de divers stéréotypes, on peut dire que les ingrédients ne manquent pas pour mettre la femme mahoraise à rude épreuve. La mission du législateur consistant à combattre les pratiques qui heurtent les droits de la femme ainsi que la capacité de les exercer pourrait certainement se poursuivre, car le travail effectué n'a donc pas permis de lever tous les obstacles. Parmi les questions à approfondir (peut-être à travers une enquête socio-anthropologique) il serait intéressant d'avoir des descriptions plus précises sur la connaissance, l'exercice et la maîtrise des femmes mahoraises de leur capacité juridique. Cette approche rend mieux compte des avancées et des difficultés observables sur le plan pratique.

§ 6 – Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte. Faits sociaux et coutumes face à l'institution judiciaire

« *Sirkali kayipvindze ralela wana watru* » (« l'État ne veut plus qu'on éduque nos enfants »), écrit Nailane Attibou, directrice du CCEM-Mayotte¹¹⁰⁰ dans une contribution pour l'Observatoire des Violences¹¹⁰¹, initié il y a quelques mois sur l'île de Mayotte¹¹⁰². Voici l'effet

¹¹⁰⁰ Comité contre l'esclavage moderne (organisation non-gouvernementale)

¹¹⁰¹ Perzo A. Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue – Le Journal de Mayotte actualité. 5 nov 2000 ; <https://lejournaldemayotte.yt/2020/11/05/observatoire-des-violences-pas-de-solutions-sans-comprehension-de-lere-du-fouet-et-du-murengue/>

¹¹⁰² En collaboration entre le Rectorat, l'ARS, le Tribunal judiciaire, le Département par le biais du Conseil de la Culture, de l'Education et de l'Environnement et la FCPE de Mayotte.

laissé sur la communauté mahoraise des décisions judiciaires sanctionnant l'application par les parents du droit de correction, lequel n'est en général judiciarisé que lorsqu'il s'agit de véritables châtiments corporels. On perçoit ici la conflictualité inhérente au traitement par l'institution judiciaire à Mayotte des violences et conflits relevant de l'intimité familiale.

Exploration sémantique liminaire – Il convient à titre liminaire de définir « la famille ». Elle s'entend en droit français du « groupe formé par les parents et leurs descendants, ou même, de façon plus restrictive encore, par les parents et leurs enfants mineurs ». Dans une acception plus large, une seconde définition se rapporte à « ensemble des personnes descendant d'un auteur commun et rattachées entre elles par un lien horizontal (mariage, mais aussi concubinage), et un lien vertical (la filiation) »¹¹⁰³.

Cette définition irrigue notre droit privé et on s'y réfère dans le traitement pénal de la violence aux fins de définir par exemple « l'ascendant » ou encore le « conjoint » pour qualifier une circonstance aggravante suite à des faits d'homicide volontaire (article 221-4 du Code pénal), de viol (222-24 du Code pénal), d'agression sexuelle (222-28 et suivants du Code pénal) ou de violences (222-13 et suivants du Code pénal) qui seront alors dites « intrafamiliales » et répertoriées comme telles.

Toutefois, notre droit pénal n'est pas imperméable aux évolutions socioculturelles et ses réformes trahissent les mutations contemporaines de la famille. Un exemple figure à l'article 132-80 du Code pénal entré en vigueur le 5 février 2006 qui traduit la volonté d'entendre le couple au sens le plus large comme le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, ou l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Une version plus récente conduit à inclure dans cette définition du « couple » les conjoints, concubins ou partenaires qui « ne cohabitent pas » (loi du 3 août 2018).

Un autre exemple de la perméabilité dans le Code pénal d'une certaine idée de la famille est l'inclusion récente dans le Code pénal d'une qualification spéciale d'« inceste » en cas de viol ou d'agression sexuelle commis par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce, le conjoint ou concubin de l'une de ces personnes qui aurait sur la victime une autorité de droit ou de fait. Cette nouvelle qualification pénale, qui n'est plus la surqualification issue de la loi du 8 février 2010 et invalidée par le Conseil constitutionnel¹¹⁰⁴, révèle que « la » famille peut même en droit pénal français être entendue de façon particulièrement large.

Pour l'étude des dynamiques sociales et coutumières sur un territoire « lointain » comme Mayotte, une définition plus englobante s'impose. Elle peut être trouvée du côté des sciences sociales, où la famille, ou plutôt « les familles » sont « une construction sociale », « un modèle d'organisation de la vie privée »¹¹⁰⁵. Nous nous référerons à cette définition dans cet écrit.

S'agissant de « la violence », il s'agit des comportements et des actions physiques correspondant à l'exercice de la force à l'encontre d'une autre personne. « *Cette force prend sa qualification de violence en fonction de normes qui varient historiquement et culturellement. S'il y a des faits que nous nous accordons tous à considérer comme violents (la torture,*

¹¹⁰³ S. Guinchard, Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, 2018-2019.

¹¹⁰⁴ CC QPC n°2011-222 17 février 2011

¹¹⁰⁵ D. Borrillo, « Famille — Les enjeux de la parentalité », *Encyclopædia Universalis* ; <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/famille-les-enjeux-de-la-parentalite/>

*l'exécution, les coups), d'autres dépendent, pour leur appréhension, des normes en vigueur. Ainsi la violence domestique a été pendant longtemps considérée comme normale. Elle restait donc « invisible ». Ce n'est plus le cas. »*¹¹⁰⁶, écrit Yves Michaud.

L'évolutivité de l'appréhension juridique des violences est perceptible dans les réformes législatives les plus récentes. La loi du 21 avril 2021 « visant à protéger les mineurs des crimes et des délits sexuels de l'inceste », citée ci-avant, marque un pas important pour la prise en compte de la vulnérabilité particulière des mineurs victimes de violences sexuelles, dont la violation du consentement pourra désormais être présumée selon l'âge ou le différentiel d'âge avec l'auteur. D'aucuns déclarent que ce texte constitue une « révolution », en ce qu'il amende le droit pénal des violences sexuelles sur les mineurs au sein duquel prônait une référence unique à la liberté sexuelle, y compris de l'enfant, liberté seulement atténuée pour les mineurs de 15 ans¹¹⁰⁷.

Cette réforme intervient dans un contexte où, depuis plusieurs années, pléthore d'ouvrages littéraires, d'essais et de témoignages publics, notamment par les réseaux sociaux, ont extériorisé une volonté sociale ferme d'un traitement public et judiciaire plus adapté aux réalités auxquelles renvoient les violences intrafamiliales. Le véritable bouleversement repose à notre sens dans l'intérêt renforcé de la société et dans ce texte, du législateur, aux rapports de force pouvant intervenir en matière de violences sexuelles et par ricochet de violences intrafamiliales.

Dans son « anthropologie de l'inceste », Dorothee Dussy décrit dans quelle mesure « chacun est imprégné, au berceau, des rapports de domination constitutifs des relations familiales »¹¹⁰⁸. Il nous semble que la notion de violence, comme l'exercice d'une force sur autrui, s'entend également dans la sphère intrafamiliale de ces rapports sociaux inégalitaires. À tout le moins, ceux-ci sont de nature à renseigner les dynamiques violentes dont il est ici fait étude.

Enfin, cet écrit prend place au sein d'un projet de recherche au sein duquel la notion de « coutume » est entendue comme une source du droit. La coutume peut être définie comme une règle de conduite suivie par un groupe social et résultant d'un usage plus ou moins prolongé.

Il convient d'interroger l'admissibilité de propos sur la coutume relatifs aux questions de violence, la sphère pénale étant exclue des possibilités d'adaptation de la législation dans les départements et régions d'outre-mer aux termes de l'article 73, alinéa 4, de la Constitution du 4 octobre 1958. À l'inverse, dans les territoires d'outre-mer, l'article 74-1 prévoit que les droits pénaux de fond et de forme ne s'appliquent que si leurs dispositions font l'objet d'une mesure d'extension en vertu du principe de spécialité législative. Ce sont souvent les modalités procédurales qui font l'objet de procédés spécifiques : ainsi de la « médiation pénale coutumière » prévue aux termes de l'accord de Nouméa du 5 mai 1958 (1.2.4) pour la Nouvelle-Calédonie¹¹⁰⁹.

En droit français, la coutume n'est source de droit pénal que de façon résiduelle s'agissant de certaines traditions locales ininterrompues telles que la tauromachie (article 521-1 du Code

¹¹⁰⁶ Y. Michaud, « Violence », Encyclopædia Universalis ; <http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/violence/>

¹¹⁰⁷ C. Ghica-Lemarchand « Commentaire de la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste » D. 2021. 1552, 2 septembre 2021.

¹¹⁰⁸ D. Dussy, *Le berceau des dominations : anthropologie de l'inceste*. 2021.

¹¹⁰⁹ R. Parizot, « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, 2014 ; n° 36(1):9.

pénal) ou indirecte, principalement à travers le système d'opportunité des poursuites et le principe d'individualisation des peines. Reste la question des moyens de défense culturelle, entendus comme « une cause d'atténuation ou d'exclusion de la responsabilité pénale en raison d'un marqueur culturel différent de celui de la majorité ». Ils font l'objet d'importantes discussions dans les systèmes issus de la *Common law*. Timidement présents dans d'autres systèmes de droit continental¹¹¹⁰, elle est totalement absente des débats doctrinaux français¹¹¹¹.

Se référant aux travaux de Max Gluckman, Annie Rouhette met en évidence que la distinction entre les faits sociaux et la coutume émerge lors de la violation d'une norme sociale ; et qu'à l'inverse, « *si la coutume est spontanément suivie, le phénomène relève essentiellement d'une étude sociologique, et l'on y verra un fait social* ». C'est la violation de la norme qui conduit à l'élaboration de modes de conciliation, et la sanction n'apparaît que « *dans la mesure où l'obstination du délinquant constitue un danger pour le groupe, un facteur de dissociation de celui-ci. Le critère du droit coutumier est alors d'ordre fonctionnel* »¹¹¹². Ainsi, l'étude des faits sociaux autour des violences intrafamiliales est aussi importante que celle des coutumes à proprement parler révélées par l'émergence d'une conflictualité.

C'est pourquoi nous proposerons d'explorer un large spectre d'hypothèses autour de ces violences intrafamiliales à Mayotte, concernant une famille également entendue au sens large, pour y déceler d'éventuelles normes coutumières.

Contextualisation sociohistorique – Les habitants de Mayotte allient des origines austronésiennes, liées au peuplement de l'île voisine de Madagascar, et bantoues, notamment d'esclaves Makwas originaires du Mozambique. À partir du VII^e siècle, des musulmans d'Handramaout et d'Oman établissent des cités-États tant sur la côte et les îles du monde swahili. Après le X^e siècle, un Islam sunnite chaféite y est implanté par des voyageurs notamment de la Shiraz perse. À Mayotte, la transmission du Coran ne renverse pas la tradition matrilocale ni les rites animistes : ces influences se syncrétisent. L'archipel se trouve sur la route d'un réseau commercial entre l'Afrique, le monde arabo-perse et l'Inde.

Vendue en 1841 mille piastres aux marins français par un sultan sakalave, Mayotte est meurtrie et dépeuplée par des années de razzias en provenance des terres qui l'entourent. Après l'échec des programmes de production de sucre, l'incurie de l'administration coloniale se révèle au début du XX^e siècle. Le peuple, paisible, perpétue alors un mode de subsistance traditionnel par la culture, l'élevage et la pêche. Les présences métropolitaine et créole conduisent ses habitants à concevoir un avenir différent des terres voisines tandis que les échanges de populations se poursuivent¹¹¹³.

Au milieu des années 1970, Mayotte se maintient dans la République française, dont la présence est vue depuis plus d'un siècle comme libératrice. Le 31 mars 2011, ce bout de terre de 374 km², passé du statut de colonie à celui de protectorat puis de territoire d'outre-mer, obtient après de nombreuses années de revendications, le statut juridique de département et région française ultramarine.

¹¹¹⁰ Belgique, Italie — par exemple, l'article 62 1^o du code pénal dispose que « le fait d'avoir agi en raison d'une valeur sociale ou morale particulière » est une circonstance atténuante, *in* R. Parizot, *loc. cit.*

¹¹¹¹ R. Parizot, *loc. cit.*

¹¹¹² M. Gluckman *in* A. Rouhette, « Coutumier droit », Encyclopædia Universalis ; <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-coutumier/>

¹¹¹³ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte, archipel des Comores*. Paris: Éditions L'Harmattan; 1993. 239 p.

À partir des années 1980, sous l'effet d'un développement démographique fulgurant, des mécanismes urbains se dessinent et apparaissent les phénomènes de déviance et de délinquance propres à la ville, notamment des vols et violences dans le cadre de phénomènes de bandes. Le mode de vie rural s'étiole, de même que les solidarités familiales traditionnelles. À côté de ces nouveaux comportements individualistes, des populations comoriennes pauvres de l'île voisine d'Anjouan affluent quotidiennement et, dans l'espoir d'un avenir meilleur, s'engagent dans un quotidien de clandestinité et de survie¹¹¹⁴.

L'évolution sociologique de Mayotte est considérable, dix ans après l'accession au statut de département et dans un contexte de croissance démographique infantine galopante sous le double effet du taux de fécondité et de l'immigration massive. En 2017, Mayotte est l'île la plus densément peuplée du sud-ouest de l'océan Indien et parmi les départements français avec 690 habitants par kilomètre carré. La moitié de sa population a moins de 17 ans. En 2012, 31,2% des habitants occupaient un logement de fortune (dit « *banga* ») et moins de la moitié des enfants de moins de 3 ans étaient scolarisés¹¹¹⁵. Ces éléments très spécifiques bouleversent nécessairement les équilibres normatifs.

Les données ethnographiques susvisées sont aussi à mettre en balance avec la présence d'une importante population originaire de l'Afrique continentale, de l'Union des Comores, mais aussi d'Inde et de France métropolitaine. Le développement de l'Internet et l'accès individuel aux réseaux sociaux par l'emploi des téléphones portables ont considérablement modifié l'accès aux imaginaires. Tandis que, selon la trajectoire, la situation sociale ou encore l'âge, les représentations divergent ; certains habitants de Mayotte naviguent entre plusieurs identités cumulatives. L'importante pression migratoire réagence également l'ordre matrimonial et renouvelle les dynamiques économique-sexuelles¹¹¹⁶. Tout ceci annonce un enchevêtrement des représentations et des normes liées à l'intimité.

Approche problématisée – « Alors qu'il pourrait sembler consensuel, l'objet que constitue la violence conjugale est « chaud », il est la source de conflits politiques (...) », écrit Pauline Delage¹¹¹⁷. Les éléments de définition exposés ci-avant concernant la violence « domestique » nous renseignent aussi sur les tensions autour de ce concept. Ces tensions ne sont pas propres à un territoire ultramarin, comme le démontrent les évolutions rapides dans l'Hexagone de l'action publique sur ces questions. Deux exemples, s'agissant des violences sexuelles : ce n'est que depuis les années 1980 que la répression de la délinquance sexuelle sur mineurs fait l'unanimité dans le corps social¹¹¹⁸ ; par ailleurs, ce n'est que depuis 2010 que la présomption de consentement à l'acte sexuel entre époux a été abolie¹¹¹⁹. Pour autant, les éléments de l'histoire de l'île, de la construction de son lien à l'État français et les dynamiques postcoloniales à Mayotte nous conduisent à pressentir que s'y ajoutent des spécificités particulières, notamment liées aux tensions importantes entre la gestion par le clan et le village, d'une part, ou par l'État, d'autre part, des violences familiales.

¹¹¹⁴ J. Martin, *Histoire de Mayotte : département français*. Paris: Les Indes Savantes; 2010. 199 p.

¹¹¹⁵ IEDOM. Rapport annuel. 2019.

¹¹¹⁶ C. Broqua, C. Deschamps, *L'échange économique-sexuel*. Paris: Éditions EHESS; 2014. 418 p.

¹¹¹⁷ P. Delage, *Violences conjugales : du combat féministe à la cause publique*. Paris: Sciences Po, les presses; 2017.

¹¹¹⁸ V. Le Goaziou, *Viol : que fait la justice ?* Paris: Sciences Po les presses; 2019.

¹¹¹⁹ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

La recherche des faits sociaux et des coutumes relatives aux violences familiales à Mayotte induit un triple niveau de problématisation. D'abord, dans quelles mesures les structures sociales et les relations de pouvoir ancestrales à postmodernes rendent spécifiques les manifestations de violences dans la sphère intime ? Ensuite, par quel processus et dans quand but ces violences se révèlent-elles dans le corps social ? Enfin, quelles sont les modes de résolution des conflits liés à ces violences et notamment, en quoi rendent-elles spécifique l'office du juge sur ce territoire en matière de violences intrafamiliales ?

Méthodologie – Les éléments retranscrits ici doivent être considérés comme des hypothèses tirées de notre observation participante d'octobre 2016 à août 2021. À chaque fois que cela a été possible, nous avons relié les éléments de notre observation à des sources documentaires.

Par ailleurs, tant dans le cadre de nos échanges professionnels habituels que pour les besoins de cet écrit, nous avons procédé à des entretiens avec certains de nos collègues ou anciens collègues, juge aux affaires familiales, juge des enfants, juge d'instruction, juge en audience correctionnelle et substitut chargé des mineurs ; tous au courant du cadre de ce travail d'écriture.

Nos observations et ces entretiens ont été très précieusement complétés par d'autres échanges les plus fréquents possibles avec des personnes originaires de l'île : les interprètes qui assistent à nos auditions et interrogatoires, certains enquêteurs, les étudiants stagiaires du centre universitaire de formation et de recherche à Dombeni ou encore nos connaissances extraprofessionnelles.

Après avoir présenté les rapports de force présidant aux violences intrafamiliales à Mayotte et les manifestations de celles-ci (I), il s'agira de mettre en évidence la mise en concurrence de modes de règlement des conflits en cette matière sur ce territoire (II).

I. Les violences intrafamiliales à Mayotte, entre interdits et nouveaux rapports de force

Nous présenterons les rapports de force inhérents aux structures sociales intimes à Mayotte (A) puis proposerons une déclinaison des manifestations de violence dans les familles (B).

A. Les rapports de force au cœur des violences intrafamiliales à Mayotte

L'étude des rapports de force liés à la structuration familiale, entendue au sens large, sur l'île de Mayotte, suppose une rapide présentation des rapports intrafamiliaux dits « traditionnels » (1), puis une approche de la question de la multiplicité des référents parentaux des enfants sur l'île (2). Il conviendra enfin de s'essayer à un bref examen des évolutions contemporaines de ces rapports de force (3).

1. Les rapports intrafamiliaux traditionnels

Il s'agit d'approcher les figures d'autorité dans la société mahoraise face à l'enfant (a), explorer les relations de genre (b) et dans le couple (c).

a. Les figures d'autorité et l'enfant à Mayotte

Mayotte et les Comores sont qualifiées de « société à tradition gérontocratique », dans laquelle existe une « frontière entre « jeunesse » et « vieillesse » ». La vieillesse est symbole de sagesse et celle-ci « légitim[e] la détention du pouvoir sur le patrimoine et sur la famille élargie, sur le

village ». Le vieux sage est un senior, une personne du « troisième âge » qu'on nommera « *bakoko* » s'il est un homme, ou « *koko* » si elle est une femme¹¹²⁰.

Cette personne est dispensée de ses obligations à l'égard des membres de sa classe d'âge dite « *shikao* ». Avant cela, l'individu s'identifie dans un « *shikao* », « un groupe fraternel et soudé, une classe d'âge identifiée, qui élit son chef pour toute la vie »¹¹²¹. Avant même d'atteindre l'âge de « la sagesse », la vie sociale est ainsi structurée selon l'âge et « dans les familles traditionnelles où l'on a du savoir-vivre et du respect les uns pour les autres, les enfants appellent *zuki* tout germain aîné (à partir de 10 ans environ) ».

Il faut compter, parmi les figures d'autorités, celle du maître coranique, dit « *fundi* ». Les écoles coraniques dites « *shioni* » se créent au domicile même du maître ou de la maîtresse qui a reçu une licence (« *ijaza* ») pour enseigner et reçoit en général les enfants du proche voisinage¹¹²². Cette proximité fait du « *fundi* » une personne très proche du quotidien de l'enfant. Le maître coranique donne à la progéniture parentale une deuxième naissance spirituelle et dans ces conditions naît entre eux « une relation filiale indéfectible »¹¹²³ et avec les « élèves préférés, plus brillants et plus dévoués », « une véritable construction de parente »¹¹²⁴.

L'enfant apprend au *shioni* « le respect et l'obéissance dus au maître, et la différence entre les classes d'âge en présence, grâce aux aînés, répétiteurs »¹¹²⁵. L'autorité de l'adulte ou de l'aîné sur l'enfant suppose réciproquement la responsabilité de l'adulte ou de l'aîné sur celui-ci.

b. La répartition des rôles selon le genre

Le système matrilocal d'origine bantoue s'est maintenu à Mayotte et aux Comores malgré l'implantation du système de parenté patrilineaire hérité de l'Islam, ce qui en fait une particularité anthropologique. Si l'enfant est celui du père et porte son nom, le père vit chez la mère de son épouse, et la fille hérite des biens de sa mère. L'enfant est, toute sa vie, relié à la terre de sa mère, ce que l'enterrement du placenta, puis du prépuce du garçon, dans la cour de la maison de celle-ci symbolise¹¹²⁶.

La société mahoraise, très codifiée, est structurée selon le genre, faisant dépendre des règles de comportement et d'investissement de l'espace. L'espace public est masculin par définition : la femme doit y adopter des règles de bonne tenue et de politesse. « Être femme » induit des normes particulières et des postures favorisant la pudeur (« *haya* »), l'inhibition¹¹²⁷. Cet agencement a notamment pour fonction de mettre à distance les corps et éviter que soit trahi

¹¹²⁰ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 43

¹¹²¹ *Ibid* p. 53

¹¹²² *Ibid* p. 56

¹¹²³ *Ibid*.

¹¹²⁴ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, « Circulation des enfants aux Comores : Classe sociale, lignage, individu », in I. Leblic (dir.), *De l'adoption. Des pratiques de filiation différentes*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires Blaise Pascal, 2004. — p. 172-200, fig., cartes.

¹¹²⁵ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 56

¹¹²⁶ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, « Circulation des enfants aux Comores : Classe sociale, lignage, individu », loc. cit. et S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 35

¹¹²⁷ A-K Ben Said, « Le debaa des femmes : un patrimoine mahorais », Taarifa - Revue des archives départementales de Mayotte. mars 2014 ; (4).

l'interdit de l'inceste ; d'où l'éloignement du garçon qui dès l'âge de 10 ans bâtit son *banga* en lisière de village¹¹²⁸.

Dans le couple, l'homme doit entretenir sa femme, la maison et les enfants de celle-ci qui en retour lui porte respect et obéissance et assure ses soins et repas. Cette répartition des rôles genrée se duplique dans les autres relations sociales mixtes : père-fille, mère-fils, frère-sœur¹¹²⁹.

c. L'ordre sexuel et conjugal

La fille, en particulier à partir de la puberté, est protégée et surveillée par sa famille et ses frères et doit préserver sa virginité jusqu'au mariage¹¹³⁰. La défloration au cours du mariage (« *matsamidzo* ») puis la procréation sont des accomplissements dans la vie d'une femme qui rejaillissent sur son ascendance féminine¹¹³¹.

Les hommes, potentiellement polygames¹¹³², accomplissent aussi de nombreux devoirs sociaux en se mariant et en devenant pères. Les mariages peuvent être arrangés entre les familles et certaines localités pratiquent le mariage endogame arabe dit « mariage préférentiel » dont l'objectif est le maintien des biens dans le clan familial¹¹³³. Le corps de la femme est en général l'image d'un terrain de conquête et un moyen physique et social d'affirmer sa virilité¹¹³⁴.

La sexualité à Mayotte est ritualisée, autour de pratiques préconjugales de découverte mutuelle des corps (notamment par le « *gurwa* », forme de « frottaison ») et où règne l'interdit absolu de la défloration¹¹³⁵ ; puis de pratiques sexuelles désacralisées dans la conjugalité. Cet agencement normatif se conjugue toutefois avec une tendance surtout masculine à l'infidélité et au recours à la prostitution¹¹³⁶ qui interroge la place « différentielle » des femmes qui y concourent. L'honneur, dit « *sheo* », est le moteur de la vie sociale. Il implique, sur le plan affectif, le primat du « *roho* », de l'esprit humain, doit sur le « *nafusi* », c'est-à-dire la vie émotive.

La sentimentalité s'exprime dans la relation préconjugale avec la figure du « *buledi* », le petit ami ; alors que les relations du « *mafungidzo* » (le mariage cadial) sont plus froides et distantes. En outre, la verbalisation indirecte des sentiments est privilégiée¹¹³⁷.

La question des relations homosexuelles est absente des ethnographies réalisées sur l'île au cours des années 1980. D'aucuns mettent en avant des habitudes « pédérastiques », qui auraient

¹¹²⁸ J. Cassagnaud, *Rites de Mayotte, ou chronique d'une mort annoncée ?*, Paris: Connaissances et Savoirs; 2010.

¹¹²⁹ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 82

¹¹³⁰ *Ibid.* p. 33

¹¹³¹ M. Lambek, « Virgin Marriage and the Autonomy of Women in Mayotte », *Journal of Women in Culture and Society*. déc 1983 ; 9(2):264-81.

¹¹³² La polygamie fait partie de la culture musulmane chaféite. Elle s'accompagne traditionnellement du devoir de prise en charge équilibrée par l'homme de ses épouses. À Mayotte, l'homme qui pratique la polygamie prend en général deux épouses (on dit que l'homme « fait son *hwili* ») ; il pourrait en avoir jusqu'à quatre. La loi de programme n° 2003-660 du 21 juillet 2003 pour l'outre-mer, dans un contexte de départementalisation, s'est donnée comme objectif la mise en conformité du droit applicable à Mayotte avec les principes républicains. Elle interdit la polygamie pour les personnes de statut personnel qui accèdent à l'âge requis pour se marier à compter du 1er janvier 2005. Il faut constater plusieurs années plus tard que la polygamie reste pratiquée dans divers milieux sociaux.

¹¹³³ J. Chelhod, *Le mariage avec la cousine parallèle dans le système arabe*. L'Homme. 1965 ; 5(3):113-73.

¹¹³⁴ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 163

¹¹³⁵ J. Cassagnaud, *Rites de Mayotte, ou chronique d'une mort annoncée ?*, op. cit.

¹¹³⁶ B. Achiraf, *Les mœurs sexuelles à Mayotte*. Paris: Harmattan; 2006.

¹¹³⁷ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 167

été courantes aux Comores jusqu'aux années 1960. Cette « *pratique pouvait prendre la forme de couples assez stables entre un homme adulte (baba ou père) et un jeune garçon (mwana). L'expression hurengamwana signifie littéralement « prendre un enfant ». Il s'agit d'avoir des relations régulières avec le même garçon* ». Ces pratiques auraient fait l'objet d'un rejet populaire avec l'avènement d'une plus importante mixité sociale dans le contexte de la scolarisation des filles¹¹³⁸.

2. La multiplicité des référents parentaux

Aux fins d'appréhender cette question, il convient d'exposer la pratique locale de circulation des enfants (a), le partage subséquent de l'autorité parentale (b) et enfin le rôle des frères (c).

a. La circulation des enfants

L'enfant mahorais ou comorien est rarement élevé du premier âge à l'adolescence par ses parents biologiques. En raison d'un système de parenté dit « classificatoire », les sœurs de sa mère ou les frères de son père ont une place équivalente respectivement à sa mère ou à son père ; de même, il nomme sa grand-mère et son grand-père respectivement « *mama* » et « *baba* » comme il nommerait ses propres père et mère. Les usages langagiers nous renseignent d'ailleurs sur l'importance de ce mode de dévolution traditionnel de l'autorité parentale, nommé « *fosterage* »¹¹³⁹, les Mahorais opérant une distinction entre « *mayangu anidzaa* » (ma mère qui m'a mis au monde) et « *mayangu anilela* » (ma mère qui m'a élevé)¹¹⁴⁰.

Cette multiplicité des référents familiaux est accentuée par l'importante instabilité conjugale qui conduit la femme à tisser au cours de sa vie plusieurs unions et à accueillir chez elle ses compagnons, pères successifs de ses enfants. L'annonce de l'arrivée d'un nouveau conjoint par la mère à ses enfants s'entoure de plaisanteries. En effet, la séparation « n'est pas l'échec d'une vie » : « le divorce est compris dans l'idée de mariage » et la séparation doit être réalisée dans de bonnes conditions¹¹⁴¹.

La circulation des enfants remplit un rôle éducatif ; ainsi, Sophie Blanchy rapporte qu'il est communément admis que les résultats scolaires d'un enfant garçon seront meilleurs s'il est mis à l'écart de ses proches parents et amis. Dans le cadre des relations entre adultes, on ne peut refuser de prendre ou de donner un enfant¹¹⁴². Certains parlent de véritable « répudiation » de l'enfant « qui a mal tourné », « pour essayer d'éduquer correctement les autres loin de la mauvaise influence qu'il pourrait avoir sur eux » : « *mwana moja katsojoka adjali ya wagnahé* »¹¹⁴³. Le principe d'unicité de la fratrie ne trouve ainsi pas d'assise culturelle ce qui aide à comprendre l'absence de transposition législative, avant la départementalisation, des prescriptions de l'article 371-5 du Code civil selon lesquelles « l'enfant ne doit pas être séparé

¹¹³⁸ M. Ahmed-Chamanga, « Quelques notes sur les pratiques sexuelles dans la société comorienne ». *Études océan Indien*. 1 déc 2010 ; (45):117-31.

¹¹³⁹ J. Goody, in S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, *Circulation des enfants aux Comores : Classe sociale, lignage, individu, op. cit.*

¹¹⁴⁰ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, *Circulation des enfants aux Comores : Classe sociale, lignage, individu, op. cit.*

¹¹⁴¹ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte, op. cit.* p. 86

¹¹⁴² S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, *Circulation des enfants aux Comores, op. cit.*

¹¹⁴³ N. Attibou et A. S. Attoumani, in A. Perzo, *Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue, op. cit.*

de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution »¹¹⁴⁴.

Face à la tradition de la circulation des enfants, se dessine parfois « un flou général dans la perception des liens réels de parenté ». La découverte de l'identité réelle de ses parents est souvent « tardive et parfois traumatisante », en tout cas dépendante de la réassurance qui est apportée par les adultes au moment de la révélation. Entre enfants, l'itinéraire décousu de certains d'entre eux peut être sujet à moqueries. Le fonds anthropologique mahorais, retranscrit par Sophie Blanchy dans les contes, démontre la place importante de la figure de l'« orphelin » ou de la « marâtre », c'est-à-dire la belle-mère, péjorativement nommée « *mama kambo* »¹¹⁴⁵.

b. Le partage de l'autorité parentale

La circulation des enfants conduit à une multiplicité des titulaires de l'autorité parentale placés sous un pied d'égalité. Les enfants sont « sous la surveillance de toute la communauté, quelle que soit l'endroit où ils se trouvent (dans le village, à la campagne, à la plage) et le moment (le jour comme la nuit) ». Un adage local résume cette situation ainsi : « *Kula mwana uwo mwana* », c'est-à-dire « Chaque enfant est un enfant, et l'adulte doit le considérer comme le sien ». « En contrepartie, chaque enfant doit considérer chaque membre de la communauté comme sa propre famille et lui doit le même respect que ses équivalences dans le cocon familial »¹¹⁴⁶.

Cette vision élargie de la famille a un impact dans le traitement des dossiers pénaux, les familles adossent parfois une dimension familiale à des faits qui ne sont pas qualifiés ainsi par le Code pénal. De même, nous avons mémoire d'un mineur qui en voulait à sa mère de lui avoir dit qu'un lointain membre de leur famille, qui lui avait ensuite fait du mal, était un oncle.

Salim Mouhoutar, directeur de l'Agence régionale de santé, originaire de Mayotte, met toutefois en évidence le caractère évolutif de cette situation, certainement sous l'influence de la tradition occidentale et de la culture qui prévaut dans l'hexagone. Il confie « *Aujourd'hui je serai le premier à venir me chamailler avec vous, parce que vous avez giflé ma fille ou mon enfant parce qu'il a fait une bêtise dans la rue. Vous l'avez engueulé, ne serait-ce même pas... Vous lui avez dit un mot... « mais vous êtes qui là, pourquoi vous faites ça... ?! »* » ; avant de s'étonner lui-même, voire de s'inquiéter : « *Tu vois on est arrivé dans ce monde-là comme ça. Et ça je pense que c'est l'autorité administrative qui a donné de tellement de pouvoir à l'enfant que maintenant, l'enfant se permet* »¹¹⁴⁷.

c. La surveillance et l'éloignement des « frères »

Le schéma de parenté classificatoire conduit à ôter toute distinction dans la langue et la culture mahoraise entre le frère et le cousin germain. Tous sont frères et sœurs. La différence se fait davantage entre l'aîné et le cadet : la notion de « *zuki* » est importante. Elle est encore très

¹¹⁴⁴ Y. Moatty, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local » in L. Sermet, J. Coudray et al., *Mayotte dans la République*. Actes du colloque de Mamoudzou, 2004.

¹¹⁴⁵ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, *Circulation des enfants aux Comores*, op. cit.

¹¹⁴⁶ N. Attibou et A. S. Attoumani, loc. cit.

¹¹⁴⁷ S. Mouhoutar, entretien mené par T. Malbert le 2 juillet 2019

présente aujourd'hui dans les dossiers pénaux et peut fréquemment expliquer les rapports de force internes à un groupe de jeunes qui s'étend sur plusieurs classes d'âges.

Le frère, entendu au sens large, a une relation de protection et d'autorité vis-à-vis de sa sœur vierge et de ses rencontres possibles avec d'autres hommes. Pour autant, aucune intimité n'est possible et dès que le garçon atteint l'âge de 8 ans il doit traditionnellement séjourner à l'égard de ses sœurs dans le « *banga* » qu'il construit avec les membres de sa classe d'âge, dans le cadre d'un rite de passage¹¹⁴⁸. « La peur de l'inceste est très développée à Mayotte » ; on raconte aux enfants de nombreux mythes à ce sujet¹¹⁴⁹.

3. L'évolution contemporaine des rapports de forces

Nous proposons ici l'étude de trois facteurs : la fragilisation des équilibres traditionnels liés au contexte contemporain (a), les mutations institutionnelles récentes (b) et l'influence des dimensions de précarité (c).

a. La fragilisation des équilibres traditionnels

Le développement rapide de Mayotte est à même de fragiliser les structures traditionnelles de régulation de la société. Ce démantèlement des structures sociales commence à être documenté, par exemple s'agissant de deux instances particulières et importantes pour l'enfance et dans la construction de la masculinité.

D'une part, la disparition, quasi totale, dans un contexte d'urbanisation et de précarisation de l'habitat, du « *banga* » traditionnel dans lequel l'enfant vivait dès l'âge de 8-10 ans, aux fins d'apprendre l'autonomie et pour prévenir le risque d'inceste sur ses sœurs¹¹⁵⁰.

D'autre part, le « *murenge* », décrit comme des combats traditionnels codifiés ayant pour but de régler des différends entre personnes et entre villages. S'ils sont toujours pratiqués, ils ne respectent plus les codes traditionnels si bien que leur « fonction de régulation sociale de la violence est à ce jour inopérant ». Les autorités refusent désormais la tenue de telles manifestations en raison des débordements qui surviennent régulièrement en marge de leur déroulement¹¹⁵¹.

b. L'impact des évolutions institutionnelles

Les questions de famille et de genre ont été source d'enjeux importants au temps de la départementalisation. Dans le cadre de ce processus, plusieurs aspects du statut civil de droit local, pourtant protégés par l'article 75 de la Constitution, ont été considérés comme incompatibles avec les principes républicains. En conséquence, la loi-programme du 21 juillet 2003 pour l'outre-mer l'a réformé en interdisant la polygamie, prohibant la répudiation unilatérale et interdisant les discriminations, notamment basées sur le sexe, des enfants devant l'héritage.

¹¹⁴⁸ J. Cassagnaud, « Rites de Mayotte, ou chronique d'une mort annoncée? », *loc. cit.*

¹¹⁴⁹ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte, op. cit.* p. 108.

¹¹⁵⁰ J. Cassagnaud, *loc. cit.*

¹¹⁵¹ B. Achiraf, in A. Perzo, *Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue, op. cit.*

Alors que Mayotte, sous couvert de départementalisation et de mondialisation, est irriguée de représentations occidentales, certains parlent de « nouvelle femme mahoraise » et de « symbolique désuète de la virginité » à Mayotte¹¹⁵². Or, à la fin des années 1980, Sophie Blanchy objectivait déjà que plusieurs rencontres entre « *buledi* » aboutissaient à des relations sexuelles complètes et que « dans certains villages les parents sont assez laxistes sur ce point, dans d'autres, les « mauvaises » filles sont battues par leur père »¹¹⁵³. Depuis de nombreuses années, dans de très nombreuses familles pouvant correspondre à la classe moyenne, la question de la virginité de la fille n'est pas évoquée lors de la négociation de la dot, pour éviter de mettre mal à l'aise les parents. En fait, les jeunes font face à une double contrainte liée à leur culture et à l'attrait d'une certaine liberté sexuelle.

c. L'influence des dimensions de précarité

L'influence de la précarité dans les conditions sociales est démontrée sur le crime. Bien que des études récentes tendent à démontrer que les violences dans le couple et les violences sexuelles soient également réparties selon le niveau économique, les deux enquêtes « ENVEFF » et « VIRAGE » respectivement réalisées en 2011 et en 2017 vont dans le sens d'un taux de prévalence plus important dans les outre-mer. « *En métropole, 6,7% des femmes en couple au moment de l'enquête sont en situation de violences conjugales « graves » et 2,3% en situation « très grave » pour respectivement 10,7 et 3,9 % à La Réunion ; en Polynésie, 15 et 16% »*. Elles relèvent que dans ces territoires, c'est dans la sphère conjugale que les violences à l'égard des femmes se produisent le plus fréquemment, avec un impact de l'insularité et de la précarité des conditions de vie¹¹⁵⁴.

Se partagent effectivement des indicateurs sociaux (« les disparités politiques, culturelles, économiques et sociales entre ces zones et la métropole »), mais aussi des éléments liés au mode de vie notamment du fait de la proximité de la famille ou encore de l'équilibre hommes-femmes avec la question de l'autonomie économique et sociale de ces dernières. Parmi les facteurs qui augmentent le taux de prévalence figurent le nombre plus important de partenaires sexuels au cours de la vie de la femme, la répartition inégalitaire des tâches, l'alcoolisme du conjoint, l'absence d'emploi, le vécu de violence dans l'enfance¹¹⁵⁵. Les premiers résultats de l'enquête VIRAGE confirment cette importante prévalence ultramarine avec trois fois plus de violences dans le couple à La Réunion que dans l'Hexagone.

Or Mayotte, qui n'a pas encore été le terrain de telles études, est dans une situation socio-économique très complexe, s'agissant de l'espace de plus forte pauvreté du territoire français. Les chiffres de l'INSEE parus en 2019 sont éloquentes : en 2017, le taux de pauvreté y était de 77% et le taux d'emploi de seulement 34%. La population double tous les vingt ans ce qui occasionne des défis majeurs dans un contexte de développement. Près d'un habitant sur deux est de nationalité étrangère, mais un étranger sur trois est né à Mayotte. La moitié de la population a moins de 18 ans et la mortalité infantile est beaucoup plus forte qu'en métropole. En 2017, quatre logements sur dix étaient en tôle et hébergent 65% des étrangers. 29% des logements n'ont toujours pas accès à l'eau courante ce qui concerne 81 000 personnes. Six logements sur dix n'ont pas accès aux sanitaires. L'électricité est absente dans un logement sur dix. En 2018, seuls 27% des personnes de 15 ans ou plus sorties du système scolaire possédaient

¹¹⁵² B. Achiraf, *Les mœurs sexuelles à Mayotte, op. cit.*

¹¹⁵³ S. Blanchy, *op. cit.* p. 106.

¹¹⁵⁴ N. Chetcuti, M. Jaspard, *Violences envers les femmes : trois pas en avant deux pas en arrière*. Paris: L'Harmattan; 2007. 319 p.

¹¹⁵⁵ N. Chetcuti, M. Jaspard, *op. cit.*

un diplôme contre 72% en métropole. Le niveau de vie médian des habitants de Mayotte est six fois plus faible que celui de métropole et il est en baisse depuis 2011. Les prix sont quant à eux en moyenne 7% plus chers. Les écarts de niveaux de vie entre les plus aisés et les autres, déjà élevés en 2011, se sont encore accrus¹¹⁵⁶.

L'enquête ENVEFF révélait aussi que les violences « les plus intimes » étaient rarement dévoilées et objet de recours. Le risque de « silenciation » paraît effectivement majoré sur les territoires ultramarins : « *l'étroitesse de l'espace de vie en outre-mer liée à la taille des îles, des villes ou villages, la proximité immédiate de la famille, la rapide publicité des évènements violents faite par les médias locaux, rendent évidemment les femmes plus dépendantes de leur environnement et moins libres de changer de vie. Cela est pervers, car, pour les femmes victimes, parler et dénoncer les violences est encore plus qu'ailleurs synonyme de représailles possibles de la part de l'agresseur, le plus souvent le conjoint. Dans ces conditions et alors que les lieux d'accueil sont très nettement insuffisants et peu protecteurs pour les femmes qui osent quitter leur domicile, on comprend mieux pourquoi parler des violences endurées à des proches ou des institutionnels est encore plus rare outre-mer qu'en métropole* »

Il se trouve justement qu'en dépit des paramètres liés à la précarité extrême du niveau de vie et de l'habitat, l'exiguïté du territoire, le resserrement des liens familiaux, les statistiques des violences intrafamiliales sont très basses à Mayotte. Selon les dernières statistiques de la délinquance parues pour l'année 2020, « À l'exception de Mayotte, [il y a une] hausse du nombre de victimes de violences intrafamiliales enregistrées en outre-mer comme en métropole »¹¹⁵⁷. Le chiffre total étant de 270 plaintes en 2019 contre 236 en 2020, Interstat conclut à une stabilité avec un taux de prévalence des violences sexuelles à hauteur de 1,1 pour mille en 2019 contre 1 pour mille en 2020, ce qui correspond au taux de prévalence de La Réunion, où toutefois les données du nombre total d'habitants sont beaucoup plus fiables¹¹⁵⁸. Selon des données recueillies néanmoins par la préfecture de Mayotte, « les faits de violences sexuelles ayant donné lieu à une plainte régressent de 12,6% par rapport à 2019 »¹¹⁵⁹. Il est patent que se dissimule derrière ces chiffres un très important « chiffre gris » des violences intrafamiliales et sexuelles à Mayotte. Par ailleurs, il convient de s'interroger quant aux chiffres de l'année 2020, marquée par une longue période de confinement favorable aux violences intrafamiliales ; les chiffres à Mayotte sont en discordance avec les tendances de l'ensemble des autres territoires français, alors que l'ensemble des institutions publiques n'ont plus été accessibles au public à Mayotte de mi-mars à mi-juin 2020 dans un contexte de crise sanitaire.

En 2014, dans le cadre d'une thèse de médecine, une enquête « DEVIFFE » avait été réalisée sur un panel de 1133 femmes vivant à Mayotte. 41,7% déclarent avoir été victime d'au moins un type de violence dans leur vie, 35,8% de violences verbales, 19,2% de violences physiques, et 12,4% de violences sexuelles, soit une prévalence de plus de 30 pour mille. Le doctorant notait « *Ces chiffres sont élevés en comparaison de l'étude ENVEFF de France métropolitaine et Réunion, mais s'avèrent particulièrement proches des chiffres de prévalence dans des pays*

¹¹⁵⁶ Insee, Synthèse démographique, sociale et économique 2019

<https://www.insee.fr/fr/statistiques/fichier/2018177/tiTEM.pdf+&cd=3&hl=fr&ct=clnk&gl=fr>

¹¹⁵⁷ Titre en p. 2 du document ministère de l'Intérieur, Insécurité et délinquance en 2020 : bilan statistique.

<http://www.interieur.gouv.fr/Interstats/Publications/Hors-collection/Insecurite-et-delinquance-en-2020-bilan-statistique> .

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, Interstat rend périodiquement publiques des statistiques sur l'insécurité et la délinquance.

¹¹⁵⁹ Préfecture de Mayotte. Bilan 2020 délinquance LIC habitat illégal [Internet]. 2021.

du continent africain géographiquement proches de Mayotte (Tanzanie, Mozambique, Afrique du Sud, Zimbabwe, Madagascar) »¹¹⁶⁰.

Il s'agira malgré la méconnaissance institutionnelle flagrante des violences intrafamiliales sur le territoire de tenter une modeste présentation du phénomène tel qu'il apparaît sur le territoire.

B. Une déclinaison des violences intrafamiliales telles qu'elles se manifestent à Mayotte

Nous distinguerons les violences psychologiques (1), physiques (2) et sexuelles (3).

1. Violences psychologiques

Les rapports de force précités sont la racine des violences, dont les premières manifestations sont psychologiques. À ce titre, nous choisissons d'aborder trois questions importantes : la condition féminine (a), la place économique et administrative différentielle (b) et l'impact de l'émiettement familial (c).

a. La condition féminine

Si la matrilocalité peut favoriser l'équilibre relationnel, celui-ci est loin d'être total dans la structure sociale traditionnelle à Mayotte. La littérature contemporaine donne une idée de la condition des femmes en situation de polygamie¹¹⁶¹. La femme vit ses premiers sentiments de solitude au début de son mariage et ne parvient à s'imposer face à son mari que lorsqu'elle a des enfants¹¹⁶². Le constat est celui de l'infidélité permanente des hommes et d'une grande instabilité matrimoniale. Sophie Blanchy note « *comme une angeoise chez certains hommes, concernant leur affirmation de soi en tant qu'hommes, qui motive une course en avant vers la conquête sexuelle des femmes comme un moyen physique et social de s'affirmer dans leur virilité (...). Affirmer sa masculinité consiste donc à donner une grande importance ou à exagérer les comportements typiquement masculins, surtout définis face aux femmes* ». « *Beaucoup d'hommes qui prennent désormais une seconde femme invoquent la religion sans forcément respecter les règles de la polygamie* »¹¹⁶³. Le respect dû à l'épouse s'édulcore.

Il y avait naguère des moyens pour la femme de communiquer son ressenti à son époux. Tassadit Yacine, chercheuse originaire de la campagne algérienne, rapporte qu'en dépit des dominations endogènes aux groupes sociaux, la société « traditionnelle » offrait des lieux indispensables de contestation par l'expression des sentiments, et donc des individualités, lesquels sont mis à mal par l'évolution contemporaine des sociétés. Les poésies, chants et chansons furent longtemps les supports d'expression, notamment pour des femmes qui souhaitaient dire ce qui ne peut a priori pas s'exprimer au vu de la structuration sociale, notamment « l'amour », « source potentielle de désordre »¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁰ O. Dupray, *Les violences faites aux femmes à Mayotte*. 2014.

¹¹⁶¹ Nous pensons notamment au roman de la sénégalaise Mariala Bâ, *Une si longue lettre*, Paris, éd. Le Serpent à plumes, 2001.

¹¹⁶² S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 99 et p. 107 et s.

¹¹⁶³ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*. 30 juill 2012 ; n° 80(1):117-39.

¹¹⁶⁴ Y. Tassadit, *Si tu m'aimes, guéris-moi. Études d'ethnologie des affects en Kabylie*, Préface de Fr. Héritier. 31 déc 2011 ; (54) : 175-6.

Sophie Blanchy atteste de l'importance de la « verbalisation indirecte des sentiments » à Mayotte, faisant intervenir une tierce personne¹¹⁶⁵ et retranscrit plusieurs comptines qui narraient l'amour notamment autour de la figure du « *buledi* », le petit-ami qu'on n'épouse jamais¹¹⁶⁶. Aussi, l'entrée en possession des femmes était un « moyen d'obtenir des compensations ou des gratifications affectives et sociales » avec l'entrée en scène du mari. Dans une tradition de pudeur extrême de l'expression et de codification de la sexualité, l'invocation des esprits fait figure de mode d'expression détourné de la sentimentalité¹¹⁶⁷. Et Françoise Héritier de préfacier Yacine : « Le monde traditionnel avait un exutoire qui n'existe plus. Quel exutoire à la domination trouver désormais ? »¹¹⁶⁸.

b. La place économique et administrative préférentielle

La dimension économique est très importante dans le mariage *swahili* en général, dont fait partie le mariage dans les îles des Comores. Le « mariage arabe » aussi appelé « mariage d'agnat » ou « préférentiel » est d'ailleurs encore pratiqué dans certaines localités. Son objectif est le maintien des biens dans la famille. Ces unions endogames concernent principalement le premier mariage de la fille aînée. Ses mariages suivants, comme les unions des filles cadettes, ont moins d'implications économiques¹¹⁶⁹. La répartition traditionnelle des rôles, selon lequel – schématiquement – l'homme occupe l'espace social et la femme l'espace intime, qui se perpétue tout particulièrement dans le mariage, conduit traditionnellement la femme à avoir une moindre autonomie économique. Selon Sophie Blanchy, même les adultères ont une fonction dans le développement des relations sociales et donc dans les possibilités économiques et de prestige à venir¹¹⁷⁰.

La situation actuelle renforce l'influence de la condition économique. D'abord, « dans un monde où les enjeux de mobilité rendent la question des papiers cruciale en distinguant les sans-papiers des nationaux, mais aussi des autres migrants, des mariages s'arrangent entre des femmes qui ont des papiers et des hommes qui en sont dépourvus », écrit Fatiha Majdoubi¹¹⁷¹. À Mayotte cela reste globalement l'inverse : de nombreuses femmes sans papiers incluent dans leur parcours d'exil la prise pour époux d'un français de Mayotte ou la reconnaissance frauduleuse d'un enfant par un homme de nationalité française¹¹⁷². Elles espèrent ainsi réduire ainsi la frontière administrative qui sépare Mayotte et Les Comores. Or cette différence administrative crée un rapport de pouvoir supplémentaire dans le couple et place de nouveau la femme dans une situation de vulnérabilité. Ainsi d'un dossier correctionnel dans lequel une femme souhaitant devenir française et dont le mariage avec un Français de Mayotte avait été arrangé au village. Ceux-ci n'avaient de cesse de se disputer et, depuis qu'elle était enceinte, il la frappait au niveau du ventre tout en évoquant son espoir de devenir française en devenant mère d'un enfant titulaire de la nationalité française.

¹¹⁶⁵ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 167

¹¹⁶⁶ *Ibid* p. 96 et suivants.

¹¹⁶⁷ *Ibid* p. 202.

¹¹⁶⁸ Y. Tassadit, op. cit.

¹¹⁶⁹ S. Blanchy et M. Chami-Allaoui, *Circulation des enfants aux Comores*, loc. cit.

¹¹⁷⁰ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 99

¹¹⁷¹ Fatiha Madjoubi, « Miss Visa. Transactions et noces de papiers pour hommes forcés », in C. Broqua, C. Deschamps, *L'échange économique-sexuel*. op. cit.

¹¹⁷² Yann Deleu, « Reconnaissance frauduleuse d'enfants, un mensonge "pour une vie meilleure" », Le Journal De Mayotte actualité, 26 avril 2018 <https://lejournaldemayotte.yt/2018/04/26/reconnaissance-frauduleuse-denfants-un-mensonge-pour-une-vie-meilleure/> .

Ensuite, l'extrême pauvreté d'une partie de la population la conduit à se retrouver dans des positions d'importante vulnérabilité. Il en est ainsi des femmes devant se prostituer dans leur proche voisinage. Ainsi aussi des hommes qui dans leur parcours d'exil sont contraints à diverses frustrations, notamment sexuelles¹¹⁷³. Également enfin des couples, qui, dans des parcours de dénuement et d'exil complexes, voient croître leur conflictualité. Cet océan de frustrations peut être l'assise d'un commencement de violence.

c. L'impact de l'émiettement familial

La culture de la circulation des enfants entre divers « titulaires » de l'autorité parentale peut être également chez certains enfants une source de souffrance : si chez certains enfants elle « peut être source de relations affectives riches quand elle est harmonieuse (des grands-mères, tantes et cousines aimantes, des oncles ou des pères adoptifs responsables). Elle peut au contraire fracturer l'image maternelle ou paternelle dès les premières expériences de l'enfant, le laissant dans un vide affectif et dans une situation anxiogène, que les contes nous rapportent sur le mode fantasmatique. C'est l'image de l'autre, pour la vie future d'adulte, qui est faussée à partir de ces relations primaires ratées, et à coup sûr ces enfants malheureux feront des adultes plus instables encore que la moyenne, car ils n'auront pas, comme les autres, des relations de parenté fortes et sûres pour les aider à affronter les aléas et les déceptions des relations d'alliance spécifiques à cette société »¹¹⁷⁴.

Il en est de même s'agissant des habitudes d'instabilité conjugale, si, comme nous l'avons vu, « le divorce est compris dans l'idée de mariage », il est certaines ruptures « rat[ées] », objet de souffrances pour les parents comme pour l'enfant¹¹⁷⁵. Aussi, des coutumes liées à la circulation des enfants : celles-ci conduisent à la séparation de fratries, tout en créant par ailleurs de nouvelles relations entre demi-frères et sœurs, considérés comme des frères ou sœurs.

Cet émiettement familial est alimenté par la construction récente à l'échelle de l'histoire d'une frontière administrative entre Mayotte et les trois îles de l'Union des Comores. Quelques milliers de mineurs, difficilement chiffrables, sont sans leurs représentants légaux sur le territoire, et quelques centaines sans référent adulte. « La plupart ont été laissés à Mayotte par des mères expulsées, souvent venues des Comores pour accoucher sur l'île afin de donner à leurs enfants, par la grâce du droit du sol, la nationalité française à leur majorité. Six d'entre elles sur dix parviennent à revenir dans les jours qui suivent ; les autres renoncent, échouent ou meurent en mer. Les connaissances à qui les enfants sont confiés cessent parfois de s'en occuper », résume une journaliste¹¹⁷⁶. Au cours de l'expulsion, ces mères, mais aussi ces pères, ne mentionnent pas leurs enfants restés sur le territoire en espérant que, malgré cette séparation, leur maintien à Mayotte leur permette de construire un meilleur avenir. Dans ce contexte, si l'enfant est remis à des tiers, ceux-ci pourront solliciter une délégation de l'autorité parentale. Si l'enfant est livré à lui-même, il relèvera de l'assistance éducative. Nombre d'enfants grandissent à Mayotte entre pairs, livrés à eux-mêmes et contraints à l'errance.

¹¹⁷³ On peut lire sur ce thème : T. Ben Jelloun, *La plus haute des solitudes : misère affective et sexuelle d'émigrés nord-africains*. Paris: Éd. Seuil; 2003. 183 p.

¹¹⁷⁴ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte*, op. cit. p. 92.

¹¹⁷⁵ *Ibid.* p. 6.

¹¹⁷⁶ M. Cocquet, « Mayotte, l'île aux enfants perdus ». Le Point. 21 août 2014 Disponible sur: https://www.lepoint.fr/societe/mayotte-l-ile-aux-enfants-perdus-22-08-2014-1855696_23.php

2. Violences physiques

Il s'agira de présenter les violences entre enfants collatéraux (a), entre adultes faisant couple (b), puis de l'adulte sur l'enfant (c).

a. Les violences entre collatéraux

Des règles de comportement s'établissent entre les enfants selon un principe de responsabilité contre respect. Les aînés ont la responsabilité des plus jeunes, ils leur apprennent à se comporter. L'aîné ne doit normalement pas rendre les coups reçus par le plus jeune dans le cadre d'un caprice ou d'une colère. Pour s'affirmer comme « *zuki* », il doit montrer qu'il est capable de se maîtriser lui-même.

Pour autant, certains aînés abusent de leur autorité sur les plus petits. Ainsi, dans de nombreux dossiers où est mis en évidence un groupe de jeunes, qui se comportent comme des pairs et sont ou se considèrent comme des frères, les plus jeunes étant sous l'autorité des plus grands dont ils subissent leurs violences et sous l'autorité desquels ils doivent parfois commettre les faits les plus graves ou se dénoncer injustement.

b. Les violences dans le couple

Les violences domestiques, nous l'avons compris, sont statistiquement sous représentées devant l'institution judiciaire. Les ordonnances de protection sont rares : moins de vingt dossiers par an dont un tiers sont insuffisamment étayés. Pour autant, les associations suivent un grand nombre de victimes, qui dès lors ne vont pas jusqu'à saisir l'institution judiciaire.

Le centre départemental d'accès au droit essaie de sensibiliser le public et les associations sur les modes de saisine du tribunal. Depuis le Grenelle des violences conjugales, qui s'est tenu en 2019, l'action publique en matière de lutte contre les violences conjugales se structure sur le territoire de Mayotte avec notamment des appels à projets gérés par la direction régionale aux droits des femmes et à l'égalité auprès de la préfecture à Mayotte.

Malgré tout, demeurent d'importants freins à la judiciarisation, qui correspondent aux rapports de force que nous avons évoqués ci-avant, spécifiquement d'une part la situation économique des protagonistes, en particulier de la personne plaignante, d'autre part les risques sociaux associés au dépôt de plainte dans la famille et dans la communauté mahoraise.

c. Les violences éducatives

Les violences éducatives sont, à l'image de l'ensemble des violences intrafamiliales, passées sous silence en raison de leur contexte intime. À Mayotte, comme ailleurs, elles « bénéficient » d'une certaine « invisibilisation » statistique qui s'explique par le fait qu'elles sont inhérentes à des rapports de forces qui ne sont pas favorables à la dénonciation publique, mais également qu'elles sont banalisées. Ainsi, dans son rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies du 27 février 2015, le Défenseur des droits observait qu'en France, de nombreux parents continuaient à considérer les violences éducatives (fessée, claque), comme des moyens éducatifs anodins pour l'enfant¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁷ Rapport du Défenseur des droits au comité des droits de l'enfant des Nations-Unies. 27 février 2015. https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=16563

Alors que nous avons mis en évidence dans quelle mesure le « *fundi* » coranique faisait partie de la « famille » au sens « d'organisation de la vie privée », il ressort de plusieurs écrits de personnes ayant fréquenté l'institution du « *shioni* » que la violence éducative y fait loi. Les difficultés de mémorisation ou de lecture sont sanctionnées par des « coups de nerf de bœuf et [d]es gifles » ; « *les violences psychiques, les chantages affectifs, les châtiments corporels surtout, sont monnaie courante ; ils sont considérés par le maître comme les seuls moyens de plier l'enfant aux exigences et à la discipline scolaires : plonger l'élève « paresseux » dans un panier d'orties préalablement aspergées d'eau salée, attacher un « récalcitrant » et le mettre au soleil avec une couche de sirop de canne à sucre sur le visage pour en faire la proie des mouches, ou broser les dents des retardataires avec des feuilles d'aloès, tels sont quelques-uns des châtiments qui guettent chaque jour le jeune écolier* »¹¹⁷⁸.

L'idée d'un droit de correction traditionnel des « parents », entendus au sens large, ressortit également de premiers écrits issus de l'Observatoire des Violences. Nailane Attibou et Ali Saïd Attoumani dépeignent un droit de « correction corporelle », suite à tout comportement déviant de l'enfant à l'égard des règles de la communauté. C'est l'adulte ou le grand frère qui procédait à la réprimande, comme réponse à la honte que faisait rejaillir sur les parents le mauvais comportement de l'enfant. Pour autant, il est fait référence à une gradation de la correction selon la gravité et le caractère répétitif de l'erreur, la correction physique n'intervenant qu'au bout de plusieurs fautes (« *mara ya raru, mradruwa ngwe* » : au bout de la troisième fois, ça sera un coup de fouet à trois cordes).

La correction physique est donnée au « *shengwe* », un fouet traditionnel fait de branchages, qui était choisi pour ne pas blesser l'enfant. On ne porte pas à l'enfant de coup de poing ou de gifle et le « *shengwe* » ne tape pas n'importe où sur le corps : on évite les parties sensibles. Les auteurs affirment : « *il est également strictement interdit de frapper un enfant le soir, pour lui permettre de toujours pouvoir revenir manger et dormir à la maison le soir sans crainte* ». Enfin, le « *shengwe* » avait surtout un pouvoir dissuasif. On avait aussi recours à la menace des esprits pour faire entendre l'enfant (« *mutru amo wambiwa na wanadmu ka kya, maguini de ya mwambiawo* » : « celui qui n'entend pas la parole des hommes entendra celle des djinns »)¹¹⁷⁹.

3. Violences sexuelles

La définition des violences sexuelles ne recouvre à Mayotte pas tout à fait celle de la violence du consentement dans le cadre des relations intimes. Il convient de distinguer l'inceste, la défloration et le viol selon la tradition mahoraise (a). Il s'agira également d'évoquer la question de l'arrangement à mariage (b) et du viol conjugal (c).

a. Inceste, défloration ou viol

Les lois pénales sont d'origine judéo-chrétienne et occidentale, héritières d'un long processus historique à l'issue duquel le permis et l'interdit sexuels sont dissociés de toute référence à un modèle de bonne vie sexuelle et où le « consentement » est la notion centrale¹¹⁸⁰. Qu'en est-il à Mayotte ? Dans *Mayotte, identité bafouée*, Nassur Attoumani met en scène un magistrat et un

¹¹⁷⁸ S. Chouzour, *Le pouvoir de l'honneur: tradition et contestation en Grande Comore*. Paris, L'Harmattan, 1994. 284 p.

¹¹⁷⁹ A. Perzo, *Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue*, *op. cit.*

¹¹⁸⁰ Voir I. Théry, « Les trois révolutions du consentement », in Tournier et al., *Les soins obligés ; ou l'utopie de la triple entente*, XXXIII^e Congrès français de criminologie, Paris, Dalloz, 2002.

interprète ne se comprenant pas sur les questions à poser et les réponses à rapporter au procès-verbal, « *umenya* » (défloration hors mariage) et « *uzingarya* » (viol) se confondant dans l'esprit du traducteur.

« - Avez-vous défloré Mademoiselle ? demanda le juge.

- C'est toi qu'il l'a violée ou pas ? reprenait le traducteur.

- Oui ! C'est vrai, je l'ai violée, reprenait l'interprète à l'endroit du juge.

Et, pour cause d'un malheureux faux-sens ou de contresens, la sentence tombait tel un couperet sur la tête de l'accusé. Condamnation ferme assortie souvent d'une grosse amende.

Erreur judiciaire ? Peut-être. Erreur de traducteur ? Sûrement. Quoiqu'il en soit, dans le contexte islamo-mahorais, déflorer une fille, hors mariage, reste pour les parents, le crime le plus crapuleux qui puisse jamais exister », écrit l'auteur¹¹⁸¹.

Apparaît effectivement à Mayotte une définition spécifique des violences sexuelles.

D'abord, celles-ci recouvrent à Mayotte l'interdit de l'inceste dont le champ correspond au moins à celui de la loi pénale. La distanciation des corps structurait ici l'habitat avec l'éloignement du garçon prépubère de la chambre des enfants, lequel résidait dans une case individuelle non loin de la propriété familiale, appelée « *banga* »¹¹⁸². La prohibition sociale de l'inceste serait traditionnellement d'autant plus forte qu'il s'agit d'éviter toute confusion avec les pratiques endogames codifiées¹¹⁸³. Une preuve de l'importance de cet interdit est la pratique ancestrale de l'*uzina gungu*, rituel enclenché sur autorisation des notables à la révélation d'un fait d'inceste. Il consiste en un lynchage verbal et une ridiculisation physique mettant en difficulté l'honneur de celui désigné coupable et de son clan¹¹⁸⁴. L'acceptation large du champ familial conduisant notamment l'enfant à considérer comme son oncle ou comme sa mère diverses figures qui l'environnent, la dimension incestueuse est entendue différemment des critères légaux¹¹⁸⁵.

Ensuite, plusieurs interdits excèdent la définition légale des violences sexuelles. La défloration hors mariage, appelée « *umenya* », est considérée comme un acte violent, sans considération de l'éventuel consentement de la victime, en ce qu'il entraîne la dévaluation de la valeur matrimoniale de la jeune fille nubile (« *mwanamtsa* »)¹¹⁸⁶. Cet acte pouvait, dans la société traditionnelle, justifier un bannissement décidé par un conseil villageois (« *utolwa mjini* »¹¹⁸⁷). Par ailleurs, le « *zina* », à savoir les relations sexuelles hors mariage sont traditionnellement prohibées.

¹¹⁸¹ N. Attoumani, *Mayotte, identité bafouée: essai*. Paris: Harmattan; 2003. 126 p.

¹¹⁸² J. Cassagnaud, « Rites de Mayotte, ou chronique d'une mort annoncée ? », *loc. cit.*

¹¹⁸³ J-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises, les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », *loc. cit.*

¹¹⁸⁴ Abdallah Chanfi Ahmed, *Islam et politique aux Comores: évolution de l'autorité spirituelle depuis le protectorat français (1886) jusqu'à nos jours*, Paris, L'Harmattan, 1999, 272 p., Coll. Archipel des Comores.

¹¹⁸⁵ L'article 222-22-3 du code pénal donne la définition stricte des violences sexuelles qualifiées d'incestueuses, en énumérant les liens de parenté et exigeant en partie l'existence d'une autorité de droit ou de fait sur la victime ; la conception traditionnelle de l'inceste à Mayotte est donc plus large.

¹¹⁸⁶ N. Attoumani, *Mayotte, identité bafouée: essai, op. cit.*

¹¹⁸⁷ J-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises, les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », *loc. cit.*

Enfin, la question du viol risque l'ignorance sociale. Dans la tradition musulmane, le viol n'est pas mentionné spécifiquement parmi les relations sexuelles interdites¹¹⁸⁸, la dimension violente étant masquée par le problème de l'absence de lien matrimonial¹¹⁸⁹. À Mayotte, le viol au sens du Code pénal¹¹⁹⁰, qui ne rejoint pas nécessairement l'hypothèse de la défloration ou du « zina » (fornication), doit se frayer un chemin entre les notions de pudeur (*haya*), de honte (« *aibu* ») et d'honneur (« *sheo* ») et composer avec une structuration sociale impliquant le respect des aînés et des sachants, ainsi que la mise à distance du *sirkali*. Nombre révélation de viols de la jeune fille pubère, et même d'enfants, tiennent ainsi à un fil : la vigilance d'un enquêteur recueillant une plainte pour violences conjugales, la réassurance d'un proche fonctionnaire quant aux conséquences dans le clan, une situation de flagrance ; concernant les plus jeunes, la confiance à un adulte de confiance, la rumeur publique née de témoins oculaires ou encore une demande de vérification de l'hymen à l'hôpital par un parent.

b. Viol et mariage forcé

Nous évoquons ici la question du « mariage forcé », dit « mariage truqué »¹¹⁹¹. Naïma Chikaoui nous apprend que « la pratique qui oblige la femme non mariée violée à épouser son violeur existe dans la tradition juive ». Cette pratique trouverait sa source dans la Bible, genèse 34 de la Bible du Semeur, à travers l'histoire de Dinah, fille de Léa et Jacob et de son ravisseur et violeur Shichem. Cette jeune fille enlevée, ayant subi un « acte sexuel forcé », fera l'objet de transactions entre les deux familles. « *Les enjeux de cet honneur qui réside dans le corps vierge de Dina sont insoupçonnables, corrélés à une organisation sociale et à des rapports de pouvoir, d'appropriation de ressources, de production de biens et d'échanges entre les deux familles* »¹¹⁹². Il s'agit d'une pratique pérenne, par exemple légale au Maroc, le mariage rendant licite l'acte sexuel illégal. Il s'agirait d'une tradition dite « savante » inspirée de la jurisprudence islamique (« *fiqh* »).

À Mayotte, Yves Moatty¹¹⁹³ il y a une dizaine d'années faisait référence à des saisines fréquentes du juge des enfants après qu'une jeune fille ait été victime de faits de violences sexuelles et alors que la famille entend faire réparer ces faits par le versement d'une somme ou le mariage de la jeune femme ayant perdu sa virginité à son agresseur. Il s'agit de contrecarrer la dévaluation de l'enfant sur le marché matrimonial : la perte du « *mahari* » coutumier, le douaire apporté par le mari à son épouse ainsi qu'à sa famille et négocié lors de la demande en mariage (les fiançailles dites « *marumidzo* »). Ce mariage peut se confronter aux procédures pénales initiées par ailleurs à l'encontre du responsable du viol¹¹⁹⁴.

Il est possible que cette situation se raréfie ou soit davantage dissimulée aux autorités judiciaires. Lors des entretiens, Isabelle Chardayre, psychologue à la protection judiciaire de la

¹¹⁸⁸ Laroque, cité in C. Fortier, *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*. op. cit.

¹¹⁸⁹ M. Achah al Jondi, cité in C. Fortier, *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*. op. cit.

¹¹⁹⁰ Article 222-23 du Code pénal.

¹¹⁹¹ B. Achiraf, *Les mœurs sexuelles à Mayotte*, op. cit.

¹¹⁹² N. Chikhaoui, « Le viol dans le discours religieux au Maroc », in C. Fortier, *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*, op. cit.

¹¹⁹³ Vice-président au tribunal de première instance de Mamoudzou de 2011 à 2017

¹¹⁹⁴ Y. Moatty, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local » in L. Sermet, J. Coudray et al., *Mayotte dans la République*, op. cit.

jeunesse, fait référence à des situations montrant que ces pratiques peuvent avoir encore à Mayotte une actualité¹¹⁹⁵.

c. La question du viol conjugal

Le mariage étant un pilier de développement personnel et un fondement de la structure sociale, la notion de devoir conjugal est forte, alors que nombre d'unions se forment encore sous l'impulsion des ascendants. Malgré tout nous avons l'« agréable » surprise chaque année d'être confrontés à des dénonciations de viols conjugaux.

Il s'agit de faits dénoncés en raison d'une situation d'urgence, en particulier dans un contexte de violences conjugales très importantes ayant conduit la conjointe à craindre pour sa vie ou celle de ses enfants. Parfois, l'évocation des violences sexuelles par la personne n'est pas spontanée, mais résulte de l'application méthodique et pertinente par un enquêteur des trames d'audition des victimes de violences conjugales. L'audition des « co-épouses » est instructrice quant à la notion de devoir conjugal ; la question de savoir si leur époux les a déjà forcées à faire l'amour les stupéfait : « Je suis tout le temps d'accord, car c'est mon mari et que je dois me donner à lui ».

Dans notre expérience, toutes ces dénonciations de viol conjugal ont fait l'objet d'un « retrait de plainte », et ce malgré la réunion d'importants éléments de preuve. Il s'agit souvent pour la femme de sauver sa situation économique : « Depuis qu'il est en détention provisoire, je dois m'adonner à la prostitution », « Depuis qu'il a l'interdiction d'entrer en contact avec moi, je n'ai personne pour véhiculer les enfants à l'école et à l'hôpital ». En outre, il s'agit d'éviter des représailles dans l'hypothèse d'une sortie du conjoint du centre pénitentiaire. Ces « retraits de plaintes », qui n'ont pas de réelle existence juridique, n'interrompent bien sûr pas le cours de la procédure. Bien souvent, le différentiel de situation administrative entre l'époux et l'épouse est à noter. L'époux ne s'en cache souvent pas, certains pouvant par exemple reprocher à son épouse en interrogatoire un changement de comportement depuis l'acquisition d'un titre de séjour, suite au mariage ou à la naissance d'un enfant commun.

Or, bien souvent, le règlement des conflits nés de ces violences est extrajudiciaire.

II. Le règlement des violences intrafamiliales à Mayotte aujourd'hui, des structures en concurrence

Il s'agira de mettre en évidence dans quelle mesure les violences intrafamiliales mettent en concurrence les procédés coutumiers de règlement des conflits et la justice étatique (A).

¹¹⁹⁵ I. Chardayre, entretien mené par T. Malbert le 28 juillet 2019 dans les locaux de la protection judiciaire de la jeunesse de Mayotte : « Par exemple j'ai eu là le cas d'une jeune fille. Il a été dénoncé qu'elle aurait été violée par une certaine personne. Mais sous le couvert de la coutume, des croyances, de la religion, il doit y avoir le culte du silence pour que la honte ne rejaillisse pas sur la famille. Donc cette victime potentielle, je ne suis pas là pour voir si son discours est vrai, mais pour essayer de voir comment elle, elle se positionne par rapport à tout ça, et je peux émettre des hypothèses au regard de ce qui se fait ici. Et quand justement on sait jusqu'où ça peut aller pour éviter la honte sur la famille, c'est-à-dire, de lui faire dire : il ne t'est jamais rien arrivé ; je me demande comment se restaure la victime. Bizarrement, cette très jeune victime, on la marie d'un coup à un homme beaucoup plus âgé que lui... Je me pose des questions ».

L'institution judiciaire, où s'opère la rencontre entre des regards divergents, doit adapter son office aux spécificités locales (B).

A. La mise en concurrence de procédures coutumière et étatique

Après avoir présenté les modes coutumiers de règlement des conflits d'inspiration « unanimiste » (1) il s'agira de discuter du débat local autour des « enfants du juge » (2) et de mettre en évidence la percée de « l'individu » devant les instances judiciaires (3).

1. Modes règlements coutumiers des conflits : de l'équilibre aux « silenciations »

Parmi ces modes coutumiers héritiers d'une vision « unanimiste » de l'ordre social (a), le plus important est le « *suluhu* » (b). Le conflit entre la fille et la mère qui se surajoute aux situations de violences sexuelles sont à notre sens la révélation d'une tradition de « silenciation » de ces faits (c).

a. Une « cosmologie » spécifique : l'unanimisme

« Étant la manifestation d'une certaine vision du monde, le droit restitue une cosmogonie »¹¹⁹⁶ ; or « dans la cosmogonie mahoraise, toute créature (...) participe intimement à l'établissement de l'ordre cher aux Africains dont la règle fondamentale est l'équilibre, un équilibre inscrit dans une dynamique naturelle qui met en jeu l'homme et son environnement réel ou fabuleux »¹¹⁹⁷. Cette vision unanimiste, c'est-à-dire tournée vers le rétablissement rapide des équilibres et de la paix sociale, de la résolution des conflits, qui a des racines africaines, a également des justifications dans l'Islam. Le verset n° 9 de la sourate n° 49 (XLIX) en porte trace, traduit ainsi : « Si deux parties de Croyants se combattent, rétablissez entre eux la concorde. Si l'un d'entre eux persiste en sa rébellion contre l'autre, combattez le parti qui est rebelle jusqu'à ce qu'il s'incline devant l'ordre d'Allah ! S'il s'incline, établissez la concorde entre eux, avec justice, et soyez équitables ! Allah aime ceux qui pratiquent l'équité »¹¹⁹⁸.

Cette vision unanimiste est très étrangère au droit processuel français, en particulier en matière pénale, qui est tournée non vers la médiation, mais vers la résolution normative du conflit. Le maintien d'un « corpus répressif traditionnel »¹¹⁹⁹ en matière de règlement des conflits notamment liés à l'inceste semble valider l'hypothèse selon laquelle des « espaces de résistance coutumière » se forment dans un contexte colonial ou postcolonial¹²⁰⁰.

Il se trouve que le fonctionnement communautaire lié à la tradition villageoise a pu perdurer alors que les incuries de l'administration coloniale conduisaient au développement timide des juridictions de Mayotte. Dans ce contexte, la justice pénale a continué à être administrée ailleurs, ponctuellement par les Cadis lorsque les conflits joutaient au plus près les questions matrimoniales, mais essentiellement dans le cadre de procédures coutumières empreintes de

¹¹⁹⁶ G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, *Ethnologie juridique : autour de trois exercices*, éd. Dalloz, 2007.

¹¹⁹⁷ N. Attoumani, *Mayotte, identité bafouée: essai. op. cit.*

¹¹⁹⁸ L. Sermet, « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », in *Les autochtones français d'outre-mer : populations, peuples ?*, 1999.

¹¹⁹⁹ Bourin et al., *Pluralisme culturel et politique criminelle*. Paris: Pedone; 2014. 286 p. (Archives de politique criminelle).

¹²⁰⁰ F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la Justice*. 2016, n° 4(4):687.

symbolique et de palabre¹²⁰¹. Paul Clastres, cité par Norbert Rouland, nous informe ainsi que « *les sociétés premières¹²⁰² ne sont pas des sociétés qui n'auraient pas encore découvert le pouvoir et l'État, mais au contraire des sociétés construites pour éviter que l'État n'apparaisse* »¹²⁰³. Ainsi, « le village fait office de juridiction »¹²⁰⁴.

Ces procédés coutumiers en tout état de cause pourraient avoir de beaux jours devant eux alors qu'à l'époque contemporaine l'institution judiciaire fait durablement face à une crise de confiance¹²⁰⁵ et se développe à Mayotte dans un « climat anxigène » lié à diverses sources d'« insécurités », en raison des difficultés de la démographie et du développement¹²⁰⁶. Peu saisie, notamment en raison de difficultés d'accès au droit¹²⁰⁷, son action est dans le même temps profondément décriée¹²⁰⁸.

b. Un règlement extrajudiciaire coutumier : le suluhu

Quelles sont ces « règles processuelles mises en œuvre par les réseaux traditionnels d'autorité » ayant pour but d'établir ou de rétablir un ordre social « immuable, souvent très hiérarchisé, mais unanimement accepté »¹²⁰⁹ ? Le principal mode coutumier de règlement des conflits, très employé en matière de violences sexuelles intrafamiliales ou « de forte connaissance » est le « *suluhu* », vulgarisé dans les procès-verbaux des forces de l'ordre et les échanges judiciaires sous le terme d'« arrangement ».

Il s'agit d'une procédure triangulaire dans laquelle généralement le fautif fait intervenir un tiers pour obtenir le pardon du clan blessé. Cette procédure, communément nommée « arrangement » par les métropolitains, est scellée par des prières. À l'issue, le sage choisi comme médiateur donne à la partie qui demande la réconciliation le « *tsaharadi* », c'est-à-dire sa bénédiction¹²¹⁰. Il s'agit d'une procédure rapide qui répond en tous points au modèle politique unanimiste décrit ci-avant. Elle n'est pas spécifique aux violences sexuelles, mais elle nous semble s'appliquer tout particulièrement en cas de viol de forte connaissance, incluant les violences intrafamiliales, notamment lorsqu'il est résulté du passage à l'acte une défloration.

Nous avons connaissance de la mise en œuvre de ces procédures en cas d'échec qui conduit à la saisine de l'institution judiciaire. Il semblerait que ces procédures de médiation puissent également suivre une procédure judiciaire, ainsi qu'en atteste Anouar Chanfi, rencontré le 2 juillet 2019 au Bureau des Cadis : « *J'ai eu le cas, un exemple il y'a deux ans, une famille de*

¹²⁰¹J-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises, les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », *op. cit.*

¹²⁰² Notons l'archaïsme et la coloration évolutionniste dans la formulation du propos.

¹²⁰³ N. Rouland, « Anthropologie juridique », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 43 N°2, Avril-juin 1991. pp. 510-513.

¹²⁰⁴ A. Halidi, « Comores : colonisation, insularité et imaginaire national », *Cahiers d'Outre-Mer*, 71(278), 403-432.

¹²⁰⁵ Conseil supérieur de la magistrature. *Les Français et leur justice: restaurer la confiance*. Paris: La documentation française; 2008. 113 p.

¹²⁰⁶ S. Blanchy, D. Riccio, N. Roinsard, J. Sakoyan, « Mayotte: de quoi la violence est-elle le nom ». *Plein droit*. 2019; n° 120(1):12.

¹²⁰⁷ Défenseur des droits. *Etablir Mayotte dans ses droits*. 2020.

¹²⁰⁸ Aliloiffa R. « Si l'État faisait son travail à Mayotte, les gens n'auraient pas envie de se faire justice eux-mêmes ». *Mayotte Hebdo*. 1 févr 2021 <https://www.mayottehebdo.com/actualite/justice/si-letat-faisait-son-travail-a-mayotte-les-gens-nauraient-pas-envie-de-se-faire-justice-eux-memes/>

¹²⁰⁹J-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises, les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », *loc. cit.*

¹²¹⁰ S. Mouhoutar, entretien mené par T. Malbert le 2 juillet 2019

*droit commun. Ils sont allés au Tribunal, et bien ils reviennent chez moi et ils me disent : « Excusez-moi, mais nous on a été au droit commun, il y'a eu des décisions de justice mais ça ne règle pas notre affaire... ! On a besoin de conseils, on a besoin de la réponse... ». Donc ils sont venus chez les Cadis, et voilà ils ont trouvé leur apaisement. Ils ont préféré se baser sur des décisions informelles rendues par les Cadis, et se passer de la décision du Tribunal. Et tous les deux étaient d'accord, et ils ont trouvé les solutions. »*¹²¹¹.

Le « *suluhu* » semble correspondre à une des trois formes de procès décrites par Denis Salas. Il s'agit à côté du procès équitable et du modèle de l'inquisition, du modèle de « médiation » *qui repose sur la négation même d'un centre politique, c'est-à-dire sur un modèle de société acéphale. Le médiateur est un tiers qui n'a pas d'extériorité vis-à-vis du groupe social ce qui démontre « l'immanence du droit au groupe social »*. Son rôle est « de libérer les aptitudes d'un groupe social à se gouverner lui-même »¹²¹².

Il conviendrait dans le cadre de projets ultérieurs de mieux documenter ces médiations traditionnelles dont nous formulons l'hypothèse qu'elles ont des formes multiples. Ainsi Insa Ridjali, cadi, évoque une forme de médiation spécifique aux conflits intrafamiliaux dénommé « machoura »¹²¹³, laquelle serait issue de la sourate « choura »¹²¹⁴. Elle ne nous est jamais apparue comme telle dans les dossiers pénaux. Ces travaux aux fins de documenter ces médiations seraient d'autant plus essentiels qu'il nous semble, au fil des dossiers judiciaires, que l'anomie gangrène au-delà de ces procédures, avec des arrangements à mariage en marge des dossiers de violence sexuelle (le « mariage truqué »¹²¹⁵, étudié ci-avant) ou encore des vengeances. Il semble que les évolutions sociales brutales à Mayotte, comme les difficultés d'établissement de l'État comorien, à bien des égards, acéphales, font naître des pratiques de vengeance contraires à la prohibition traditionnelle de la violence physique et à la codification de sa rétribution.

c. Les mères, dépositaires d'une tradition de « silenciation » des violences sexuelles ?

Dans un article publié très récemment, une anthropologue et deux psychologues documentent la particularité de la prise en charge des « jeunes filles » victimes de viol en particulier en raison des tensions qui émergent dans la relation entre la mère et la fille à l'occasion de la révélation. Elles notent que « *la honte du viol des filles rejait souvent sur la famille, et à Mayotte plus particulièrement sur la mère, en raison de l'interdépendance des relations mères-filles lors des rituels du cycle de vie, ainsi que de la résidence matrilocale* ». Il est rapporté le sentiment des mères d'être victimes de l'irresponsabilité de leurs jeunes filles pubères alors que le viol est analysé comme le manque de contrôle par la jeune fille de sa sexualité¹²¹⁶.

¹²¹¹ A. Chanfi, entretien mené par T. Malbert le 2 juillet 2019.

¹²¹² D. Salas, *Du procès pénal*. éd. PUF, 2010.

¹²¹³ I. Ridjali, entretien mené par T. Malbert le 29 juillet 2019 : « Les femmes aussi, quand on fait ce qu'on appelle le « machouhra » c'est-à-dire la réflexion, il faut réunir tout le monde des deux côtés. (...) machouhra on peut le faire tout le temps, chez les musulmans. Il y a même une sourate qui s'appelle la sourate « Choura ». »

¹²¹⁴ Il semble être fait référence à la sourate 42 (XLII) « La concertation (Ach-Chûra) » p. 524 in Chebel, M. (2016). *Le Coran*. Fayard.

¹²¹⁵ B. Achiraf, *Les mœurs sexuelles à Mayotte, op. cit.*

¹²¹⁶ L. Kiledjian, C. Bilhou, M. Heslon, « Relation mère-fille en tension à Mayotte: Approche anthropo-psychologique des intolérables lors du viol de jeunes filles ». *L'Autre*. 1 sept 2021; Volume 22(2):211-20.

Il nous apparaît que le conflit – qui est effectivement réel – entre la mère et la fille provient au moins autant de la rupture du silence autour des faits subis que du reproche fait à la fille d’avoir eu un mauvais contrôle de cette sexualité. Trois raisons nous orientent en ce sens.

D’abord, il apparaît clairement dans le récit des familles que la révélation de tels faits, commis dans un contexte intrafamilial ou « de forte connaissance »¹²¹⁷, est un séisme majeur dans la vie quotidienne de la famille et de la mère, effectivement aux premières loges du courroux local en tant que propriétaire terrienne dans un contexte matrilocal. Les propos de Anouar Chanfi, avec lequel Thierry Malbert s’est entretenu au bureau des Cadis dans le cadre du présent projet, nous renseignent en outre sur la force de la nécessité de préserver la cellule familiale « *La préservation de la famille par exemple, ça c’est le fondement. Et le droit musulman, comme le droit commun préserve la famille. La préservation du sang, de l’humain, de la vie, ça, ça fait partie des fondements du droit commun, et ça ils ont pris aussi dans le droit musulman, droit local, dans droit coutumier mahorais* »¹²¹⁸.

Ensuite, car il apparaît culturellement, encore dans une large mesure, impropre d’exposer ce type de faits, survenus dans un cadre intime, au « *sirkali* », entendu très largement comme toute institution identifiée comme une émanation de l’État, c’est-à-dire le tribunal, mais aussi l’hôpital.

Enfin, car la rupture du silence de la fille remet en cause les constructions mentales de la mère autour de ses propres vécus de violence et les « silenciations » incorporées à cette occasion.

Il ne s’agit pas d’ignorer les manifestations de culpabilisation de la jeune fille victime, or celles-ci nous paraissent aussi relever tant de l’état de stress post-traumatique des victimes à l’origine d’une vision négative d’elles-mêmes que de la conscience que le fait subi bouleverse le quotidien de leur entourage. Certes, nombre de procès-verbaux d’audition de mineurs victimes de violence sexuelle font référence aux réprimandes immédiates de la mère, se traduisant par des insultes ou même une correction physique sur l’enfant. Chaque fois que ces éléments ressortissent des procès-verbaux, nous avons questionné l’une et l’autre dans le cadre de nos auditions de partie civile. Celles-ci se tiennent en deux temps : dans un premier temps nous recevons l’enfant seul et dans un second temps nous faisons entrer à ses côtés le représentant légal qui l’a accompagnée, le plus souvent, mais pas toujours, sa mère. Les jeunes filles nous ont toujours répondu ne pas savoir pour quelle raison leur mère avait adopté une telle réaction. Quant aux mères, elles ont, à chaque reprise, verbalisé sur leur sentiment de honte et de mal-être lié à la révélation. Dans les mois précédents l’écriture du présent texte, il est arrivé à trois reprises que la mère, représentante légale de la jeune fille plaignante, émue par mon interrogation sur sa réaction à la révélation des faits (que j’essaie le plus possible de poser sans ton de reproche), sollicite que sa fille quitte un instant le cabinet aux fins de s’entretenir avec moi – toujours sur procès-verbal en présence du greffier judiciaire. Ce fut l’occasion pour ces trois mères de révéler les faits qu’elles avaient elles-mêmes subis lorsqu’elles étaient plus jeunes et qu’elles n’avaient jamais osé révéler, pas même à leurs propres mères.

Les cas dans lesquels nous désignons un administrateur *ad hoc*¹²¹⁹ correspondent aux hypothèses dans lesquelles la mère est face à un conflit de loyauté entre l’auteur des faits, dont

¹²¹⁷ V. Le Goaziou, *Les violences sexuelles : point de vue sociologique. Penser les agressions sexuelles*. ERES; 2016.

¹²¹⁸ A. Chanfi, entretien mené par T. Malbert le 2 juillet 2019

¹²¹⁹ Le conseil départemental de Mayotte n’assumant pas cette charge, nous désignons habituellement une association locale, Mlezi Maore.

elle est la compagne, la sœur ou la fille, et sa fille victime de viol ou encore lorsqu'aucun titulaire de l'autorité parentale n'est présent sur le territoire. Il arrive également fréquemment que les parents n'aient pas voulu dénoncer l'affaire aux autorités, préférant un arrangement traditionnel et ne souhaitent pas y renoncer. Nous précisons recourir à la désignation d'une association chaque fois que nous avons un doute sur la capacité des titulaires de l'autorité parentale à accompagner leur enfant dans le processus judiciaire, mais également le moins souvent possible, nous paraissant utile d'associer les parents à la dénonciation. En effet, la désignation d'une association risque de créer un « écran » entre l'institution judiciaire et les familles.

Il semble en tout cas se révéler ici une importante coutume du silence autour des faits de violences sexuelles. Il convient de rappeler que selon Sophie Blanchy, si la fille a une importante « intimité psychologique » avec sa mère, « elle ne lui dit pas tout » pour autant¹²²⁰, alors que la question de la sexualité est un sujet évité par les parents avec leurs enfants, lesquelles apprennent les choses entre collatéraux, avec les « *fundis* » coraniques de sexe féminin ou bien avec les grands-mères.

Dorothee Dussy met en évidence la force des « silenciations » en cette matière et défend l'idée que la révélation de l'inceste dont elles ont connaissance demande aux mères « de tenir une position révolutionnaire », impliquant qu'elles soient armées « moralement, psychologiquement, socialement et matériellement ». Et de conclure : « *du coup, à moins d'un travail préalable de désapprentissage des règles de silence qui prévalent dans leur famille, les mères ne peuvent pas entendre leurs filles* »¹²²¹. Nous pouvons citer aussi la phrase d'un partenaire judiciaire originaire de Mayotte qui nous a marquée : « *Mettez-vous bien dans la tête que la personne qui vous amène devant les institutions de l'État est votre pire ennemi. Ce qu'on fait à ses femmes dans la communauté suite à la dénonciation des faits, c'est encore pire que ce qu'on a fait à sa fille* ».

La mise sous silence du vécu traumatique est si profonde que certaines femmes mères n'ont pas conscience de l'interdit du viol, ce qui prend un relief différent lorsqu'il s'agit de la mère d'un mineur reconnaissant un viol. Ainsi de cette maman d'un mineur suivi par la protection judiciaire de la jeunesse qui comprend à l'occasion d'échanges avec l'éducatrice chargée d'une mesure judiciaire d'investigation éducative que son premier rapport sexuel, correspondant à sa nuit de noces à l'âge de quatorze ans en Union des Comores, était un viol. Elle s'effondre subitement en larmes, tout en expliquant qu'elle n'avait jusqu'ici pas considéré ces faits comme la transgression d'un interdit puisqu'ils avaient été encouragés par sa mère et sa grand-mère, lesquelles frappaient sur la table pour couvrir ses appels à l'aide.

Ces « silenciations » sont entretenues par d'autres modes coutumiers de résolution des conflits qui se résument par une absence d'action et une remise à Dieu. Le « *yaseni* », et le « *badiri* », issus respectivement des sourates 36 (XXXVI) et 3 (III) sont mobilisées « à des fins quasi judiciaires » comme une « enquête de dieu ». Le texte « *yâ-sin* » évoque le jugement dernier et consiste en une réprobation des mécréants, c'est-à-dire des non-croyants ou des musulmans non sincères. Le « *badiri* » est plus explicite en ce qui nous occupe, avec aux versets 121, 128 et 129 : « Dieu entend et il sait », « Il leur reviendra ou bien il les tourmentera d'avoir été coupables », « Il pardonne à qui il veut et tourmente qui il veut ». Ainsi, Dieu révèle de lui-

¹²²⁰ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte, op. cit.* p. 85

¹²²¹ D. Dussy, « La notion de mère protectrice dans les révélations d'inceste : approche anthropologique », in P. Ayoun et al., *Inceste, lorsque les mères ne protègent pas leur enfant*. Toulouse: Éd. Érès; 2013.

même qui est coupable et fait s'abattre sur lui son courroux¹²²². Il revient dans l'attente aux Hommes, et parmi eux, pour ce qui nous concerne, les femmes et les filles, de se taire. Et quant aux témoins, on leur apprend au plus jeune âge : « *Tsiji kayi manisa* » (« Dire 'Je ne sais pas' ne crée pas de tension ni de dispute ») ou encore « *Tsiji kayi fungisa* » (« Dire 'Je ne sais pas' ne fait pas emprisonner quelqu'un »).

2. L'archétype des « enfants du juge »

Il convient d'explorer cette figure dont il est fait écho à chaque évocation publique du rôle de l'institution judiciaire à Mayotte. Alors que les enfants sont traditionnellement exclus des procédures coutumières de règlement des conflits (a), leur parole est recueillie par l'institution judiciaire (b). La réaction sociale, qui paraît extrême, interroge : s'agirait-il d'une surréaction culturaliste (c) ?

a. L'exclusion des enfants des procédures coutumières

Dans le cadre de la procédure de médiation dite « *suluhu* » ou « arrangement », la médiation s'opère entre les parents, l'auteur et une tierce personne. Cette triangulation donne peu de place à la victime, notamment à l'enfant, dont la parole peut être moins importante que la nécessité de rétablir l'ordre social. La parole de l'enfant est recueillie par les adultes du clan qui participeront ensuite à la procédure de « *suluhu* ».

Aussi, la compensation financière de la défloration profite aux parents de la jeune fille ce qui suscite d'importantes questions relatives à la non-dénonciation du crime de viol, à la subornation de témoin qui peut y être liée ou encore à la libre administration du corps de l'enfant.

b. La parole de l'enfant en Justice

La question de la place de la parole de l'enfant a tout au long de l'histoire du droit fait l'objet de tergiversations. Alors que dans la Grèce antique on affirmait que la vérité sortait de la bouche des enfants, la tradition juridique française a longtemps été celle de l'*infans*, étymologiquement du latin « celui dont la parole ne compte pas ». Ce n'est que très récemment qu'il est apparu nécessaire de lui aménager des espaces d'expression.

La question du recueil de la parole de l'enfant victime a fait l'objet de plusieurs lois successives¹²²³. L'affaire Outreau survenue au début des années 2000 a mis un coup de projecteur sur les dangers de cet exercice. On peut en énumérer certaines : difficulté pour l'enfant à mettre des mots sur les faits dont il a été victime, possibilité pour l'enfant de mentir de son propre chef ou sur incitation des adultes, possibilité pour l'enfant de se tromper, nécessité de voir derrière les affabulations ce que veut signifier l'enfant. L'audition de l'enfant fait dès lors aujourd'hui l'objet de processus particuliers maniés par des professionnels spécifiquement formés. Sa parole est également examinée par des experts¹²²⁴. L'audition de l'enfant devant le

¹²²² J-F. Hory, « À propos de quelques coutumes mahoraises, les procédures infrajudiciaires de règlement des conflits », *loc. cit.*

¹²²³ Notamment lois n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs et n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

¹²²⁴ B. Mallevaey, *La parole de l'enfant en justice*. Recherches familiales. 2012.

juge d'instruction fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel. En matière de violences sexuelles, l'accompagnement de l'enfant par un avocat est obligatoire¹²²⁵.

En raison du poids du respect envers ses parents, et de l'extrême pudeur du mineur lorsqu'il s'exprime sur des faits pénaux, nous entendons tout mineur plaignant ou prévenu, hors la présence de ses parents dans un premier temps. Le cadre législatif, qui prévoit l'information des parents à tout stade de la procédure, du déroulement de celle-ci, nous laisse cette latitude. Nous n'avons jamais été confrontés à une opposition assumée à ce titre, chacun – parents, enfant, avocat – y voyant certainement un avantage. Il convient ensuite à chaque fois de restituer aux parents le compte rendu global de l'entretien avec son enfant. Il est vrai que le détachement du discours du parent prend du temps et que l'enfant se présente différemment en fonction de qui l'accompagne. Nous pensons par exemple à une jeune enfant en sanglots, déclarant ne pas vouloir voir le juge quand elle était accompagnée de sa mère, et revenue très collaborative deux semaines plus tard accompagnée d'un administrateur *ad hoc*.

c. L'abandon du droit de punir : une surréaction culturaliste ?

Un rapport de l'OMS fait de la violence éducative envers les enfants un « problème de santé publique » et liste les nuisances occasionnées : effets sur les comportements violents des jeunes, majoration des troubles comme l'hyperactivité, l'alcoolisme, la toxicomanie ou la délinquance. *A contrario*, de multiples travaux réalisés en Europe, aux États-Unis, en Australie ou en Afrique concordent pour dire que les enfants élevés sans punition corporelle vont mieux¹²²⁶. C'est dans ce contexte que le Conseil de l'Europe a initié une campagne de sensibilisation en 2008, en même temps que se construisait à Mayotte le « département », avec d'importantes réticences en France métropolitaine¹²²⁷. Ce n'est que plus de dix années plus tard que le dispositif légal, qui permettait en réalité déjà de poursuivre pénalement les violences éducatives, a évolué avec de nouvelles dispositions symboliques dites « anti-fessée ». Notamment, à la suite du deuxième alinéa de l'article 371-1 du Code civil relatif à l'autorité parentale, un autre alinéa sera inséré indiquant : « L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques ».

Un magistrat exerçant les fonctions de juge des enfants a pu nous indiquer que son travail était vécu comme une « atteinte à l'honneur » chez certaines mères. « Les familles mahoraises ont vécu l'application de nouvelles lois sur la protection comme une interdiction de corriger et de réprimander leurs enfants », note l'anthropologue Thierry Malbert. « Certaines familles réprimandées par la police pour mauvais traitement de leurs enfants ont en effet démissionné totalement et demandent à la justice et aux services de l'État d'assumer leur responsabilité », explique-t-il¹²²⁸. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (ci-après CNCDH) met en exergue le « fossé entre la justice de droit commun et les justiciables mahorais », qui « empêche l'établissement d'une relation de confiance entre la population et la justice de la République ». L'exemple donné est celui de « la prise en charge des mineurs, en matière civile comme en matière pénale, [où] il existe une sorte de « conflit de modèle éducatif » entre les tenants d'une conception traditionnelle locale et les défenseurs d'une approche institutionnelle ».¹²²⁹ Benjamin Banizette, juge pénal à Mayotte de 2015 à 2018,

¹²²⁵ Article 706-51-1 du code de procédure pénale.

¹²²⁶ Organisation mondiale de la santé, éditeur. Rapport mondial sur la violence et la santé. Genève: Organisation mondiale de la santé; 2002.

¹²²⁷ C. Legrand, « Faut-il interdire la fessée ? » La Croix. 28 oct 2008

¹²²⁸ T. Malbert, « Famille et école à Mayotte : entre tradition musulmane et rapport à la laïcité », Revue internationale de communication et de socialisation. 2018 ; Volume n°5(II):13.

¹²²⁹ CNCDH. Avis sur l'accès à la Justice et au Droit en Outre-Mer, *op. cit.*

expose dans une contribution écrite que la justice républicaine est perçue comme trop clémentine à l'égard des mineurs, désignés dès lors sous l'appellation d'« enfants du juge »¹²³⁰.

Au-delà de la question de la clémence, il nous semble qu'ont pris le siège là, de nouveau, les rapports de pouvoir entre l'État et les représentants de l'autorité parentale. D'autant qu'il en résulterait des tensions générationnelles inédites dans une gérontocratie. Ainsi du témoignage suivant : « *avant c'était les enfants qui avaient peur des adultes, maintenant c'est le contraire* », avec une crainte « *Atsondro ni shitaki, nindre nafungwza* » (« il va porter plainte contre moi et me faire emprisonner »). Plus encore « *Le shengwé a été abandonné au profit de la découverte et de la mise en valeur du droit de l'enfant. L'enfant a découvert qu'il a des droits, qu'il peut les faire valoir au-dessus des principes fondateurs de l'éducation parentale. Les conséquences ont été immédiates. Les premiers enfants qui ont osé porter plainte l'ont fait souvent sur l'accompagnement de certaines institutions (assistant social, équipes pédagogiques des établissements scolaires) ou certaines structures associatives et autres. Il a suffi de quelques cas pour que l'information se propage comme une trainée de poudre sur l'ensemble du territoire, du fait de la phobie des Mahorais de se voir confrontés à l'institution judiciaire et à l'autorité institutionnelle (le Sirkali)* »¹²³¹.

En réponse à des violences sur leurs enfants, l'intervention judiciaire dès lors vécue comme une violence institutionnelle par les parents, et ainsi risque de se perdurer un cycle de violence. Certains voient dans l'intervention judiciaire en cette matière « un frein dans le processus éducationnel » : « *Sirkali kayipvindze ralela wana watru* » (« l'État ne veut plus qu'on éduque nos enfants ») et l'idée que les enfants sont intouchables, car protégés par le juge. « C'est tout un système éducatif qui s'est effondré »¹²³².

Y a-t-il un véritable abandon de punir en réaction à l'intervention judiciaire ? S'il est souvent allégué dans les médias locaux et dans les assemblées où se rencontrent population et justice (ainsi, notamment, des événements organisés par le centre départemental d'accès au droit), il n'est pas perceptible de façon si nette dans l'enceinte judiciaire : les parents semblent à l'audience sensibles à l'accompagnement à la parentalité proposé par la protection judiciaire de la jeunesse, structure avec laquelle les familles tiennent généralement le lien. Nous nous rappelons toutefois des propos tenus par la mère d'un jeune faisant l'objet d'un mandat d'amener, qui nous avertissait en ces termes : « Si vous le libérez, ça n'est même plus la peine de m'appeler la prochaine fois ».

Zalifa Hassane¹²³³ met en évidence d'autres facteurs d'un éventuel « décrochage parental » : l'évolution démographique, les « sérieux changements socio-historiques » et le creusement d'un « fossé culturel entre les générations » notamment en raison du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le tout étant à l'origine d'un sentiment d'impuissance chez les aînés en charge de l'éducation des jeunes¹²³⁴. Et, face à cela, un soutien à la parentalité encore balbutiant sur le territoire.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ N. Attibou et A. S. Attoumani, in A. Perzo, *Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue, op. cit.*

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ Présidente de la FCPE (Fédération des Conseils de Parents d'Elèves) Mayotte et Doctorante en Anthropologie à l'Université de la Réunion.

¹²³⁴ A. Perzo, « Observatoire des violences : les écrits qui mettent tout à plat », Le Journal De Mayotte : <https://lejournaldemayotte.yt/2020/11/04/observatoire-des-violences-les-ecrits-qui-mettent-tout-a-plat/>

3. Des tentatives d'individuation devant les instances judiciaires

Des arrangements communautaires au mythe de l'enfant du juge, les dossiers judiciaires nous renseignent sur les processus d'individuation à l'œuvre dans le contexte intrafamilial. Ainsi des fausses dénonciations, pouvant être analysées comme des tentatives d'émancipation de la communauté (a), de cheminements personnels particuliers conduisant à saisir en toute honnêteté l'institution judiciaire (b). Ainsi aussi d'un militantisme extrajudiciaire récent pour une libération de la parole dans le contexte des violences intrafamiliales (c).

a. Fausses dénonciations, ou émancipation communautaire

L'écoute portée par les forces de l'ordre et l'institution judiciaire peut être vue comme un recours pour les jeunes, dans le but de se défendre face à la communauté, dont ils savent qu'elle réproouve certains de leurs comportements. C'est l'hypothèse qui se présente régulièrement d'une jeune femme qui tente de justifier sa défloration par un viol imaginaire.

Ainsi d'une jeune adolescente enceinte affirmant que l'enfant était le produit d'un viol et avait communiqué un signalement conduisant à diverses recherches par les forces de l'ordre dans le cadre d'une commission rogatoire. Plusieurs années après, l'analyse de l'ADN de l'embryon, qui avait été conservé suite à l'avortement, révélait que le géniteur n'était en réalité autre que le petit-ami désigné par la plaignante, avec lequel elle affirmait n'avoir jamais eu de relation sexuelle. Certainement en raison de la détresse que révélait le cheminement choisi par l'adolescente, qui par honte ne répondait plus à nos convocations, le ministère public n'initiait pas de poursuites délictuelles pour dénonciation d'un crime imaginaire. Les forces de l'ordre nous indiquent que ces situations sont fréquentes ; la plupart seraient détectées avant l'ouverture d'une information judiciaire.

Cet exemple, non isolé, nous renseigne sur la dimension de faute associée, effectivement, à la perte de la virginité dans le cadre des relations avec le « *buledi* », comme indiqué dans l'article précité¹²³⁵ et sur le risque toujours actuel de réprimande familiale tel qu'objectivé par Sophie Blanchy il y a plus de trente ans¹²³⁶. Toutefois, ces hypothèses font montre de l'inclusion actuelle dans le processus de pensée des jeunes de la possibilité d'un recours à l'institution judiciaire et plus avant une meilleure connaissance de ce qui constitue un « viol ». Un changement est ainsi intervenu depuis les observations formalisées au début des années 1980 par l'anthropologue canadien Michael Lambek : « *In general, people in Mayotte feel that a young woman gives up her virginity by her own choice—that a reluctant woman would have the strength to fight off an attacker or the sense to call for help. Men who do attempt rape are despised, but women rarely offer rape as an explanation for loss of virginity.* » (proposition de traduction : « *En général, les Mahorais considèrent qu'une jeune femme perd sa virginité de son plein gré, qu'une femme réticente aurait eu la force de repousser un agresseur ou la possibilité d'appeler les secours. Les hommes qui commettent un viol sont méprisés, mais les femmes proposent rarement le viol comme explication de la perte de la virginité* »).

L'enfant qui dépasse ces « silenciations » et va jusqu'à instrumentaliser l'institution dans un but d'émancipation communautaire, n'est-ce pas là, effectivement, un comportement d'« enfant du juge » ?

¹²³⁵ L. Kiledjian, C. Bilhou, M. Heslon, *Relation mère-fille en tension à Mayotte, op. cit.*

¹²³⁶ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte, op. cit.* p. 106.

b. Cheminements vers la saisine directe du « sirikali »

La plupart des dénonciations de viols ou de violences dans les situations intrafamiliales dont nous avons été saisis ou dont nous avons repris la charge depuis 2016 semblent être le fruit d'une forme de « hasard », en tout cas d'un cheminement mal maîtrisé par l'entourage du plaignant, les conduisant à se retrouver malgré eux devant l'institution judiciaire. Ainsi des titulaires de l'autorité parentale sollicitant de l'hôpital une vérification hyménale, le médecin signalant ensuite selon les constatations la situation de l'enfant aux autorités¹²³⁷. Nous précisons qu'en dépit de cette posture au préalable contrainte, certaines familles se saisissent du cadre judiciaire. Les autorités policières ou de gendarmerie jouent là un important rôle de pédagogie et de réassurance dont les effets se ressentent ensuite tout au long de la procédure.

On peut citer l'exemple de parents ayant surpris leur enfant dans le *banga* d'un proche de la famille, habitant à proximité, qui la conduisent au service gynécologique du centre hospitalier de Mayotte aux fins de vérifier l'inaltération de son hymen. Les médecins signalent la situation aux forces de l'ordre et le procureur de la République ouvre une information judiciaire. Devant nous, leur notifiant les conclusions de l'examen gynécologique étayant une défloration, alors que nous leur demandons leurs attentes vis-à-vis de l'institution judiciaire, ils disent souhaiter une compensation correspondant à la dévaluation de leur fille sur le marché matrimonial, qu'ils n'ont pu obtenir de la main de l'auteur avant son incarcération.

Toutefois, nos observations nous conduisent à formaliser l'hypothèse selon laquelle, de manière croissante, des dossiers sérieux de « viol de forte connaissance », intrafamiliaux ou très proches de la sphère familiale et communautaire, nous parviennent sur un mode direct, avec une conscience assez claire de ce qui doit être attendu de l'institution judiciaire. Dans ces hypothèses, nous nous intéressons comme il est d'usage en matière de violence sexuelle au processus de dénonciation des faits. Il en est ainsi tout particulièrement de personnes ayant vécu à l'extérieur du département, soit dans l'Hexagone, soit sur l'île de La Réunion ou ayant quitté Mayotte depuis la survenance des faits, et avec un capital économique et social supérieur.

Il apparaît ainsi que trois leviers sont particulièrement favorables à l'émission de dépôts de plainte spontanés par les familles :

- la fréquentation passée ou actuelle d'autres espaces où les régulations étatiques sont mieux identifiées, voire peut-être mieux établies ;
- la distance ou la possibilité d'une distance avec la communauté dans laquelle les faits sont survenus ;
- l'existence de relais familiaux en dehors de l'île encourageant le dépôt de plainte et rassurant le plaignant ou la plaignante quant à ses conséquences sociales.

Il n'est pas rare que de bons élèves ou des jeunes entretenant de bonnes relations avec leurs établissements scolaires y informent une personne en laquelle ils ont confiance. On obtient ainsi des dossiers de plus en plus structurés concernant des viols commis par des *fundis*, des enseignants, des pères ou des beaux-pères.

L'effondrement des chiffres des violences intrafamiliales sur fond de confinement total au printemps 2020¹²³⁸ nous apparaît en discordance avec la réalité des faits survenus, alors que ces

¹²³⁷ Alors qu'il nous semble que devraient être signalées aux forces de l'ordre toutes les situations dans lesquelles les familles allèguent un tel motif de consultation au centre hospitalier.

¹²³⁸ Préfecture de Mayotte. Bilan 2020 délinquance LIC habitat illégal 2021.

violences ont explosé partout ailleurs sous l'effet mécanique d'un resserrement de la vie sociale sur la sphère intime. Il semble ainsi qu'à Mayotte, la « constru[ction] des relations », « la multiplication des contacts avec la police », sont des leviers majeurs de lutte contre ces violences, comme notamment en Californie dans les années 1980-1990¹²³⁹.

c. Un militantisme récent de libération de la parole

Malgré tous les verrous observés, il est possible de formaliser l'espoir d'un éclatement des « silenciations ». D'abord, par l'observation de terrains où les relations de genre et les structures communautaires sont au moins aussi fortes – ainsi du monde arabe où, sur fond de révolutions, des mouvements d'autonomisation des femmes se sont révélés forts¹²⁴⁰. Ensuite, plus spécifiquement, dans l'histoire de Mayotte, où les esprits sont marqués par la preuve historique de la capacité expressive des femmes dans l'espace public, par-delà l'organisation genrée de l'espace : le « commando des Chatouilleuses », icône du combat pour Mayotte française¹²⁴¹.

Depuis quelques années, le mouvement social international encourageant la prise de parole des femmes notamment sur les violences sexuelles a ses relais dans la communauté mahoraise, concernant l'inceste, à travers notamment l'action d'une jeune femme qui déclare avoir elle-même souffert des agissements de son père a fondé en parallèle à ses études une association nommée « *Souboutou ouhédzé jilaho* » (« Ose libérer ta parole »)¹²⁴². De même, des voix émergent concernant le viol conjugal, ainsi de cette tribune récente : « Le « devoir conjugal, c'est 20 ans de prison »¹²⁴³.

B. Justiciable, partenaires judiciaires et magistrats, jeu de regards

Alors que l'institution judiciaire peine à se frayer une place dans l'espace social s'agissant du traitement des violences intrafamiliales, une partie des justiciables sont contraints de la fréquenter. Il s'agit d'étudier les regards, ceux du justiciable sur l'institution (1), ceux des acteurs judiciaires sur les justiciables (2) et d'étudier dans quelle mesure la posture postcoloniale de l'institution judiciaire peut-être une source d'erreur dans l'acte de juger (3).

1. Le regard du justiciable sur l'institution

Le justiciable mahorais en matière de violences intrafamiliales est partagé entre une certaine idéalisation de l'institution (a) et ses diverses attentes (b). En tout état de cause, l'institution est un recours face à une multiplicité de vulnérabilités dans l'intimité (c).

a. L'idéalisation de l'institution

Les conditions du rattachement de Mayotte à la France portent en germe la particularité du « pacte social » qui lie son peuple aux institutions de l'État. Les relations des habitants de Mayotte aux institutions républicaines semblent être mues par un double paradoxe : d'une part,

<https://www.mayotte.gouv.fr/content/download/21871/168320/file/Bilan%202020%20d%C3%A9linquance%20LIC%20habitat%20ill%C3%A9gal%20-%20dossier%20de%20presse.pdf>

¹²³⁹ P. Delage, *Violences conjugales: du combat féministe à la cause publique*, op. cit., Chapitre III.

¹²⁴⁰ C. Fortier, *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*, op. cit.

¹²⁴¹ M. Idriss, *Le combat pour Mayotte française (1958-1976)*. Paris: Éditions Karthala; 2018. 310 p.

¹²⁴² A. Raïnat « Le viol, une perversion cachée dans la société mahoraise. » Mayotte Hebdo 25 juin 2020 <https://www.mayottehebdo.com/actualite/societe/le-viol-une-perversion-cachee-dans-la-societe-mahoraise/>

¹²⁴³ Yann Deleu. « Le “devoir conjugal”, c'est 20 ans de prison », Le Journal De Mayotte. 13 août 2020 <https://lejournaldemayotte.yt/2020/08/13/le-devoir-conjugal-cest-20-ans-de-prison/>

le fonctionnement autocentré sur le village conduit à la mise à l'écart de tout instrument de régulation extérieur à la communauté locale, englobé dans le seul vocable de « *sirkali* »¹²⁴⁴ ; d'autre part, certains émettent l'hypothèse d'une sensibilité particulière des Mahorais, mais aussi des Anjouannais, confrontés longuement à la « violence symbolique des régimes de la plantation » qui a « marqué les corps », aux vertus protectrices du « *sirkali* » contemporain¹²⁴⁵.

Adjimaël Halidi soutient ainsi l'idée d'un syndrome d'aliénation chez les Mahorais et les Anjouannais, expliquant l'attachement chez ces premiers à la France et la recherche d'un paradis perdu dit « *sirkali* » chez les seconds¹²⁴⁶.

Ainsi, l'État français serait idéalisé dans ses potentialités, vu comme la solution à tous les maux et par ricochet l'institution judiciaire idéalisée. « C'est vous le chef, Madame le juge » ; « Je suis sûr que vous découvrirez la vérité, Madame le juge », sont des paroles très fréquemment entendues en notre cabinet.

b. Des attentes diverses du processus judiciaire

Les attentes face à l'institution judiciaire sont diverses, comme le montrent diverses fausses dénonciations. Outre celles sus-évoquées visant à protéger la relation avec les parents, notamment en cas de défloration hors mariage, il semble que de véritables instrumentalisation de l'institution judiciaire puissent naître de son idéalisation. Ainsi, un magistrat du parquet a pu nous exposer percevoir les « fantasmes » entourant l'institution de la famille d'accueil, quant à l'accès à des biens personnels qui pourrait en découler, la prise en charge reçue et l'espace de liberté laissé. Plus tard, découvrant la réalité, certains se repentissent « J'ai dit ça uniquement pour être placé ».

Il apparaît ainsi nécessaire pour les magistrats de chercher à se décentrer pour percevoir ce qui du côté de l'enfant est le véritable intolérable¹²⁴⁷, ceux-ci pouvant être enchevêtrés dans des vulnérabilités telles que la victimisation face à l'institution judiciaire est un recours comme un autre.

Nombre d'écrits sont optimistes sur les recours à l'institution, ainsi de Yves Moatty, alors juge des enfants : « Autre temps, autres mœurs Mayotte ! Mayotte connaîtra une révolution en la matière. Il suffit que l'information soit diffusée, par le biais notamment des assistantes scolaires ou des enseignants pour que progressivement se révèlent des situations d'abus sexuels qui autrement auraient été occultés pendant toute une vie »¹²⁴⁸. Or, au regard des observations réalisées vingt ans après cet écrit, peut-on toujours attendre une évolution si linéaire, et penser que le recours à l'institution n'est qu'une seule question d'accessibilité matérielle ? « Dans la sphère privée, on observe l'essor de certaines pratiques sociales qui visent à contrôler le corps des femmes, leur virginité et leur sexualité, et qui, paradoxalement, se sont développées parallèlement à l'affirmation de plus en plus grande de leur autonomie amoureuse et

¹²⁴⁴ D. Abdou, *Le droit comorien, entre tradition et modernité*. Mamoudzou, Mayotte: Éditions du Baobab; 2006. 304 p.

¹²⁴⁵ A. Halidi, « Comores : colonisation, insularité et imaginaire national », *loc. cit.*

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ D. Fassin, P. Bourdelais, J.-P. Dozon, *Les constructions de l'intolérable*, *op. cit.*

¹²⁴⁸ Y. Moatty, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », *loc. cit.*

sexuelle »¹²⁴⁹, observe-t-on dans plusieurs pays arabes. C'est que l'histoire des normes, en particulier dans la sphère intime, suit rarement une droite ligne évolutionniste.

c. Vulnérabilités croisées face à l'institution

Devant le juge d'instruction, devant le juge des enfants, ou à l'audience pénale de jugement, sous ses diverses formes, se produisent une multiplicité de rencontres liées au genre, au milieu social, à la génération, à la position d'auteur ou de victime, de représentation de l'institution judiciaire ou de profane, de juge ou de justiciable, aux trajectoires plus ou moins imprégnées du fonds anthropologique local ou au contraire d'occidentalité, aux itinéraires plus ou moins susceptibles de s'orienter vers les institutions de l'État.

L'aspect multidimensionnel de l'ordre social à Mayotte comme des identités rend nécessaire l'étude des divers rapports de pouvoirs « entre classe, race, genre et sexualité » en convoquant le concept d'intersectionnalité¹²⁵⁰, qui correspond à la superposition des vulnérabilités. L'enceinte judiciaire est ainsi celle de la rencontre entre diverses « économies morales », au sens de « *production, la répartition, la circulation et l'utilisation des émotions et des valeurs, des normes et des obligations, dans l'espace social* »¹²⁵¹ tant sur les thématiques du genre, entendu au sens large, que du conflit. Nous soutenons que ces rencontres, qui prennent siège dans une institution républicaine, renseignent sur la structuration actuelle de la société mahoraise et sa relation à l'État.

On peut lire cet extrait d'un ouvrage relatif aux violences conjugales comparant leur prise en compte publique en France et aux États-Unis et dont on peut retirer diverses hypothèses pour l'analyse des violences intrafamiliales sur l'île-hippocampe : « *Les femmes noires, de leur côté, seraient moins enclines à solliciter les services d'aide, en particulier les forces de l'ordre, institutions de contrôle et de sanction des hommes noirs ; elles seraient prises entre la volonté de ne pas trahir un groupe déjà discriminé et le désir de s'affranchir du contrôle conjugal. L'argument de la culture pour retenir les femmes dans leur foyer, les contraintes administratives auxquelles sont soumises les migrantes, la pression économique et la précarité modèlent les logiques de genre et de contrôle opérant dans le couple. Outre la variabilité des normes et des représentations genrées en fonction des groupes sociaux, les formes que prend la violence conjugale et la possibilité pour une victime de quitter le foyer conjugal sont en partie déterminées par des barrières économiques et administratives* ». ¹²⁵²

2. Le regard postcolonial du juge : un décentrement à construire

Dans ce contexte, le regard du magistrat doit évoluer, et ce alors que l'argument (a) comme l'expertise (b) et sa formation (c) en matière culturelle sont excessivement pauvres.

a. Une défense culturelle rare

Une difficulté majeure de l'office du juge en ces matières est l'importante pudeur culturelle conduisant à l'absence de mise en évidence spontanée par les justiciables de leurs représentations propres. Ceci peut paraître paradoxal alors qu'à l'inverse, dans l'*agora*, par voie

¹²⁴⁹ C. Fortier, *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*, op. cit., p. 14.

¹²⁵⁰ S. Mazouz, « Faire des différences. Ce que l'ethnographie nous apprend sur l'articulation des modes pluriels d'assignation ». *Raisons politiques*. 2015 ; 58(2):75.

¹²⁵¹ D. Fassin, J-S Eideliman. *Économies morales contemporaines*. Paris: Découverte; 2012. 405 p.

¹²⁵² P. Delage, *Violences conjugales : du combat féministe à la cause publique*. op. cit.

de presse ou désormais de réseau social, nous avons mis en évidence qu'une forte défense culturaliste se manifeste à travers le mythe des « enfants du juge ». Si en audition de partie civile l'intérêt porté par les familles aux conclusions d'examen gynécologique relatives à la défloration est constant, l'exemple cité ci-avant d'une demande explicite d'indemnisation correspondant au différentiel du douaire pouvant être obtenu sur le marché matrimonial pour leur fille déflorée est rare. La posture culturelle est peu assumée.

Si nous cherchons à expliquer ces postures, nous pouvons d'abord citer Salim Mouhoutar¹²⁵³ qui revient dans un écrit également formalisé dans le cadre de l'Observatoire des violences sur l'« impact de la violence institutionnelle » vécue dans l'histoire sur la posture actuelle des résidents de l'île face à l'État français. Il rappelle que le passé de Mayotte a été marqué par « de longues périodes caractérisées par diverses formes de violence physique et symbolique » : razzias, esclavagisme, engagisme, colonisation. Il cite un écrit du chercheur Mlaili Condro dans un article paru dans la revue *Upanga* selon lequel il en résulte que « *Le Sirikali, c'est en somme, cette autorité du Blanc qui s'imposait aux colonisés de façon implacable. Pour les Mahorais, BaMzungu ne tolère qu'une seule réponse : « Oui, Mshe « (Oui, Monsieur) »* »¹²⁵⁴.

Élise Palomarès et Élise Lemercier mettent également en évidence dans plusieurs de leurs écrits le poids de « l'incertitude statutaire » consubstantielle au développement de Mayotte : longue revendication d'accession au statut de département, long développement des compétences de la collectivité notamment en matière médico-sociale, restrictions persistantes concernant les prestations sociales, etc.¹²⁵⁵ Cette situation pérennise les rapports de domination issus de la colonisation et crée un « rapport inquiet à la nationalité française »¹²⁵⁶.

Il revient au juge, sans suggérer, de se saisir des propos à coloration culturelle susurrés au cours des interrogatoires et auditions. Ainsi d'un homme reconnaissant avoir pénétré sexuellement une préadolescente, mais s'arc-boutant sur l'absence de défloration, sans apporter d'étayage particulier à ce propos. Pourtant, une défloration récente avait été médicalement constatée. Il admettait que l'enfant n'avait pu consentir, paraissait avoir conscience qu'il s'agissait d'une faute, mais ne pouvait avouer à lui-même et à l'institution judiciaire un acte de défloration. Il nous paraît utile, dans de telles circonstances, de questionner plus avant l'intéressé sur l'importance de la préservation de la virginité selon ses représentations. Celui-ci a pu nous indiquer qu'il s'agissait pour lui d'une faute morale supérieure à la violation du consentement. L'approfondissement de cette question a permis de documenter sa vision de la femme à travers l'image d'une jeune fille qui avait forcément été déflorée par ailleurs au regard de ses tenues vestimentaires. Pour la plaignante, en face, l'expert psychologue indiquait que la perte de sa virginité était son point d'entrée dans le traumatisme.

b. Une expertise socio-anthropologique limitée

Les violences intrafamiliales font l'objet d'une enquête entre les mains du ministère public lorsque les faits sont délictuels, d'une saisine du juge des enfants si les faits ont été commis par un mineur, ou d'une saisine du juge d'instruction si les faits sont de nature criminelle. Les faits

¹²⁵³ Directeur général adjoint de l'ARS (Agence régionale de santé), auteur et responsable de l'Observatoire des violences à Mayotte.

¹²⁵⁴ S. Mouhoutar, in A. Perzo, *Observatoire des violences : les écrits qui mettent tout à plat. op. cit.*

¹²⁵⁵ E. Lemercier & E. Palomares (2020). « Devenir éducateur/riche sous contrainte raciale: Enquête sur un secteur associatif aux frontières de la nation ». *Politix*, 131, 53-81. <https://doi.org/10.3917/pox.131.0053>

¹²⁵⁶ M. Hachimi-Alaoui, É. Lemercier, É. Palomares, « Reconfigurations ethniques à Mayotte ». *Hommes Migrations*. 2013 ; n° 1304(4):59-65.

sont documentés par les procès-verbaux de police ou de gendarmerie, l'expertise psychiatrique éventuelle des mis en cause (obligatoire en matière criminelle), l'examen psychologique éventuel de ceux-ci ainsi que des plaignants. En l'absence de présence pérenne d'expert psychologue et d'expert psychiatre inscrit sur les listes de la chambre d'appel de Mamoudzou, des experts de métropole viennent régulièrement sur le territoire pour répondre aux missions des juges d'instruction et d'autres magistrats chargés de dossiers en matière de violences intrafamiliales. Depuis la crise sanitaire, un petit panel d'experts vivant au long cours sur le territoire, prêtant serment écrit, a été constitué.

Il est également possible de diligenter une enquête de personnalité sur les personnes en cause, et, lorsque le mis en cause est mineur, le juge des enfants ou le juge d'instruction peut ordonner une mesure judiciaire d'investigation éducative (ci-après MJIE¹²⁵⁷). La MJIE est une mesure pluridisciplinaire exécutée sur une durée de quatre mois par un éducateur, un psychologue et une assistante sociale. Il s'agit de renseigner au plus près l'histoire de l'enfant et de sa famille et ses interactions avec les personnes qui participent à son quotidien.

À Mayotte, chacun de ces acteurs originaires de métropole apprend sur le terrain les données socioculturelles utiles à son office en particulier auprès des personnes originaires du territoire avec lesquelles il convient qu'il collabore nécessairement¹²⁵⁸. La participation des personnes originaires du territoire ou s'inscrivant au long cours sur le terrain est particulièrement précieuse aux fins que soit incluse, dans les processus professionnels, ces connaissances, notamment celle des relations de pouvoir que nous avons essayé de mettre en évidence.

Pour autant, les questions socioculturelles ne font pas l'objet d'un examen en tant que tel et le versement aux dossiers d'éléments de cette nature dépend de la sensibilité du professionnel. Aucun écrit judiciaire n'a vocation naturelle à retranscrire les représentations culturelles de chacun des protagonistes, replacés dans leurs situations sociales. Le magistrat peut, selon sa sensibilité, faire apparaître tel ou tel élément au cours de ses interrogatoires. Il convient de signaler à ce propos les travaux de Livia Holden notamment dans le cadre d'un programme de recherche ERC (Conseil européen de la Recherche) sur la possibilité d'avoir recours à des expertises culturelles dans les procédures judiciaires des pays du Conseil de l'Europe¹²⁵⁹.

c. Juger l'intime outre-mer : quelle (in)formation ?

Tout au long de l'histoire, les magistrats ont eux-mêmes créé les moyens d'accéder à la connaissance juridique sur les terrains lointains où ils avaient à rendre justice¹²⁶⁰. Un effort important est réalisé dans le cadre des réformes successives de la formation initiale de l'École nationale de la magistrature avec notamment des pôles « dimension internationale de la justice » et « environnement judiciaire », le premier actuellement chapeauté par un juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, André Potocki et le second par un sociologue, Benoit Bastard¹²⁶¹. Ensuite, divers modules de formation continue permettent au magistrat de se

¹²⁵⁷ Article L521-14 du Code de justice pénale des mineurs en vigueur depuis le 30 septembre 2021.

¹²⁵⁸ E. Lemercier & E. Palomares, *loc. cit.*

¹²⁵⁹ L. Holden, « L'expertise culturelle en Europe : focus sur la France », Les Cahiers de la Justice. 24 mars 2021; n° 1(1):7-17.

¹²⁶⁰ F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *op. cit.*

¹²⁶¹ « Les enseignements de ce pôle doivent favoriser la réflexion des auditeurs de justice et des magistrats sur les obligations imposées par l'exercice de leur fonction, et leur apporter des éléments de culture judiciaire. À la croisée de la philosophie et du droit, ce programme pédagogique, fruit d'une collaboration entre magistrats, avocats, enseignants et représentants de l'Inspection des services judiciaires (ISJ) et de l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ), se fonde sur l'étude des valeurs éthiques et des règles déontologiques qui fondent la confiance en

préparer à ces terrains particuliers d'exercice : « Juger outre-mer », « Le Magistrat en mission à l'étranger » ou encore « Le magistrat et l'approche interculturelle » et quelques formations thématiques telles que « familles originaires du Maghreb, d'Afrique subsaharienne et de Turquie et pratiques judiciaires »¹²⁶².

Il demeure qu'outre cette dernière formation les magistrats continuent à se documenter eux-mêmes sur les réalités de chacun des terrains, métropolitains ou ultramarins, dont ils ont à connaître et les attentes spécifiques de l'institution judiciaire en ces lieux. Cela fait partie de leur office, mais pourrait être davantage accompagné.

3. Le juge et ses partenaires en matière de violences intrafamiliales : quel risque d'erreur ?

Il nous semble que figure parmi les pièges celui de l'opposition entre universalisme et culturalisme (a) et de la contamination par le fatalisme (b). La question des moyens d'une bonne justice est centrale (c).

a. Une opposition aporétique : universalisme ou culturalisme ?

D'autochtones en contexte colonial, les habitants de Mayotte sont passés en 1946 et plus précisément à l'heure du département en 2011, à celle de citoyens en contexte postcolonial. D'indigènes dépourvus de droits politiques et soumis à un droit civil particulier, ce peuple ultramarin doit, ainsi que le prévoit le préambule de la Constitution de 1946, lequel fait partie du bloc de constitutionnalité, désormais être traité à égalité, « sans distinction de race et de religion ». Ainsi que l'objective Benoît Trépied, cette situation met les « agents de la justice étatique » dans une situation de double contrainte, que nous expérimentons au quotidien : « celle qui consiste, pour [eux], soit à ignorer délibérément les spécificités des tissus socioculturels locaux au nom de l'universalisme républicain (quitte à reproduire une forme d'aveuglement vis-à-vis des enjeux locaux qui participent de la définition des litiges traités), soit à appliquer des procédures et des traitements judiciaires différenciés au nom d'une « culture » essentialisée sous le registre discursif de « l'authenticité » qui ne prend en compte ni le changement social ni les relations de pouvoir mouvantes au fondement des rapports sociaux (quitte alors à reproduire une autre forme d'aveuglement, celle d'un discours néo-coutumier dominant, bien souvent masculiniste) »¹²⁶³. Ainsi, Christine Salomon met en évidence la violence que constitue pour certaines femmes le fait de se retrouver devant les juridictions coutumières exclusivement masculines et appliquant un droit « andocentré »¹²⁶⁴.

Une importante source d'erreur serait ainsi la volonté d'adopter un parti pris, « culturaliste » ou « universaliste », entendu comme « pro » ou « contra » la coutume. Florence Renucci, historienne du droit, cite Danièle Lochak, juriste, selon laquelle « La voie est étroite entre la tentation du relativisme consistant à dire que les droits de l'homme, conçus par et pour l'Occident, ne vaudraient pas pour d'autres traditions culturelles — et la tentation inverse

l'institution judiciaire, et qui sont présentes à chaque instant de la carrière du magistrat » ; <https://www.enm.justice.fr/Humanites-judiciaire>

¹²⁶² Voir le catalogue de la formation continue : <https://formation.enm.justice.fr/>

¹²⁶³ B. Trépied, *Justices ultramarines*. Paris: Presses universitaires de France; 2018.

¹²⁶⁴ C. Salomon, « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak », *Ethnologie française*. 2018 ; 169(1):69.

d'imposer à l'ensemble du monde un corps de principes qui ne ferait pas l'objet d'une adhésion partagée »¹²⁶⁵.

Mayotte n'est-elle pas le terrain idoine de dépassement de cette aporie alors que l'interdit des violences intrafamiliales préexiste largement à la présence française dans l'océan Indien : interdit majeur de l'inceste sanctionné des peines les plus lourdes prévues dans les systèmes judiciaires d'origine africaine (humiliation publique et bannissement), violences physiques intrafamiliales jugulées par une réciprocité respect-responsabilité, violences psychologiques compensées par des modes artistiques ou indirects d'expression des sentiments.

La judiciarisation s'impose progressivement au vu des évolutions sociales rendant inopérantes les régulations traditionnelles et alors que certaines procédures coutumières risquent de perpétuer les « silenciements » et les rapports de pouvoir. Malgré tout, il convient de se rappeler la posture des mouvements féministes et notamment de « Choisir », animé par Gisèle Halimi lorsqu'au milieu des années 1970 les viols étaient judiciarisés, criminalisés et médiatisés : « *il s'agit de dénoncer, de faire reconnaître, de lutter contre les violences quotidiennes exercées contre les femmes, et non pas d'obtenir une aggravation des sanctions dont il n'est pas prouvé, au contraire, qu'elles soient de nature à décourager toute décision* »¹²⁶⁶.

b. Fatalisme, pudeur et risque de contamination institutionnelle

Yves Moatty, ancien juge des enfants, relève que la véritable particularité de Mayotte, au-delà des particularités éducatives, tient à ce « *l'enfant apparaît comme n'ayant aucune existence juridique, totalement soumis à la volonté de ses parents. Dans le cabinet du juge, il est presque impossible de demander son avis à un mineur. Celui-ci, s'il est de culture traditionnelle, s'en remettra toujours à ses parents* »¹²⁶⁷.

Le plus questionnant au début de notre office fut la relation différente à la souffrance rendant la violence des faits que nous avons à traiter presque invraisemblable. Nombre de plaignants ne se constituaient pas partie civile spontanément sans que nous les convoquions, certains déclinaient les rendez-vous proposés par le médecin légiste indiquant souhaiter « tourner la page » et d'autres proposaient des récits de faits très peu imprégnés d'émotions ou de reviviscences. Nonchalance, pudeur ou fatalisme ? Jeu de l'unanimité ou du « haya » (idéal de pudeur) ?

Une hypothèse que nous lisons chez un auteur originaire des Comores est la suivante : « La brutalité des régimes de la plantation et de la colonisation a marqué les corps des co-insulaires d'Anjouan et de Mayotte. C'est peut-être la raison pour laquelle les insulaires d'Anjouan et de Mayotte entretiennent un rapport au corps plutôt secret qui se manifeste par une attitude de réserve. Ceci pourrait s'expliquer par leur propension « à faire profil bas » dans la plantation pour ne pas éveiller l'attention du maître, perpétuant ainsi le vieux réflexe. Si à la Grande

¹²⁶⁵ D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2009 cité par F. Renucci, « Les magistrats dans les colonies », *loc. cit.*

¹²⁶⁶ M.-O. Fargier, citée in P. Delage. *Violences conjugales : du combat féministe à la cause publique. op. cit.* Chapitre III.

¹²⁶⁷ Y. Moatty, « Une espèce endémique : le juge des enfants de Mayotte, un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », *loc. cit.*

Comore le corps est théâtral, dans ces deux îles le corps est moins mis en scène ; on rase les murs »¹²⁶⁸.

Cette proposition nous renvoie de nouveau aux écrits de Didier Fassin autour des notions d'« économie morale » et d'« intolérables ». L'anthropologue, ex-psychiatre, qui s'est penchée sur l'institution judiciaire dans la plupart de ses récents ouvrages, émet l'idée selon laquelle, quelle que soit leur relativité, les intolérables liés au contexte social s'incorporent physiquement, et de conclure que « le rapport au corps est aussi rapport au droit »¹²⁶⁹.

Que peut produire cette pudeur ou ce fatalisme lorsqu'elle fait face à des acteurs institutionnels rompus à d'autres modes expressifs, d'autres manières d'exprimer leurs émotions ? Il est une expression spécifique à Mayotte : faire « *manyenye* ». Cela signifie quelque chose réalisé dans l'à peu près et ainsi de mal fait, de non durable, de bâclé. Force est de constater que certains acteurs en lien avec l'institution judiciaire originaires de France métropolitaine s'attèlent à ce mode de fabrication, sans que toujours le manque de connaissance ou de formation ne permette de l'expliquer. Ainsi, nous nous demandons dans quelle mesure la confrontation au terrain mahorais est l'objet de transferts psychologiques auprès des acteurs, lesquels subissent des perturbations importantes provoquées par le contenu émotionnel des affaires, mélangé au fatalisme qui émane des postures adoptées par leurs acteurs¹²⁷⁰ ? Là encore, il peut être fait recours aux hypothèses de Didier Fassin qui met en exergue le malaise provoqué chez l'occidental par la confrontation à des situations difficilement tenables sur le plan moral¹²⁷¹.

c. Quels moyens pour quelles ambitions ?

Il convient de se référer à l'avis de la CNCDH sur l'accès au droit et à la justice dans les territoires d'outre-mer paru en 2017 qui recommande au ministère de la Justice de conduire une réflexion globale visant à repenser le découpage des juridictions judiciaires, leur accessibilité, leur organisation et leur mode de fonctionnement en Guyane et à Mayotte « en veillant à mieux prendre en compte les contextes locaux dans lesquelles elles s'inscrivent et à leur octroyer davantage de moyens financiers »¹²⁷².

La question des moyens est essentielle en matière de violences intrafamiliales. Les ressources humaines sont gérées en fonction de statistiques biaisées qui ne tiennent pas compte du chiffre gris considérable des atteintes au sein des familles. En outre, sur les effectifs fléchés, le *turn over* est très important et beaucoup de professionnels, de très bonne volonté, font à Mayotte leurs premières expériences et n'ont pas forcément la faculté de dupliquer ou, quand ils existent, d'utiliser les procédés fonctionnant ailleurs. Ainsi, nous constatons malheureusement que la « salle Mélanie », idoine pour l'audition de mineurs, est sous-employée depuis sa création en 2016. Enfin, l'activité à Mayotte est « accordéonique », entre des moments de calme excessif et des moments de liesse qui conduisent tous à travailler dans la précipitation. Dans les

¹²⁶⁸ A. Halidi *Comores : colonisation, insularité et imaginaire national. op. cit.*

¹²⁶⁹ D. Fassin, P. Bourdelais, J.-P. Dozon, *Les constructions de l'intolérable : études d'anthropologie et d'histoire sur les frontières de l'espace moral, op. cit.*

¹²⁷⁰ G. Devereux, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*. Paris: Flammarion; 1980.

¹²⁷¹ D. Fassin, P. Bourdelais, J.-P. Dozon, *Les constructions de l'intolérable. op. cit.* p. 44-45.

¹²⁷² CNCDH. Avis sur l'accès à la Justice et au Droit en Outre-Mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte. 2017 Disponible sur: https://www.cncdh.fr/sites/default/files/170622_avis_acces_a_la_justice_et_au_droit_outre-mer_0.pdf

juridictions d'outre-mer, comme ailleurs, le temps s'accélère¹²⁷³, ce qui est peu favorable à une prise en compte minutieuse des situations interculturelles en plus relatives à l'enfance.

En tout état de cause, ainsi que le relève Didier Fassin au travers de sa notion de « morale d'État », celui-ci n'est pas une entité bureaucratique abstraite est neutre : « *la prise en charge de ces populations procède, au sommet du pouvoir comme dans le quotidien des interactions, non seulement de l'application de règles et de procédures, mais aussi de la mobilisation de valeurs et d'affects, de jugements formulés sur des groupes ou des personnes et d'émotions ressenties devant des situations ou des actes* »¹²⁷⁴. Mais, en tant que juge « *que faire du bouillonnement des identités, de cette diversité humaine, sans avoir toujours les codes pour les comprendre ?* »¹²⁷⁵. Nos juridictions en matière de violences intrafamiliales tout particulièrement nous paraissent, étant considéré les difficultés de moyens qui sont ceux des juridictions de Mamoudzou, devoir prendre deux directions.

D'abord, ce qui est possible, à moyens constants, c'est la recherche permanente d'un bon maillage entre les partenaires, dont les effets ont été démontrés tout particulièrement outre-Atlantique où l'« *action publique se tisse quotidiennement dans les interactions avec les représentants de la justice, de la police et du secteur médico-social pour accompagner les victimes* », l'objectif étant une « construction quotidienne de l'action publique – entendue au sens plus large que celle exercée par le procureur de la République – repos[ant] sur un projet de « politique discursive », autrement dit sur « l'activité politique servant à transformer la façon dont un public voit un phénomène et ses situations »¹²⁷⁶.

Enfin, nous concluons nos propos sur le principal levier contre le risque d'erreur : un travail de décentrement, d'« inquiétude d'autrui » pour lequel la connaissance anthropologique peut être un recours¹²⁷⁷. Il s'agit de mobiliser des compétences « techniques et émotionnelles particulières »¹²⁷⁸ dont nous pensons qu'elles sont utiles à l'acte de juger et en lien direct avec les « treize compétences fondamentales du magistrat » définies par l'École nationale de la magistrature¹²⁷⁹. « Le respect de l'autre suppos[ant] celui de son droit »¹²⁸⁰, la connaissance des relations de pouvoirs et des rencontres normatives au sein de l'institution judiciaire contribue à définir une meilleure « dialogie » entre droit (coutumier) et Droit (étatique), dans un champ particulièrement sensible – la sphère intrafamiliale – ou la procédure judiciaire risque d'être perçue comme un « second viol »¹²⁸¹.

¹²⁷³ B. Bastard et al., *Justice ou précipitation : l'accélération du temps dans les tribunaux*. Rennes: Presses universitaires de Rennes; 2016.

¹²⁷⁴ D. Fassin, *Juger, réprimer, accompagner: essai sur la morale de l'État*. Paris: Éditions du Seuil; 2013. 412 p.

¹²⁷⁵ D. Salas, F. Niel, *Le courage de juger*. 2014.

¹²⁷⁶ P. Delage, *Violences conjugales: du combat féministe à la cause publique*. *op. cit.*

¹²⁷⁷ G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, *Ethnologie juridique : autour de trois exercices*, *op. cit.*

¹²⁷⁸ N. Benelli, M. Modak, « Analyser un objet invisible : le travail de care ». *Revue française de sociologie*. 21 avr 2010; Vol. 51(1):39-60.

¹²⁷⁹ Nous pensons particulièrement aux cinq compétences suivantes : s'adapter ; adopter une position d'autorité ou d'humilité adaptée aux circonstances ; savoir gérer la relation, l'écoute et l'échange ; prendre une décision, fondée en droit et en fait, inscrite dans son contexte, empreinte de bon sens et exécutable; prendre en compte l'environnement institutionnel national et international ; <https://www.enm.justice.fr/Pedagogie-ENM>

¹²⁸⁰ G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, *op. cit.*

¹²⁸¹ A. Garapon, préface in V. Le Goaziou. *Viol: que fait la justice ?*, Paris: Sciences Po les presses; 2019.

Section 2/ Les relations patrimoniales et foncières. Les terres

Bien que ne relevant pas du domaine matériel de la coutume, les liens entre problématiques foncières et coutume mahoraise sont réels comme l'est le désordre foncier né et entretenu par une évolution des règles qui percutent des pratiques coutumières installées. Trois approches permettront d'analyser ces évolutions et ce désordre foncier : pratique (§ 1), anthropologique (§ 2) et juridique (§ 3).

§ 1 – Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte : Existe-t-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ?

À l'époque contemporaine, dans un État de droit écrit, la coutume se définit comme un usage général et prolongé instauré par un groupe, sanctionné en cas d'inobservation. C'est une source de droit à condition qu'elle n'aillent pas à l'encontre de la loi. La coutume est constituée d'un élément matériel (l'usage prolongé constant et durable) et d'un élément psychologique (il s'agit d'une pratique, d'une façon d'agir à laquelle adhère un groupe défini).

Étant l'émanation du groupe, la coutume est énoncée et contrôlée par les instances mises en place par le groupe.

À Mayotte, la Constitution reconnaît à certaines personnes un statut de droit local, qui pourrait englober des pratiques coutumières.

En matière foncière, par référence aux différentes situations outre-mer (Rapport d'information n° 721 de la délégation sénatoriale à l'outre-mer), en Nouvelle-Calédonie, l'existence de terres coutumières constitue le troisième groupe de la classification des terrains institué par la loi. Les deux autres groupes étant les terrains privés soumis au droit civil et le domaine des collectivités qui est soumis aux règles propres à la gestion du domaine public. Dès 1852, en Polynésie, des principes d'enregistrement des terres et de publication rendant le déclarant propriétaire ont été instaurés, les terres non couvertes par des titres de propriété privés tombant dans le domaine des collectivités ou de l'État. Les statuts sont très différents selon les archipels, mais la conséquence de dépossession des autochtones est courante et à l'origine de diverses procédures en restitution qui reposent sur des considérants coutumiers, ou l'intégration de l'usucapion.

Par essence, les terres coutumières sont des lieux d'exercice de droits collectifs, généralement en zone rurale. Elles trouvent leur justification dans un rapport à la terre différent de celui qui émane du Code civil : la terre n'est pas un bien négociable, mais un capital social et identitaire. La plupart du temps, les terres coutumières sont inaliénables et incessibles (cf. article 18 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et la règle des « 4 i » en Nouvelle-Calédonie : les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables). Le titulaire de ces droits est le groupe et non l'individu. Idéalement, le groupe est doté de la personnalité morale. C'est ce titulaire de droit qui définit, organise et protège la répartition et l'usage individuels des terres coutumières. La loi française a, à divers endroits, prévu la conversion des droits collectifs en droit de propriété privée, ce qui est le cas à Mayotte.

Ce régime n'est pas assimilable à celui appliqué au domaine des collectivités, car elles ne sont pas des instances coutumières.

I. Propriété foncière : Analyse des éventuels effets de pratiques dites « coutumières » dans un domaine régi par deux droits écrits, le droit local (musulman) et le droit commun

Rappels historiques – À Mayotte, dans une première période qui débute en 1843, le droit de propriété des personnes paraît avoir été celui du traité de cession et des lois coloniales (régime des concessions).¹²⁸² Le traité défère les terres à l'État en vertu du principe de souveraineté, mais reconnaît l'existence de terres coutumières.

Pour les personnes relevant du droit commun, les grands principes du Code civil, dont la définition de la propriété et des moyens de ses acquisition et transmission, ont été officiellement rendus applicables sur le territoire des Comores par les décrets des 17 mai 1862 et 16 mars 1876.

En ce qui concerne les pratiques de droit local « coutumier » de détention et de transmission de la propriété, si le traité en reconnaît l'existence, nous ne trouvons pas de traces du contenu de ces pratiques ni de détermination de l'emprise de terres coutumières. Le sultan Adriansouli étant malgache, on peut penser que la culture de référence majoritaire à cette époque est malgache. C'est une référence qui fonctionne encore dans les villages de l'ouest.

Le décret du 1^{er} juin 1939, relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, précise en son article 6 que « les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman *Minhâdj al Talihir* est seul officiel et applicable dans l'archipel ».

La délibération du 3 juin 1964 de l'assemblée territoriale portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, en son article 7, confirme que « Les Qâdis, les Qâdis-l-qodat jugent d'après la doctrine musulmane chaféite telle qu'elle est exposée dans les traités de fiqh "Minhâdj at Toilibin", "Fath ul Qarib", "Kitab el Tanbin", "Fath el Moeni" et leurs commentaires. Ils peuvent aussi invoquer les coutumes locales propres à chaque île ».

La pratique cadiale inclut la « coutume » du Magna Oulé (consistant en l'obligation d'installer la fille chez elle, qui se traduit notamment par la transmission de la maison de la mère à la fille) dans laquelle priment les règles de dévolution successorales musulmanes. Cette « coutume » est donc devenue une règle de droit local.

À ce stade de nos recherches, nous n'avons pas connaissance d'un recueil de coutumes ni d'une jurisprudence cadiale fondée sur des coutumes. Les cadis, juges musulmans de la République, ne semblent pas avoir été des instances de régulation de la coutume, qui n'est pas définie au-delà du Magna Oulé, comme n'est pas définie une population autochtone revendiquant des traditions spécifiques autres que religieuses.

Les instances villageoises antérieures décrites par Sophie Blanchy dans l'ouvrage *La vie quotidienne à Mayotte*, qui ont été porteuses de traditions et d'autorité, ont disparu au profit d'une identité majoritairement définie par l'appartenance religieuse et par les institutions de la République. La disparition de ces instances a dû s'accélérer à compter de l'indépendance des Comores.

¹²⁸² Le traité de cession est de 1841 mais il n'est ratifié par la France qu'en 1843 par la signature du roi Louis Philippe. La prise effective de possession est donc de 1843.

L'histoire de la colonisation démontre une extension des concessions telle que les travailleurs « engagés » ont dû revendiquer des parcelles pour leurs cultures vivrières. Les administrateurs de la colonie les ont attribuées sous le vocable de « réserves indigènes et villageoises ». Nous ne connaissons pas d'autres terres coutumières et ces réserves n'entrent pas dans la définition de la terre coutumière ancestrale.

La classification des biens par les décrets de 1926 et 1956, et par les décrets de 1911 et 1931, ne comporte que 2 catégories : les biens des personnes publiques et les biens des personnes privées. Elle ne laisse qu'une place très mince à un foncier régi par du « *coutumier* » et seulement dans les cas expressément déterminés par la loi française (voir ci-après).

État actuel de la question – Aujourd'hui, les biens des personnes publiques sont soumis aux dispositions spécifiques du code général de la propriété des personnes publiques (articles L.5161 à L.5165-2) et aux dispositions du Code général des collectivités territoriales (articles L.1311-9, L.1311-10 et L.3213). La gestion du rapport entre le domaine public et une appropriation « coutumière » de certaines de ses portions n'entre pas dans notre champ de compétence.

La distinction fondamentale entre biens publics et biens privés n'est pas réellement intégrée, y compris par les institutions.

Le régime des décrets 1911-1931 a fait tomber les biens titrés dans le droit commun. S'il arrive que ces propriétés aient été gérées selon des règles qui pourraient être qualifiées de « coutumières », le régime de publicité foncière fait obstacle à un plein exercice du droit de propriété par les occupants lorsqu'ils ne sont pas les titulaires du titre. Cette pratique de gestion massive n'était pourtant pas générale : certains ont appliqué les règles de droit lors des mutations, totale ou partielle, de propriété.

Un tel système « coutumier » de gestion des terres privées a donné satisfaction tant que l'organisation sociale n'obligeait pas les personnes à justifier de leur qualité de propriétaires (accès au crédit, aux subventions, etc.), tant que l'absence d'inscription des mutations de propriété n'avait pas d'incidence visible sur la transmission des biens que ce soit par acte de disposition de fait ou par héritage, et que la fiscalité était réduite. Dans un contexte de culture orale, la preuve de la possession résultant de la notoriété publique semblait suffire.

Par ailleurs, en contradiction tant avec le droit commun qu'avec le droit musulman, l'habitude a été prise de ne pas toujours déclarer les décès, mais surtout, massivement, de ne pas déclarer les successions et de ne pas procéder à leur règlement, notamment à l'inscription à la CPI des mutations de propriété.

Ces pratiques *contra legem* peuvent difficilement recevoir la qualification de coutumes, car si elles sont massives, elles sont contraires à la loi et elles ne sont pas le fait d'un groupe identifié qui les revendique comme un fait culturel ancestral. Aujourd'hui, ces pratiques font obstacle à l'amélioration des intérêts individuels et collectifs en ce que l'administration fiscale se trouve réduite à taxer des morts faute de connaître les héritiers, que les occupants ne peuvent pas justifier de la pleine propriété, que les praticiens en présence de la cohabitation du droit local et du droit commun se heurtent aux difficultés d'application des règles de dévolution et d'identification des ayants droit dans une société où les descendants sont nombreux et de lits différents.

L'absence de déclaration des successions, la non-inscription à la CPI des transactions ou des mutations de propriété sont légion, il en résulte que, si la cause du changement des titulaires du droit de propriété est effective et souvent légitime (bien que des réserves liées au formalisme soient à faire), le nouveau titulaire se heurte à l'inopposabilité aux tiers.

Ces comportements reposent sur l'idée que *les autochtones n'étaient pas obligés d'immatriculer leurs propriétés*, ce qui est faux puisque, sous l'ancien régime des décrets de 1911 et 1931, la terre appartient à celui qui l'a immatriculée (titre inattaquable) ou à l'État. Les transferts de propriété n'étant pas actés en dehors de l'immatriculation ou de l'inscription des mutations à la conservation, celui qui se croit propriétaire, l'est peut-être, mais ne peut valider les transferts de propriété sur la seule base de cette « *pseudo coutume* » qui heurte la loi.

La mise en œuvre de la prescription acquisitive, qui était prohibée jusqu'au 1^{er} janvier 2008, va avoir de fait pour effet de valider ces « pratiques » qui, sans le recours aux articles 2261 à 2272 du Code civil, ne créent aucun droit, sauf entre les parties et à condition que l'acte (généralement sous seing privé) soit translatif de propriété (cf. missions confiées aux groupements d'intérêt public de titrement et à la commission d'urgence foncière de Mayotte par les lois dites « LODEOM » et « EROM »). La commission d'urgence foncière va probablement être amenée à constater certaines possessions trentenaires alors que l'entrée en possession résulte d'une succession non inscrite au Livre foncier (alors que le terrain occupé est titré). Dans ce cas, l'acte de notoriété est une solution aux cas de successions anciennes impliquant plusieurs générations.

Le droit commun vient alors au secours de pratiques prétendues « coutumières ».

L'État et le département disposent de mesures de régularisation foncière par reconnaissance de propriété antérieure. À ce jour, et selon nous, cet outil législatif est le seul cas de validation d'une occupation coutumière sous condition de critères qui ont été fixés par la loi. Théoriquement, cette procédure, initiée en 1996, est close depuis 2012, date à laquelle l'ASP (agence de services et paiement) a remis ses derniers dossiers d'enquête foncière. Une telle solution n'est pas applicable aux biens des personnes privées dont le classement est gelé par le titre définitif, inattaquable et imprescriptible.

En conclusion, le comportement des occupants dits « coutumiers » de terrains inscrits à la conservation consiste en une « pratique » plutôt qu'en une « coutume » puisque cette occupation n'est pas susceptible de produire le droit de propriété sans l'appui de la loi. Cette pratique est à titre principal l'origine du désordre foncier et elle l'alimente encore aujourd'hui.

II. La publicité foncière

L'absence de mise en œuvre adéquate et contrôlée des textes relatifs à la publicité foncière (décrets de 1911 et 1931, puis ordonnance de 2005), par les particuliers, les cadis et les administrations, a généré un désordre foncier qui prospère depuis 1931.

Personne, ou presque, ne paraît avoir compris que l'immatriculation des terres a fait tomber leur gestion dans le droit commun applicable à la propriété.

La garantie et la preuve des droits réels immobiliers (droit commun ou droit local) ont été assurées :

- Jusqu'au décret du 9 juin 1931, dans les conditions d'inscription ou de transcription des actes notariés au bureau des hypothèques. En ce qui concerne la propriété dite

« indigène », il faut se rapporter aux travaux des ethnologues et des anthropologues pour les identifier. Il ressort du travail des historiens d'en retrouver la matérialisation ;

– Après cette date, par les conditions combinées des décrets du 4 février 1911 (pris pour Madagascar) et du 9 juin 1931 (qui étend l'application aux Comores), qu'il s'agisse des biens des Européens ou des autochtones, au moyen de titres administratifs d'une force exceptionnelle : ils sont définitifs, inattaquables et imprescriptibles.

Depuis le 1^{er} janvier 2008, c'est l'ordonnance de 2005, réformant la publicité foncière et abrogeant les décrets de 1911-1931, qui régleme la matière. La preuve de la propriété résulte uniquement d'un acte authentique, et non plus de l'acte du conservateur (le titre) établi sur la base d'un acte sous seing privé (en général) ou authentique, à la suite d'une procédure de bornage décisive dans les rapports avec les tiers.

En dehors de celles reprises par les décrets 1911-1931 (voir *infra*), la commission d'urgence foncière n'a pas rencontré de règles « coutumières » de preuve et de conservation de la propriété immobilière susceptibles de primer le droit commun institué par les décrets de 1911-1931 puis par l'ordonnance de 2005.

La tradition locale antérieure à 1843, fortement impactée par les usages malgaches, ou africains et/ou musulmans, a certainement reposé sur la *disponibilité des terres* non occupées, ouvertes à l'occupation ou à la possession sous le contrôle des instances claniques ou villageoises, et non à un droit de propriété analogue à celui du Code civil.

Sous ce régime, le « *concept de propriété absolue* » n'était pas nécessaire, la possession suffisait à légitimer l'usage pérenne du bien, ainsi que la capacité du possesseur à le transmettre. La preuve de la possession relevait de la notoriété publique, des moyens de preuves locaux et puis de ceux du *Minhâdj al Talibin*, sans qu'il y ait toujours d'écrit. L'instance de conservation était sans doute le groupe villageois.

Le traité de cession de Mayotte, puis les décrets de 1911/1931, 1926/1956 et les ordonnances de 1992, 2006 et 2016 sur la propriété publique, ont rendu les *terres indisponibles* :

– soit parce qu'elles appartiennent à une personne privée (ou sont classées dans le domaine privé d'une personne publique) ;

– soit qu'à défaut de propriétaire identifié par un titre, elles soient réputées appartenir à l'État en vertu du principe de souveraineté.

L'article 5 du traité de cession dispose que « toutes les propriétés sont inviolables [qu'ainsi] les terres cultivées, soit par les Sakalaves, soit par les autres habitants de Mayotte, continuent à leur appartenir [sous réserve des impératifs de la sûreté et de la défense de l'île] ».

En conséquence, on attendrait un inventaire des terrains appartenant à ces populations premières de Mayotte, et quelques notions spécifiques de gestion et transmission. À notre connaissance, il n'existe pas de tels écrits.

Aucune origine de propriété ne remonte à cette époque dans les titres dont nous avons eu connaissance. Exception pouvant être faite de l'énumération des biens laissés à disposition du sultan Adriansouli dans les accords pris avec lui.

Seuls les décrets de 1911 et 1931 définissent le domaine dans lequel la coutume est reconnue :

– Article 2 D. 1931 : « Les actes et coutumes fixant le régime de la propriété foncière indigène, restent en vigueur et ne reçoivent aucune modification du fait du présent décret, mais les indigènes peuvent toujours placer leurs immeubles sous le nouveau régime foncier présentement institué en provoquant leur immatriculation dans les conditions du décret de 1911 ».

– Article 3 D 1931 : « cependant, le régime d’immatriculation ne peut être invoqué par les villages représentés par les « oualon akouba », ou conseils des notables, qu’aux fins de faire reconnaître les droits d’usage qui leur sont reconnus par la coutume et par l’arrêté du gouverneur général de Madagascar du 27 janvier 1915 [...] ; [que] les formes et conditions dans lesquelles les villages peuvent requérir et exercer ces droits sont réglementées par des arrêtés du gouverneur général [...] ; que ces arrêtés fixent également dans quelles conditions les droits ainsi reconnus peuvent être retirés ou convertis en droits de propriété individuelle complète et absolue, afférents à chaque membre du village ».

Nous n’avons pas trouvé trace, ni dans la tradition orale ni dans les actes de l’administration, des « *actes et coutumes fixant le régime de la propriété foncière indigène* » ni de ceux définissant l’emprise des terres coutumières. Un chercheur historien pourra peut-être élucider cette question.

Dans le champ ainsi défini par les décrets, nous n’avons rencontré que les propriétés immatriculées en tant que « *réserves villageoises ou indigènes* ». Nous avons constaté que les personnes publiques ou privées en ont manifestement perdu leur mode d’emploi, d’autant plus qu’il n’est revendiqué par personne. En théorie, ces réserves sont réputées affectées aux « autochtones », dans la pratique on remarque qu’elles sont affectées aux communes ou villages et qu’elles ont été titrées au nom de l’État ou du département.

Nous ne trouvons pas les arrêtés annoncés par le second des deux textes ci-dessus.

Bien souvent, les propriétés immatriculées en « *réserves, villageoises ou indigènes* » ne sont pas morcelées, ce qui laisse penser que le droit à conversion en pleine propriété individuelle « complète et absolue » institué par la loi n’a pas été exercé sur ces biens. En revanche sont morcelés des titres dépendant majoritairement du domaine non affecté du département, plus ou moins en conformité avec les occupations anciennes et les règles de régularisation foncière.

Reste que la population, pas seulement autochtone, est convaincue que « l’indigène » n’avait pas obligation de titrer, ce qui est vrai, mais pour tous, « indigène » ou pas, sous réserve des exceptions de l’article 3 du décret de 1931, et sous réserve de ne pas morceler une propriété titrée (cf. article 120 et s. et 128 et s. du décret 1911/1931).

Contrairement à la rumeur dominante, les autochtones majoritairement ont immatriculé des propriétés entre 1931 et 2008 selon le régime des décrets de 1911/1931, souvent collectivement (il s’agit alors d’indivisions dès l’origine plus ou moins familiales ou claniques).

Au 31 décembre 2007, le parc immobilier titré par les personnes de droit privé (physiques et morales) et de droit public est garanti par 17 466 titres couvrant environ 187 km² sur 375km² qui est la surface totale de l’île. Près de la moitié d’entre eux dysfonctionneraient faute d’avoir été actualisés au fur et à mesure des circonstances.

La conclusion est que le désordre foncier résulte plus du non-respect des règles de publicité foncière, que de l'irrégularité des modes de transmission de la propriété ou de l'application légitime d'une coutume.

Ainsi existe-t-il un nombre important d'actes sous seing privé antérieurs à 2008, translatifs de propriété, qui ont produit leurs effets entre les parties et qui sont corroborés par l'occupation, mais que le propriétaire ne peut pas opposer aux tiers ce qui l'empêche d'en disposer. Il en est de même pour les actes et jugements de cadis qui n'ont pas été inscrits à la CPI et qui ne peuvent plus l'être.

Ainsi existe-t-il un nombre important de propriétés titrées qui n'ont pas de propriétaire apte à exercer ses droits et devoirs parce que les successibles n'ont pas fait inscrire à la CPI les mutations de propriété par succession (pas d'acte de notoriété successorale, pas d'attestation de propriété immobilière).

Un nombre important de propriétés restent inscrites au nom d'une (ou plusieurs) personne(s) défunte(s) depuis plus de trente ans. De multiples personnes usent de ces biens en dehors de tout cadre légal ou légalisable.

III. Articulation des règles de la propriété et de la publicité foncière : l'illusion de la croyance en la coutume

Comme déjà exposé, le désordre foncier résulte davantage du non-respect des règles de publicité foncière que de l'irrégularité des modes de transmission de la propriété : la preuve *erga omnes* de la propriété par une personne qui n'a pas fait inscrire le morcellement, alors que le bien est titré, est impossible (sauf régularisation). Aucune coutume n'a de force suffisante pour primer la preuve par titre.

Seule l'application du droit de la prescription acquisitive est susceptible de valider la possession dès lors que le titre a cessé d'être imprescriptible, et que le décompte du délai sera aménagé. Un projet de loi est en débat devant les Assemblées afin de permettre le recours à la prescription trentenaire avant le 31 décembre 2037, en autorisant la prise en compte de la période antérieure à la réforme de 2005¹²⁸³.

En ce qui concerne les successions anciennes, la question porte moins sur la preuve de la propriété que sur la réunion de l'ensemble des ayants droit et l'établissement de leur qualité héréditaire.

Les problématiques se croisent lorsque des personnes présumées héritières sont installées sans titre depuis des générations sur le bien titré du défunt et que le lien de parenté est éloigné. Dans ce cas, et conformément à une jurisprudence qui semble acquise, il est envisageable de constater que des héritiers lointains ont prescrit, ce qui d'une certaine manière équivaldra à valider une sorte « d'occupation coutumière ».

Il sera précisé qu'en application des lois dites « LODEOM » et « EROM », l'acte de notoriété n'a pas pour finalité de constater l'acquisition de la propriété, mais de constater l'écoulement du délai de prescription. Il ne fera preuve irréfragable des conditions de la prescription

¹²⁸³ Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (article 77).

acquisitive qu'au bout de 5 ans à compter de la dernière des mesures de publicités prévues par la loi.

C'est dire que la voie ainsi ouverte de reconnaissance « coutumière » de la propriété foncière est plus qu'étroite.

Reste bien entendu le recours au juge judiciaire.

La persistance de la croyance dans la force d'une coutume propre à acquérir la propriété continue à alimenter le désordre foncier malgré l'impasse dans laquelle se trouvent les potentiels acquéreurs, qu'il n'est plus possible de considérer comme de bonne foi, car le recours au notaire est depuis le 01/01/2008 obligatoire et notoire.

En conclusion, l'étude des causes du désordre foncier à Mayotte oblige à constater que la référence locale à la coutume est une illusion préjudiciable à ceux qui s'en prévalent, car elle n'a pas réellement de place dans un univers régi par deux droits écrits et, jusqu'au 31 décembre 2007, par une loi de publicité foncière extrêmement puissante qui excluait les effets de la possession.

§ 2 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche anthropologique

Anthropologues et juristes assimilent souvent la coutume à un ensemble de normes et de pratiques évoluant dans le temps suite à des emprunts à d'autres sources normatives¹²⁸⁴. À Mayotte, praticiens du droit et chercheurs définissent également la coutume comme une hybridation entre d'une part, des pratiques bantoues (Makoua, Montchoua, M'Chambara, etc.) et malgaches (Sakalaves, Antankares, Betsimitsaraka, Hovas, etc.) et d'autre part, des règles du droit musulman de rite chaféite appliquées aux Comores, compilées avec leurs commentaires au sein du recueil du *Minhâdj Al-Talbin*, du *Fath ul Qarib*, *Kitab el Tanbin* et du *Fath el Moeni*.

Mais à ces différentes sources de la coutume mahoraise s'ajoute également l'influence du droit français qui a lui aussi façonné les pratiques coutumières, notamment en matière de gestion des terres ; et qui par extension, *nolens volens*, a participé au désordre foncier actuellement observé dans l'archipel.

L'application généralisée en 2008 de la publicité foncière de droit commun et l'abandon du livre foncier n'ont hélas pas résolu ce désordre foncier. Aujourd'hui encore, nombreux sont les Mahorais qui occupent leurs biens immobiliers sans titre de propriété en règle, ceux-là ayant *pris coutume*, pendant plusieurs décennies, de ne pas enregistrer auprès des administrations compétentes leurs actes translatifs de propriété, la preuve de la possession qui résulte de la notoriété publique suffisant. Jusqu'à 2008, de nombreux actes ont été établis sous seing privé et contractés de gré à gré, parfois en présence d'un *cadi*¹²⁸⁵ auquel revenait la charge d'inscrire les mutations de droits réels au service de la conservation de la propriété immobilière – ce qui ne fut pas toujours effectué, et contribue en partie à l'imbroglio foncier observé à Mayotte. Certains praticiens soutiennent ainsi l'idée selon laquelle « le désordre foncier résulte plus du

¹²⁸⁴ L. Assier-Andrieu, « Penser le temps culturel du droit. Le destin anthropologique du concept de coutume », *L'Homme* n°160, 2001, p. 67-90.

¹²⁸⁵ Homme de lettres, théologiens et juges du droit musulman.

non-respect des règles de publicité foncière, que de l'irrégularité des modes de transmission ou de l'application légitime d'une coutume »¹²⁸⁶.

Depuis le 1^{er} janvier 2008, le recours obligatoire au notaire pour tout acte translatif de droits de propriété a mis un terme à la possibilité de conclure des transactions sous seing privé. Néanmoins, on observe toujours la permanence de pratiques coutumières extra-légales en matière d'occupation et de transmission des biens immobiliers.

Pour rendre compte du rôle actuel de la coutume en matière foncière, il est d'abord nécessaire de présenter la place que le droit français lui a accordée depuis le traité de cession de Mayotte à la France (I). Une telle rétrospective permet ensuite de mieux comprendre la permanence de pratiques coutumières extra-légales, en particulier du *Magna Houlé*, ainsi que le consensualisme qui caractérise les pratiques informelles en matière foncière (II).

I. Le droit foncier et la coutume avant 2008

Depuis la cession de Mayotte à la France en 1841 jusqu'à 2008, la gouvernance foncière¹²⁸⁷ s'est caractérisée par la coexistence de trois régimes de propriété : la propriété publique de l'État (ou propriété domaniale) couvrant l'ensemble du territoire mahorais non revendiqué comme propriété particulière par ses habitants, la propriété privée telle qu'elle est définie dans le Code civil, et la propriété coutumière, collective ou individuelle, peu codifiée et dont seuls les autochtones mahorais pouvaient se prévaloir.

La période de 1841 à la fin des années 1920 se caractérise par une reconnaissance progressive de droits coutumiers de propriété exclusifs aux Mahorais (A). L'entrée en vigueur du décret de 1931 instaurant le système d'immatriculation des biens sur un livre foncier centralisé marqua ensuite durablement une dualité entre un régime de droit commun et un régime local extra-légal aux contours flous faisant le lit du désordre foncier contemporain (B).

A. Domanialité, concessions et « propriétés particulières » (1841-1931)

Les dispositions du traité de cession de Mayotte à la France

Dès sa signature en 1841, le traité de cession de Mayotte à la France a attribué les terres à l'État en vertu du principe de souveraineté, mais reconnaissait l'existence de terres coutumières. Son article 5 dispose en effet que « *toutes les propriétés sont inviolables [et qu'ainsi] les terres cultivées, soit par les Sakalaves, soit par les autres habitants de Mayotte, continuent à leur appartenir* ». Si le traité reconnaissait implicitement l'existence de propriétés appartenant aux Sakalaves et aux autres habitants de Mayotte, leurs modalités d'appropriation et de transmissions n'étaient par contre ni codifiées ni qualifiées pour déterminer leur emprise. Pour les autres habitants relevant du droit commun, les grands principes du Code civil ont été officiellement rendus applicables sur le territoire des Comores par les décrets des 17 mai 1862 et 16 mars 1876.

¹²⁸⁶ Voir *supra* B. Monteil et S. de Bretagne, *Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte : existe-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ?*

¹²⁸⁷ Nous entendons par gouvernance foncière l'« ensemble des règles, procédures et des structures qui définissent et organisent l'accès au sol, son usage et son transfert, ainsi que le règlement des conflits fonciers ». P. Lavigne-Delville & A. Durand-Lasserre, *Gouvernance foncière et sécurisation des droits dans les pays du Sud : livre blanc des acteurs français de la Coopération : synthèse*. Comité technique Foncier et Développement, 2009.

En ce qui concerne le régime foncier d'appropriation sous forme de concessions des terres domaniales, celui-ci est, en de nombreux points, similaire à celui observé ailleurs dans l'espace colonial. Ce régime des concessions s'appliquait pour les « *terres non reconnues propriétés particulières [appartenant] de droit au gouvernement français qui seul [pouvait] en disposer* » (art. 6 du traité).

Dès les années 1860, les autorités françaises ont octroyé des concessions en ayant principalement recours à deux procédures. Aux premières heures de la colonisation, les concessions ont d'abord été accordées depuis les ministères à des investisseurs, généralement métropolitains, afin d'inciter de nouveaux colons à s'installer à Mayotte pour développer une économie de plantation¹²⁸⁸. Ensuite, dès les années 1860, les autorités locales ont délivré des titres de propriété sous forme de « concessions à titre définitif » aux Mahorais qui formulaient une demande de reconnaissance de leurs droits coutumiers d'occupation. Ce type de requête traduit ainsi une volonté des autochtones de sécuriser leurs droits face à une appropriation foncière rapide d'investisseurs métropolitains qui s'étendait sur des surfaces conséquentes de terres cultivables (souvent, plusieurs centaines d'hectares).

Les archives du Bureau des hypothèques révèlent en effet que, dès les années 1860, plusieurs dizaines de Mahorais ont sécurisé d'importantes superficies à la suite de requêtes adressées à l'administration coloniale. Cette dernière accordait alors, par arrêtés, des concessions nominatives, le plus souvent, à titre individuel. Par la suite, les titulaires de titres cédaient souvent une partie de leurs droits en indivision à des membres de leurs familles ou du village¹²⁸⁹.

Dans les années 1920, le législateur initia deux innovations en faveur de la reconnaissance de droits de propriété particuliers aux Mahorais. La première fut le décret de 1926 qui autorisa la création de « réserves indigènes et villageoises ». Les autorités reconnaissaient ainsi la prévalence d'une forme de « propriété collective » des autochtones sur les terres domaniales, notamment lorsque celles-ci étaient mises en valeur selon le principe de vivification¹²⁹⁰. Ces réserves furent peu nombreuses et de surfaces très réduites. En dehors de celles-ci, le décret de 1926 déclarait que « l'État est présumé propriétaire de tous les terrains non bâtis ni enclos qui ne sont pas possédés par des tiers en vertu de titres fonciers d'immatriculation ou de titres réguliers de concession ». Ce décret instaura également la Zone des 50 Pas du Roi (devenue Zone des 50 pas géométriques) comme propriété inaliénable de l'État – toujours effective à l'heure où nous écrivons.

¹²⁸⁸ J. Martin, « L'affranchissement des esclaves de Mayotte, décembre 1846-juillet 1847 », *Cahiers d'études Africaines*, 1976, p. 207-233.

¹²⁸⁹ Dépôt des chartes coloniales, Service de l'enregistrement et des Domaines (1864-1897), Archives nationales des outre-mer, cartons 8DPPC 890 à 893.

¹²⁹⁰ Décret 1926 — Art. 31. (Abr. et ainsi rempl. D. 28 févr. 1956, art. 4, cf. ndpb n°5) – Lorsque, en dehors des terres de réserves villageoises ci-après organisées, les détenteurs de droits réels coutumiers fixés dans la région par eux ou leurs auteurs depuis dix ans auront mis individuellement en valeur, d'une façon durable et sérieuse, des terrains sur lesquels ils ne seraient cependant fondés à se prévaloir d'aucun droit de propriété, l'administration pourra leur accorder gratuitement, pour les superficies ainsi vivifiées, des titres définitifs de propriété sous les mêmes réserves que celles faisant l'objet de l'article 52 du présent décret. Ces terrains pourront être soumis au remembrement prévu et réglementé par les articles 54 à 59 inclus du présent décret. Ils seront régis par le statut foncier coutumier. Cependant, ils pourront être placés sous le régime de l'immatriculation sur demande des propriétaires et dans les conditions ordinaires des règlements sur l'immatriculation. La constatation de mise en valeur prévue tant par l'article 51 que par le présent sera faite administrativement.

La seconde nouveauté consista en la promulgation de l'arrêté du 12 août 1927 autorisant les Mahorais à acquérir un titre de propriété individuel au sein des réserves villageoises.

B. Le succès relatif de l'instauration du livre foncier (1931-2008)

L'instauration équivoque du livre foncier

Le décret du 9 juin 1931 relatif à l'immatriculation foncière marqua un véritable tournant pour le droit foncier mahorais. Il instaura un système d'immatriculation de la propriété immobilière, centralisé sur un registre, le livre foncier, semblable à celui appliqué à Madagascar en 1911, et largement inspiré du système *Torrens* en vigueur dans la majorité des anciennes colonies britanniques et françaises¹²⁹¹. Ce régime d'immatriculation des biens immobiliers consistait en l'attribution au demandeur, de titres de propriété « définitifs, inattaquables et imprescriptibles » préalablement soumise à une procédure d'information et de bornage destinée à rendre publics les droits réels. Dans le cadre de l'instauration de ce nouveau régime, les titulaires de titres de propriété inscrits au Bureau des hypothèques avant 1931 disposaient de dix années pour les retranscrire sur le nouveau registre du livre foncier.

Nous ne disposons pas à ce jour d'éléments permettant de savoir si la retranscription a majoritairement été suivie d'effets par l'ensemble des Mahorais. Dans la mesure où certains d'entre eux avaient déjà fait reconnaître leurs droits de propriété au Bureau des hypothèques depuis les années 1860, on peut estimer que cette retranscription apparaissait facultative, d'autant plus si l'on se fie aux articles 2 et 3 du décret de 1931. La lecture de ceux-ci laisse effectivement penser que les Mahorais n'avaient pas obligation de retranscrire leurs droits sur le livre foncier, ceux-ci restant toujours acquis :

Article 2. Les actes et coutumes fixant le régime de la propriété foncière, dans cet archipel, restent en vigueur et ne reçoivent aucune modification du fait du présent décret, mais les Comoriens peuvent toujours placer leurs immeubles sous le nouveau régime foncier présentement institué en provoquant leur immatriculation dans les conditions prévues au décret du 4 février 1911.

Article 3. Ce régime est facultatif.

Exceptionnellement, il est obligatoire :

- Dans le cas de l'aliénation ou de concession de terrains domaniaux ;
- Dispositions caduques ;
- Dans les centres urbains, lorsqu'il en aura été ainsi décidé par arrêté. [...]

Une interprétation de l'article 2 est de considérer que même si une parcelle est immatriculée par un Mahorais, celle-ci puisse être gérée selon des règles et pratiques coutumières – le traité de cession de Mayotte prévalant ainsi toujours sur les décrets. En l'espèce, l'article 17 des décrets de 1911 et de 1931 instaurant le régime de l'immatriculation conforte ces droits coutumiers particuliers aux « Comoriens » :

¹²⁹¹ Inspiré de l'administration foncière des pays hanséatiques, le système d'immatriculation foncière des terres sans maître par une inscription sur un livre foncier, plus couramment appelé *système Torrens*, fut conçu en Australie au XIX^{ème} siècle puis largement appliqué dans l'ensemble des colonies des anciens empires français et britannique. Voir G. Chouquer, *Le foncier : entre propriété et expertise*, Presses des Mines, 2019.

Article 17. Les dispositions du Code civil et des lois annexes sont, en principe, applicables, d'une manière générale, aux immeubles immatriculés et aux droits réels qui s'y rapportent. Toutefois, cette règle souffre diverses exceptions énoncées au présent décret ; en outre, lorsqu'il s'agit d'immeubles et de droits réels en la possession de Comoriens, les règles du droit musulman, relatives à l'état des personnes, au mariage, aux donations et à la dévolution des successions, doivent être observées.

Plus tard, l'article 16 du décret de 1939 consacra d'ailleurs la reconnaissance d'un régime foncier particulier à Mayotte – de droit local, musulman et coutumier. Ce décret a investi les cadis¹²⁹² de pouvoirs notariaux en matière de libéralités, mais également pour la rédaction d'actes translatifs de propriété. C'est également à partir de cette époque que le recueil de droit musulman *Minhâdj El Talibin* fut progressivement institué comme une référence de droit local pour guider les décisions des cadis et des magistrats en poste dans l'archipel¹²⁹³.

L'article 4 du décret du 3 mars 1956 s'inscrit dans la continuité de cette reconnaissance de droits d'accès à la propriété privée des Mahorais selon des règles locales¹²⁹⁴. Par ce décret, ces derniers disposaient dès lors de la possibilité de revendiquer leurs droits de propriété sur les terres domaniales en justifiant d'une mise en valeur et d'une occupation « paisible et de bonne foi » depuis plus de dix années afin d'obtenir un titre définitif de l'administration, inscrit sur le registre du livre foncier.

Les conséquences pratiques de l'application du décret de 1931

L'application des décrets de 1911 et de 1931 contribua indubitablement à l'actuel désordre foncier dans la mesure où il instaura un régime à deux vitesses : d'un côté celui du régime de l'immatriculation coexistant avec le droit commun et, de l'autre, un système hybride au sein duquel les terres immatriculées ou déjà inscrites au Bureau des hypothèques peuvent *a priori* être gérées selon des pratiques coutumières et des règles de droit musulman local. Les Mahorais semblent avoir majoritairement préféré ce dernier système en perpétuant une dévolution consensualiste et extra-légale des biens sur lesquels ils avaient fait reconnaître leurs droits de propriété dans un premier temps au Bureau des hypothèques, puis sur le livre foncier.

On observe par ailleurs dès les années 1930 une tendance durable de rachat de titres de concessions agricoles par des Mahorais, selon les règles du système *Torrens*. Ainsi, « contre la rumeur dominante, les autochtones majoritairement, ont acquis et immatriculé des propriétés entre 1931 et 2008 selon le régime des décrets de 1911/1931, souvent collectivement (il

¹²⁹² Hommes de lettres, théologiens et juges du droit musulman.

¹²⁹³ Voir P. Guy, *Essai de traduction juxtalinéaire du traité de jurisprudence chaféite de l'imam an-Nawawî, Minhâdj at-Talibîn*, 1952 ; P. Guy, *Cours de droit musulman*, 1961.

¹²⁹⁴ Décret du 3 mars 1956, Art. 4. « Lorsque, en dehors des terres de réserves ci-après organisées les détenteurs de droits réels coutumiers fixés dans la région par eux ou leurs auteurs depuis dix ans auront mis individuellement en valeur, d'une façon durable et sérieuse, des terrains sur lesquels ils ne seraient cependant fondés à se prévaloir d'aucun droit de propriété, l'administration pourra leur accorder gratuitement, pour les superficies ainsi vivifiées, des titres définitifs de propriété sous les mêmes réserves que celles faisant l'objet de l'article 52 du présent décret. » « Ces terrains pourront être soumis au remembrement prévu et réglementé par les articles 54 et 59 du présent décret. Ils seront régis par le statut foncier coutumier. Cependant, ils pourront être placés sous le régime de l'immatriculation sur demande des propriétaires et dans les conditions ordinaires des règlements sur l'immatriculation à Madagascar. La constatation de mise en valeur prévue tant par l'article 51 que par le présent sera faite administrativement ».

s'agissait alors d'indivisions dès l'origine plus ou moins familiales ou claniques) »¹²⁹⁵, à l'instar des premières concessions à titre définitif octroyées de 1870 à 1900 déjà évoquées. Néanmoins, suite aux décès des titulaires mahorais, la majeure partie de ces titres n'a pas été transmise aux descendants selon les dispositions du régime de l'immatriculation, mais davantage sous le régime coutumier de droit local.

II. Le désordre foncier contemporain : l'indisponibilité des terres et le problème des indivisions

Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 réformant la publicité foncière et abrogeant les décrets de 1911-1931 régit la propriété foncière. Au 31 décembre 2007, le parc immobilier titré par les personnes de droit privé (physiques et morales) et de droit public était garanti par 17 466 titres couvrant environ 187 km² sur les 375 km² que recouvre la surface totale de l'île. Près de la moitié d'entre eux n'étaient pas à jour¹²⁹⁶.

Depuis 2008, trois procédures de régularisation existent pour actualiser ces droits : celle pour les surfaces non titrées du domaine public, celles des propriétés privées anciennement immatriculées et celles concernant les biens situés dans la Zone des Pas Géométriques (A). Cette configuration complexe a participé à rendre les procédures de régularisation opaques et peut, en partie, expliquer la permanence de pratiques coutumières extra-légales de transmission du foncier (B).

A. Les trois statuts de biens immeubles à Mayotte

Le 1^{er} janvier 2008 marqua définitivement l'entrée de Mayotte dans le droit commun par l'abrogation du système d'immatriculation sur le livre foncier et par la généralisation du système de la publicité foncière. Depuis cette date, tout acte translatif de droits réels de propriété sur des biens immobiliers s'effectue obligatoirement devant un notaire inscrit à l'ordre. La loi du 7 décembre 2010 entérina définitivement cette assimilation au droit métropolitain en ôtant aux cadis leurs fonctions notariales ainsi que celles d'officiers d'état civil. C'est également à cette date que le statut des biens immobiliers mahorais se figea en trois principales catégories :

- 1/ ceux non titrés, auparavant considéré comme foncier domanial et désormais gérés par le conseil départemental en charge de les régulariser, représentant environ 60% du territoire mahorais (20 000 parcelles, 16 000 ha)¹²⁹⁷ ;
- 2/ les biens titrés privés et publics régis selon les modalités de publicité foncière de droit commun ;
- 3/ les propriétés situées dans Zone des 50 Pas Géométriques représentant 4% du territoire, mais dont une des particularités locales est de concentrer une forte densité de populations villageoises. Pour ces zones, le service de la publicité foncière, intégré au service de la DGFIP, est en charge de régulariser les occupations des administrés revendiquant des droits de propriété.

Les surfaces non titrées et la politique de régularisation foncière des terres domaniales

¹²⁹⁵ Voir *supra* B. Monteil et S. de Bretagne, Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte : existe-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ?

¹²⁹⁶ Données transmises par la Commission d'urgence foncière, 2021.

¹²⁹⁷ Voir CGAAER, Mise en œuvre de l'aménagement foncier à Mayotte, Rapport n° 12129, 2012.

Une politique de régularisation foncière des terres domaniales occupées par des Mahorais fut initiée suite à la délibération du conseil général du 3 septembre 1996. Ce dispositif fut confié au centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (CNASEA), placé sous l'égide de la direction des Finances publiques. Le CNASEA a agi en tant qu'opérateur foncier chargé de procéder à l'immatriculation des terres non enregistrées de l'ancien domaine de l'État (y compris la ZPG) par leur inscription sur le livre foncier. Tout requérant obtenait alors une exonération de frais d'enregistrement. Sur la période 1996-2006, 5 000 demandes d'immatriculation de parcelles (soit 15% de la surface de l'île, égale à 5 573 hectares) furent examinées et validées par la Commission. Environ 97% des surfaces titrées concernaient des parcelles situées hors ZPG.

L'ordonnance du 28 juillet 2005 marqua une étape décisive par le transfert des compétences d'attribution de nouveaux titres de propriété sur les terres domaniales (ZPG exclues) au conseil général¹²⁹⁸ alors en charge de la régularisation des occupations dites coutumières. Par la même occasion, l'ordonnance autorisa la Commission d'aménagement foncier¹²⁹⁹ à délivrer sans frais jusqu'à 2009 des titres de propriété aux ayants droit justifiant d'une part, d'une occupation « paisible et de bonne foi », et d'autre part, d'un « juste titre » ; autrement dit, d'un contrat de transfert de droits réels de propriété dont la forme la plus répandue à Mayotte est l'acte sous seing privé translatif de propriété.

En 2006, la procédure du levé topographique des occupations, de l'instruction des dossiers jusqu'au passage en Commission du patrimoine foncier fut transférée, tant bien que mal, au conseil départemental. Le rapport des sénateurs sur la situation foncière dans les outre-mer de 2015 souligne en effet les aléas du tuilage des dossiers depuis les services de la direction financière vers ceux du conseil départemental, celui-ci n'ayant finalement pas été en mesure de « concrètement exercer cette nouvelle compétence de 2006 à 2009 [...] des retards dans le traitement des dossiers se sont accumulés »¹³⁰⁰.

Le retard accumulé par le traitement des demandes d'immatriculation a produit des effets malheureux pour certains administrés en procédure de régularisation : à partir de 2014, année du passage à la fiscalité de droit commun, des demandeurs ayant entrepris une procédure de régularisation avant 2006 et toujours en cours, se virent contraints d'assumer des frais d'enregistrement alors que d'autres, parfois voisins, pour lesquels les dossiers étaient moins complexes, furent exemptés de ces taxes.

À ce jour, cet outil législatif est le seul cas de validation d'une occupation coutumière sous condition de critères qui ont été fixés par la loi. Théoriquement, cette procédure initiée en 1996 est close depuis 2012, date à laquelle l'ASP (agence de services et paiement) a remis ses derniers dossiers d'enquête foncière. Une telle solution n'est pas applicable aux biens des personnes privées dont le classement est gelé par le titre définitif, inattaquable et imprescriptible.

¹²⁹⁸ Cette mission était auparavant assurée par le Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (CNASEA), agissant comme opérateur foncier de la collectivité pour la régularisation sur les terrains domaniaux et la ZPG.

¹²⁹⁹ Devenue Commission de la propriété foncière (CPF), travaillant depuis 2011 sous l'égide du conseil départemental.

¹³⁰⁰ Sénat, *Une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières : 30 propositions au service du développement des territoires*. Rapport d'information de T. Mohamed Soilihi, rapporteur coordonnateur, M. Darnaud et R. Laufoaulau, fait au nom de la délégation sénatoriale aux outre-mer, n° 721 (2015-2016), 2016.

La Zone des 50 Pas Géométriques

La Zone des 50 Pas géométriques relative à la surface couvrant la distance de 80,2 mètres à partir du littoral jusqu'à l'intérieur des terres dispose d'une procédure unique pour la délivrance de titres de propriété. Pour régulariser une parcelle sur cette zone considérée comme propriété publique de l'État, les demandeurs doivent s'adresser à *France Domaine*, entité en lien avec la direction régionale des Finances publiques. À la différence des surfaces non titrées, la procédure est onéreuse et longue : « Avant la cession, le terrain doit faire l'objet d'un déclassement et d'une procédure de réquisition d'immatriculation et de bornage, permettant ensuite d'enregistrer et de publier les actes à la conservation de la propriété immobilière de Mamoudzou, ce qui allonge la durée de la régularisation d'au moins quatre mois. [...] Cette opération, d'après la DRFIP de Mayotte, peut prendre plusieurs mois voire quelquefois plusieurs années, selon qu'il est demandé à un géomètre privé ou au service topographique du conseil général. »¹³⁰¹

Outre le coût et la longueur de la procédure, les demandeurs de titre n'ont aucune certitude du succès de leur démarche dans la mesure où les parcelles qui font l'objet de leur demande peuvent être situées en zone d'exposition à des risques naturels, de submersion marine, de débordement des cours d'eau, de glissements de terrain, *etc.* – risques particulièrement présents à Mayotte.

Enfin, en plus de cette incertitude, il arrive que les parcelles situées dans la ZPG chevauchent également des propriétés, titrées ou non. Pour ce type de configuration, une double procédure doit alors être menée par l'ayant droit pour régulariser sa situation – soit auprès du conseil départemental, soit auprès du propriétaire du titre du terrain à acquérir, s'il est identifiable.

Les surfaces titrées

Majoritaires, les parcelles dont un titre de propriété a été délivré sous l'empire du régime du « décret 1911 » – c'est-à-dire, jusqu'en 2008 - génèrent également des situations complexes à résoudre, notamment lorsque les démarches successorales n'ont pas été entreprises par les descendants : après le décès du propriétaire d'un titre de propriété, les ayants droit peuvent en effet être particulièrement difficiles à identifier. À cette difficulté d'identifier puis de localiser des descendants s'ajoutent celle de la mise à jour imparfaite de l'état civil par la commission de révision de l'état civil ainsi que, parfois, l'existence d'enfants naturels, non reconnus dans le droit musulman local. L'incendie des archives départementales de 1993 où étaient stockés 3000 titres de propriété aurait également complexifié la mise à jour du livre foncier.

Sur le territoire, le cas des indivisions non soldées sur plusieurs générations est régulièrement présenté comme un défi majeur par les praticiens. Il est en effet courant que certains titres acquis en commun dans les années 1960 à 1980 (avec parfois des compensations en nature telles qu'avec des têtes de bétail), notamment d'anciennes concessions agricoles coloniales, dénombrent désormais des dizaines, des centaines voire des milliers d'ayants droit, comme observé dans la commune de Chiconi. On observe également la présence de biens publics (voiries, écoles, infrastructures de viabilisation, *etc.*) sur des propriétés privées en indivision.

¹³⁰¹ Cour des comptes, *La départementalisation de Mayotte : une réforme mal préparée, des actions prioritaires à conduire*. La Documentation française, 2016.

Le corps notarial, l'établissement public foncier de Mayotte et la commission d'urgence foncière sont alors aux premières lignes pour trouver les solutions à ces configurations.

B. Continuité de l'occupation coutumière et des pratiques traditionnelles de dévolution

Le désordre foncier actuel conduit au constat d'une régularisation foncière inaboutie. Depuis l'instauration du livre foncier en 1931, le caractère *a priori* facultatif de l'immatriculation ainsi que la complexité, les délais, les coûts de la régularisation et de la taxe foncière dont le propriétaire est redevable à l'issue de la procédure, l'absence de politiques publiques contraignantes axées sur l'actualisation des donations et successions furent certainement autant d'arguments qui participèrent à conforter les Mahorais à préférer l'autonomie dans la gestion et la dévolution de leurs terres. Face à des procédures souvent perçues comme kafkaïennes pour les ayants droit, il appert ainsi que la population a continué à exploiter ses terres de façon consensualiste.

Distinction entre terres cultivables et surfaces habitables : la coutume du Magna Houlé

À Mayotte, deux types d'occupation coutumière des terres peuvent être différenciés : l'occupation de terres cultivables, le plus souvent, en zone rurale, et l'occupation des terres habitables, en zone villageoise et urbaine, dont la valeur n'a cessé d'augmenter depuis les années 2000, au point de parfois égaler celles de grandes villes de l'Hexagone.¹³⁰²

Pour le premier type d'occupation, le principe de vivification¹³⁰³ faisait foi de la possession jusqu'au 1^{er} janvier 2008. Les cadis s'appuyaient sur ce principe lors de médiations entre les parties en cas de désaccords sur les modalités de dévolution des terres, y compris sur des biens déjà titrés et non mis à jour sur le registre du livre foncier. Tout accord était ensuite officialisé par un acte translatif de propriété dont une copie manuscrite était consignée sur un registre localisé au sein des études cadiales. Le cadi avait alors pour obligation de transmettre cet acte pour qu'il soit inscrit au registre du livre foncier.

Les terres à vocation résidentielle présentent quant à elles des traits particuliers. Elles se distinguent des terres cultivables, notamment dans leur mode de redistribution intrafamiliale et se caractérisent par une dévolution matrilocale qui privilégie la préservation de la cellule familiale mère-enfant¹³⁰⁴. Ce type de transmission de biens immobiliers est qualifié par le droit musulman local le *Magna Houlé* (ou *Manyiâ Huli*, ce qui est propre à la mère). Très souple par son adaptation à différentes configurations familiales, à Mayotte – à la différence des autres îles comoriennes – le *Magna Houlé* consiste traditionnellement en la mise à disposition d'une résidence aux femmes récemment mariées et à leur progéniture selon un mode de parenté uxori-matrifocal. Les biens transmis sont souvent acquis par donation, généralement de la mère, mais aussi parfois du père, ou d'un oncle maternel lorsque la mère ne dispose pas de terrain à mettre à disposition de sa fille ou si elle n'est pas originaire de Mayotte. Les belles-filles peuvent aussi bénéficier de cette coutume lorsqu'elles ne sont pas natives de Mayotte. En d'autres mots, il

¹³⁰² Le montant d'un loyer était de 610 € par mois en moyenne pour un logement en dur disposant du confort sanitaire de base. Voir INSEE, *Profil des ménages selon le statut d'occupation*, Dossier Mayotte n°1, 2017.

¹³⁰³ Le principe de vivification des terres (*ihyâ*) se retrouve dans le droit musulman et dans d'autres traditions juridiques. Selon ce principe, « quiconque vivifie une terre en la cultivant, en la restaurant ou en la rendant utile d'une autre manière, en acquiert la propriété ». Voir Y. Ben Hounet, B. Casciarri, B. Dupret, F. Ireton et A. Wilson, « Pratiques de l'appropriation foncière en contexte musulman », *Transcontinentales* n°10-11, 2011, p. 1-11.

¹³⁰⁴ S. Blanchy, « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte : Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques ». *Ethnologie française*, n°1, 2018, p. 47-56.

s'agit de biens immobiliers transmis de mère en fille généralement sur une parcelle contiguë ou proche de celle de la mère. Le mari et père des enfants a alors pour coutume d'emménager dans ce nouveau logement dès le mariage – l'investissement dans l'ameublement intérieur étant alors à sa charge.

Les praticiens du droit avec lesquels le sujet du *Magna Houlé* a été abordé tendent à souligner sa disparition. Cette pratique coutumière dont les fondements sont encore régulièrement observés à Mayotte semble plus précisément se transfigurer face aux rapides changements structurels du marché immobilier caractérisés par une diminution drastique des surfaces résidentielles disponibles et une inflation des prix. L'urbanisation rapide et peu contrôlée par les autorités locales, la densification démographique et, en conséquence, la forte augmentation des prix de l'immobilier incite effectivement les Mahorais à élaborer de nouvelles stratégies pour perpétuer cette tradition et ainsi sécuriser l'accès à un logement à destination des jeunes femmes mariées, surtout lorsqu'aucun foncier n'est disponible à proximité immédiate de l'habitation de la mère.

Trois configurations types observées dans différents villages de l'île permettent de rendre compte de l'évolution de la pratique du *Magna Houlé*, et témoignent à la fois de sa permanence et de son adaptabilité à un contexte de raréfaction des terres constructibles.

1. Observé sur la commune de Chirongui, ce *Magna Houlé* est la forme la plus fidèle à la coutume telle que décrite par les différentes études ethnographiques de références¹³⁰⁵. Sur une rue de 200 mètres, habitent la mère et la grand-mère d'égo – benjamine de la fratrie – ainsi que ses cousines, ses tantes et ses grandes tantes, et enfin deux de ses sœurs dont les maisons furent construites au cours de cette dernière décennie. Une dernière maison est actuellement en construction, contiguë à celle de ses deux sœurs, sur une parcelle au bout de cette rue, destinée à la benjamine, en âge de se marier. Le terrain en question est une parcelle située sur un titre du décret de 1911 comportant désormais de nombreuses indivisions. Depuis cette période, les descendants se sont consensuellement réparti les parcelles disponibles sans actes authentiques. S'agissant des apports financiers pour la construction, la mère a économisé depuis plusieurs années en mettant à contribution les frères salariés. Si aucune parcelle n'est disponible à proximité, une solution fréquemment observée consiste à construire une nouvelle habitation contiguë à celle de la mère ou à rehausser la maison de celle-ci avec un étage supplémentaire.

2. Lorsqu'aucune surface n'est plus disponible sur la parcelle de la mère ni aucun terrain sécurisable aux alentours, certains parents acquièrent un terrain pour l'offrir à leur fille qui aura alors à charge de construire sa future habitation. Comme observé à Kawéni ou à M'tsapéré, ces terrains sont choisis pour leur proximité, souvent à quelques centaines de mètres, de l'habitation de la mère. Dans cette nouvelle configuration où le foncier devient monétisé, des parents peuvent également constituer une dot conséquente afin que la jeune mariée puisse choisir la localisation de son terrain, parfois dans une autre commune, en accord avec son mari.

3. La permanence du *Magna Houlé* s'observe également en dehors de villages historiques, au sein de « villages-nouveaux » où les collectivités territoriales ont impulsé des plans

¹³⁰⁵ Voir J. Breslar, *L'habitat mahorais*. Éditions AGG, 1979. ; S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte (Archipel des Comores)*, L'Harmattan, 1990 ; C. Barthès, *L'État et le monde rural à Mayotte*. CIRAD/Karthala, 2003.

d'aménagement et de constructions de lotissements résidentiels, comme c'est le cas d'un quartier périurbain du sud de Mamoudzou. Initialement destinés à des publics défavorisés, ces logements « très sociaux » ont prioritairement été loués à des femmes qui eurent par la suite la possibilité d'acquérir leur logement à des prix préférentiels sous le régime du décret 1911. Il a été observé que la plupart d'entre elles ont ensuite aménagé les parcelles titrées pour les subdiviser en plusieurs unités réparties exclusivement entre les filles.

Dans le cadre d'un projet d'aménagement urbain, la commune de Dembèni a également mis à disposition des terrains viabilisés à des prix incitatifs pour favoriser la construction résidentielle. Des hommes ont alors acquis des parcelles pour y construire des logements désormais occupés par leur femme ou leurs filles. Cette dernière forme de *Magna Houlé* est sans doute la plus éloignée de celle traditionnellement observée dans la mesure où le père ou le mari exclusivement (et non pas la lignée maternelle) met à disposition une habitation. Le devoir moral de protection de la cellule familiale mère-enfant reste toutefois respecté.

Ces différents exemples mettent en lumière la permanence et les transformations du principe du *Magna Houlé* à Mayotte. Pour certains analystes, ce principe matrilocal irait à l'encontre du droit musulman fondé sur le privilège de la masculinité¹³⁰⁶. Dans les îles comoriennes voisines, lors d'affaires contentieuses sur la dévolution du foncier, le *Magna Houlé* était d'ailleurs systématiquement rejeté par les cadis jusqu'en 1964 dans la mesure où il était considéré comme contraire aux principes islamiques. Il a fallu l'intervention du pouvoir réglementaire local pour rappeler l'applicabilité du principe de la coutume en droit local. Le Grand cadî en prit la mesure dans sa décision du 28 mars 1974. D'autres analystes vont encore plus loin et remettent en cause la suprématie de la loi islamique en attribuant à la coutume la fonction de « nuancer la portée inégalitaire de la règle du droit musulman »¹³⁰⁷ voire celle de « résister à l'assaut du droit musulman depuis l'implantation de l'Islam dans l'île, elle [la coutume] l'a absorbé par phagocytose, ne le laissant apparaître finalement que sous une forme acculturée. »¹³⁰⁸

C. L'esprit consensuel de la coutume

Par-delà le droit musulman et le droit commun français, des pratiques extra-légales de translation de propriété marquées par le consensualisme entre les parties comme le *Magna Houlé* semblent ainsi se perpétuer bien que des données quantitatives fiables soient indisponibles pour en mesurer l'ampleur. Des indicateurs existent néanmoins.

D'abord, le rapport sénatorial sur la sécurisation des droits fonciers dans les outre-mer souligne une gestion locale autarcique relative à la transmission des terres par la quasi-inexistence de dossiers au contentieux au tribunal de Mamoudzou – constat renouvelé par les magistrats rencontrés dans le cadre de cette étude. Aussi, et en conséquence, concernant l'urbanisme, « de l'aveu général des personnes auditionnées (...), le droit de l'urbanisme n'est que très

¹³⁰⁶ Voir J. Mas, « La loi des femmes et la loi de Dieu », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, Vol. VI, 1979.

¹³⁰⁷ L. Sermet, « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, p. 187.

¹³⁰⁸ A. Ali, *L'assimilation du statut personnel mahorais*. Thèse de doctorat, Faculté de droit de l'Université d'Aix-Marseille, 2016, p. 111.

difficilement respecté. Les demandes de permis de construire sont ridiculement rares au vu de l'expansion exponentielle du bâti. »¹³⁰⁹

Ensuite, les entretiens menés auprès des praticiens du droit à Mayotte dans le cadre de cette étude (notaires, greffiers, avocats, *etc.*) tendent également vers l'interprétation selon laquelle la majorité des Mahorais s'accorde par la voie du consensus *ex ante* avant tout recours auprès des institutions de droit commun pour régulariser leur situation. Une avocate explique ainsi « peu de litiges en termes de succession et de donations, car les solutions reposent souvent sur des consensus de caractère communautaire » (Entretien du 26/02/2019). Parfois, chez le notaire, le droit commun est aussi appelé à s'adapter pour maintenir ces consensus *ex ante*. Ainsi, certains notaires s'attachent à « compenser les inégalités en faveur des filles du *Magna Houlé* grâce au mécanisme des soultes pour équilibrer le partage successoral entre descendants féminins et masculins » (Entretien du 01/03/201).

Enfin, la permanence de pratiques extra-légales consensuelles s'inscrirait dans la continuité de dispositions relatives à la résolution des conflits entérinées par l'Assemblée territoriale des Comores le 12 juin 1964 qui consacre le rôle central des cadis en tant que médiateurs avant toute démarche auprès des autorités judiciaires :

La résolution d'un conflit devant la justice cadiale est dominée en amont par l'impérativité de la phase de conciliation. Ce principe ressort des dispositions de l'article 8 de la délibération du 12 juin 1964, énonçant qu' « aucune demande n'est instruite devant les juridictions des cadis sans tentative de conciliation préalable ». La tentative de conciliation doit être suivie de la rédaction d'un procès-verbal. L'aboutissement de la conciliation emporte constatation de l'accord dont les termes doivent être formellement précisés. La même exigence s'impose en cas d'échec. Le procès-verbal constatant l'accord de la conciliation a force exécutoire (Art. 19 de la délibération de 1964).¹³¹⁰

Ainsi, depuis les années 1990, malgré les incitations des autorités en direction des Mahorais pour régulariser leur titre de propriété, le taux d'initiative en ce sens est resté faible. Face à la complexité et au coût des procédures de mutations ou de dévolution successorale devant les officiers notariaux, les ayants droit auraient ainsi privilégié la continuité d'une gestion autonome de la dévolution des terres. Certaines de ces transactions sont d'ailleurs encore médiées par les cadis qui, pour certains, délivrent toujours sur demande des actes translatifs de propriété¹³¹¹. En conséquence, il existe aujourd'hui un nombre important d'actes sous seing privé antérieurs à 2008 qui ont produit leurs effets entre les parties et qui sont corroborés par l'occupation. Mais le propriétaire ne peut opposer aux tiers, ce qui l'empêche de disposer pleinement de son bien.

Les difficultés de règlement de succession constituent donc une des principales causes du désordre foncier actuel. Pascal Puig énumère de nombreux autres obstacles à la régularisation foncière qui participent à expliquer la permanence de pratiques extra-légales de dévolution de la propriété :

« Théoriquement, la régularisation devrait pouvoir intervenir avec l'accord de ses héritiers. Encore faut-il les identifier, les retrouver et recueillir leur consentement. Or le

¹³⁰⁹ Cour des comptes, *La départementalisation de Mayotte : une réforme mal préparée, des actions prioritaires à conduire*, La Documentation française, 2016, p. 86.

¹³¹⁰ A. Ali, *L'assimilation du statut personnel mahorais*, *op. cit.*, p. 57.

¹³¹¹ Entretiens avec le conseil des cadis du 13/05/2019 et notaires.

contexte personnel et familial local, marqué par la coexistence pour les « Mahorais » d'un statut personnel de droit commun et d'un statut personnel de droit local, par la mise en place d'une commission de révision de l'état civil (CREC) dont les travaux, achevés en 2010, n'ont pas permis de connaître la situation de l'ensemble des personnes vivant à Mayotte, par des coutumières religieuses diverses d'origine africaine, et malgache, outre le *Minhâdj at Twalibin*, par la pratique très ancrée de la polygamie, l'absence de filiation naturelle, les successions matrilineaires soumises au *manyahuli*, l'institution relativement inaboutie de l'état civil à Mayotte [...], la dualité de registres de l'état civil obéissant à des règles différentes [...], l'absence de nom patronymique en droit musulman, les pratiques fantaisistes concernant le choix du prénom, le possible changement de prénom pour des raisons coutumières, les dates de naissance approximatives (« né vers... »), le nombre colossal de successions non liquidées et d'indivisions foncières coutumières, rend hélas cette tâche impossible. »

« La localisation géographique des héritiers peut également s'avérer ardue, spécialement lorsqu'ils ont quitté Mayotte et se sont installés à l'étranger. Enfin, pour des raisons diverses, tous les héritiers n'acceptent pas spontanément de régulariser l'acte conclu par leur auteur ni de sortir d'une indivision successorale qu'ils considèrent avoir déjà partagée entre eux d'un commun accord. Certains s'en désintéressent, d'autres refusent. L'une des principales raisons tient à la crainte de devoir payer des frais chez le notaire ainsi que des impôts. Ils n'y trouvent naturellement aucun intérêt puisque, le bien ayant été vendu par le *de cuius*, ils ne recevront rien de plus par voie successorale. »

« Dans ce contexte extrêmement confus, régulariser un acte passé devant le *cadi* ou le greffier en chef avec les héritiers des parties relève de la gageure. »¹³¹²

Mais, aujourd'hui, le désordre foncier semble atteindre ses limites : la pression démographique croissante, l'imposition d'une fiscalité foncière erronée à des propriétaires dont les titres n'ont pas été mis à jour, l'impossibilité pour ces derniers de recourir à des emprunts bancaires pour acheter, vendre, construire ou rénover des biens immobiliers non régularisés remettent en question la viabilité de la gouvernance coutumière et incitent les ayants droit à davantage s'engager dans des procédures de régularisation.

Dans le champ de l'action publique, la complexité de la configuration foncière est, de l'avis d'aucuns, un frein au développement des infrastructures (voiries, routes, bâtiments de services publics, etc.)¹³¹³. C'est une des principales raisons pour lesquelles un Établissement public foncier ainsi qu'une Commission d'urgence foncière, récemment créés, participent à l'élaboration de nouveaux outils et dispositifs juridiques afin de lever les obstacles à la régularisation foncière du territoire.

Conclusion

¹³¹² P. Puig, *Consultation juridique sur la prescription acquisitive et le livre foncier à Mayotte*, EPFAM/chambre des notaires de Mayotte, 2018, p. 7.

¹³¹³ Cour des comptes, *La départementalisation de Mayotte : une réforme mal préparée, des actions prioritaires à conduire*. La Documentation française, 2016.

À défaut d'être en mesure de parvenir à définir strictement la coutume à Mayotte, il est néanmoins possible de mettre en exergue deux de ses manifestations.

En premier lieu, figure le *Magna Houlé*, parfois en conflit avec le droit commun, dans la mesure où son principe privilégie exclusivement les descendantes, en ligne maternelle. Ce mode de redistribution intrafamilial du foncier offre cependant une sécurité à nombre de femmes qui dans un contexte métropolitain seraient dans l'incapacité de s'assurer un accès à la propriété. Néanmoins, l'évolution du cadre juridique, économique et les changements sociaux des dernières décennies participent à sa transfiguration, voire conduirait à sa disparition.

En second lieu, le principe de « vivification des terres » en zone rurale, consacré par le droit musulman, est particulièrement utile pour appuyer les revendications des ayants droit sur des terres non titrées et, *in fine*, faciliter le processus généralisé de régularisation foncière. Ce principe est également un point d'appui à partir duquel de nouvelles modalités d'application de la prescription acquisitive (ou usucapion) sont actuellement discutées par le législateur, y compris pour les biens immatriculés.

La coutume, entendue ici de façon extensive comme un mode de dévolution extra-légale des biens immobiliers, doit également être considérée comme un mode de régulation compensateur des défaillances des institutions de droit commun. À Mayotte, le processus de régulation des conflits fonciers apparaît effectivement se résoudre par la conciliation *ex ante*, autrement dit, préalablement à la mise en œuvre de procédures administratives ou judiciaires. Ainsi, face au désordre foncier, nombre de Mahorais privilégient la voie du consensualisme pour la dévolution des terres, ceci en dehors des procédures légales. Mais, ce consensualisme vertueux participe paradoxalement à nourrir le désordre foncier du point de vue des praticiens du droit.

Cette permanence d'une régulation informelle, extra-légale ou « coutumière » de la tenure foncière apparaît comme une conséquence de l'évolution complexe du droit foncier à Mayotte. Au temps de l'application du système *Torrens*, le caractère *a priori* facultatif de l'immatriculation et de la déclaration d'actes translatifs de propriété auprès des autorités françaises, le coût et la complexité des procédures et enfin, le manque de transparence et les défaillances dans l'application des politiques publiques de régularisation sont autant de facteurs qui ont contribué à favoriser la prévalence de « normes pratiques »¹³¹⁴, fruits de l'hybridation de principes coutumiers avec les règles de droit commun français.

La pluralité des normes en matière de gouvernance foncière est étudiée de longue date dans d'autres contextes post-coloniaux où principes coutumiers et règles de droit légal-rationnel cohabitent et où des politiques de régularisation innovantes sont expérimentées (voir Comité technique « Foncier et Développement »). Dans ces contextes, il est unanimement recommandé aux institutions de la souplesse et la plus grande transparence dans le processus de régularisation foncière. Souplesse et transparence s'avèrent effectivement propices à la création de solutions juridiques telle que l'instauration de nouveaux mécanismes de conciliation et d'arbitrages légitimes aux yeux des populations où prévaut, traditionnellement, le consensus entre les ayants droit.

À la différence des pays anciennement colonisés et désormais indépendants dont les ressources sont sous-dimensionnées, on peut certainement gager qu'à Mayotte les autorités disposent de

¹³¹⁴ J. P. Olivier de Sardan, *La revanche des contextes. Des mésaventures de l'ingénierie sociale en Afrique et au-delà*, Karthala, 2021.

moyens financiers et humains suffisants pour parvenir à une régularisation foncière transparente, paisible et acceptée par l'ensemble de la population.

§ 3 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche juridique (Synthèse et propositions)

Des propriétés coutumières et coraniques au système du livre foncier. – Le droit foncier des Comores a profondément évolué dans le temps, sous l'influence des immigrations et de la colonisation, juxtaposant plusieurs systèmes juridiques.

La période préislamique est marquée par un système communautaire de tenure. Les terres, dont la propriété revient aux seuls ancêtres fondateurs, sont occupées et mises en valeur par la communauté (familles, villages...). Nulle appropriation privative, seule une jouissance collective. La terre présentait essentiellement une vocation familiale et ancestrale.

À partir du VII^e siècle, les immigrants perses et chiraziens imposèrent des règles nouvelles fondées sur la mise en valeur des terrains vacants. Selon la règle musulmane de la « vivification des terres mortes », la terre appartient à celui qui l'occupe, la défriche et la vivifie en la mettant en valeur¹³¹⁵. Cette règle a permis aux nouveaux occupants de s'approprier les terres autochtones tout en utilisant une main-d'œuvre servile afin de se constituer d'imposantes réserves foncières. Au contact des dynasties chiraziennes, les Comores vont progressivement s'islamiser et consacrer la notion de propriété privée par vivification.

Coexistent alors des parcelles possédées collectivement par des villageois ou des familles et des terrains appartenant en pleine propriété aux sultans, à leurs descendants et à leurs sujets. Il était d'ailleurs admis que le sultan puisse prélever sur ses terres des parcelles qu'il donnait en propriété en délivrant aux bénéficiaires des titres de propriété sous seing privé rédigés en langue arabe appelés *hatwi*. Ces *hatwi* suffisaient à conférer à son titulaire un droit de propriété cessible et transmissible, sans enregistrement ni inscription quelconque.

S'ajoutent à l'époque les biens de la couronne, connus sous le nom de *sirkali*, qui seront, par le traité de cession de Mayotte à la France en date du 25 avril 1841, cédés à l'État français et intégrés à son domaine.

La présence française conduisit l'Administration à sécuriser l'acquisition des « terres de colonisation » par les nouveaux exploitants en introduisant le système du livre foncier, inspiré du système *Torrens*. Tel fut l'objet du décret du 4 février 1911 portant réorganisation du régime de la propriété foncière qui permettait de délivrer des titres définitifs (D. 1911, art. 6 et 118), inattaquables (D. 1911, art. 118) et imprescriptibles (D. 1911, art. 72).

Le recours à ce régime foncier était autorisé, quel que soit l'état ou le statut des propriétaires (D. 1911, art. 2, réd. D. 9 juin 1931), mais demeurait facultatif à l'égard des autochtones (D. 1911, art. 3 – D. 1931, art. 2). Surtout, le décret du 9 juin 1931 prévoyait, en son article 2, que

¹³¹⁵ Djabir Abdou, *Le droit comorien entre tradition et modernité*, Ed. du Baobab, 2006, p. 218.

« les actes et coutumes fixant le régime de la propriété foncière indigène, dans l'archipel des Comores, restent en vigueur et ne reçoivent aucune modification du fait du présent décret ».

Ce système de l'immatriculation coexistait donc avec la propriété autochtone et coutumière, les cadis ayant décidé, en se fondant sur le code musulman du *Minhâdj El Talibin*¹³¹⁶, qu'un autochtone soumis au droit musulman n'avait nul besoin d'un acte immatriculé pour prouver sa propriété foncière. Droit coranique, droit coutumier et droit français coexistaient donc en matière foncière.

Du moins est-il permis d'en soutenir l'hypothèse.

Les travaux menés par Antoine Hochet dans ce rapport révèlent à cet égard « un régime foncier à deux vitesses ». Les décrets de 1911-1931 autorisent en effet expressément la survie des coutumes en matière de propriété foncière dès lors que les immeubles n'ont pas été immatriculés selon le système du livre foncier¹³¹⁷. Encore faut-il parvenir à identifier ces coutumes. La difficulté, relevée par Berteline Monteil et Ségolène de Bretagne dans ce rapport, semble difficilement surmontable : « Nous n'avons pas trouvé trace, ni dans la tradition orale ni dans les actes de l'administration, des « actes et coutumes fixant le régime de la propriété foncière indigène », ni de ceux définissant l'emprise des terres coutumières ».

L'importance de la mise en valeur des terres. – Le système du livre foncier était initialement destiné à rassurer les nouveaux acquéreurs en conférant une sécurité juridique accrue aux acquisitions foncières dans les « périmètres de colonisation ». Au sein de ces périmètres fixés par voie d'arrêtés, des « terres de colonisation », essentiellement des terres rurales en friche, étaient vendues moyennant l'engagement pris par l'acquéreur de les exploiter et les mettre en valeur. L'inaction de l'acquéreur pouvait même être sanctionnée par la déchéance de ses droits.

Cette législation sur les terres de colonisation témoigne d'une certaine convergence avec la règle musulmane de vivification des terres. Pour la loi coranique comme pour la loi française, le propriétaire est celui qui met en valeur la terre. Elle s'oppose, en revanche, à la coutume ancestrale selon laquelle l'absence d'exploitation de la terre n'autorise pas son appropriation par un tiers, à commencer par l'Administration coloniale. Les terrains non occupés et non mis en valeur ne sont pas pour autant vacants et sans maître. Ils demeurent la propriété des ancêtres.

Mais cette conception mythique de la propriété foncière n'aura indirectement survécu qu'au travers des « réserves indigènes » ou « réserves villageoises », créées par le décret du 28 septembre 1926, attribuant une forme de propriété collective aux villageois leur conférant un droit de jouissance à titre gratuit (D. 1926, art. 49), transmissible uniquement entre les membres d'une même collectivité villageoise.

Un arrêté du 12 août 1927 autorisera toutefois les habitants du village qui, à l'intérieur de la réserve, ont mis individuellement une parcelle en valeur de façon durable et effective, à demander la conversion de leur droit de jouissance en un droit de propriété (Arr., art. 75 qui

¹³¹⁶ Lequel est seul officiel et applicable dans l'archipel des Comores (D. 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, art. 6).

¹³¹⁷ Un débat a toutefois eu lieu sur la question, Antoine Hochet considérant que les coutumes relatives à la gestion et à la transmission des immeubles pouvaient continuer à s'appliquer aux immeubles malgré leur immatriculation. Berteline Monteil et Ségolène de Bretagne considèrent au contraire que l'immatriculation des immeubles fait tomber leur gestion dans le droit commun.

renvoie à l'art. 51 du décret du 28 sept. 1926). Cette technique a permis de développer des parcelles privées à proximité des habitations, au profit des villageois.

Une fois de plus, la mise en valeur des terres fonde l'attribution d'un droit de propriété, de la même façon qu'elle justifiera quelques années plus tard le jeu de la prescription acquisitive contre le domaine privé de l'État.

En vertu du décret n° 56-224 du 28 février 1956 modifiant le décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine à Madagascar et Dépendances, la présomption de domanialité peut en effet « *être combattue par la preuve contraire établissant, en ce qui concerne notamment les personnes exerçant des droits réels selon la coutume, que leur droit de propriété résulte d'une occupation de bonne foi paisible et continue ainsi que d'une mise en valeur rationnelle* ».

Selon l'article 4 de ce même décret, « lorsque, en dehors des terres de réserves ci-après organisées, les détenteurs de droits réels coutumiers fixés dans la région par eux ou leurs auteurs depuis dix ans auront mis individuellement en valeur, d'une façon durable et sérieuse, des terrains sur lesquels ils ne seraient cependant fondés à se prévaloir d'aucun droit de propriété, l'administration pourra leur accorder gratuitement, pour les superficies ainsi vivifiées, des titres définitifs de propriété... ».

Du livre foncier à la publicité foncière. – Bien qu'il fût recommandé aux autochtones d'immatriculer leurs immeubles¹³¹⁸, la rumeur dominante murmure que le système du livre foncier ne rencontra pas auprès d'eux le succès escompté. Le coût de l'enregistrement, la procédure jugée complexe, la nécessité d'un bornage, mais aussi la barrière de la langue et la difficulté à communiquer sur l'intérêt de l'immatriculation constituent autant de causes de cet échec. En outre, la soumission volontaire des immeubles au régime de l'immatriculation était définitive puisqu'aucun immeuble immatriculé ne pouvait être soustrait au régime une fois adopté (D. 1911, art. 6).

Contre cette rumeur persistante, les recherches menées par Berteline Monteil et Ségolène de Bretagne, ainsi que par Antoine Hochet, démontrent que les autochtones ont majoritairement immatriculé leurs immeubles entre 1931 et 2008. Les 17.466 titres recensés au 31 décembre 2007 couvrent en effet 187 km² sur les 375 km² de la superficie de Mayotte. Selon Antoine Hochet, ces immatriculations portent toutefois souvent sur des propriétés collectives *ab initio*, familiales ou claniques.

Le problème majeur ne tient donc pas tant au défaut d'engouement de la population pour le système du livre foncier, mais à la transmission, le plus souvent par voie successorale, des terres titrées selon des usages ou coutumes ne permettant pas l'inscription au livre foncier.

L'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 a abrogé le décret de 1911 à compter du 1^{er} janvier 2008 (Ord., art. 13), sans remettre en cause la force ni la valeur des inscriptions antérieures (Ord., art. 14), et lui a substitué le système de droit commun de la publicité foncière (C. civ., art. 2509, anc. art. 2303). L'immatriculation des immeubles et des droits immobiliers est ainsi

¹³¹⁸ Aux termes de l'article 2 du décret du 9 juin 1931 portant réorganisation du régime de la propriété foncière dans l'archipel des Comores, « les indigènes peuvent toujours placer leurs immeubles sous le nouveau régime foncier présentement institué en provoquant leur immatriculation dans les conditions prévues au décret du 4 février 1911 ».

devenue obligatoire aux fins d'opposabilité aux tiers (C. civ., art. 2512, anc. art. 2306 ; art. 2521, anc. art. 2315).

Cadis et greffiers en chef exerçant les fonctions de notaire. – En application du décret du 1^{er} juin 1939 relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores (art. 16), complété par la délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane, les cadis exerçaient naguère les fonctions de notaire entre les personnes relevant du statut musulman de droit local. Il faudra attendre la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte (art. 31, 13°), ratifiant l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 (spécialement son article 16-II, 5° et 6°) et abrogeant l'intégralité de la délibération n° 64-12 bis de la Chambre des députés des Comores (y compris l'art. 20 qui avait été formellement exclu par l'ordonnance), pour qu'il soit mis un terme définitif aux fonctions notariales des cadis¹³¹⁹.

Avant 2008, le greffier en chef du tribunal, chargé des fonctions de notaire à Mayotte par le décret du 9 juin 1896 portant organisation de la justice à Madagascar et dépendances, avait en outre compétence pour recevoir les actes des personnes dites « de droit commun », non soumises au statut local musulman et ne pouvant en conséquence s'adresser aux cadis.

Requêtes en régularisation. - Compte tenu de l'insuffisante formation des cadis et greffiers en chef pour établir des actes formalisés correspondant aux exigences de la publicité foncière, nombreuses sont les personnes, depuis le 1er janvier 2008, à se tourner vers le notaire de droit commun pour instrumenter les actes les concernant (vente, donation, liquidation-partage...) aux fins de dépôt au service de la conservation de la propriété immobilière¹³²⁰.

Ces requêtes en régularisation sont traitées par le notaire sur autorisation de la chambre des notaires, dans le respect des dispositions de l'article 29 du règlement national établi par le conseil supérieur du notariat qui interdisent aux notaires de retenir par voie de dépôt les actes passés devant d'autres officiers publics français.

La régularisation intervient lorsque les parties à l'acte sont présentes, dûment identifiées et réitèrent leur consentement.

La situation se complique considérablement lorsque l'une des parties à l'acte, surtout s'il s'agit du précédent propriétaire, est décédée. Théoriquement, la régularisation devrait pouvoir intervenir avec l'accord de ses héritiers. Encore faut-il les identifier, les retrouver et recueillir leur consentement. Or le contexte personnel et familial local, marqué par la coexistence pour les « Mahorais » d'un statut personnel de droit commun et d'un statut personnel de droit local, par la mise en place d'une commission de révision de l'état civil (CREC) dont les travaux, achevés en 2010, n'ont pas permis de connaître la situation de l'ensemble des personnes vivant à Mayotte, par des coutumes religieuses diverses d'origine africaine et malgache, outre le *Minhâdj El Talibin*, par la pratique très ancrée de la polygamie, l'absence de filiation naturelle, les successions matrilineaires soumises au *Manyiâ Huli* (Magna Houlé¹³²¹), l'institution

¹³¹⁹ Encore que, selon un entretien mené par Antoine Hochet, certains cadis délivreraient toujours des actes translatifs de propriété.

¹³²⁰ Appellation ayant succédé au « Service de la conservation de la propriété foncière » par le décret n° 2008-1086 du 23 octobre 2008 relatif à l'immatriculation et à l'inscription des droits en matière immobilière à Mayotte, art. 129.

¹³²¹ Sur laquelle, v. *supra* la contribution d'A. Hochet.

relativement récente de l'état civil à Mayotte¹³²², la dualité de registres de l'état civil obéissant à des règles différentes¹³²³, l'absence de nom patronymique en droit musulman, les pratiques fantaisistes concernant le choix du prénom, le possible changement de prénom pour des raisons coutumières, les dates de naissance approximatives (« né vers... »), le nombre colossal de successions non liquidées et d'indivisions foncières coutumières, rend hélas cette tâche impossible.

Le nombre et l'identité des héritiers restent souvent approximatifs, les héritiers connus n'étant pas toujours enclins à révéler spontanément l'existence et l'identité d'autres héritiers, à supposer qu'ils en aient connaissance. Il n'est en outre pas rare que les membres d'une même fratrie relèvent de statuts personnels différents et ne portent pas le même nom de famille. Les critères retenus par la CREC sont en effet assez obscurs et les qualifications ou requalifications de statuts révèlent parfois des contradictions au sein d'une même fratrie¹³²⁴. La localisation géographique des héritiers peut également s'avérer ardue, spécialement lorsqu'ils ont quitté Mayotte et se sont installés à l'étranger. Enfin, pour des raisons diverses, tous les héritiers n'acceptent pas spontanément de régulariser l'acte conclu par leur auteur ni de sortir d'une indivision successorale qu'ils considèrent avoir déjà partagée entre eux d'un commun accord. Certains s'en désintéressent, d'autres refusent. L'une des principales raisons tient à la crainte de devoir payer des frais chez le notaire ainsi que des impôts. Ils n'y trouvent naturellement aucun intérêt puisque, le bien ayant été vendu par le *de cuius*, ils ne recevront rien de plus par voie successorale.

Dans ce contexte extrêmement confus, régulariser un acte passé devant le *cadi* ou le greffier en chef avec les héritiers des parties relève de la gageure.

Les problèmes juridiques. – Par-delà l'extrême diversité des situations rencontrées, deux grandes séries de difficultés, souvent liées, peuvent être identifiées :

D'une part, la question de la régularisation d'actes sous seing privé¹³²⁵ relatifs à des mutations immobilières, régulièrement conclus avant 2008, mais non publiés au livre foncier. Ces actes sont parfois « légalisés » en mairie ou enregistrés¹³²⁶, mais sont, dans la grande majorité des cas, conclus entre les parties sans justificatif de date certaine. Le précédent propriétaire, dont le nom est inscrit au livre foncier, est décédé et ses héritiers, soit ne peuvent être identifiés et/ou retrouvés, soit refusent, au moins pour certains d'entre eux, de réitérer l'acte. En pratique, il s'agit le plus souvent d'une vente conclue par le propriétaire défunt avec l'occupant actuel du terrain. Pour le règlement de la succession du vendeur, l'immeuble devrait être considéré comme ayant été vendu, de sorte qu'il devrait être exclu des biens de la succession. Les héritiers ne sont donc appelés que pour régulariser la situation. Il n'est pas rare non plus que l'acquéreur, dont le nom figure sur l'acte sous seing privé, soit lui-même décédé.

¹³²² Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'Assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil des Comoriens musulmans.

¹³²³ P. Brossier, *L'état civil à Mayotte*, in *Mayotte*, ss. la dir. de O. Gohin et P. Maurice, Université de La Réunion, LGDJ, 2^e éd., 1996, p. 275 s.

¹³²⁴ C. Kuhn et C. Popineau, *Mayotte et pratiques notariales*, Juris-Class. civ., Fasc. n° 10, spéc. n° 22.

¹³²⁵ Par commodité, je retiendrai l'expression d'acte sous seing privé pour désigner les actes conclus avant 2008, qu'ils soient véritablement sous seing privé ou aient été établis par un *cadi* ou un greffier en chef assurant les fonctions de Notaire, ce qui leur confère une certaine authenticité sans pour autant leur permettre d'être publiés, faute de formalisation.

¹³²⁶ La date de la « légalisation » pouvant être postérieure de plusieurs mois, voire plusieurs années, à celle mentionnée sur l'acte.

D'autre part, la question de la régularisation d'occupations trentenaires remontant au moins partiellement – et inévitablement – à une période antérieure à 2008 régie par le système du livre foncier lequel prévoit que « *la prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels ou charges sur des immeubles immatriculés...* » (D. 1911, art. 72). Le titre publié au Livre foncier est définitif (D. 1911, art. 6 et 118) et inattaquable (D. 1911, art. 118). Il est donc imprescriptible. L'usucapion ne permet pas de surmonter les indivisions successorales dans lesquelles restent malgré eux enfermés les héritiers présumés, croyant à tort s'être réparti les parcelles que chacun d'eux exploite et vivifie.

Pour synthétiser, le professionnel du droit se retrouve donc confronté :

Tantôt à un acte sous seing privé antérieur à 2008 qu'il ne peut ni régulariser ni publier au service de la conservation de la propriété immobilière et qui, par conséquent, ne permet pas de combattre l'inscription au livre foncier du précédent propriétaire, alors même que plusieurs héritiers de celui-ci attestent de l'authenticité de l'acte ;

Tantôt à une occupation coutumière et une mise en valeur trentenaires – et souvent bien plus que trentenaires par jonction des possessions – qui ne permettent pourtant pas de prescrire contre l'inscription au livre foncier du nom du propriétaire décédé et de « sortir » de l'indivision successorale.

Qu'il s'agisse de régulariser des actes sous seing privé portant mutations immobilières ou de consacrer des occupations coutumières trentenaires, le recours aux actes de notoriété acquisitive et à l'usucapion « renforcée » en outre-mer constituent des solutions à privilégier¹³²⁷.

¹³²⁷ Ce n'est toutefois pas la seule. Selon les circonstances, d'autres voies peuvent être empruntées. Si certaines ne posent pas de réelles difficultés, d'autres sont plus délicates. Lorsque le vendeur est décédé, la régularisation suppose l'intervention des héritiers, considérés comme continuateurs de la personne du défunt. En vertu de la maxime coutumière « *le mort saisit le vif son hoir le plus proche et habile à lui succéder* », les héritiers sont habilités à exercer les droits du *de cuius* sans formalité, exactement comme si c'était le *de cuius* lui-même qui les exerçait (M. Grimaldi, *Droit civil, Successions*, Litec, 5^e éd., 1998, n° 409). Ils peuvent également se défendre contre les actions que les tiers avaient contre lui (H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, n° 220, qui évoquent les actions possessoires). Les héritiers peuvent donc régulariser la vente conclue sous seing privé par leur auteur. Des actes de notoriété établissant leur qualité d'héritiers (C. civ., art. 730-1) sont alors établis et les frais engendrés par la régularisation sont mis à la charge de l'acquéreur occupant.

La situation se complique lorsque tous les héritiers n'interviennent pas à l'acte. Soit on ne les connaît pas, soit ils sont introuvables, soit ils refusent d'y participer, notamment financièrement. Certains héritiers sont toutefois disposés à régulariser l'acte (à condition, le plus souvent, que les frais soient pris en charge par l'acquéreur occupant du terrain). Parfois même, aucun acte sous seing privé n'est produit mais les héritiers reconnaissent que leur père ou leur mère avait cédé le terrain de son vivant et reçu le prix de vente. Le droit de l'indivision se révèle alors d'un maniement délicat.

En toute logique, il ne s'agit pas de conclure un acte de disposition puisque la vente a déjà été conclue du vivant du *de cuius*. Il s'agit « seulement » de régulariser cette vente. La procédure de l'article 815-5-1 ne paraît donc pas devoir ni pouvoir s'appliquer. Nul besoin, donc, de recueillir une majorité des deux tiers. Pour autant quelles voies s'offrent aux héritiers co-indivisaires ? Peuvent-ils agir seuls, sans le concours des autres ? Peuvent-ils solliciter le juge ? Sur quel fondement ?

À défaut de pouvoir légal ou de mandat, les actes accomplis par un indivisaire en représentation des autres engagent ceux-ci suivant les règles de la gestion d'affaires (C. civ., art. 815-4, al. 2). S'agissant de régulariser un acte valablement conclu par le *de cuius*, on peut raisonnablement penser que la condition d'utilité de l'acte est satisfaite (C. civ., art. 1301-2). À supposer même que la réitération de la vente soit qualifiée d'acte de disposition, la jurisprudence n'est plus hostile à ce que la gestion puisse conduire à de tels actes, sous condition d'utilité (A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 19^e éd., 2021, n° 448).

On peut toutefois se demander si, en vertu de l'indivisibilité de la saisine héréditaire (C. civ., art. 724), un héritier seul n'est pas légalement autorisé à régulariser la vente conclue par son auteur. Puisqu'il est investi de la saisine

Celles-ci se heurtent toutefois à plusieurs obstacles dont certains requièrent une intervention législative.

Notoriété acquisitive et usucapion « renforcée ». – Afin de remédier au désordre foncier observé en Corse, en Guyane, en Martinique, en Guadeloupe, à Saint-Martin, à La Réunion et à Mayotte, le législateur a, par la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer et le décret n° 2017-1802 du 28 décembre 2017 relatif à l'acte de notoriété, renforcé l'efficacité des actes de notoriété acquisitive.

Sans entrer dans le détail du dispositif que décrit précisément une circulaire du garde des Sceaux, ministre de la Justice, en date du 4 juillet 2018, retenons que :

- l'acte de notoriété peut être établi, à Mayotte, par un notaire ou par la commission d'urgence foncière (CUF) créée en application de l'article 35-1 de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer ;
- l'acte de notoriété portant sur un immeuble situé à Mayotte fait foi de la possession et ne peut être contesté dans le cadre d'une action en revendication que dans un délai de

sur « l'universalité de l'hérédité », selon la formule de la Cour de cassation, il peut en principe accomplir seul des actes conservatoires et d'administration. Il peut ainsi, « *pour le tout, exercer un droit qui ne lui appartient que pour une quote-part, afin de pallier la carence des autres titulaires* » (M. Grimaldi, *op. cit.*, n° 425). Il ne peut, en revanche, accomplir des actes de disposition que sur les seuls biens dont il est propriétaire exclusif. Se pose donc, une fois de plus, la question de la qualification juridique de l'acte de régularisation : acte de disposition ou acte d'administration ? Autant l'acceptation d'une promesse de vente ou d'acquisition constitue un acte de disposition (D. n° 2009-1628 du 23 déc. 2009), autant il est permis de considérer que la régularisation d'une vente sous seing privé ayant produit son effet translatif de propriété n'en constitue pas un.

L'hésitation demeure toutefois permise. D'un côté, la régularisation n'opère, il est vrai, aucun transfert de propriété. Celui-ci est intervenu par le seul effet de la vente conclue sous seing privé (C. civ., art. 1583). Il ne s'agit donc que d'une simple formalité. Mais d'un autre côté, il n'est pas absolument certain qu'une vente non publiée au livre foncier, sous l'empire du décret de 1911, emporte véritablement transfert de propriété, l'inscription étant constitutive de droit. En outre, la jurisprudence a tendance à considérer que « constitue un acte de disposition, non seulement l'acte de cession d'un bien indivis lui-même, mais tout acte ayant une influence sur l'efficacité de cet acte de cession » (J.-B. Donnier, *in* Juris-Class. Civ. Art. 815 à 815-18, Fasc. 20 : *Successions. — Indivision. Régime légal. — Gestion des biens indivis. Actes accomplis par les indivisaires*, n° 71). Or la régularisation de la vente a incontestablement une influence sur son efficacité. La Cour de cassation considère également que la réitération d'une promesse par acte authentique s'analyse en un acte de disposition. Mais il est vrai que le transfert de propriété est toujours reporté au jour de la signature de l'acte authentique, ce qui n'est pas le cas des ventes sous seing privé rencontrées à Mayotte.

Faut-il dès lors se tourner vers le juge ? Sur le fondement de l'article 815-6 du Code civil, le Président du TJ peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun. Ces dispositions peuvent-elles être mobilisées pour solliciter du juge l'autorisation de régulariser la vente ou la désignation d'un administrateur chargé de cette régularisation ?

Après avoir autorisé, sur ce fondement, la vente de titres indivis destinés à payer les frais de partage (Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, n° 86-16.489), la Cour de cassation a admis qu'il « *entre dans les pouvoirs que le président du tribunal de grande instance tient de l'article 815-6 du Code civil d'autoriser un indivisaire à conclure seul un acte de vente d'un bien indivis pourvu qu'une telle mesure soit justifiée par l'urgence et l'intérêt commun* » (Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-20.158, arrêt rendu à propos de la réitération par acte authentique d'une promesse de vente d'immeuble). N'est donc pas requise la condition de l'article 815-5 tenant à ce que le refus des autres indivisaires mette en péril l'intérêt commun.

Le Président du Tribunal statue alors, non en vertu des pouvoirs de référé qui lui appartiennent dans le cadre des articles 808 et 809 du Code de procédure civile, mais « en la forme des référés » (Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, n° 86-16.489 ; 8 janv. 1991, n° 89-15.271), ce qui lui permet de statuer au fond et de disposer de pouvoirs plus étendus. Encore faut-il démontrer l'urgence requise pour protéger l'intérêt commun et... payer les frais de justice.

cinq ans à compter de l'accomplissement de la dernière des trois mesures de publicité prévues par la loi (CPI, affichage en mairie, site internet de la Préfecture) ;

– une fois ce délai écoulé, l'acte de notoriété constitue une présomption irréfragable de propriété et vaut donc titre de propriété ;

– ce dispositif s'applique aux actes de notoriété dressés et publiés avant le 31 décembre 2027.

En utilisant les ressorts de ce mécanisme d'usucapion « renforcée », il devrait être possible de sécuriser à moyen terme la situation des possesseurs fonciers à Mayotte.

Encore faut-il que le notaire ou la CUF, chargés d'établir l'acte de notoriété, constatent la réunion des conditions de l'usucapion et, en particulier, une possession à titre de propriétaire, continue, paisible, publique et non équivoque (C. civ., art. 2261), pendant une durée de dix ou de trente ans selon que sont ou non réunies les conditions de la prescription abrégée (C. civ., art. 2272).

Plusieurs obstacles se dressent toutefois sur la voie de la sécurisation du foncier à Mayotte, qu'une saine prise en compte des usages ou des coutumes permettrait de vaincre. D'une part, les titres translatifs coutumiers de propriété, sous seing privé et non publiés, pourraient fonder une usucapion abrégée (I.). D'autre part, l'occupation coutumière des terres, fondée sur leur vivification, pourrait utilement inspirer le législateur soucieux d'accélérer les régularisations foncières (II.).

I. Pour un « juste titre » coutumier

Qu'ils soient constitutifs d'un usage ou d'une coutume, les actes sous seing privé relatifs à des mutations immobilières dressés avant 2008 par les cadis ou les greffiers en chef, mais non publiés au livre foncier, ne sauraient par eux-mêmes combattre l'inscription au livre foncier du précédent propriétaire. En revanche, ces « titres coutumiers » pourraient, à certaines conditions, fonder une prescription acquisitive (A.) abrégée (B.).

A. Sur le principe de l'usucapion depuis 2008

Est-il possible d'invoquer, contre une inscription au livre foncier, une prescription acquisitive postérieure au 1^{er} janvier 2008 ?

Nous avons relevé que le système du livre foncier, introduit à Mayotte par le décret du 4 février 1911, était destiné à permettre la délivrance de titres fonciers définitifs (D. 1911, art. 6), définitifs et inattaquables (D. 1911, art. 118) et, surtout, imprescriptibles. Aux termes de l'article 72 du décret de 1911 :

« La prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels ou charges sur des immeubles immatriculés ou de libération des droits réels ou charges grevant les mêmes immeubles ».

L'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 qui a abrogé le décret de 1911 à compter du 1^{er} janvier 2008 (Ord., art. 13) et lui a substitué le système de droit commun de la publicité foncière (C. civ., art. 2509, anc. art. 2303) n'a pas entendu remettre en cause la force ni la valeur des inscriptions antérieures. Aux termes de l'article 14 de ladite ordonnance :

« Les immatriculations, inscriptions et formalités accomplies sous l'empire des décrets du 4 février 1911 et du 9 juin 1931 conservent leurs force et valeur sans que les propriétaires d'immeuble ou les titulaires de droits mentionnés à l'article 2315 du Code civil aient à accomplir de nouvelles formalités ».

Faut-il en déduire que les immatriculations et inscriptions au livre foncier réalisées sous l'empire des décrets de 1911 et 1931 demeurent inattaquables et imprescriptibles après le 1^{er} janvier 2008 ?

Une lecture littérale de l'article 14 de l'ordonnance pourrait le laisser penser, corroborée par la volonté des auteurs de l'ordonnance de ne pas étendre immédiatement à Mayotte le régime de publicité foncière de droit commun, « *compte tenu notamment de l'introduction récente du cadastre et de la modernisation de l'état civil et de l'intérêt que conserve à Mayotte un système de publicité réelle* »¹³²⁸. Conservant leur force et leur valeur, les droits *définitifs, inattaquables et imprescriptibles* acquis sous l'empire du décret colonial de 1911 le resteraient après l'abrogation de celui-ci.

Il faut bien avouer qu'une telle interprétation ruinerait toute velléité de recours aux règles de l'usucapion depuis 2008 et, loin de favoriser la sécurité juridique recherchée à Mayotte, emporterait une paralysie du foncier préjudiciable à tous.

Qu'une possession trentenaire accomplie avant 2008 ne permette pas de combattre une inscription au livre foncier est une solution certaine. Mais que la possession commencée depuis le 1^{er} janvier 2008 ne permette pas, alors qu'elle réunit les conditions de l'usucapion, de prescrire contre une inscription au livre foncier antérieure à 2008 serait une solution en tout point inopportune.

C'est pourquoi une autre interprétation devrait être privilégiée, sans doute davantage conforme à l'esprit du texte (bien qu'il en maltraite quelque peu la lettre), qui est avant tout de dispenser les titulaires de droits réels immobiliers acquis sous l'empire de la législation antérieure d'avoir à accomplir de nouvelles formalités pour maintenir leurs droits en vigueur.

« Les immatriculations, inscriptions et formalités accomplies sous l'empire des décrets du 4 février 1911 et du 9 juin 1931 conservent leurs force et valeur sans que les propriétaires d'immeuble ou les titulaires de droits mentionnés à l'article 2315 du Code civil aient à accomplir de nouvelles formalités ».

Le passage d'un système à un autre emporte maintien des droits antérieurs sans aucune formalité. Telle serait la signification de la règle formulée à l'article 14.

L'objectif poursuivi par les auteurs de l'ordonnance est en effet de renforcer la sécurité juridique en rapprochant les règles de publicité foncière de celles applicables en Métropole.

Le rapport au président de la République précité explique que :

« La présente ordonnance a pour objet de rapprocher du droit commun les dispositions relatives aux immeubles applicables à Mayotte. Elle modernise ainsi le régime de la publicité foncière afin d'offrir aux propriétaires d'immeubles, aux titulaires de droits réels

¹³²⁸ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 28 juillet 2005, JORF n° 175 du 29 juillet 2005, Texte n° 80

immobiliers et aux tiers une sécurité juridique similaire à celle existant en métropole » (nous soulignons).

Il a en effet été observé que le système du livre foncier, ne concernant que les personnes physiques et demeurant largement facultatif, « *ne garantit pas de manière uniforme la sécurité juridique des propriétaires ou titulaires de droits réels et celle des tiers au regard de la publicité foncière partielle qu'il instaure [...], constitue un obstacle à l'exercice de la liberté d'établissement des ressortissants européens [...], compromet la mise en place d'une fiscalité locale [...], freine l'aménagement de l'espace dans la mesure où les politiques publiques qui l'organisent ont besoin de connaître exactement la situation juridique des parcelles qui l'ordonnent* ».

Il convenait donc de « moderniser ce régime en le rendant obligatoire, quel que soit le statut civil des personnes, les personnes morales y étant désormais assujetties »¹³²⁹.

En conséquence, l'ordonnance prévoit que :

- « l'immatriculation de l'immeuble, à l'issue d'une procédure destinée à relever l'ensemble des droits existant sur l'immeuble, et l'inscription des droits réels immobiliers transmis ou constitués sur ces immeubles immatriculés deviennent obligatoires ;
- cette obligation concerne les personnes physiques comme les personnes morales ;
- la rédaction d'un acte authentique est désormais exigée pour publier un droit immobilier au livre foncier de Mayotte ».

L'objectif de l'ordonnance n'est donc pas de figer dans le marbre les acquisitions foncières réalisées avant 2008 et inscrites au livre foncier, mais de renforcer la sécurité juridique au moyen d'une publicité foncière généralisée et obligatoire pour tous. Autrement dit, il n'est pas de provoquer une sclérose du foncier à Mayotte, mais, bien au contraire, d'y introduire un système garantissant l'opposabilité aux tiers de tous les droits réels immobiliers, quelle que soit leur date de publication. Or l'opposabilité n'implique pas l'immutabilité.

L'objectif de l'ordonnance est donc d'instituer un régime uniforme et obligatoire de publicité foncière de nature à sécuriser le foncier à Mayotte. Il serait surprenant que les auteurs de la réforme aient voulu consacrer deux catégories de droits réels immobiliers, d'une part, ceux inscrits avant 2008 contre lesquels la prescription ne pourrait jamais jouer et, d'autre part, ceux inscrits postérieurement qui admettent le jeu de la prescription comme le suggère l'article 2523 alinéa 2 du Code civil. Le régime des droits inscrits doit être le même, quelle que soit la date de l'inscription.

Enfin, la sécurité juridique commande de faire application du principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle (C. civ., art. 2). C'est en ce sens que « *les immatriculations, inscriptions et formalités accomplies sous l'empire des décrets du 4 février 1911 et du 9 juin 1931 conservent leurs force et valeur sans [...] nouvelles formalités* ». La loi nouvelle ne saurait exiger l'accomplissement d'une formalité supplémentaire dès lors que les droits ont été régulièrement inscrits sous l'empire de la loi ancienne. Conformément aux principes du droit transitoire

¹³²⁹ Rapport au président de la République, préc.

dégagés par Roubier, la loi nouvelle ne s'applique pas à la constitution de situations juridiques antérieures.

En revanche, conformément au principe d'effet immédiat de la loi nouvelle, il convient d'admettre que :

– La loi nouvelle régit la constitution de situations juridiques postérieures à son entrée en vigueur, mais la période ou les éléments antérieurs gardent la valeur propre que leur reconnaissait la loi ancienne¹³³⁰. C'est pourquoi l'usucapion doit pouvoir s'appliquer postérieurement au 1^{er} janvier 2008 contre une inscription au livre foncier, mais seulement pour une prescription acquisitive commencée depuis le 1^{er} janvier 2008. Auparavant, le système de 1911-1931 privait la possession prolongée de tout effet acquisitif de propriété contre une inscription au livre foncier. L'occupation d'une parcelle immatriculée ne pouvait, dans ce système, fonder une quelconque prescription acquisitive. L'occupation antérieure à 2008 conserve donc l'effet juridique que lui reconnaissait la loi ancienne, c'est-à-dire aucun. Mais la possession commencée en 2008 fait courir la prescription acquisitive conformément au droit nouveau.

– La loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur¹³³¹. C'est pourquoi les droits réels immobiliers régulièrement inscrits au livre foncier avant 2008 sont devenus « prescriptibles » à compter du 1^{er} janvier 2008, en ce sens que l'acquisition par possession prolongée non seulement crée légalement un droit nouveau de propriété en la personne du possesseur, mais emporte également l'extinction de l'action en revendication du propriétaire évincé¹³³². La loi nouvelle, qui admet à l'instar du droit commun le jeu de l'usucapion contre les droits publiés à la CPI, s'applique immédiatement aux droits nés et inscrits avant son entrée en vigueur, donc avant 2008.

L'ensemble de ces principes milite pour l'admission du jeu de la prescription acquisitive à compter du 1^{er} janvier 2008, y compris contre des droits régulièrement inscrits au livre foncier avant 2008.

B. Quel « juste titre » pour une usucapion abrégée ?

Les actes sous seing privé portant mutations immobilières conclus avant 2008 et, par usage ou coutume, non publiés au livre foncier, sont-ils de nature à constituer le « juste titre » autorisant une usucapion abrégée à dix ans ?

En principe, le délai de la prescription acquisitive est, en matière immobilière, de trente ans (C. civ., art. 2272). Il peut toutefois être réduit à dix ans si le possesseur a acquis l'immeuble de bonne foi et par juste titre (C. civ., art. 2272, al. 2).

La bonne foi est la croyance du possesseur, au moment de la conclusion de l'acte, de tenir l'immeuble du véritable propriétaire et d'en avoir régulièrement acquis la propriété. Elle est la « *croyance que son titre lui a bien fait acquérir le droit réel qui en est l'objet* »¹³³³. S'il s'agit

¹³³⁰ J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, Traité de droit civil, T. 1, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 597.

¹³³¹ J. Ghestin et H. Barbier, *op. cit.*, n° 600 qui précisent que ce principe s'applique aux droits réels et spécialement à la propriété.

¹³³² F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 460.

¹³³³ F. Terré et P. Simler, *Les biens*, Dalloz, n° 469.

d'une vente, elle consiste à croire fermement que son vendeur était propriétaire du bien et que la vente lui en a transféré la propriété. Pour la Cour de cassation, la bonne foi « *consiste en la croyance de l'acquéreur, au moment de l'acquisition, de tenir la chose du véritable propriétaire* »¹³³⁴. Cette condition ne soulève pas de difficulté dans l'hypothèse où, l'immeuble ayant été immatriculé, le précédent propriétaire était inscrit au livre foncier. La croyance du possesseur en la qualité de propriétaire de son auteur est établie puisqu'elle n'est pas erronée. L'acquéreur tient effectivement la chose du véritable propriétaire. Sa bonne foi ne saurait donc être contestée. Mais il n'en va pas de même de l'existence d'un « juste titre ».

Le juste titre est « un acte juridique qui aurait transféré la propriété de l'immeuble (ou le droit réel à prescrire) s'il était émané du véritable propriétaire »¹³³⁵. Il doit s'agir d'un acte translatif (vente, échange, donation...), ce qui exclut les actes déclaratifs tels que partage, transaction ou état descriptif de division. Il faut également que le terrain, objet de l'acte, soit suffisamment déterminé pour rendre l'acte valable. Un acte conclu sous une condition suspensive ne constitue pas un juste titre tant que la condition n'est pas accomplie. Un acte conclu sous condition résolutoire constitue un juste titre si la condition ne se réalise pas pendant le délai de prescription. En revanche, il importe peu que le titre ait été ou non publié, de même que la publication du titre par le revendicateur demeure sans incidence¹³³⁶. Un titre non publié ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble reste doté d'un effet translatif, ce qui suffit à lui conférer la qualité de « juste titre ». La Cour de cassation a d'ailleurs clairement admis qu'un acte sous seing privé de vente d'immeuble qui n'a été suivi d'aucun acte authentique pouvait constituer un juste titre¹³³⁷. Ces conditions ne soulèvent pas de difficultés particulières à Mayotte (sauf à considérer que l'inscription au livre foncier étant constitutive de droits, les actes sous seing privé ne constitueraient pas en eux-mêmes des « actes translatifs »). S'ajoute l'exigence de date certaine qui, à Mayotte, présente des difficultés sérieuses (v. supra).

Surtout, la difficulté majeure tient à ce que la jurisprudence exige une acquisition *a non domino*. Cette condition tient au fondement de l'usucapion abrégée lequel est – uniquement – de pallier l'absence de titularité de droit chez celui de qui le possesseur tient le bien. L'usucapion abrégée constitue en effet pour le possesseur un mode de consolidation du titre vicié par l'absence de droit de son auteur¹³³⁸. Elle est présentée comme une faveur faite au possesseur¹³³⁹. Dans l'exposé des motifs de la loi relative à la prescription, Bigot de Préameneu expliquait qu'il faut tenir compte à la fois de l'intérêt du véritable propriétaire et, surtout, de celui du possesseur qui ne doit pas rester dans une éternelle incertitude. Il faut l'inciter à exploiter activement la chose qu'il détient en lui donnant suffisamment tôt la certitude qu'il profitera définitivement de son travail et des investissements qu'il réalise¹³⁴⁰.

L'usucapion abrégée est donc essentiellement destinée à assurer « la sécurité du commerce juridique : au verus dominus est préféré le possesseur qui, de bonne foi, a cru acquérir du véritable propriétaire, en vertu d'un titre irréprochable. La possession couvre alors le défaut

¹³³⁴ Civ. 3^e, 15 juin 2005, n° 03-17.478, Bull. civ. III, n° 133.

¹³³⁵ F. Terré et P. Simler, *op. cit.*, n° 466.

¹³³⁶ F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 478.

¹³³⁷ Civ. 3^e, 13 nov. 1984, n° 83-13.868, Bull. civ. III, n° 188.

¹³³⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, 2^e éd. par E. Picard, LGDJ, 1952, n° 700.

¹³³⁹ Par ex., G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, par P. Jourdain, Dalloz, 1995, n° 198.

¹³⁴⁰ W. Dross, *Droit des biens*, LGDJ-Lextenso, coll. *Domat Droit privé*, 2^e éd. 2014, n° 268 ; *Droit civil, Les choses*, LGDJ-Lextenso 2012, n° 268.

tenant à l'absence de propriété de celui dont il tient son titre. Le commerce des immeubles serait impossible sans cette mesure d'apaisement définitif »¹³⁴¹.

Tirant les conséquences de ce fondement, la Cour de cassation refuse le jeu de l'usucapion lorsque le possesseur a acquis le droit du véritable propriétaire. Pour la Haute juridiction, le possesseur ne justifie pas d'un juste titre si son auteur était le véritable propriétaire de l'immeuble¹³⁴² parce que « le " juste titre " sur lequel est fondée la prescription abrégée suppose un transfert de propriété consenti par celui qui n'est pas le véritable propriétaire »¹³⁴³.

Avant d'admettre l'usucapion abrégée, les juges du fond sont même tenus de relever, au besoin d'office, que le vendeur du bien n'en était pas le véritable propriétaire¹³⁴⁴.

Cette jurisprudence paraît solidement ancrée¹³⁴⁵, même si l'on relève un arrêt relativement ancien et isolé ayant admis que « le juste titre est un acte propre à conférer la propriété, abstraction faite de la qualité de l'aliénateur »¹³⁴⁶.

Cet arrêt serait le signe que la Cour de cassation n'est pas si fermement attachée à la condition d'une acquisition *a non domino* pour pouvoir mettre en œuvre l'usucapion abrégée¹³⁴⁷. Il est d'ailleurs corroboré par une autre jurisprudence qui autorise le premier acquéreur d'un immeuble entré en possession, mais n'ayant pas publié son titre à opposer l'usucapion abrégée contre le second acquéreur qui, lui, a publié son titre, mais n'est pas entré en possession de l'immeuble¹³⁴⁸. Il faut bien reconnaître que, dans cette hypothèse, le premier acquéreur a acquis *a domino* et que la Haute juridiction l'autorise à se prévaloir de l'usucapion abrégée face à un second acquéreur qui a acquis *a non domino* mais a publié son titre. La prescription abrégée vient ici limiter les effets de la publicité foncière¹³⁴⁹. La Cour de cassation ne serait donc pas si attachée à une conception stricte du « juste titre ».

De nombreux auteurs jugent sévèrement la jurisprudence de la Cour de cassation exigeant une acquisition *a non domino*. Ainsi William Dross écrit-il à propos d'un arrêt de 2013 :

« Au-delà même de son fondement et de ses conséquences, l'hostilité dont fait montre la Cour de cassation à l'endroit de l'usucapion abrégée détonne dans le mouvement général

¹³⁴¹ P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, LGDJ-Lextenso, 6^e éd., 2015, n° 565 ; v. dans le même sens, J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Traité de droit civil*, ss dir. J. Ghestin, *Les biens*, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 207

¹³⁴² v. par ex., Civ. 3^e, 18 sept. 2013, n° 12-14.378 et 12-21.166 ; Civ. 3^e, 14 déc. 2004, n° 03-16.834 ; Civ. 3^e, 27 mai 1998, n° 96-17.801, *Bull. civ. III*, n° 113

¹³⁴³ Civ. 3^e, 13 déc. 2000, n° 97-18.678, *Bull. civ. III*, n° 192

¹³⁴⁴ Civ. 3^e, 19 déc. 2001, n° 00-10.702, *RDI* 2002, p. 143, obs. J.-L. Bergel ; Civ. 3^e, 18 déc. 2002, n° 01-10.983 ; Civ. 3^e, 23 mars 2005, n° 03-20.912 ; Civ. 3^e, 7 avril 1994, n° 92-13.048, *Bull. civ. III*, n° 80

¹³⁴⁵ V. les réf. in *Juris-Class. civ.*, Art. 2272 à 2275, Fasc. unique : prescription acquisitive immobilière, 2016, par M. Mignot, n° 49

¹³⁴⁶ Civ. 3^e, 15 février 1968, n° 66-12.514, *Bull. civ. III*, n° 60 : en l'espèce, un acte de donation-partage avait été consenti par le véritable propriétaire ; pour la Cour de cassation, le donataire pouvait bénéficier de l'usucapion abrégée.

¹³⁴⁷ B. Mallet-Bricout, « Le juste titre », in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, 2008, p. 687, n° 11.

¹³⁴⁸ Civ. 3^e, 13 nov. 1984, n° 83-13.868, *Bull. civ. III*, n° 188, *D.* 1985, 345, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1985, 747, obs. C. Giverdon et P. Salvage-Gerest.

¹³⁴⁹ C. Larroumet, *Les biens, Droits réels principaux*, 5^e éd., Economica, n° 642 s.

de raccourcissement des délais de prescription destiné à mettre le droit en phase avec l'irrésistible accélération du temps de nos sociétés modernes »¹³⁵⁰.

La critique est à mettre en perspective avec l'avant-projet Catala qui, dès 2005, avait proposé d'unifier les délais de prescription acquisitive en matière immobilière en les ramenant à 10 ans dans tous les cas, sans distinguer selon que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi, détient ou non un juste titre (projet, art. 2276). « *Mieux vaut l'ordre que le respect du droit de propriété* », avait alors défendu Philippe Malaurie.

Plus sévèrement encore, Marc Bruschi écrit que :

« La solution, pour classique qu'elle soit, restreint le champ d'application de l'article 2265 du code civil dans des hypothèses où son application aurait été utile sinon juste. En effet, par définition, dans les hypothèses où la personne entend bénéficier de l'usucapion tout en ayant profité d'un transfert de propriété de l'immeuble par le véritable propriétaire, ce transfert n'a pas été efficace et ne s'est en définitive pas produit, faute de la réalisation d'une formalité substantielle [...]. On ne voit pas alors vraiment pourquoi la personne qui a acquis un immeuble à la suite d'un transfert de propriété inefficace ne pourrait pas être assimilé à une personne qui a acquis a non domino ».

L'auteur en conclut que :

« La véritable raison d'être de l'article 2265 ne réside pas dans la qualité de propriétaire de l'aliénateur, mais dans la réalité du transfert de propriété [...].

Ainsi, chaque fois, que le transfert de propriété s'est heurté à un obstacle juridique sérieux ayant empêché la parfaite transmission de la propriété, « l'acquéreur » devrait être considéré comme un possesseur de bonne foi muni d'un juste titre et bénéficiaire des effets de la prescription abrégée »¹³⁵¹.

La principale raison justifiant l'exigence d'acquisition *a non domino* tient au fait que l'acquéreur n'aurait pas besoin de la prescription acquisitive pour devenir propriétaire si le juste titre émane du véritable propriétaire¹³⁵². Il lui suffit d'invoquer le juste titre translatif¹³⁵³. Le litige relève alors, selon les cas, de l'interprétation du contrat ou de la publicité foncière¹³⁵⁴.

L'argument emporterait la conviction si des circonstances de fait n'empêchaient pas parfois (souvent à Mayotte) la résolution des conflits par des règles autres que celles de la prescription acquisitive.

Deux autres arguments avaient également été avancés pour justifier cette solution.

– D'une part, la lettre de l'ancien article 2265 du Code civil qui visait le « *véritable propriétaire* » et sous-entendait que le possesseur n'avait pas conclu l'acte avec lui ;

¹³⁵⁰ W. Dross, obs. sur Civ. 3^e, 18 sept. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 871.

¹³⁵¹ M. Bruschi, obs. sur Civ. 3^e, 13 déc. 2000, *RDI* 2001, p. 149.

¹³⁵² V. en ce sens, A.-M. Sohm-Bourgeois, Rép. Civ. Dalloz, V^o *Prescription civile*, n^o 84.

¹³⁵³ M. Mignot, *Juris-Class. Civ.*, préc., n^o 51.

¹³⁵⁴ P. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, *op. cit.*, n^o 566.

- D’autre part, le risque de voir opposer une fin de non-recevoir à l’action en nullité absolue de l’acte translatif exercée plus de dix après sa conclusion¹³⁵⁵.

Ces deux séries d’arguments ont perdu de leur valeur depuis la réforme de la prescription du 17 juin 2008.

- D’une part, le nouvel article 2272 du Code civil ne fait plus référence au « véritable propriétaire ». L’argument textuel s’effondre ;
- D’autre part, l’action en nullité, que celle-ci soit relative ou absolue, est désormais enfermée dans le délai de prescription quinquennal rendant sans intérêt l’argument tiré de la prescription abrégée à dix ans¹³⁵⁶.

Les juges du fond eux-mêmes ne manquent pas d’opposer une certaine résistance à la Cour de cassation avant d’être sèchement censurés. Ainsi la cour d’appel de Paris avait-elle estimé, dans le prolongement de l’arrêt de 1968, que les dispositions de l’article 2265 du Code civil ne sauraient être écartées au motif que le véritable propriétaire était le vendeur « *sauf à ce que le sort de l’acquéreur du véritable propriétaire soit moins favorable que celui de la personne qui n’aurait pas acquis du véritable propriétaire* »¹³⁵⁷. La solution de la Cour de cassation conduit en effet à traiter de façon moins favorable l’acquéreur du véritable propriétaire que celui qui n’a pas acquis du véritable propriétaire¹³⁵⁸.

C’est exactement ce qui se passerait à Mayotte si l’acquéreur *a domino* se voyait privé de la possibilité d’invoquer l’usucapion abrégée pour conforter son titre non publié. Malgré sa volonté de se porter acquéreur de l’immeuble, malgré celle du précédent propriétaire de lui en transférer la propriété, malgré l’existence d’un acte sous seing privé translatif de propriété régulièrement conclu sous l’empire de la législation antérieure, malgré la prise de possession de l’immeuble et sa mise en valeur par l’acquéreur pendant plus de dix ans, le possesseur de bonne foi ayant acquis *a domino* serait plus mal traité que le même possesseur ayant acquis *a non domino*. Pire, il serait sanctionné pour n’avoir pas publié son titre sous l’empire d’une législation qui rendait cette publication essentiellement facultative pour les « autochtones ».

Il faut donc souhaiter que la Cour de cassation modifie sa jurisprudence tant pour Mayotte que pour l’ensemble du territoire national.

En tout état de cause, une intervention législative serait souhaitable afin de sécuriser au plus tôt la situation. Il suffirait de compléter ainsi l’article 2272 alinéa 2 : « *toutefois, celui qui acquiert un immeuble de bonne foi et par juste titre, du véritable propriétaire ou d’un tiers, en prescrit la propriété par dix ans* ».

Il faut permettre au possesseur *a domino* de cumuler les modes de protection, prescription abrégée et publicité foncière. Une doctrine autorisée se montre très favorable à ce cumul des modes de protection. Ainsi Blandine Mallet-Bricout estime que le possesseur *a domino* qui a

¹³⁵⁵ Argument que la Cour de cassation a clairement réfuté à propos d’une action en nullité d’un acte d’échange exercée quatorze ans après sa signature, Civ. 3^e, 14 déc. 2004, n° 03-16.834 : la cour d’appel avait admis la fin de non-recevoir tirée de la prescription acquisitive ; l’arrêt est censuré au motif que la prescription abrégée était inapplicable à celui qui avait acquis son bien du véritable propriétaire.

¹³⁵⁶ Sauf, il est vrai, à considérer que le point de départ flottant du délai de prescription de l’article 2224 pourrait, dans des circonstances exceptionnelles, conduire à le porter jusqu’au délai butoir de vingt ans de l’article 2232

¹³⁵⁷ Civ. 3^e, 13 déc. 2000, n° 97-18.678, *Bull. civ.* III, n° 192, qui censure, hélas sans surprise, l’arrêt d’appel.

¹³⁵⁸ M. Bruschi, obs. préc.

clairement manifesté sa volonté de se porter acquéreur de l'immeuble, en a pris possession et a pu être considéré par tous, pendant des années, comme le propriétaire du bien sur le fondement du contrat régulièrement passé avec son vendeur « *est le plus légitime à obtenir un droit de propriété définitif sur ce bien, au nom de la sécurité juridique et de la juste préférence accordée à celui qui met en valeur le bien économiquement* »¹³⁵⁹.

Sécurité juridique et justice militent en faveur de ce cumul de protection.

De tout temps et en tout lieu est préféré celui qui met en valeur la terre à celui qui s'en désintéresse. La coutume mahoraise de vivification des terres est en ce sens. L'Ancien droit l'est également¹³⁶⁰.

Dix ans de possession, d'exploitation et de mise en valeur des terres, corroborées par un « juste titre » d'origine coutumière conclu avec le précédent propriétaire, devraient suffire à fonder une usucapion abrégée.

À Mayotte, la solution s'impose d'autant plus que l'objectif poursuivi est uniquement de régulariser une situation (la vente sous seing privé conclue par le *de cujus*) que les héritiers ne contestent pas, mais ne veulent pas non plus, pour des raisons de coût, réitérer. Les actes de notoriété ne devraient donc pas être contestés par des actions en revendication.

Au juste titre coutumier constitué d'un acte translatif de propriété immobilière non publié au devrait s'ajouter, aux fins de sécurisation du foncier, la reconnaissance d'une possession utile coutumière.

II. Pour une « possession utile » coutumière

Une occupation coutumière antérieure à 2008 ne saurait en aucun cas permettre à son auteur de prescrire contre une inscription au livre foncier. Seule une possession établie à compter du 1^{er} janvier 2008 serait apte à produire un tel effet (sous réserve, nous l'avons vu, d'une interprétation favorable de l'article 14 de l'ordonnance de 2005). Mais elle supposerait d'être poursuivie jusqu'en 2038 pour espérer une sécurisation progressive du foncier par cette voie.

L'urgence du désordre foncier commande d'intervenir plus tôt en sollicitant une réforme législative adaptée au contexte de Mayotte. L'enjeu est majeur. Les indivisions immobilières successorales coutumières sont fréquentes. Les héritiers présumés se sont partagé entre eux les terres laissées par le *de cujus* puis les ont, chacun de leur côté, exploitées, cultivées et vivifiées, chacun pensant être devenu propriétaire exclusif de « sa » parcelle. La réalité juridique est, nous le savons, tout autre. La succession n'ayant pas été liquidée ni le partage formalisé, les héritiers sont restés dans l'indivision sans le savoir. Pour peu que l'opération se répète sur deux, trois ou quatre générations, il devient absolument impossible de « sortir » des indivisions en cascade autrement que par le jeu de la prescription trentenaire. Cette technique a été, et est toujours, très utilisée à La Réunion¹³⁶¹. Encore convient-il de surmonter le caractère souvent équivoque de telles possessions.

¹³⁵⁹ B. Mallet-Bricout, « Le juste titre », *loc. cit.*, n° 11.

¹³⁶⁰ V. par ex. Œuvres de Pothier, *Traité de la possession, Traité de la prescription qui résulte de la possession*, nouvelle éd. par M. Hutteau fils, Paris, 1807, avertissement.

¹³⁶¹ I. Omarjee et F. Grivaux, « Pratique notariale de la prescription trentenaire : l'acte de notoriété acquisitive », *JCP N* 2010, 1337.

Surtout, comment fonder à Mayotte une prescription acquisitive trentenaire contre une inscription au livre foncier sans être contraint de patienter jusqu'à 2038 ? Plusieurs pistes peuvent être explorées¹³⁶², qui s'appuient toutes sur l'occupation coutumière des terres, qu'il s'agisse de solliciter une loi rétroactive (A.) ou de proposer une nouvelle usucapion abrégée (B.). Dans le premier cas, la coutume apparaît *contra legem* de sorte qu'elle risque d'échouer dans son combat contre l'inscription au livre foncier. Dans le second, la coutume de fait *praeter legem* si bien que ses chances de succès augmentent.

A. La coutume *contra legem* et les risques d'une validation rétroactive

Il s'agit d'envisager la proposition d'une loi rétroactive autorisant l'occupation coutumière à produire, sous l'empire du livre foncier, les effets d'une possession à titre de propriétaire, continue, paisible, publique et non équivoque.

Une proposition de loi avait été déposée en ce sens le 1^{er} octobre 2020 sur le bureau du Sénat par le sénateur Thani Mohamed Soilihi¹³⁶³. Elle prévoyait de compléter l'article 13 de l'ordonnance n° 2005-870 par l'alinéa suivant :

« Pour l'appréciation du délai de trente ans prévu au premier alinéa de l'article 2272 du Code civil pour acquérir la propriété immobilière, il est tenu compte de la période antérieure au 1^{er} janvier 2008 ».

Cette proposition, innovante, fut adoptée par la LOI 3DS du 21 février 2022 laquelle ne fut pas soumise au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel.

Malgré ses indéniables mérites, il n'est pas sûr que cette disposition nouvelle parvienne à passer avec succès d'éventuels contrôles ultérieurs de constitutionnalité et de conventionnalité.

Cette disposition s'expose en effet au risque d'une invalidation par le Conseil constitutionnel en raison de l'atteinte excessive et rétroactive qu'elle est susceptible de porter au droit de propriété résultant de l'inscription au livre foncier. Même justifiées par un motif d'intérêt général, les atteintes portées au droit de propriété doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi (par ex., Cons. Const., 13 janv. 2012, n° 2011-208 QPC). Surtout, les lois rétroactives ou de validation ne sauraient passer avec succès le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel qu'à la condition d'être justifiées par « *un impérieux motif d'intérêt général* » (Cons. const. 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC).

Depuis l'arrêt *Zielinski et Pradal et Gonzales c./ France* du 28 octobre 1999 par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France pour la rétroactivité d'une loi ne

¹³⁶² On ne reprendra pas, compte tenu de sa lourdeur et sa complexité, la proposition naguère formulée par la Délégation sénatoriale à l'outre-mer consistant à ouvrir à la CUF la faculté exceptionnelle de racheter le titre aux héritiers, selon une procédure d'expropriation sans déclaration d'utilité publique, et de procéder à une redistribution sur la base de l'occupation notoire et socialement acceptée sur une période de dix ans et moyennant l'indemnisation des héritiers non occupants qui se seront manifestés avant l'expiration du délai de cinq ans (Rapport d'information de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer, « *Une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières, 30 propositions au service du développement des territoires* », n° 721, Sénat, 2015-2016, proposition 4).

¹³⁶³ Proposition de loi relative à l'adaptation temporaire des règles de prescription acquisitive à Mayotte.

répondant à aucun *impérieux motif d'intérêt général*, les juridictions nationales sont en effet invitées à faire preuve de davantage de sévérité dans le contrôle des lois de validation¹³⁶⁴.

Seuls *d'impérieux motifs d'intérêt général* peuvent désormais justifier, pour la Cour de cassation, le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel et la Cour EDH, les lois rétroactives ou de validation, étant entendu que le juge judiciaire n'a pas toujours la même appréciation de l'impérieux motif d'intérêt général que les Sages de la rue Montpensier ou les juges de Strasbourg.

Encore faudrait-il également convaincre la Cour européenne des droits de l'Homme que l'atteinte rétroactive portée aux biens du propriétaire inscrits au livre foncier avant 2008 présente un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché ; autrement dit, que l'atteinte portée par le jeu de l'usucapion au droit du propriétaire inscrit n'est pas disproportionnée.

Dans son arrêt *J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c./ Royaume-Uni* du 30 août 2007, rendu en grande chambre (n° 44302/02), la Cour EDH a jugé que le mécanisme de l'usucapion était conforme à l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel en ce qu'il ne constitue pas une « privation de propriété », mais une mesure visant à « réglementer l'usage » des biens (cons. 66), qu'un délai de prescription acquisitive poursuit en soi un but légitime d'intérêt général (cons. 70), que le délai de prescription en l'occurrence de douze ans est jugé relativement long (cons. 39 et 78) et que l'État dispose d'une grande marge d'appréciation dans la recherche du juste équilibre entre les exigences d'intérêt général et l'intérêt des individus concernés (cons. 75).

En rattachant le mécanisme de l'usucapion à la réglementation de l'usage des biens et non à la privation de propriété, la Cour EDH accrédite l'analyse selon laquelle l'objet premier de l'usucapion est d'emporter acquisition originaire d'un droit de propriété au profit du possesseur, la perte du droit de propriété par le propriétaire dont le titre est antérieur n'en étant qu'une conséquence¹³⁶⁵. Plus exactement, l'acquisition de l'immeuble par sa possession utile et prolongée provoque comme effet corollaire l'extinction de l'action en revendication dont était titulaire le propriétaire antérieur. La privation de la propriété ne constitue, dans le prolongement, qu'un effet indirect de l'usucapion. L'arrêt de la Cour EDH rappelle d'ailleurs que « *si, de manière générale, en droit anglais, l'expiration d'un délai de prescription met fin à la possibilité de recours, mais non au droit, la Cour admet que lorsqu'une action en revendication d'un terrain est prescrite, l'extinction du droit du propriétaire inscrit ne fait guère plus que régulariser les situations respectives des intéressés, c'est-à-dire que la personne qui acquiert le droit de propriété par douze ans de possession sans titre se voit confirmée dans sa qualité de propriétaire* » (cons. 76).

C'est donc sur le terrain de l'extinction de l'action en revendication du propriétaire dont le titre est inscrit au livre foncier qu'il conviendrait d'apprécier la portée de la rétroactivité d'une loi validant la prescription acquisitive sous l'empire de la législation de 1911. Or l'effet d'une telle loi serait de priver rétroactivement le propriétaire inscrit au livre foncier de toute action en revendication contre l'occupant coutumier, métamorphosé en possesseur, alors qu'il pouvait légitimement croire aux caractères définitif, inattaquable et imprescriptible de son titre, du

¹³⁶⁴ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ-Lextenso, 5^e éd., 2019, n° 286.

¹³⁶⁵ V. T. Revet, *RTD civ.* 2008, 507.

moins jusqu'en 2008. L'atteinte aux croyances légitimes du propriétaire inscrit me paraît constituer un obstacle dirimant à la conventionnalité d'une telle loi.

Autant la Cour EDH admet la légitimité du principe du mécanisme de l'usucapion, même lorsque le droit réel attaqué a été publié¹³⁶⁶, autant elle se montre soucieuse de la faculté réservée au propriétaire dont le titre est antérieur d'interrompre le cours de la prescription¹³⁶⁷.

Il apparaissait donc, de mon point de vue, hasardeux de s'aventurer dans cette voie semée d'embûches. La sécurité juridique n'y gagnera rien avant de longues années de procédure. Si elle l'emporte.

B. La coutume *praeter legem* et la proposition d'une nouvelle usucapion abrégée

L'objectif consiste ici à combiner une occupation coutumière commencée sous l'empire de la législation de 1911-1931 avec une prescription abrégée commencée à partir de 2008, la première justifiant la seconde. En d'autres termes, l'établissement d'une occupation coutumière, de bonne foi, paisible et continue, consistant en la mise en valeur de façon durable et sérieuse, d'une parcelle de terre, ouvrirait une nouvelle exception légale à l'usucapion trentenaire. L'occupant coutumier serait ainsi autorisé par la loi à prescrire de façon abrégée, à compter de 2008, contre le propriétaire inscrit au livre foncier avant 2008. L'établissement d'un acte de notoriété acquisitive constatant la réunion de ces conditions permettrait ensuite de consolider le titre foncier après l'expiration du délai de recours de cinq ans.

Nous avons vu qu'il ne nous semblait pas possible de faire remonter les effets de la possession utile et prolongée sur une période antérieure au 1^{er} janvier 2008. L'occupation coutumière antérieure ne saurait donc valoir possession utile. En revanche, rien n'interdit de tenir compte du « fait » d'une occupation coutumière prolongée, intervenue avant ou après 2008, pour autoriser cet occupant à prescrire de façon abrégée.

Cette exception, spécifique à Mayotte, pourrait de surcroît s'appuyer sur des précédents coutumiers et législatifs ayant fait produire des effets à l'occupation coutumière. Elle serait d'autant mieux acceptée par le corps social qu'elle ne heurterait pas les règles coutumières ni les traditions ancestrales, à commencer par celle rappelée *in limine* de cette étude sur la vivification des terres en droit musulman et développée par Antoine Hochet dans sa contribution.

Rappelons que le décret du 28 septembre 1926 portant réglementation du domaine à Madagascar, modifié par le décret n° 56-224 du 28 février 1956, avait permis de combattre la présomption de domanialité, en ce qui concerne les personnes exerçant des droits réels selon la

¹³⁶⁶ « Même lorsque le droit réel immobilier est enregistré, le législateur doit pouvoir accorder plus de poids à une possession de longue durée et non contestée qu'au fait formel de l'enregistrement. La Cour admet que l'extinction du droit de propriété dans le cas où l'application qui lui est faite de la loi a pour conséquence d'empêcher l'ancien propriétaire de recouvrer la possession de sa terre ne peut passer pour manifestement dépourvue de base raisonnable. Il existait donc un intérêt général à la fois au délai de prescription en soi et à l'extinction du droit de propriété au terme de ce délai » (cons. 74).

¹³⁶⁷ « Il apparaît qu'il aurait suffi de peu de chose de la part des sociétés requérantes pour interrompre le cours du délai. Il ressort des éléments de preuve que si elles avaient demandé un loyer, ou toute autre forme de paiement, en contrepartie de l'occupation du terrain par les Graham, elles l'auraient obtenu et la possession n'aurait plus été une possession "de fait". Même dans le cas improbable où les Graham se seraient refusés à quitter le terrain et à souscrire aux conditions mises à son occupation, les sociétés requérantes auraient simplement eu à entamer une action en revendication, et le délai aurait cessé de courir en leur défaveur » (cons. 78).

coutume, « *par la preuve contraire établissant que leur droit de propriété résulte d'une occupation de bonne foi paisible et continue ainsi que d'une mise en valeur rationnelle permanente depuis plus de trente ans* » (D. 1926, art. 29 al. 2, mod. D. 1956, art. 2).

Le même décret avait autorisé l'administration à délivrer des titres définitifs de propriété « lorsque, en dehors des terres de réserves ci-après organisées, les détenteurs de droits réels coutumiers fixés dans la région par eux ou leurs auteurs depuis dix ans auront mis individuellement en valeur, d'une façon durable et sérieuse, des terrains sur lesquels ils ne seraient cependant fondés à se prévaloir d'aucun droit de propriété » (D. 1926, art. 31, mod. D. 1956, art. 4).

La délibération n° 145/96/CDG de la collectivité territoriale de Mayotte avait ensuite défini les critères d'attribution des parcelles issues de ces mesures de régularisation foncière.

Poursuivant cette politique de régularisation foncière, l'ordonnance n° 2005-870 du 28 juillet 2005 a autorisé la collectivité départementale de Mayotte à délivrer, « *pour les superficies vivifiées* », des titres définitifs de propriété aux « *titulaires de droits coutumiers individuels établis à Mayotte qui ont mis individuellement en valeur et durablement des terrains appartenant au domaine de cette collectivité ou présumés lui appartenir, sur lesquels ils ne sont fondés à se prévaloir d'aucun droit de propriété* » (art. 11).

Pour l'application de cette disposition, le conseil général de Mayotte a décidé le 12 juillet 2012, par sa délibération n° 834/2012/CG relative à la mise en place d'une nouvelle procédure de régularisation foncière de :

« régulariser à titre gratuit toute personne exerçant un droit réel sur un terrain, à savoir l'occupation de bonne foi, paisible et continue d'une parcelle ainsi que la mise en valeur rationnelle et continue, et se trouvant dans l'une des situations suivantes :

- a) Une personne installée sur un terrain urbain (en conformité avec le zonage des plans locaux d'urbanisme des communes et des autres documents d'urbanisme opposables), sur lequel elle occupe depuis plus de 10 ans et dispose d'une maison d'habitation construite sur un terrain domanial ou privé du département ;
- b) Une personne non indemnisée et décasée depuis plus de 10 ans (à partir du 1^{er} janvier 2012) sur un terrain urbain ou agricole (en conformité avec le zonage des plans locaux d'urbanisme des communes et des autres documents d'urbanisme opposables), domanial ou privé du département, en vue de la réalisation d'opérations d'intérêt général (voiries, réseaux, équipements publics, etc.) »

Seule une « *construction en dur* » est considérée comme une mise en valeur suffisante pour justifier l'attribution d'un titre d'occupation définitif. La preuve peut en être apportée par tous justificatifs utiles.

Le dossier de demande de régularisation foncière devait être déposé avant le 30 juin 2013 pour l'attribution gratuite d'un titre de propriété. Au-delà de cette date, la régularisation foncière intervient à titre onéreux.

À l'aune de ces dispositions relatives aux procédures de régularisation foncière, un juste équilibre devrait pouvoir être trouvé entre le souci de sécurité juridique, les intérêts du propriétaire inscrit au livre foncier et ceux de l'occupant qui met en valeur et vivifie la parcelle

foncière ; autrement dit, un juste équilibre entre l'intérêt général (régularisation foncière, recouvrement des taxes, justice sociale...) et les intérêts privés en présence.

Plusieurs combinaisons de délais d'occupation et de possession peuvent être envisagées, selon les priorités du législateur : faut-il favoriser le jeu de l'usucapion et la sortie des indivisions successorales en retenant des délais relativement courts ou privilégier un niveau élevé de protection au profit propriétaire inscrit, fût-il passif et, souvent, décédé ?

De façon générale, les délais que l'on retrouve en matière d'occupation coutumière ou de possession oscillent entre dix, vingt et trente ans. À ces délais s'ajoute celui quinquennal pendant lequel un acte de notoriété acquisitive peut être contesté au moyen d'une action en revendication.

Option 1 : 30 ans d'occupation coutumière + 10 ans de possession utile

C'est l'option la plus longue, mais également la plus protectrice des titulaires de droits réels immobiliers inscrits au livre foncier. L'occupant coutumier qui démontre une occupation de bonne foi, paisible et continue d'une parcelle ainsi que la mise en valeur rationnelle et continue de celle-ci pendant trente ans, serait autorisé à bénéficier d'une usucapion abrégée à dix ans. La combinaison de ces délais porte donc à 40 ans la durée d'occupation-possession des terres, auxquels s'ajoute le délai de recours quinquennal contre l'acte de notoriété acquisitive.

En définitive, il faudrait 45 ans pour régulariser par un titre définitif une situation de fait, ce qui est long. Concrètement, ce système permettrait à un occupant coutumier depuis 1978 de bénéficier d'une prescription acquisitive abrégée à compter de 2008 et d'obtenir dès 2018 une notoriété acquisitive. En l'absence de recours, son titre deviendrait définitif en 2023.

Option 2 : 10 ans d'occupation coutumière + 10 ans de possession utile

Cette option correspond à celle cumulant les délais les plus brefs. Il suffirait d'une occupation coutumière commencée en 1998 pour permettre une usucapion abrégée à compter de 2008. Ultérieurement, une occupation coutumière établie à partir de 2000 permettrait de commencer une prescription acquisitive dès 2010 et d'obtenir une notoriété acquisitive en 2020. Et ainsi de suite.

Option 3 : 20 ans d'occupation coutumière + 10 ans de possession utile

Cette option correspond à une solution médiane, aboutissant dans les faits à une forme d'usucapion trentenaire puisqu'elle cumule une occupation coutumière de vingt ans et une possession acquisitive de dix ans.

Cette option intermédiaire non seulement paraît équilibrée, mais présente aussi l'insigne mérite de lisser dans le temps les dispositifs de régularisation foncière à Mayotte. En effet, ce dispositif spécifique permettrait de dresser dès 2018 des actes de notoriété acquisitive fondés sur une usucapion abrégée après 2008 avant de perdre progressivement son intérêt et être remplacé par l'usucapion de droit commun à partir de 2038. À cette date, il suffira de constater une possession utile trentenaire conforme au droit commun pour délivrer des actes de notoriété acquisitive. Le dispositif spécifique s'éteindra de lui-même. À l'équilibre entre les intérêts en présence s'ajoute une simplicité de fonctionnement.

Cette analyse suppose naturellement de calquer les conditions de l'occupation coutumière sur celles de la possession utile ou, du moins, de ne pas admettre des occupations coutumières qui ne vaudraient pas possession utile en droit commun.

Si l'on accepte de définir, avec le conseil général de Mayotte, l'occupation coutumière comme « l'occupation de bonne foi, paisible et continue d'une parcelle ainsi que la mise en valeur rationnelle et continue de celle-ci », on retrouve les conditions de caractères paisible et continu de la possession utile. Si l'exigence d'occupation à titre de propriétaire, publique et non équivoque (C. civ., art. 2261), n'est pas reprise expressément, elle peut aisément être sous-entendue derrière l'exigence de bonne foi et de mise en valeur de la terre. En effet :

– D'une part, la bonne foi de l'occupant suppose la croyance en sa qualité de titulaire de droit réel coutumier, ce qui paraît correspondre à l'occupation à titre de propriétaire et à l'absence d'équivoque. En pratique, l'occupant sera souvent un héritier qui, de bonne foi, se sera mis d'accord avec ses cohéritiers pour régler la succession et se partager les biens immobiliers de la succession. Croyant avoir acquis par voie successorale la propriété de la parcelle qui lui revient, son occupation est naturellement *animus domini* et cet *animus* est logiquement dépourvu d'équivoque¹³⁶⁸.

– D'autre part, la mise en valeur rationnelle et continue de la terre suppose *a minima* une occupation publique. On imagine mal une occupation clandestine satisfaisante à l'exigence de mise en valeur rationnelle et continue du sol. En revanche, cette condition ajoute incontestablement aux exigences de la possession utile qui ne requiert aucun acte de vivification, mais simplement un *corpus* conforme à ce que ferait normalement le véritable propriétaire.

En définitive, il ressort de cette synthèse et des propositions qui en découlent que, si les usages ou coutumes à Mayotte sont souvent perçus comme la principale source du désordre foncier qui y règne, leur habile réappropriation par la loi permettrait, sur une période transitoire relativement brève, d'en exploiter les puissants ressorts aux fins de sécurisation du foncier. Au lieu d'emprunter cette voie médiane respectueuse des coutumes et usages ancestraux, la proposition adoptée par la loi 3DS du 21 février 2022 autorise l'usucapion trentenaire sur la période antérieure au 1^{er} janvier 2008. Il s'ensuit que le propriétaire régulièrement inscrit au livre foncier risque désormais de se voir rétroactivement privé de sa propriété au profit d'un occupant coutumier, métamorphosé par la grâce de la loi en possesseur, alors qu'il pouvait légitimement croire aux caractères définitif, inattaquable et imprescriptible de son titre. Cette disposition, dont il convient de relever qu'elle n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel, a peu de chances de passer avec succès de futurs contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Le désordre, hélas, continue.

¹³⁶⁸ W. Dross, Art. 2258 à 2271 – Fasc. unique : *Prescription acquisitive. – Définitions et conditions*, Juris-Class. civ., n° 33 et s.

Partie IV – L'ENCADREMENT DE LA COUTUME MAHORAISE

Une fois identifiés le domaine de la coutume mahoraise et sa réception pratique par les acteurs, il convient d'aborder des problématiques transversales que soulève son application, liées à la difficulté de son identification (Chapitre 1), à sa confrontation avec les droits fondamentaux (Chapitre 2) et, parmi eux, au principe constitutionnel de laïcité (Chapitre 3).

Chapitre 1/ L'impossible identification de la coutume

Cette étude se propose d'effectuer une présentation générale de la coutume mahoraise dans sa dimension historique et contemporaine. Le propos, organisé en quatre temps, soulève les écueils de la démarche d'identification de la coutume (Section 1), détermine les enjeux de cette identification sur le territoire mahorais (Section 2), fait état des éléments d'identification de la coutume contenus dans la littérature et dans la loi dans une perspective historique (Section 3) et, enfin, évalue la place reconnue à cette coutume dans le droit positif à l'époque contemporaine (Section 4).

Section 1/ Écueils de la démarche d'identification de la coutume

Un préalable à l'étude consiste à poser les écueils de la démarche entreprise. En effet, la coutume n'existe que pour désigner une pratique alternative à l'action officielle de l'État légal-rationnel. La coutume est représentée comme telle parce que cette pratique est construite et mise en comparaison avec le droit dit moderne. Pour les pouvoirs publics, le terme coutume est déployé pour désigner les situations de régulation par le bas, en local, au-delà de la sphère d'intervention de l'État¹³⁶⁹. Est coutumier ce qui échappe *a priori* à son action. De plus, identifier une coutume relève d'une entreprise vaine dans la mesure où toute coutume est évolutive et donc historiquement située¹³⁷⁰. Ses contours fluctuants sont sans cesse repensés. Si le regard juridique tend à figer la catégorie pour chercher à en identifier un contenu, la coutume n'a jamais de contours définis.

Synonyme de « tradition » – elle-même toujours construite et réinventée, la coutume renvoie en premier lieu à l'ensemble des pratiques humaines et sociales observées par le regard ethnographique¹³⁷¹. Elle ne peut donc être approchée que par une démarche empirique d'observation. Si l'acception première de la coutume n'est pas juridique, les juristes se sont saisis du terme pour désigner les formes spontanées de normativité. C'est en premier lieu pour dénier à certaines sociétés dites primitives le bénéfice de possession d'un droit que la coutume a été instrumentalisée dans le domaine juridique¹³⁷². Puis, le vocable s'est révélé utile pour désigner le droit informel et inofficiel permettant de le concevoir au-delà des textes sous les traits du pluralisme juridique¹³⁷³. La coutume permet ainsi de catégoriser une forme de droit spontané aux côtés du droit légal-rationnel posé par l'État. Aussi, identifier la coutume est une

¹³⁶⁹ P. Lavigne-Delville, « La réforme foncière rurale au Bénin. Émergence et mise en question d'une politique instituante dans un pays sous régime d'aide, *RFSP* 2010/3, vol. 60, p. 467-491. V. également É. Le Roy, « Actualité des droits dits 'coutumiers' dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l'océan Indien à l'orée du 21^e siècle », *Cahier thématique Retour au foncier, Cahiers d'anthropologie du Droit*, n° 26, 2001, Paris, LAJP/Karthala 2003, p. 237-263.

¹³⁷⁰ J.-F. Bayart, « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs* 2009/2, n°129, p. 27-44.

¹³⁷¹ L. Assier-Andrieu, « La formation historique du concept de coutume et les origines de l'anthropologie sociale », XVIII-XIX^e siècles, in *La coutume au village : Dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires du midi, 2001, en ligne.

¹³⁷² E.-A. Hoebel, *The Law of Primitive Man. A study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 20.

¹³⁷³ L. Assier-Andrieu, *op. cit. loc. cit.*

démarche périlleuse, car elle ne renvoie qu'à une réalité factuelle et fluctuante qui échappe à toute démarche de rationalisation intellectuelle.

Section 2/ Enjeux de l'identification de la place de la coutume sur le territoire mahorais

Ces écueils étant posés, identifier la coutume mahoraise n'en demeure pas moins nécessaire dans la mesure où Mayotte est devenue un département français et que le statut civil de droit local qui se décline à partir de pratiques coutumières est toujours officiellement applicable sur le territoire en vertu de l'article 75 de la Constitution de 1958 et de l'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010. En aménageant la possibilité de revendiquer un statut civil de droit local, ce texte reconnaît officiellement une forme de pluralisme juridique pour régler certaines questions juridiques (capacité, mariage, alliance, successions, *etc.*). L'article 75 trouve une pleine application dans les territoires ultramarins (Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna et Mayotte). Si sur certains territoires le Code civil français a depuis longtemps remplacé le droit local (par exemple, en Polynésie), ce statut personnel est encore applicable pour certaines communautés : les Wallisiens, les Kanaks et les Mahorais. Alors même que les grands principes d'unité et d'indivisibilité de la République, qui mènent à considérer que le droit doit être uniforme sur tout le territoire français¹³⁷⁴, sont placés au cœur du droit français – un pluralisme juridique d'État est alors institué. Reconnaître la coutume permet d'introduire une domination légale rationnelle, au sens de l'idéal type bureaucratique wébérien¹³⁷⁵, dans une sphère *a priori* non juridique. C'est en connaissant et en maîtrisant l'usage du droit d'un territoire que l'on peut le contrôler¹³⁷⁶. L'universalisme et l'indifférenciation républicains sont ainsi volontairement battus en brèche pour une raison supérieure d'État.

Dans ces circonstances, l'identification de la coutume mahoraise s'impose parce qu'elle est prise en compte par le droit français lui-même. Elle n'est plus une réalité factuelle du territoire qui échappe à l'emprise de l'État, mais est placée sous l'œil de l'État¹³⁷⁷. Reconnaître l'application de la coutume et l'encadrer permet de maîtriser le droit applicable sur le territoire afin que des pratiques spontanées ne soient pas laissées à la sphère du non-droit. L'identification de la coutume mahoraise est d'autant plus nécessaire depuis la départementalisation du territoire que l'application de la coutume est strictement aménagée par la loi et qu'il revient désormais au juge de droit commun d'en faire application, les cadis n'assurant, *a priori*, plus qu'une mission de « médiation et de cohésion sociale »¹³⁷⁸. Alors que l'application d'un statut civil de droit local aurait pu être remise en cause par la volonté d'assurer une autre forme d'intégration du territoire à la France¹³⁷⁹, le législateur a fait le choix politique de conserver son application par l'ordonnance de 2010, dans le contexte des promesses électorales de 2007 du candidat Nicolas Sarkozy. Le domaine matériel du statut a toutefois dû être aménagé afin de rendre son

¹³⁷⁴ En vertu de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, qui fait écho à l'article 1^{er} de la DDHC, « *la France assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Le projet national est celui du peuple français, non des communautés infra-étatiques.

¹³⁷⁵ Selon Max Weber le « rationalisme légaliste » est une forme de domination reposant sur une croyance dans l'autorité des règles abstraites et impersonnelles posées par les autorités légitimes de l'État de droit : V. notamment la publication française : M. Weber, *La domination*, traduit de l'allemand par I. Kalinowski, éd. Critiquée par Y. Sintomer, Paris, La Découverte, 2013.

¹³⁷⁶ J.-C. Scott, *L'œil de l'État*. Moderniser, uniformiser, détruire, La découverte, 2021.

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Voir le rapport de Aurélien Siri.

¹³⁷⁹ En Polynésie, le statut personnel a été purement et simplement supprimé par le décret n° 45-586 du 5 avril 1945 sur l'organisation des pouvoirs publics en Polynésie française, avec une finalité d'assimilation législative.

application compatible avec les droits et libertés fondamentaux reconnus par le droit français. En effet, le projet de loi relatif au département de Mayotte déposé le 6 octobre 2010 avant l'adoption de la loi du 7 décembre précise que Mayotte devra « *conserver ce qui fait son identité dans la République* »¹³⁸⁰. Les aménagements s'expliquent avant tout parce que le statut personnel de droit local mahorais puise en partie son origine dans le droit dit musulman¹³⁸¹ et qu'il a fallu l'articuler avec le principe général de laïcité, mais aussi avec tout un ensemble de libertés fondamentales reconnues par les lois de la République française. C'est ainsi que l'ordonnance de 2010 a limité le champ des incapacités juridiques de la femme mahoraise, a supprimé définitivement la polygamie ou encore a interdit toutes discriminations qui seraient contraires à l'ordre public dans la dévolution des successions. Le champ d'application du statut civil de droit local est depuis très résiduel, si bien que ce statut affiché a pu être qualifié d'« *imposture* »¹³⁸² dans la littérature scientifique.

Le cadre de la présente recherche qui porte sur la « place » de la coutume à Mayotte s'explique dans ce contexte d'aménagement strict de la coutume par l'ordonnance du 3 juin 2010. Il s'agit de déterminer si la coutume est revendiquée par les justiciables et les praticiens du droit et appliquée par le juge français ou si elle continue de régir les rapports sociaux et particulièrement les relations familiales hors de la sphère de l'officiel. Pour ce faire, une étape incontournable consiste à faire un état des éléments d'identification de la coutume dans une perspective historique et contemporaine.

Section 3/ Éléments d'identification de la coutume : perspective historique

La référence à la coutume mahoraise émerge en France dans la littérature académique et judiciaire, puis dans les textes de loi, avec la volonté d'identifier des pratiques alternatives à l'action officielle de l'État. En effet, la cession du territoire à la France en 1841 fait naître la nécessité de comprendre, mais aussi de contrôler le territoire par la maîtrise du droit qui y est applicable. C'est par un état de la littérature académique et judiciaire ainsi que des différents textes de droit français faisant référence à la coutume depuis cette époque que l'on se propose de cerner ses contours dans une perspective historique.

Dans la littérature académique, les travaux sur le droit local sont peu nombreux¹³⁸³. Deux magistrats qui se sont intéressés à la coutume ont toutefois laissé d'importants travaux : Alfred Gevrey (1837-1907) et Paul Guy (1904-1984). Beaucoup plus récemment, les travaux anthropologiques de Sophie Blanchy sur la vie quotidienne à Mayotte ont permis de faire état des conduites sociales et humaines sur le territoire. Ces travaux identifient le droit local dit coutumier tant dans les pratiques des populations d'origine bantoue (Afrique de l'Est), malgache ou arabe arrivées dans l'île au fil des siècles que dans un ensemble de règles issues du droit musulman. Ces deux sources du droit local ne convergent pas dans la mesure où les pratiques d'origine bantoue sont souvent dérogoires au droit musulman. Selon Sophie

¹³⁸⁰ Rapport n°17 (2010-2011) de M. Christian Cointat, fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 octobre 2010.

¹³⁸¹ S. Blanchy, « Les textes islamiques protecteurs aux Comores : transmission et usages », in C. Hamès (dir.), *Coran et talismans. Textes et pratiques magiques en milieu musulman*, Paris : Karthala, 2007, p. 267-308. Sur les origines musulmanes du statut, v. *infra*.

¹³⁸² S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, n°80, 2012, p. 123.

¹³⁸³ S. Blanchy, « Images coloniales de la société comorienne. Les raisons d'une méconnaissance durable », in Norbert Dodille (dir.), *Idées et représentations coloniales dans l'Océan Indien*, Paris : Presses de l'Université Paris Sorbonne, 2009, p. 211-246.

Blanchy, les pratiques d'origine bantoue se caractérisent par une forte résistance des principes matrilineaires (la filiation est définie dans la lignée maternelle) et la matrilocalité (la résidence de la famille est celle de la mère)¹³⁸⁴. Ce modèle a longtemps perduré tout en se transformant notamment sous l'influence des invasions arabes du XIII^e au XV^e siècles¹³⁸⁵. Les sultans musulmans ont, par exemple, pris la place des chefferies traditionnelles. Encore aujourd'hui, Mayotte est très marquée par l'islam, car subsiste sur l'île un « protectionnisme confessionnel »¹³⁸⁶ : 95% de la population mahoraise serait de confession musulmane¹³⁸⁷. Des pratiques religieuses issues de l'islam qui se caractérisent « *par des cérémonies rassembleuses, telles des célébrations musicales et chorégraphiques pouvant accompagner l'exercice du culte, ou bien l'attachement à des fêtes, comme le « Grand mariage»* » sont ainsi au cœur de la vie quotidienne mahoraise¹³⁸⁸. Par ailleurs, les règles issues du droit musulman qui sont applicables aux Comores, à Madagascar, en Afrique orientale, en Syrie et en Indonésie trouvent aussi leur application à Mayotte. Ces règles sont recensées dans un recueil intitulé *Minhâdj at Twalibine* ou *Guide des zélés croyants*, résumé de la loi civile (*sharia, qanun*) et de la jurisprudence (*fiqh*), écrit au XIII^e siècle pour les praticiens du droit musulman¹³⁸⁹. Une traduction en français a été établie et publiée par Van Den Berg à Batavia en 1881-1883 ainsi que par le magistrat Paul Guy en 1952 sous le titre *Minhâdj at-tâlibîn*¹³⁹⁰. On trouve également une traduction du *Minhâdj* dans un inventaire dressé à Mayotte par Charles Poirier, administrateur colonial des Comores en poste à Dzaoudzi de 1916 à 1921¹³⁹¹.

Dans la loi française, les références à la coutume sont relativement récentes. En effet, le Traité de prise de possession de Mayotte de 1841 n'évoque pas l'application du droit privé local. Un mouvement de rationalisation des pratiques locales par le droit français est même engagé par le Traité dans le cadre foncier par l'introduction d'une immatriculation des terres cultivées¹³⁹², restreignant par-là même la place des pratiques locales. Si l'occupant coutumier peut conserver des droits réels sur son terrain alors qu'il n'a pas de titre, l'État devient officiellement propriétaire des terres. Par ailleurs, un tribunal civil et correctionnel jugeant selon la loi française va être créé dans la colonie de « Mayotte et dépendances »¹³⁹³ par une ordonnance du 10 juin 1844. Alors qu'il n'est toujours pas officiellement fait référence à la coutume, le Code civil français devient applicable à Mayotte en 1912¹³⁹⁴. Le monde du droit (officiel) semble ainsi cohabiter avec le monde du fait sans que des points d'accroche soient établis entre ces deux champs. La coutume n'est évoquée pour la première fois dans des textes normatifs qu'en 1934 et en 1939. Le décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, se réfère ainsi au « droit musulman » et aux « coutumes indigènes ». L'article 6 du décret prévoit précisément que « *Les cadis jugent d'après le droit musulman et les coutumes indigènes. Le code musulman Minhâdj el Tâlibîn est seul officiel et applicable*

¹³⁸⁴ S. Blanchy, *La vie quotidienne à Mayotte (Comores) : essai d'anthropologie compréhensive. Anthropologie sociale et ethnologie*, Université de La Réunion, 1988, spéc. p. 14-22.

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ M. Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue de droit des religions*, n° 6, 2018, p. 59-76, spéc. p. 66 (en ligne).

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ *Ibid.*

¹³⁸⁹ S. Blanchy, « Les textes islamiques protecteurs aux Comores : transmission et usages », in C. Hamès (dir.), *Coran et talismans. Textes et pratiques magiques en milieu musulman*, Paris : Karthala, 2007, p. 267-308.

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² P. Guy, *Mayotte et les Comores, Essai de chronique judiciaire, 1848-1860*, p. 119.

¹³⁹³ Comprenant Nosy-bé et Sainte-Marie, deux îles malgaches.

¹³⁹⁴ En 1896, le Code civil français est étendu à Madagascar, nouvelle colonie, et à ses dépendances dont feront partie les Comores en 1912.

dans l'archipel ». La référence au statut reste vague. Ce n'est qu'en 1964, lorsqu'une option de juridiction va être reconnue par la Chambre des députés des Comores pour offrir le choix aux Mahorais entre la justice cadiale et le juge de droit commun, que le domaine matériel du statut personnel va être officiellement détaillé¹³⁹⁵. L'article 9 de la Délibération du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane prévoit par exemple que les cadis « *connaissent des affaires relatives au statut personnel (état civil, mariage, dons nuptiaux, garde d'enfant, entretien, filiation, répudiation, rachat Khol et autres séparations entre époux, etc.)* » et qu' « *ils statuent en outre en matière de succession, donation, testament, waqf et "magnahoulé" et en matière d'obligations (...)* ». Le champ d'intervention des cadis est ainsi défini par référence au domaine matériel de la coutume, mais sans que le contenu de cette coutume ne soit envisagé légalement. Des recueils de règles issues du droit musulman (tels que le *Minhâdj at Twalibine*) interviendront donc en complément de la loi officielle. Il est intéressant d'observer dans la délibération du 3 juin 1964 que la compétence du cadi s'étend au-delà du champ du statut de droit civil. Le champ d'application de la coutume, entendue comme pratique alternative à l'action officielle de l'État, se conçoit donc au-delà du strict domaine du droit des personnes et de la famille.

Progressivement, le champ officiel d'application de la coutume va se restreindre au statut civil de droit local. Les références à la coutume vont se préciser et se standardiser dans les textes de loi pour s'articuler avec l'article 75 de la Constitution qui n'envisage le pluralisme juridique que par référence à ce statut (même si la coutume continue, en pratique, officieusement, de réguler les pratiques sociales bien au-delà du domaine du statut civil de droit local). Dans le champ d'intervention de l'article 1975, un processus de rationalisation de la coutume se met progressivement en place afin que les pratiques puissent cohabiter avec le droit légal-rationnel posé par le Code civil. Des textes d'origine réglementaire vont ainsi définir le cadre du statut civil de droit local¹³⁹⁶. Par ailleurs des ordonnances, des lois et des décrets en font évoluer le contenu¹³⁹⁷. L'évolution du vocabulaire utilisé pour désigner le statut est symptomatique de cette évolution : « l'état civil des Comoriens musulmans » ou encore le « statut personnel coranique »¹³⁹⁸ devient, à partir de la départementalisation, « statut civil de droit local applicable à Mayotte »¹³⁹⁹. L'appellation du statut personnel perd toute référence religieuse afin de l'articuler avec le principe général de laïcité et, plus généralement, avec l'ordre public français. Le statut se standardise au sens où il est rendu conforme à la norme de référence qu'est le droit civil français. Cette standardisation du statut, qui se fixait pour objectif d'aménager légalement le contenu de la coutume, va avoir l'effet paradoxal de ramener la coutume au domaine des faits, laissant le droit commun seul officiellement appliqué sur le territoire mahorais.

¹³⁹⁵ Délibération n° 64-12 bis du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane. L'option de juridiction est affirmée pour les matières qui ne sont pas de la compétence exclusive des cadis (art. 2).

¹³⁹⁶ Ex : Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte, *Journal officiel des Comores*, J.O.C. 1961, p. 258.

¹³⁹⁷ Not. : Loi « statutaire » n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte ; loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 du 21 juillet 2003 ; loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer ; ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître (ratifiée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010, art. 31, 13°) ; loi organique n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 relative au département de Mayotte.

¹³⁹⁸ Ord. n° 77-450, 29 avril 1977, portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du code des communes, art. 4 al. 2.

¹³⁹⁹ Ord. n° 2000-218, 8 mars 2000, fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte.

Section 4/ Éléments d'identification de la coutume : perspective contemporaine

L'étude de la coutume mahoraise soulève un paradoxe intéressant : son encadrement strict et progressif par la loi a eu pour effet de la relayer sur son terrain initial, celui des pratiques spontanées des acteurs du territoire. Alors que la reconnaissance et l'aménagement de la coutume ont été pensés pour connaître et maîtriser l'usage du droit applicable tout en assurant une transition progressive vers la départementalisation, le statut civil de droit local en a standardisé l'application de manière telle (par sa mise en conformité à la norme de référence qu'est le droit civil français) que la coutume est relayée hors de la sphère d'intervention de l'État. Aujourd'hui, la coutume n'est pas revendiquée par les justiciables ni par les praticiens du droit devant les autorités françaises. Elle n'est pas non plus appliquée par le juge français. Elle continue en revanche de régir les rapports sociaux et particulièrement les relations familiales hors de la sphère de l'officiel. Au-delà des divers entretiens menés dans le cadre de cette recherche, qui font état d'un défaut de revendication et d'application de la coutume dans la sphère de l'officiel, mais d'une place centrale dans la régulation factuelle des rapports sociaux, un état de la littérature permet de se convaincre de cette réalité et de l'expliquer.

Dans son étude « Valeurs de la République et islam à Mayotte », Mathilde Philippe-Gay fait état de cette régulation de la société au-delà de la sphère d'intervention de l'État¹⁴⁰⁰. Alors que les cadis n'assurent en principe plus qu'une mission de « médiation et de cohésion sociale », les Mahorais continuent de faire appel à eux pour régir les rapports sociaux et particulièrement leurs relations familiales. Selon une enquête publiée en mars 2017, 44% des sondés reconnaissent toujours faire appel aux cadis comme conseil ou référent¹⁴⁰¹. Dans ces circonstances, la coutume dans son acception dite « traditionnelle » continue de régir les rapports sociaux. Par exemple l'union devant le cadi est un acte religieux qui ne sera pas soumis au Code civil en cas de séparation ou de décès. Mathilde Philippe-Gay observe en outre que la place des femmes comme stabilisatrice de la société mahoraise est toujours un repère fondamental par l'application de coutumes africaines¹⁴⁰². Même les pratiques explicitement proscrites telles que la polygamie perdurent¹⁴⁰³.

La confiance dans les autorités traditionnelles, la force de l'habitude et le défaut de connaissance du droit commun sont autant de raisons qui expliquent que les pratiques perdurent en périphérie de l'ordre officiel. La réduction du champ d'application de la coutume par la loi explique, par ailleurs, que les pratiques ne soient pas officialisées devant le juge ou l'administration. Sophie Blanchy et Yves Moatty observent que toute la série de textes légaux qui modifient le statut de droit local entre 2003 et 2010, lui a ôté ses spécificités¹⁴⁰⁴. Seul un appareil de droit local officiellement applicable a été conservé conduisant les auteurs à qualifier le statut prévu par l'ordonnance du 3 juin 2010 d'« imposture »¹⁴⁰⁵. Elise Ralser qualifie pour

¹⁴⁰⁰ M. Philip-Gay, *op. cit.*

¹⁴⁰¹ G. Vauthier, « Enquête : Mayotte roule-t-elle toujours pour les cadis ? », *Mayotte Hebdo*, 9 mars 2017. Cité par M. Philip-Gay, *op. cit.*

¹⁴⁰² M. Philip-Gay, *op. cit.*

¹⁴⁰³ D'après l'enquête de l'INSEE, *Migrations, natalité et solidarités familiales*, en 2017, un homme sur dix était toujours polygame. Ils étaient 13% en 1991, ce qui montre une faible baisse de la pratique. V. « La polygamie à Mayotte : une pratique rejetée par une majorité de femmes... un peu moins par les hommes », *Le journal de Mayotte*, 13 mars 2017.

¹⁴⁰⁴ S. Blanchy et Y. Moatty, *op. cit.*

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

sa part ce statut de « fantôme »¹⁴⁰⁶. En voulant accompagner la départementalisation en adaptant le statut de droit local par des droits et libertés fondamentaux dans le but de concilier pluralisme culturel et intégration dans la République, le législateur l'a tout simplement vidée de sa substance. C'est tout le processus progressif d'assimilation républicaine qui est alors mis à mal à Mayotte¹⁴⁰⁷.

Cette étude illustre le décalage existant entre les ambitions affichées par les autorités publiques soucieuses d'une intégration progressive du territoire mahorais et la réalité de terrain. Les États régis par un régime de séparation *a priori* stricte entre le politique et le religieux peinent à prendre en compte les particularismes locaux¹⁴⁰⁸. D'un point de vue plus juridique, on observe combien les règles abstraites et impersonnelles posées par les autorités légitimes de l'État de droit s'accommodent et s'imprègnent difficilement dans les systèmes de droit plus spontanés (dits coutumiers). Ce constat n'a rien d'étonnant dans la mesure où il paraît hasardeux d'imaginer changer des pratiques par des réformes *top down*, générales et abstraites, pensées en surplomb de la société. D'autres voies engagées vers l'intégration du territoire à la France ont alors été pensées en parallèle de l'aménagement légal de la coutume sur le terrain (*bottom up*), par des acteurs directement en lien avec les populations locales. Les actions nationales de formation aux valeurs de la République mises depuis 2015 à Mayotte pourront sûrement être plus à même de faire évoluer les pratiques¹⁴⁰⁹. Cette régulation par le bas fait écho au concept de gouvernance et remédie au déclin de la centralité régulatrice de l'État¹⁴¹⁰. Comme cela est prévu en métropole depuis 2009¹⁴¹¹, des agents publics, des salariés des associations de la ville, de la jeunesse et des sports ont en charge l'enseignement des valeurs républicaines. Tel est notamment le cas du plan de formation conçu sous l'égide du Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET), en collaboration avec le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT). En décembre 2016, la Direction de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion sociale (DJSCS) de Mayotte a ainsi constitué une commission départementale pour établir un « schéma de développement des valeurs de la République ». Par ailleurs, la même année le Centre universitaire de formation et de recherche (CUFR) de Mayotte a mis en place un diplôme universitaire « Islam et valeurs de la République » présenté par le préfet comme devant permettre de « s'interroger sur les valeurs de la France, de la République et de l'islam (...) pour que Mayotte, dans son approbation de la République, se dise : j'ai un miroir... je m'y reconnais d'une manière ou autre »¹⁴¹². Pour adhérer au système de droit français et à ses valeurs, encore faut-il adhérer à l'idéologie de l'État légal-rationnel¹⁴¹³, ce qui semble un objectif ambitieux sur un territoire comme Mayotte où la régulation sociale s'opère encore très largement au-delà de la sphère d'intervention de l'État.

¹⁴⁰⁶ É. Ralsler, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 733-774.

¹⁴⁰⁷ O. Guillaumont, « Adieu polygamie, répudiation, inégalités successorales ou mort à petit feu du statut civil de droit local applicable à Mayotte et les délices de l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *Revue juridique et politique des états francophones*, 59, 2005, p. 97-114, spéc. p. 101.

¹⁴⁰⁸ C. de Galembert et M. Koenig, *Gouverner le religieux avec les juges. Introduction*, *RFSP* 2014/4, p. 631-634.

¹⁴⁰⁹ V. M. Philip-Gay, *op. cit.*

¹⁴¹⁰ V. entre autres, D. Held, *Democracy and Global Order. From the Modern State to Cosopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1996.

¹⁴¹¹ France. Haut conseil à l'intégration. *Études et intégration : faire connaître les valeurs de la République*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 30.

¹⁴¹² Propos recueillis par E. Tuevo, pour le site *La 1^{re} France TV info*, 8 sept. 2015.

¹⁴¹³ É. Le Roy, *op. cit.*

Chapitre 2/ Statut personnel et droits et libertés fondamentaux

Selon l'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958, « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé »¹⁴¹⁴. *Quid* si certaines dispositions de ce statut semblent contraires aux droits et libertés fondamentaux garantis à toute personne relevant de la juridiction française ?

Un des phénomènes marquants du droit contemporain est sa fondamentalisation. Les droits et libertés fondamentaux occupent aujourd'hui une place essentielle dans tout État de droit. En France, leurs sources sont nombreuses, nationales, européennes, avec la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et internationales, avec, notamment les textes qui émanent de l'Organisation des Nations Unies, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes ou la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Certains de ces textes sont d'application directe en France : leurs dispositions, ou certaines d'entre elles, peuvent fonder une prétention devant le juge français. Juridictions européennes et organismes mis en place dans le cadre conventionnel veillent au respect des engagements pris par la France.

La question de la compatibilité de la coutume avec les droits fondamentaux est d'autant plus sensible que les statuts civils de droit commun dont le respect est garanti par la Constitution portent, pour l'essentiel, sur les questions de famille et de propriété, notamment de propriété des terres, c'est-à-dire qu'elles touchent aux structures les plus profondes des sociétés qu'elles régissent, et par-là même à leur identité. Et l'on a beau jeu d'opposer les sociétés « traditionnelles », construites sur la solidarité du groupe, aux sociétés « modernes » ou « postmodernes », axées sur l'individu : les droits fondamentaux, reflet de cette société individualiste, ont-ils un sens lorsque l'on prétend les appliquer à des sociétés qui reposent sur de tout autres bases ?

Il n'est pas question d'entrer dans ce type de débats, au demeurant infiniment complexes, mais seulement d'étudier comment, dans le cas de Mayotte, est assurée l'articulation entre deux exigences juridiques qui peuvent se révéler sinon contradictoires, du moins en tension : respect du statut personnel d'un côté, garantie des droits et libertés fondamentaux, de l'autre.

On sait que la question ne se pose pas seulement pour Mayotte, mais aussi pour la Nouvelle-Calédonie et pour Wallis et Futuna¹⁴¹⁵. La situation mahoraise est cependant très particulière.

Il s'agit tout d'abord d'un « statut » composé de règles de nature et d'origine diverses puisque, comme il a été expliqué *supra*¹⁴¹⁶, des règles de droit musulman, dans l'interprétation chaféite, se combinent ou se heurtent avec des règles originaires d'Afrique ou de Madagascar. Or à travers elles, se sont, au risque de simplifier abusivement les choses, deux modèles sociaux qui

¹⁴¹⁴ F. Dargent, « La protection constitutionnelle de la coutume », *supra*.

¹⁴¹⁵ É. Cornut, « Les statuts personnels d'outre-mer reconnus par la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna) », *infra*.

¹⁴¹⁶ É. Ralser, « Le domaine matériel du statut personnel mahorais et de la coutume », *supra*.

se superposent : un modèle matrilineaire (la parenté est construite à partir de la mère et de la famille de la mère) et matrilocalisé (les parents de la femme construisent une maison pour leur fille et c'est dans la maison qui appartient à la femme, que vient vivre le mari pendant le mariage), d'une part, un modèle patrilinéaire et patriarcal, d'autre part. Cette coexistence, dont les conséquences se manifestent notamment lors de la séparation du couple ou lors des partages successoraux, fait la richesse, mais aussi la complexité du statut personnel mahorais. Or c'est ce statut, pris dans son ensemble, dont la Constitution garantit le respect.

Certes, la tentation est forte (et, par le passé, le colonisateur n'y a pas toujours résisté), de réduire ce statut aux règles de droit musulman. Les dispositions de celui-ci sont plus faciles à identifier puisque le texte de référence, le *Minhâdj Al Talibin (Le guide des zélés croyants, recueil d'aphorismes et de préceptes fondés sur la charia réunis par Al Nawawi, illustre juriste damascène du XIII^e siècle appartenant à l'école d'interprétation chafiiite)* que complètent d'autres textes de rite chafiiite¹⁴¹⁷, est à la fois connu et accessible. De plus le droit musulman est plus familier à des juges ou à des administrateurs formés hier à l'application du droit musulman dans les pays du Maghreb et sensibilisés aujourd'hui aux questions de droit international privé mettant en cause des systèmes juridiques de tradition islamique d'Afrique du Nord. Les entretiens qui ont été réalisés dans le cadre de cette enquête témoignent d'ailleurs d'une grande ambiguïté : selon certaines personnes interrogées, la coutume renverrait aux pratiques sociales, par opposition aux règles juridiques. De là découle une autre ambiguïté : le « droit » renverrait aux règles de « droit musulman », telles qu'elles sont exposées dans le *Minhâdj*, par opposition aux « coutumes », *i.e.* aux pratiques sociales considérées comme obligatoires, notamment aux pratiques d'origine malgache ou africaine. Mais pour le juriste, la « coutume » renvoie au statut personnel visé par l'article 75 de la Constitution, *i.e.* à l'ensemble des règles qui régissent traditionnellement la société mahoraise, avec leur double composante : c'est l'ensemble de ces règles dont le respect est garanti par la Constitution.

Cette double composition pose évidemment de délicats problèmes, liés à la connaissance des règles « coutumières » d'origine africaine ou malgache, et surtout à l'articulation des deux ensembles, qui à bien des égards, semble parfois mystérieuse pour un observateur extérieur. Tel est le cas, notamment, en matière de succession (cf. *supra*). Mais elle constitue également une source de richesse et, à bien des égards, de « médiation » entre les règles de droit musulman et les exigences des droits fondamentaux, lorsqu'est en jeu, notamment, le statut de la femme.

Une seconde particularité du cas mahorais est d'ordre politique. Le statut personnel des Mahorais est garanti par l'article 75 de la Constitution, mais cette garantie doit être comprise dans le cadre du processus qui a fait de Mayotte un département français¹⁴¹⁸. La question du respect des droits fondamentaux a constitué une des pierres de touche de ce processus : il paraissait en effet impossible que survivent dans un département français des institutions considérées comme incompatibles avec les principes essentiels de la République. Comme on l'a expliqué *supra*¹⁴¹⁹, l'ordonnance du 3 juin 2010 a donc redéfini le champ du statut personnel en éliminant deux institutions symboliques : la polygamie et la répudiation. Ont par ailleurs été inscrites dans les textes (cf. art. 1 al. 2, art. 2, art. 10, art. 12) un certain nombre de clauses de garanties des droits et libertés fondamentaux, qui s'imposent dans les matières régies par la coutume. La problématique du statut personnel prend par-là même une dimension très

¹⁴¹⁷ L.-A. Barrière, « Le statut juridique du droit local mahorais. Approche historique », *supra*.

¹⁴¹⁸ F. Dargent, *loc. cit.*

¹⁴¹⁹ V. Parisot, « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais » et É. Ralser, « Le domaine matériel du statut personnel mahorais et la coutume », *supra*.

particulière : s'agirait-il d'une situation transitoire, en attendant l'extinction du statut par la réduction progressive de son champ matériel d'une part, en raison de l'intervention du législateur ou de l'exclusion d'une partie de ses dispositions par le juge au nom des droits et libertés fondamentaux, et de son champ personnel d'autre part, en raison de la prééminence du statut de droit commun (art. 5), du jeu de la renonciation, irréversible, au statut de droit local (art. 3) ou de l'option occasionnelle pour le statut de droit commun (art. 1 al. 4) ? Alors que dans un territoire comme la Nouvelle-Calédonie, le statut coutumier est reconnu à égalité avec le statut de droit commun, ne serait-ce que par la possibilité de revenir à ce statut, le statut de droit local mahorais est juridiquement pensé comme un système à vocation résiduelle. Pour des raisons politiques et juridiques, l'emprise théorique des droits fondamentaux n'en est que plus forte.

Il convient également de rappeler une évidence : la question du statut personnel revêt une dimension religieuse à Mayotte puisqu'une partie de ses règles est étroitement liée à l'islam et que la quasi-totalité des Mahorais est de confession musulmane. Peu importe à cet égard de vouloir distinguer croyance, coutumes et pratiques sociales : le statut personnel est, dans l'esprit des Mahorais, lié à leur appartenance à l'Islam. Cette dimension religieuse inscrit la question des droits fondamentaux dans des débats qui dépassent le cas de Mayotte.

L'imbrication entre statut personnel et identité culturelle et religieuse fait également intervenir d'autres droits fondamentaux tels que le droit au respect de son identité, le droit au respect de ses croyances et l'attachement au pluralisme culturel.

Surtout, les liens entre coutume et Islam renvoient aux rapports complexes qu'entretiennent Charia et droits et libertés fondamentaux. En témoigne notamment la jurisprudence de la Cour EDH. On sait que les relations entre la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la charia sont anciennes et plutôt tendues. Dans l'arrêt *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c/ Turquie* (gde ch., 13 févr. 2003, n° 41340/98, n° 41343/98 et n° 41344/98), la CEDH avait validé l'interdiction d'un parti politique qui prônait l'instauration de la charia dans le cadre d'un système multi-juridique : la Cour avait pointé « *l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention* ». Faisant siens les arguments de l'arrêt de chambre rendu dans cette affaire, elle affirmait qu'« *il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses. (...)* » (§ 123).

Dans l'affaire *Molla Sali c/ Grèce* (gde ch., 19 déc. 2018, n° 20452/14), il ne s'agissait plus de promouvoir, mais d'appliquer la charia. Plus précisément, était en cause son application par les autorités grecques, en vertu de leurs obligations internationales, à la communauté musulmane de Thrace.

Cet arrêt sera analysé *infra*. On soulignera seulement à ce stade que, comme l'indique la Cour, la charia peut trouver à s'appliquer en Europe dans trois hypothèses (§ 159). Elle peut, tout d'abord, être compétente au titre d'une loi étatique applicable selon la règle de conflit. Dans ce cas, les autorités compétentes devront veiller à la protection des droits fondamentaux (V., par ex., l'évolution hostile de la jurisprudence française sur la répudiation et son approbation par la CEDH dans l'arrêt *D.D. c/ France*, n° 3/02, 8 nov. 2000), dans le respect du pluralisme culturel (V. CEDH 4 oct. 2012, n° 43631/09, *Harroudj c/ France*, à propos de la « kafala »). Elle peut, ensuite, être mise en œuvre dans un cadre volontaire sur le modèle des *sharia councils* existant

au Royaume-Uni (§ 83 et 159). Elle peut, enfin, s'imposer en vertu des engagements internationaux ou des normes constitutionnelles d'un État.

Tel était le cas de la Grèce pour la communauté musulmane de Thrace. Tel est également le cas de la coutume mahoraise. À cet égard, on ne peut qu'être surpris par l'affirmation de la Cour EDH selon laquelle en Europe « seule la France appliquait la charia à la population du territoire de Mayotte, mais cette pratique a pris fin en 2011 » (§ 82 et 159). L'erreur est patente, mais elle oblige à penser la question des rapports entre coutume mahoraise et droits fondamentaux, à la lumière des exigences de la Cour EDH.

Ces différents éléments, pour ne refléter qu'un aspect de la réalité mahoraise, témoignent en tout cas de sa complexité. Ils montrent que la question des droits fondamentaux se pose à Mayotte dans un contexte très particulier, qui suppose que l'on prenne du recul à la fois par rapport à ce qui a pu être étudié à propos d'autres statuts personnels, notamment en Nouvelle-Calédonie¹⁴²⁰, mais aussi par rapport aux analyses « classiques » de droit international privé, lorsque la loi d'un pays de tradition musulmane étant applicable en vertu de la règle de conflit ou que la reconnaissance d'une décision prise par le juge étranger en application d'une telle loi étant demandée en France, le juge français est amené à s'assurer de la conformité de cette loi ou de cette décision aux droits et libertés fondamentaux. Les analyses développées dans ce cadre sont certes, précieuses pour éclairer le cas de Mayotte, mais il faut se garder de les transposer.

Enfin, on fera observer que l'expression « droits et libertés fondamentaux » est peu utilisée par les personnes rencontrées lors des entretiens. Sont plutôt mis en avant les « principes de la République ». Mais ces principes recouvrant des valeurs telles que la liberté et l'égalité, notamment en matière familiale l'égalité entre hommes et femmes ou l'égalité entre enfants, ils recourent largement la catégorie des « droits et libertés fondamentaux¹⁴²¹ ».

L'étude des rapports entre droits fondamentaux et statut personnel, exige donc que l'on ait conscience des spécificités mahoraises et de la complexité des attentes et des comportements, parfois contradictoires, des Mahorais. Elle suppose également que ne soit pas sous-estimé l'impact de deux phénomènes. D'une part, il convient de prendre en compte la capacité de négociation de la société mahoraise en vue de trouver des équilibres et de gérer les tensions entre des exigences contradictoires. Mais, d'autre part, cette capacité n'est pas sans limites : le risque serait celui d'une société qui resterait régie par les règles coutumières (quand bien même celles-ci évolueraient), les règles de droit commun constituant une sorte de superstructure sans prise sur la réalité sociale : les Mahorais n'y recourraient qu'en cas de nécessité, pour obtenir des papiers d'identité, pour accéder à telle ou telle aide sociale, pour se déplacer à l'extérieur du territoire, etc. Or, à travers les entretiens, apparaît bien l'image d'une telle société. Les conséquences que l'on a voulu attacher à la départementalisation en matière de statut personnel, ont sans doute accéléré le phénomène, d'autant qu'elles n'avaient peut-être pas vraiment été comprises par les intéressés, dont l'objectif immédiat était de renforcer grâce à un statut « commun », les liens avec la France. Le danger serait que les tensions suscitées par une telle

¹⁴²⁰ É. Cornut et P. Deumier, *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche pour le ministère de la Justice, 2016, publié sous le titre *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, 2018.

¹⁴²¹ Cf. M. Philip-Gay, « Le principe constitutionnel de laïcité dans le contexte mahorais », *infra*.

situation soient si fortes qu'elles donnent naissance à une société schizophrène. La question des droits fondamentaux doit également être inscrite dans ce contexte¹⁴²².

Enfin, il faut prendre en compte une troisième dimension du problème (et à certains égards une troisième inconnue), celle d'une société en pleine évolution. La plupart des entretiens réalisés dans le cadre de cette enquête l'ont été auprès de personnes en situation de responsabilité. Une grande partie de la population mahoraise est formée par des jeunes qui ont leurs propres pratiques sociales et leurs propres aspirations. Les constats faits aujourd'hui seront-ils valables demain ?

Pour tenter de l'appréhender, sera présenté, dans un premier temps, le cadre général posé, en droit, pour articuler statut personnel et droits fondamentaux (Section 1). Dans un second temps, seront examinés les problèmes que peut susciter l'application du statut personnel mahorais au regard des droits fondamentaux (Section 2).

Section 1/ L'encadrement du statut personnel mahorais par les droits fondamentaux

La question de l'articulation entre statut personnel et droits et libertés fondamentaux est ancienne. La Constitution du 27 octobre 1946 disposait, dans son article 82, que « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». L'alinéa 2 du texte précisait que « Ce statut ne peut en aucun cas constituer un motif pour refuser ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français ». De plus, l'article 81 de la Constitution proclamait : « Tous les nationaux français et les ressortissants de l'Union française ont la qualité de citoyen de l'Union française qui leur assure la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente constitution ».

L'article 75 de la Constitution n'a pas repris ces deux dernières règles, mais il n'est pas douteux que le principe soit demeuré et en toute hypothèse l'article 1, alinéa 2, de l'ordonnance du 3 juin 2010, réaffirme que « L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français¹⁴²³. »

Dans son ouvrage présentant le droit des Comores à destination des personnes chargées de l'appliquer (« Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadi dans le Territoire des Comores », 1951), Paul Guy, estimait que les articles 82, alinéas 2 et 81 de la Constitution portaient abrogation potentielle de la plus grande partie de la loi personnelle, notamment dans ses dispositions contraires à l'égalité entre hommes et femmes. Si, selon lui, était ainsi définie une tendance et non un impératif immédiat, l'orientation générale était claire : la disparition à moyen ou long terme de la coutume.

C'est cet esprit qui, jusqu'ici, semble avoir animé le législateur français. Dans le cas de Mayotte, des raisons politiques paraissent rendre indispensable la mise sur une voie d'extinction de la coutume. Dès lors en effet qu'était en marche un processus de départementalisation soumettant Mayotte, sous réserve de quelques adaptations, au même statut administratif et aux mêmes

¹⁴²² Comp. N. Roisard, « Connaissance de la coutume, approche anthropologique » et Th. Malbert, « Connaissance de la coutume », C. Aubry de Maromont, « La coutume dans sa dimension historique et contemporaine », *supra*. Comp. B. Baroukh, « Autorité judiciaires, statuts personnels et coutumes à Mayotte, Quelles particularités dans l'office du juge étatique ? », *supra*.

¹⁴²³ L.-A. Barrière, *loc. cit.*, *supra*.

règles juridiques que les autres territoires, le maintien d'un statut personnel de droit local devenait de plus en plus problématique. De ce point de vue, la situation de Mayotte est radicalement différente de celle de la Nouvelle-Calédonie.

Et dans ces conditions d'ailleurs, comment prétendre faire jouer directement ou indirectement la clause d'adaptation aux « nécessités locales » prévue par l'article 56 point 3 de la Conv. EDH ?

L'articulation des droits fondamentaux et du statut de droit local a donc été pensée par le législateur en termes d'exclusion, grâce au cantonnement de la coutume (§ 1) et à un ensemble de règles assurant l'emprise des droits fondamentaux sur ce statut (§ 2).

§ 1 – Le cantonnement du statut personnel au nom du respect des droits fondamentaux

Il n'est pas question de revenir sur une question déjà étudiée dans la cadre de ce rapport¹⁴²⁴, mais de mettre ce cantonnement en relation avec la problématique des droits fondamentaux. On se contentera donc, pour l'essentiel, de rappels.

Pour résoudre les conflits entre droits fondamentaux et statut personnel, certaines questions, particulièrement sensibles, sur le plan juridique, mais aussi sur le plan symbolique et politique ont été soustraites au statut de droit local. Parallèlement, les compétences judiciaires des cadis ont été transférées au juge de droit commun.

I. La réduction du champ de la coutume au profit du droit commun

Réduction du champ matériel de la coutume. Cette réduction a été présentée « politiquement » comme une condition ou comme une conséquence de la départementalisation. Cette argumentation permettait de vaincre les réticences éventuelles, mais elle a été source d'incompréhension, voire de confusion. On le voit très bien à la lecture des entretiens réalisés dans le cadre de l'enquête. Mais peut-être y a-t-il aussi une part de reconstruction *ex post*, de la part de certains interlocuteurs : pour parodier une formule qui fit *flores*, la réduction du champ de la coutume serait intervenue « à l'insu de leur plein gré ».

Ainsi, dès 2003, la polygamie a-t-elle été prohibée, d'abord partiellement en 2003 puis totalement en 2010 (cf. *supra*). A ainsi été écartée une institution qui de tout temps, a suscité l'hostilité des juristes occidentaux profondément attachés au principe de monogamie. Pour eux, mais aussi pour l'opinion publique métropolitaine, la polygamie est un des symboles de l'incompatibilité entre le droit musulman et les principes essentiels des systèmes juridiques occidentaux. Les arguments avancés pour condamner la polygamie ont varié avec le temps. Aujourd'hui ils se fondent essentiellement sur l'inégalité entre hommes et femmes : réservée à l'homme, la polygamie ne ferait que traduire le statut d'infériorité accordé à la femme. Il n'est pas question d'entrer dans ce débat, mais simplement de constater que, fût-ce à titre de symbole, la polygamie ne pouvait survivre à un processus politique d'intégration.

¹⁴²⁴ V. Parisot, « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais » et É. Ralsler, « Le domaine matériel du statut personnel mahorais et la coutume », *supra*.

Plus généralement, presque toutes les règles relatives à la formation du mariage ont basculé dans le droit commun (art. 9 de l'ordonnance du 3 juin 2010) : en droit, il n'est désormais de mariage que de droit commun, l'officier de l'état civil étant seul compétent pour le célébrer.

Les mêmes remarques pourraient être faites à propos d'une autre institution « épouvantail » pour les juristes occidentaux : la répudiation. La montée en puissance des droits fondamentaux a conduit les juridictions françaises à de plus en plus de rigueur. Symbole là encore des inégalités entre homme et femme, elle a été jugée contraire à l'ordre public français en matière internationale. Non seulement le juge français refusera d'appliquer une loi étrangère qui la prévoirait, quand bien même elle serait judiciairement encadrée, mais encore il refusera de reconnaître une décision de répudiation prononcée à l'étranger. On rappellera que pour fonder ce rejet, la Cour de cassation s'est appuyée sur la Conv. EDH, précisément sur l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 à la Conv. ED qui affirme l'égalité entre l'homme et la femme à l'égard du mariage, pendant le mariage et face à la dissolution du mariage¹⁴²⁵. Et le rejet, au nom de l'égalité est si fort que certains voudraient que soit écartée toute loi qui prévoit des règles différentes pour l'homme et pour la femme : en conséquence, un divorce prononcé par le juge à la demande de l'épouse, selon les voies qui lui sont réservées, ne pourrait être reconnu en France. La Cour de cassation, soucieuse de protéger la personne victime de la discrimination et d'éviter que cette protection ne se retourne contre elle en la privant du bénéfice de la décision qu'elle a obtenue à l'étranger, a refusé, malgré les critiques, d'adopter une démarche aussi dogmatique¹⁴²⁶.

Quoiqu'il en soit, en faisant basculer l'ensemble du divorce, pour ses causes et pour ses conséquences, dans le droit commun, le législateur a vidé la querelle : le divorce sera prononcé par le juge de droit commun, appliquant les règles du droit commun.

Réduction du champ personnel de la coutume. Là encore, il ne saurait être question de reprendre un problème étudié *supra*¹⁴²⁷. Au regard des droits fondamentaux, on fera seulement deux observations.

D'une part, indépendamment des facultés de renonciation qui seront évoquées *infra*, l'article 5 de l'ordonnance du 3 juin 2010 cantonne strictement les personnes auxquelles s'applique le droit local :

« Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil de droit local, le droit commun s'applique.

Dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités.

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

Il résulte notamment de ce texte que les Comoriens, pourtant soumis à une loi proche de la coutume mahoraise en matière de statut personnel, sont régis par le droit commun et que les

¹⁴²⁵ « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. »

¹⁴²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 20-14506.

¹⁴²⁷ V. Parisot, « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais », *supra*.

rapports mixtes mahorais-comoriens, sont par là même régis par le droit commun. Cette conséquence, aussi logique soit-elle, semble, à lire les entretiens, source d'incompréhension.

En toute hypothèse, droit local et droit commun ne sont pas placés sur un pied d'égalité : le droit local apparaît comme une exception, strictement interprétée, au droit commun. Les risques de conflit entre statut personnel et droits fondamentaux en sont considérablement réduits.

D'autre part, la lecture des entretiens montre que la plus grande confusion semble régner dans les esprits. Certes, les mentions DL (droit local) et DC (droit commun), figurent dans les actes de l'état civil¹⁴²⁸, mais bien des personnes semblent ignorer pourquoi elles relèvent du droit commun, quand elles n'affirment pas avoir été inscrites sinon contre leur gré, du moins à leur insu, comme relevant du droit commun. Cette confusion est aggravée par l'amalgame qui semble parfois fait entre recours aux autorités étatiques et application du droit commun : dans l'esprit de certains professionnels interrogés, le juge de droit commun ne peut appliquer que le droit commun ; de même, la célébration du mariage par l'officier de l'état civil entraînerait soumission du mariage, non seulement dans sa formation, mais aussi dans ses effets, aux règles de droit commun (cf. *infra* pour le régime des biens des époux). Quand on ajoute à tout cela la possibilité de soumettre telle ou telle situation particulière au droit commun (cf. *infra*), on comprend que nombre de personnes ne soient plus vraiment capables de dire de quel statut elles relèvent ou du moins pour quoi et vis-à-vis de qui elles relèvent de tel ou tel statut. Cette incertitude joue au détriment du droit local, sauf à remarquer que la confusion peut aussi favoriser le sentiment, largement répandu, selon lequel ce rattachement n'a qu'une importance relative, la société mahoraise continuant à vivre selon ses règles traditionnelles, en marge du droit commun, donc de l'emprise des droits fondamentaux.

II. Les pertes de compétence des cadis

Pour assurer l'emprise du droit commun, le législateur a également fait le choix de priver les cadis de leurs compétences judiciaires pour les transférer aux autorités étatiques. Là encore, la réforme a été présentée comme une condition/conséquence de la départementalisation. Sans doute était-ce, du moins en apparence, le plus sûr moyen sinon de « tuer » la coutume, du moins d'en assurer une application restrictive et une interprétation conforme aux principes du droit commun en général et aux droits fondamentaux en particulier.

Les cadis ont ainsi perdu leurs compétences en matière d'état civil, au profit des officiers de l'état civil qui disposent désormais d'un monopole, qu'il s'agisse des déclarations de naissance, ou surtout, de la célébration du mariage¹⁴²⁹.

De même, ils ont perdu leur compétence judiciaire, notamment en matière de divorce¹⁴³⁰.

Les conséquences de cette politique ont été étudiées *supra*¹⁴³¹. On se bornera ici à faire deux observations.

D'une part, les compétences judiciaires reconnues aux cadis pouvaient assurément poser des difficultés au regard du droit à un procès équitable. Mais on aurait aussi pu imaginer un système

¹⁴²⁸ C. Bidaud et A. Camuzat, « L'état civil à Mayotte », *supra*.

¹⁴²⁹ C. Kuhn, « Notariat et droit local à Mayotte », *supra*.

¹⁴³⁰ A. Siri, « Evolution de la justice cadiale », *supra*.

¹⁴³¹ *Ibidem*.

d'échevinage, comme il en existe un en Nouvelle-Calédonie¹⁴³². Sans doute a-t-on jugé que cette solution qui, en Nouvelle-Calédonie, a permis de faire revivre, tout en la fixant, la coutume¹⁴³³ serait allée à l'encontre de l'objectif plus ou moins avoué d'extinction de la coutume. On fera observer, en tout cas, que le statut de département n'est pas, en soi, incompatible avec l'existence de juridictions spécialisées : de telles juridictions ont existé pendant plusieurs décennies dans les départements français d'Algérie¹⁴³⁴.

Dépouiller les cadis au profit de la justice étatique a contribué à accroître le fossé entre la justice étatique et la population. Cette politique a sans doute favorisé le développement de deux mondes parallèles, en faisant disparaître la médiation de la justice cadiale. On a d'ailleurs fait observer que c'est le colonisateur qui avait donné au cadi la place qui lui a finalement été ôtée, afin, précisément, de jouer ce rôle d'intermédiaire. La plupart des personnes rencontrées dans le cadre de cette enquête soulignent le problème et appellent de leurs vœux une coopération entre juridictions étatiques et cadis¹⁴³⁵. Quant aux cadis, ils vivent dans la nostalgie de leurs anciennes fonctions et semblent prêts à les assumer de nouveau. Il semble d'ailleurs qu'ils continuent plus ou moins à le faire, en marge du droit officiel.

Paradoxalement, cette situation favorise le maintien de la coutume dans le monde de « non-droit » étatique qui régit une partie de la vie des Mahorais, avec ses règles qui, pour certaines, sont pour le moins problématiques au regard des droits fondamentaux.

On peut se demander si confier aux cadis la mission d'assurer une interprétation de la coutume conforme aux droits et libertés fondamentaux n'aurait pas, au contraire, été un puissant facteur d'évolution de la coutume autant que d'intégration, dans la société mahoraise, des valeurs que traduisent ces droits.

D'autre part, la perte par les cadis de leurs pouvoirs en matière d'état civil, notamment en matière de mariage, est, à bien des égards, tout aussi problématique. En théorie, imposer le mariage civil constitue un facteur d'émancipation pour les femmes ; la protection de leurs droits fondamentaux en est renforcée. Mais en pratique, les résultats semblent tout autres : très peu de mariages entre personnes soumises au droit local sont célébrés par les officiers de l'état civil, alors que les mariages coutumiers en présence du cadi ou d'un *fundi* restent, socialement, la règle. Ils constituent le « vrai mariage », qui, au demeurant, « doit » se faire avant un éventuel mariage civil : comme le fait remarquer un cadi, comment l'officier de l'état civil peut-il dire aux époux qu'ils peuvent s'embrasser alors qu'ils ne sont pas encore unis conformément aux prescriptions du Coran ? Toutes les garanties que l'on voulait assurer à la femme en sont fragilisées. Que l'on songe par exemple aux problèmes d'âge du mariage ou, surtout, de consentement au mariage.

On mesure là encore l'ambivalence de la politique suivie, au regard notamment de la protection *effective* des droits et libertés fondamentaux.

¹⁴³² É. Cornut et P. Deumier, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*

¹⁴³³ É. Cornut, « Les statuts personnels d'Outre-mer reconnus par la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna) », *infra*.

¹⁴³⁴ L.-A. Barrière, *loc. cit.* et réf. cit.

¹⁴³⁵ V. Egea, « Les autorités judiciaires à l'épreuve des coutumes (substantielles et processuelles) », B. Baroukh, « Autorité judiciaires, statuts personnels et coutumes à Mayotte, Quelles particularités dans l'office du juge étatique ? », *supra*.

Plus efficaces peut-être ont été les dispositions mises en place pour assurer l'emprise des droits fondamentaux sur le statut personnel.

§ 2 – L'emprise des droits fondamentaux sur le statut personnel

On se limitera là encore à quelques brèves observations. L'emprise des droits fondamentaux sur la coutume est soit directe, à travers des clauses d'exception, soit indirecte, par les facultés d'option ou de renonciation.

I. L'emprise directe : les clauses d'exception

L'ordonnance du 3 juin 2010 prévoit diverses clauses qui, dans les matières régies par le droit local, assurent le respect des droits fondamentaux en général et de l'égalité entre homme et femme en particulier.

Clauses générales de respect des droits et libertés fondamentaux. L'article 1, alinéa 1, de l'ordonnance du 3 juin 2010, affirme que « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». Mais à peine posé le principe, l'alinéa 2 du texte rappelle que « L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. »

C'est dire que la coutume doit toujours être interprétée et appliquée dans le respect des droits et libertés fondamentaux, tels qu'ils sont garantis en droit national, européen et international.

L'article 2 de l'ordonnance met ensuite l'accent sur le principe d'égalité entre homme et femme : « La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes. » Certes, il est question « d'actions », ce qui renvoie à une politique générale en faveur de l'égalité. Mais l'inscription de cette règle à cette place prouve que les questions liées au statut personnel doivent être traitées dans le cadre de cette politique.

Clauses particulières de respect des droits et libertés fondamentaux. Tout aussi significatives sont les dispositions inscrites aux articles 10 et 12 de l'ordonnance. Alors que les effets du mariage relèvent du statut personnel de droit local (ce que viennent souligner, en creux, les articles 7, 8 et 9 qui font basculer dans le droit commun la formation du mariage), l'article 10 de l'ordonnance dispose que « *Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels.* » (sur cette règle, cf. *infra*).

De même, l'article 12 de l'ordonnance affirme-t-il que « *Est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public.* » C'est placer les successions, partie intégrante du statut de droit local, dans le cadre des droits fondamentaux.

Dans le champ résiduel qui est lui est reconnu, la coutume doit donc être lue à la lumière des droits fondamentaux en général et des principes d'égalité entre homme et femme ou d'égalité entre enfants, en particulier.

II. L'emprise indirecte : les facultés de renonciation et d'option

L'emprise des droits fondamentaux sur la coutume est également assurée par des dispositions consacrant la faculté de renoncer au statut de droit local ou de soumettre tel ou tel rapport de droit au droit commun¹⁴³⁶.

Faculté de renonciation. Aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 3 juin 2010 « Toute personne de statut civil de droit local peut renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun ». Le dernier alinéa du texte précise que « cette renonciation est irrévocable après que la décision la constatant est passée en force de chose jugée ».

Que la faculté de renonciation soit irréversible (il n'est pas prévu de retour au droit local), et qu'elle soit à sens unique (il n'est pas possible d'opter pour le droit local), correspondent à la tradition du droit colonial et, surtout, à l'idée que l'intégration de Mayotte dans la communauté française par la mise en place d'un statut de droit commun (un département « comme les autres »), passe par la disparition progressive du droit local. Elle tranche avec les choix qui ont été faits en Nouvelle-Calédonie et montre bien la différence de statut fait à la coutume dans ces deux territoires.

Faculté d'option. Complétant le dispositif, l'article 4 de l'article 1 de l'ordonnance du 3 juin 2010 dispose que « Les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local. »

Là encore, cette possibilité n'existe qu'en faveur du droit commun et elle est irréversible pour la situation considérée. À l'évidence, elle risque de poser de délicats problèmes : comment, notamment, insérer une situation soumise au droit commun avec les situations passées présentes et à venir qui resteraient soumises au droit local ? Mais elle permet elle aussi d'assurer la prééminence du droit commun.

Faculté d'option et faculté de renonciation garantissent en tout cas le respect du principe de libre identification réaffirmé par la Cour EDH dans l'arrêt *Molla Sali c. Grèce* du 19 décembre 2018, req. n°20452/14.

On a dit *supra* que dans cette affaire était en cause l'application de la charia à la minorité musulmane de Thrace. Conséquence des guerres balkaniques du début du XX^e siècle puis des combats qui opposèrent la Grèce à la jeune Turquie en Asie Mineure au lendemain de la Première Guerre mondiale, la communauté musulmane de Thrace s'est vu garantir par les traités le respect de la loi sacrée de l'Islam en matière de statut personnel. En l'espèce, un membre de cette communauté avait rédigé un testament devant notaire en application du code civil grec : il léguait tous ses biens à son épouse, également musulmane de Thrace. Après son décès, ses sœurs contestèrent le testament. Selon elles, la succession devait être régie par la charia ; or, en droit musulman, la succession en présence de proches parents est *ab intestat*, le testament n'intervenant que pour des legs religieux. Aux sœurs les trois quarts de la succession, à l'épouse le quart restant. Si les juridictions du fond donnèrent raison à l'épouse, la Cour de cassation grecque, s'appuyant sur les traités, affirma que la succession était soumise à la loi sacrée de l'Islam.

Invoquant les articles 1^{er} du Protocole n°1 (droit au respect de ses biens) et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) (prohibition des discriminations)

¹⁴³⁶ Sur ces facultés, cf. *supra*.

combinés, la CEDH donne raison à l'épouse. Elle souligne en particulier que « *refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir, non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification* », le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité devant être libre et « *respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même* » (§ 157). Quand bien même il s'agirait pour la Grèce de se conformer à ses engagements internationaux, appliquer la charia à une partie de ses citoyens contre leur volonté, n'aurait pas, selon la Cour, « *de justification objective et raisonnable* » (§ 161).

La Grèce en avait d'ailleurs préventivement tiré les leçons : la Cour « *note avec satisfaction* » (§ 160) que, depuis le 15 janvier 2018, le recours au mufti en matière de mariage, de divorce ou d'héritage n'est désormais possible qu'en cas d'accord de tous les intéressés (§ 57 et 160).

Précisément, selon la Cour (par. 157) : « Refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci (paragraphe 67-68 ci-dessus). Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même. C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel « aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés ». Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel n'oblige une personne à se soumettre contre sa volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités. »

Les articles 1 et 3 de l'ordonnance du 3 juin 2010 semblent mettre la situation de Mayotte en conformité avec les exigences de la Cour EDH, ce quand bien même la Cour affirme par deux fois, que depuis 2010, la *charia* n'est plus applicable à Mayotte (par. 82 et par. 159).

Le cadre étant ainsi posé, il convient de s'interroger sur les tensions éventuelles qui peuvent naître entre dispositions du statut personnel de droit local et droits fondamentaux.

Section 2/ L'application du statut personnel mahorais à la lumière de droits fondamentaux

Il appartient aux praticiens du droit, juges, avocats, notaires et plus largement à toutes les autorités qui interviennent au nom et/ou pour le compte de l'État (services publics, organismes sociaux, associations, etc.), de s'assurer que la mise en œuvre de la coutume se fait dans le respect des droits et libertés reconnus à tout citoyen français.

Il n'est pas question de se livrer à une étude exhaustive, qui risquerait d'être déconnectée de la réalité mahoraise, mais d'examiner les questions évoquées lors des entretiens.

À cet égard, deux rappels s'imposent.

D'une part, il importe de toujours prendre en compte la spécificité et la complexité, surtout pour un non Mahorais, des règles coutumières, en raison notamment de la coexistence entre des règles inspirées du « droit musulman », qui, au risque de simplifier un peu abusivement les choses, sont le reflet d'une société « patriarcale », et des règles issues des traditions malgaches et africaines, témoins d'une société matrilineaire et matrilocalisée. Comme on l'a souligné en introduction, cet alliage, *a priori* contradictoire, donne à la femme une place particulière. Elle fait toute la richesse de la « coutume » (au sens juridique du terme) mahoraise et redéfinit les équilibres et les déséquilibres qui peuvent exister dans d'autres sociétés musulmanes. Il convient donc de se garder de traiter la question des droits fondamentaux selon les schémas qui prévalent en d'autres lieux, en particulier, dans le cas français, de traiter la question avec la grille de lecture utilisée pour les pays du Maghreb.

D'autre part, ces règles sont étroitement liées aux convictions religieuses des intéressés : elles sont vécues comme des exigences de nature ou d'origine religieuse par les personnes concernées, ce qui, on l'a dit, donne à la question des droits fondamentaux une dimension particulière.

Trois ensembles de questions se dégagent : certaines concernent les couples, d'autres les enfants et, pour les uns comme pour les autres, les successions.

§ 1 – Les couples

I. Formation du mariage

Comme on l'a souligné *supra*, les questions liées à la formation du mariage ont été, pour l'essentiel, sorties du champ de la coutume. Selon l'article 9 de l'ordonnance du 3 juin 2010 :

« L'article 46 et les dispositions des chapitres Ier, II, III, IV et VII du titre V du livre Ier du code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local, à l'exception des articles 151, 159, 160, 174 et 175 et sous réserve des dispositions suivantes (...) ».

Les articles 151, 159 et 160 concernent le consentement au mariage des mineurs par leurs parents ou ascendants, les articles 174 et 175, les oppositions à mariage par les père et mère ou par certains membres de la famille. Renvoyer sur ces questions à la coutume est une façon de reconnaître le rôle de la famille dans la formation du mariage, sous une réserve essentielle : le consentement donné par l'enfant, fût-il mineur, doit être libre. Il s'agit là d'un principe fondamental du droit français, dont le respect est assuré tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Au niveau européen, la Cour EDH veille également avec la plus grande attention au respect de la liberté du consentement. L'officier d'état civil qui célèbre l'union est garant de cette liberté.

Restent bien sûr les mariages qui seraient célébrés coutumièrement, devant le cadi ou un *fundi*. Mais même si, à en croire les entretiens réalisés, ils sont les plus fréquents en pratique pour les Mahorais, ils n'en sont pas moins dépourvus de valeur juridique¹⁴³⁷.

¹⁴³⁷ V. Egea, « Mariage et coutumes à Mayotte », *supra*.

II. Effets personnels du mariage

Les effets personnels du mariage relèvent de la coutume, puisqu'ils n'en sont pas exclus par l'ordonnance du 3 juin 2010. En droit musulman, le mari et la femme ont des droits et des devoirs spécifiques. En droit commun, la matière est dominée par le principe d'égalité entre hommes et femmes.

Selon l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme : « Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. »

Un système juridique qui attribue à l'homme et à la femme des devoirs distincts, est-il intrinsèquement contraire aux droits fondamentaux ? La question semble appeler une approche nuancée. Il conviendrait tout d'abord d'écartier les rapports de sujétion, qui ne semblent pas compatibles, par leur nature même, avec le principe d'égalité : tel est le cas, par exemple, du devoir d'obéissance de la femme à son mari, de la prééminence du mari dans le choix du domicile, des autorisations qu'il pourrait être amené à donner, notamment pour que la femme puisse exercer une activité professionnelle, etc.¹⁴³⁸.

Quid pour le reste ? Comme on l'a fait observer en droit international privé à propos d'autres systèmes juridiques, notamment pour des systèmes ancrés dans la tradition islamique, deux conceptions de l'égalité sont possibles. La première conçoit l'égalité en termes d'identité de droits et de devoirs ; la seconde pense l'égalité en termes de complémentarité : les hommes et les femmes ont des rôles différents dans la famille et dans la société ; par conséquent, les droits et les devoirs qui en découlent leur sont propres. Les sociétés occidentales contemporaines ont opté pour l'égalité/identité, et cette conception devient une évidence si on repense les rapports sociaux à travers la théorie du genre.

De plus, il faut se garder de transformer la seconde approche en instrument de légitimation de la domination de l'homme sur la femme : la complémentarité doit être pensée dans le cadre d'une équivalence globale de statuts conciliant liberté et égalité.

En droit commun, la première approche s'impose. Mais écartier les droits et devoirs attachés au statut d'époux tels qu'ils sont prévus par la coutume au seul motif qu'ils sont distincts, pour le mari et pour la femme, serait contraire au principe, constitutionnellement garanti, de l'application de la coutume aux personnes soumises au droit local.

Au demeurant, certains interlocuteurs soulignent la place très particulière qui est celle de la femme à Mayotte, allant parfois jusqu'à évoquer des inégalités au détriment de l'homme.

On voit là un premier exemple des tensions qui peuvent exister entre coutume et droits fondamentaux, étant observé que, en toute hypothèse, d'une part, les prescriptions de l'article 1, alinéa 2, de l'ordonnance de 2010 s'imposent (« *L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français* ») et que, d'autre part, en vertu de l'article 2 de ladite ordonnance : « *La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes.* »

¹⁴³⁸ Rapp. M. Madi, « La capacité de la femme mahoraise », *supra*.

III. Effets patrimoniaux du mariage

Les effets patrimoniaux entrent dans le champ du droit local puisqu'ils n'en sont pas exclus. S'il n'est pas vraiment possible de parler de « régimes matrimoniaux » en droit musulman, il est courant de rapprocher la situation des époux de celle d'époux séparés de biens. Chacun conservant ses biens, et, surtout, dans la tradition mahoraise, la gestion de ses biens (en toute hypothèse, l'article 10 de l'ordonnance du 3 juin 2010 prévoit expressément que « *Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels* »), la situation, telle qu'elle apparaît à travers les entretiens ne semble pas susceptible de créer des conflits au regard des droits fondamentaux en général et des principes de liberté et d'égalité en particulier.

Au demeurant, toute règle qui aurait pour résultat de soumettre la femme à un régime d'incapacité totale ou partielle au profit de son mari serait écartée sur le fondement des articles 1 et 2 de l'ordonnance de 2010.

Si la question des régimes matrimoniaux apparaît dans les entretiens, ce n'est donc pas sous l'angle des droits et libertés fondamentaux, mais plutôt sous celui des déséquilibres qui peuvent naître du télescopage entre la communauté légale du droit commun et la « séparation de biens » du droit local. La communauté de biens peut en effet entraîner des déséquilibres puisque la femme va partager les fruits de l'activité de son mari alors qu'elle est déjà protégée par les donations (maison, terrain) qui lui auront été consenties par son père, et qui constituent, techniquement, autant de biens propres. Or certaines personnes interrogées amalgament mariage et effets patrimoniaux du mariage et en tirent des arguments contre le mariage civil : selon eux, les personnes qui se marient devant l'officier de l'état civil seraient « automatiquement » soumises au régime légal de droit commun, en tant qu'effet du mariage. C'est confondre droit applicable à la célébration du mariage (le droit commun) et droit applicable à ses effets personnels et patrimoniaux. La confusion semble bien présente et sert de justification au discours qui prône un mariage coutumier sans mariage civil. S'y ajoute l'argument selon lequel la dissolution du mariage civil nécessiterait une procédure de divorce, donc un recours au juge, à un avocat, peut-être même à un notaire, avec les frais afférents, le risque de devoir partager, et, pour le mari la menace d'une prestation compensatoire...

IV. Divorce

Comme on l'a souligné *supra*, le divorce a été soumis au droit commun par l'ordonnance du 3 juin 2010, dans ses causes, sa procédure et ses effets. Sont donc écartés les délicats problèmes que suscite en droit international privé l'application par le juge français d'une loi étrangère s'inscrivant dans la tradition du droit musulman, avec, notamment, la question de la répudiation, et, plus généralement, celle d'un système qui prévoit des cas de divorce différents pour l'homme et pour la femme¹⁴³⁹ (cf. *supra*).

Le choix radical opéré dans le cadre du passage à la départementalisation était sans doute nécessaire, car, comme on l'a souligné, les questions de « répudiation », objet d'ailleurs de bien des amalgames, constituent, avec la polygamie, un des symboles des inégalités entre hommes et femmes qui marquent les sociétés musulmanes traditionnelles. La confrontation entre

¹⁴³⁹ A. Ali Said, « La pratique du divorce à Mayotte : entre essor du droit commun et survivance du statut civil de droit local », *supra*. Sur la question des violences, cf. B. Baroukh, « Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte, Faits sociaux et coutumes face à l'institution judiciaire », *supra*.

coutume et droits fondamentaux aurait été trop brutale. Mais placer le divorce sous l'empire du droit commun emporte des effets secondaires qui ne sont pas négligeables, en ce qu'il concourt à la désaffection vis-à-vis du mariage civil. En effet, puisque le mariage civil ne peut être dissout que par un divorce selon le droit commun, tout ce qui est perçu comme autant « d'inconvénients » revient en force : recours au juge, nécessité d'avoir un avocat, coût, risque de partage des biens qui ne correspondrait pas aux arrangements familiaux, obligation éventuelle pour le mari de payer une prestation compensatoire, etc. Dans ces conditions, dit-on, ne vaut-il pas mieux en rester au mariage coutumier, puisque, socialement, celui-ci est vécu comme le « vrai » mariage ?

Sans doute serait-il utile d'exploiter les potentialités du divorce sans juge...

§ 2 – Les enfants

Le statut juridique des enfants pose deux séries de problèmes au regard des droits fondamentaux : ceux qui sont liés à la filiation d'une part, ceux qui concernent les relations entre parents et enfants, d'autre part.

I. La filiation

Seront évoquées à titre principal la filiation par le sang et l'adoption.

La filiation « par le sang » (on aurait dit autrefois la filiation « charnelle ») relève du droit local puisqu'elle n'est pas exclue par l'ordonnance du 3 juin 2010. La question est d'autant plus délicate que le décalage entre droit commun et droit local est ici total, non seulement en ce qui concerne la filiation, mais aussi en ce qui concerne le mariage, support de la filiation.

On sait qu'en droit musulman, il ne peut y avoir de filiation que dans le mariage : l'enfant est rattaché à sa mère et au mari de sa mère (« *L'enfant appartient au lit* », *i.e.* au lit conjugal). Par faveur pour l'enfant, le droit musulman classique, dans la diversité de ses écoles, tentait par différents moyens de rattacher l'enfant à un homme qui pouvait être considéré comme le mari de la mère, grâce à l'extension, fût-ce en dehors de toute vraisemblance, de la présomption de paternité, et à des règles plus que souples en matière de preuve du mariage ou de reconnaissance par le père/mari de sa paternité ; sans parler de la facilité avec laquelle peut se célébrer et se rompre un mariage (qui peut d'ailleurs être polygamique...) en cas de nécessité. En revanche, l'enfant né en dehors de tout mariage, s'il est lié à sa mère et à la famille de sa mère selon des règles qui sont d'ailleurs assez floues, ne peut être rattaché à son père et ne dispose d'aucun droit à son égard.

Dans le cas de Mayotte, le hiatus entre des règles du mariage soumises au droit commun et celles de la filiation, relevant du droit local, ne risque-t-il pas d'entraîner de graves difficultés ? D'autant que le mariage de droit commun faisant l'objet d'une très large désaffection, un grand nombre d'enfants naissent juridiquement « hors mariage », puisque leurs parents ne sont pas mariés au regard de la loi, quand bien même ils seraient socialement considérés comme tels dès lors qu'ils se sont mariés selon les prescriptions de la coutume : enfants « légitimes » aux yeux de leur famille et de la société, mais enfants « naturels » aux yeux de la loi...

Le juge français a été confronté à ce type de difficulté en droit international privé. Dans un arrêt du 19 novembre 1998, la première chambre civile de la Cour de cassation avait opté pour une solution très mesurée. En l'espèce, les époux, de nationalité algérienne, s'étaient mariés « religieusement » en France ; le père prétendait que l'enfant était né « hors mariage » au sens

du droit civil ; la loi algérienne de la mère étant applicable à la filiation (art. 311-14 du Code civil), le juge puise dans ce droit les dispositions qui permettent de considérer une telle union comme un « mariage » assurant la légitimité de l'enfant. Un raisonnement de ce type permettrait au juge civil de puiser dans la coutume mahoraise les moyens de faire jouer la présomption de paternité.

Sans que le juge civil ne soit forcé de recourir aux « ruses » imaginées par les juristes musulmans pour assurer la légitimité de l'enfant, le législateur a entendu éviter toute confrontation entre coutume et droits fondamentaux en recourant à un procédé habile : l'article 3, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 dispose que « *avec l'accord de la mère, celui qui se présente comme le père peut, par une déclaration devant l'officier de l'état civil, conférer à l'enfant, par substitution, son propre nom ; cette substitution emporte reconnaissance et établissement de la filiation paternelle* ». Est donc instauré un mécanisme original d'établissement de la filiation par « dation de nom », qui permet de contourner la prohibition de l'établissement de la filiation hors mariage.

Sans doute faut-il aussi tenir compte du système d'adoption intrafamiliale qui peut contribuer à donner à l'enfant non seulement une mère, mais aussi, grâce au mari de celle-ci, un père.

Restent les hypothèses, marginales, dans lesquelles l'enfant ne peut être rattaché à un mariage et dans lesquelles le père refuse de recourir à une dation de nom. Dans ce cas, l'enfant est juridiquement rattaché à sa mère et à la famille de celle-ci ; il bénéficie des mêmes droits qu'un enfant né en mariage. Les doutes que l'on pourrait avoir sur son statut au regard des règles coutumières (notamment l'entrée de l'enfant dans la famille de sa mère), sont balayés par le respect de droits fondamentaux : toute discrimination fondée sur la naissance est inacceptable et serait condamnée tant au regard du principe d'égalité entre enfants proclamé par les lois de 1972, 2001 et 2005, que de la Convention internationale des droits de l'enfant ou, bien sûr, de la Convention EDH (articles 8 et 14 ou article 1 du Protocole n°1 relatif aux biens, combinés). Dans le domaine successoral, la situation de l'enfant né hors mariage est confortée par l'article 12 de l'ordonnance du 3 juin 2010 en vertu duquel : « *Est interdite toute discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public* ».

Quid de l'établissement de la filiation à l'égard du père ? En droit musulman, cet établissement est prohibé. En particulier une action en justice est, *a priori*, impossible. Une telle prohibition ne heurte-t-elle pas les droits fondamentaux ?

Selon la Cour EDH, « le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national, d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 » (*Markx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31). Si la Cour n'a jamais posé le principe d'un droit à établir sa filiation¹⁴⁴⁰, la marge d'appréciation des États est strictement encadrée (cf. Malaurie, n° 672 et article). En toute hypothèse sont bannies les dispositions qui reposeraient sur une discrimination liée aux circonstances de la naissance.

Confronté à la question des lois étrangères, notamment de tradition musulmane, qui interdiraient l'établissement de la filiation hors mariage, le droit français a semblé hésiter. Après

¹⁴⁴⁰ Cf. H. Fulchiron, « Les différents fondements de la filiation dans la jurisprudence de la CEDH », in A. Dionisi-Peyrusse et L. Maugier-Vielpau (dir.), *Les fondements de la filiation*, éd. Varenne, 2017, p. 137 s. et réf. cit.

avoir estimé que seule devait être rejetée une loi qui priverait l'enfant de son droit à obtenir des aliments¹⁴⁴¹ (« *Qui fait l'enfant doit le nourrir...* »), la Cour a affirmé qu'était contraire à l'ordre public international une loi étrangère qui aurait pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation¹⁴⁴². Elle a ensuite paru abandonner toute référence à l'ordre public de proximité en déclarant que devaient être écartées les lois étrangères normalement applicables « *dès lors qu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle* »¹⁴⁴³. Deux ans plus tard, dans un rapport consacré à l'ordre public¹⁴⁴⁴, la Cour a toutefois semblé vouloir réintroduire une condition de proximité, ce que l'on peut juger pour le moins contestable : peut-on priver un enfant de ses droits au motif qu'il n'est pas né en France ou qu'il n'y réside pas ? En réitérant une formule dépourvue de toute référence à la proximité dans un arrêt du 27 septembre 2017 puis dans un arrêt du 16 décembre 2020, la Cour de cassation a abandonné cette application restrictive des droits fondamentaux¹⁴⁴⁵.

Nul doute, par conséquent, que la coutume sera écartée sur ce point et que la filiation hors mariage pourra être établie, grâce à une action en recherche de paternité, ou, éventuellement, par la constatation de l'existence d'une possession d'état.

On le comprend, si les risques de confrontations entre coutume et droits fondamentaux sont bien réels (et ils se résoudront par la mise à l'écart de la règle coutumière au nom de l'ordre public), ils restent marginaux : la plupart du temps, les enfants nés « hors mariage » au sens du droit civil, pourront être rattachés à un mariage par application des règles coutumières, ou par le système de la dation de nom. On peut seulement s'interroger sur les difficultés engendrées à moyen et long terme par des états civils incomplets ou incohérents d'enfants « légitimes » qui apparaîtront à l'état civil comme nés de parents « non mariés » au sens du droit commun. Mais le problème vient moins de la coutume que de la désaffection des Mahorais pour le mariage civil.

En toute hypothèse, le vrai problème en matière de filiation est celui des reconnaissances mensongères si fréquentes dans l'île¹⁴⁴⁶.

La filiation adoptive, pose des difficultés très particulières, que n'évoquent pas les entretiens, sans doute parce qu'elles sont gérées de manière privée¹⁴⁴⁷.

On sait que l'adoption est généralement considérée comme étant interdite en droit musulman, même si la question a pu être discutée. La *kafala*, qui permet d'assurer la prise en charge de l'enfant sans créer de lien de filiation, lui sert, au moins subsidiairement, de substitut. L'ordonnance du 3 juin 2010 ne parle pas de la *kafala*, qui devrait en principe relever du droit local. En pratique, il semble que les parents qui veulent confier un enfant à des tiers parents ou non, s'adressent au tribunal pour obtenir une délégation de l'autorité parentale.

La situation est compliquée par le fait que l'adoption semble traditionnellement pratiquée à Mayotte. On notera d'ailleurs que le code civil comorien, pourtant très fortement marqué en

¹⁴⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note J. Foyer.

¹⁴⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, *Sanson*, Bull. civ. I, n° 266.

¹⁴⁴³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 09-71369.

¹⁴⁴⁴ Rapport annuel, 2013, livre 3, étude, « L'ordre public ».

¹⁴⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 16-19654 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 2020, n° 19-20948.

¹⁴⁴⁶ V. Parisot, « L'établissement de la filiation à Mayotte », *supra*.

¹⁴⁴⁷ V. Parisot, *loc. cit.* ; Y. Moatti, « L'adoption en droit local à Mayotte et aux Comores », *infra*.

matière familiale par le droit musulman, admet une forme d'adoption qui se rapproche de l'adoption simple française (*i.e.* sans rupture définitive des liens avec la famille par le sang).

Un problème de droits fondamentaux pourrait naître d'une éventuelle demande d'adoption formée devant le juge civil pour un enfant relevant du statut local. Le juge pourrait-il la refuser au motif que son statut est censé (sous les réserves évoquées *supra*), l'interdire ? Ne pourrait-on invoquer, contre la coutume, le refus des discriminations et le droit au respect de la vie privée et familiale ? En droit international privé, le juge et le législateur français ont opté pour une solution mesurée : selon l'article 370-3 alinéa 1 du Code civil, l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle interdit l'adoption ne peut être prononcée, sauf si le mineur est né et réside habituellement en France. Le fait que le mineur soit Français, qu'il soit né en France et qu'il réside habituellement en France ne devrait-il pas permettre le prononcé de l'adoption après mise à l'écart de la coutume au nom de la coutume, d'autant que la coutume, comme le prouvent à la fois les pratiques à Mayotte et le droit aux Comores, est plutôt ouverte à l'adoption ?

Là encore, une approche « souple » semble devoir s'imposer.

II. Les relations entre parents et enfants

Les relations entre parents et enfants ne sont pas exclues du champ de la coutume par l'ordonnance du 3 juin 2010, en ce compris l'organisation des relations entre parents et enfants après divorce. *A priori* l'organisation des relations entre parents et enfants, telles qu'elles sont prévues en droit musulman classique peuvent présenter un certain nombre de problèmes au regard des droits fondamentaux, que l'on se place du côté des parents ou, surtout, du côté de l'enfant, l'ensemble de la matière étant dominé aujourd'hui par le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il semble cependant nécessaire d'adopter là encore une démarche pragmatique.

La responsabilité parentale, pour utiliser un terme cher au droit européen et international, relève, dans son contenu et ses modalités d'exercice, de la coutume. Il convient cependant de souligner que, comme en droit international privé, les règles relatives à la protection de l'enfance par le juge et par les organismes sociaux s'appliquent à tous les enfants. Tel est le cas, notamment des règles d'assistance éducative : on parlerait en droit international privé de règles d'application immédiate. Dès lors qu'un enfant est en situation de danger, au sens de l'article 375 du Code civil, les règles protectrices prévues par le Code civil s'appliquent donc¹⁴⁴⁸.

Reste le problème de la responsabilité et de son exercice, notamment en cas de séparation¹⁴⁴⁹.

Le contenu de l'autorité parentale est formé en droit musulman classique de droits et devoirs propres au père et à la mère. Le père dispose de la tutelle légale, la mère de la garde (*hadana*), c'est-à-dire le droit et le devoir de prendre l'enfant en charge et de l'élever au quotidien. Le père, titulaire de la tutelle (*wilaya*), est investi, pour simplifier, du pouvoir de prendre les décisions importantes pour l'enfant. On est donc loin des principes d'égalité entre père et mère (du moins si l'on raisonne en termes d'égalité/identité) et d'exercice en commun de l'autorité parentale telle qu'ils sont prévus en droit commun. En cas de difficulté, le juge pourrait-il les écarter au nom d'un ordre public nourri d'égalité et de refus des discriminations entre homme et femme ?

¹⁴⁴⁸ Comp. cependant pour la coutume kanak : Cass., avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1^{er} avril 2006.

¹⁴⁴⁹ Sur la question des violences intrafamiliales, cf. B. Baroukh, « Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte, Faits sociaux et coutumes face à l'institution judiciaire », *supra*.

Sans doute, dans les rares hypothèses où le juge civil sera saisi (car il semble exceptionnel qu'il le soit pour trancher un litige familial, en dehors bien sûr d'une question de pension alimentaire), celui-ci devra faire preuve, une nouvelle fois, de pragmatisme en s'intéressant plus au résultat à atteindre qu'aux règles qu'il applique, quand bien même ces règles seraient inégalitaires. Le juge de droit international privé est habitué à cet exercice. À défaut, c'est à nouveau le principe même de l'application de la coutume qui serait remise en cause puisque celle-ci repose sur des bases radicalement différentes du droit commun. Il en va également de la crédibilité et de l'efficacité sociale des décisions prises.

Le problème se pose en des termes comparables lorsque le juge est saisi, exceptionnellement semble-t-il du *divorce d'époux mahorais* de statut local et qu'il doit statuer sur l'autorité parentale. *Quid*, en cas de violences alléguées du père ? *Quid*, si la mère refuse que le père bénéficie d'un droit de visite et d'hébergement ?

Le système d'attribution des responsabilités parentales après séparation est en droit musulman fondé sur le sexe des parents, ainsi que le sexe et l'âge des enfants. On est donc très loin du principe selon lequel le règlement des conséquences du divorce se fait en fonction du seul intérêt de l'enfant, dans le cadre des principes d'égalité entre époux et de coparentalité.

Pour les raisons évoquées *supra*, une approche pragmatique mériterait là encore d'être envisagée, tout orientée vers le résultat recherché, sans se focaliser sur les règles à appliquer.

De nouveau, on ne peut que souligner l'intérêt que pourrait avoir l'utilisation d'un divorce sans juge, les parents construisant eux-mêmes leur décision, avec l'aide de leurs avocats, dans le respect des règles qui, selon eux, s'imposent. Quant au juge, il resterait un recours en cas de conflit.

L'obligation d'entretien. Tout aussi complexes sont les problèmes liés à l'obligation d'entretien due par les parents au profit de leurs enfants mineurs. Ils se posent de façon beaucoup plus fréquente, car de la décision du juge peuvent découler un certain nombre de droits sociaux.

Paradoxalement, le système de droit musulman pourrait, au nom d'une stricte application du principe d'égalité, se retourner contre la mère, car l'obligation d'entretien pèse sur le père et non pas sur les deux parents à égalité.

Dans un arrêt¹⁴⁵⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation avait fait montre du pragmatisme évoqué *supra*. En l'espèce, les parents s'étaient mariés à Mamoudzou en 1991 selon les coutumes musulmanes. L'épouse avait saisi le Grand cadî de Mayotte pour faire établir que les jumeaux nés après la séparation des époux étaient des enfants légitimes et pour solliciter une pension alimentaire pour ses six enfants. Un jugement confirmatif rendu par le tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou avait fait droit à ses demandes. Le père faisait grief au jugement attaqué d'avoir fixé une pension alimentaire pour les enfants en prenant en considération ses seuls revenus alors que son épouse avait une activité professionnelle. Selon la Cour :

« Attendu qu'ayant énoncé, à bon droit, qu'en application du droit coranique régissant les rapports personnels des époux, M. X... était tenu d'une contribution à l'entretien et à

¹⁴⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n° 05-16809.

l'éducation des enfants indépendamment de la situation personnelle de la mère, le tribunal en a fixé souverainement le montant à 456 euros ; que le moyen n'est pas fondé ».

Certes, la décision a été rendue en 2006, avant la départementalisation, avec toutes ses conséquences qui en découlent pour la coutume. Mais que la différence de droits et de devoirs incombant au père et à la mère ne soit pas relevée par la Cour, permet de ne pas perturber les règles coutumières, ni, surtout les pratiques sociales qui, comme l'expliquent les entretiens, conduisent à une prise en charge effective des enfants par leur mère et par la famille de celle-ci. Au père de contribuer en fonction de ses ressources.

Peuvent éventuellement se poser des problèmes de filiation, notamment lorsque les parents ne se sont pas mariés devant l'officier de l'état civil et que l'enfant est donc né hors mariage au sens du droit commun. Mais, comme on l'a dit, différents moyens permettront de reconnaître à l'enfant le statut d'enfant né en mariage par application du droit musulman et/ou par le jeu d'une dation de nom attributive de filiation (cf. *supra*) ; à défaut, la filiation de l'enfant pourrait être établie en justice, comme on l'a dit, *supra*, étant entendu qu'une loi qui interdirait à un enfant né hors mariage d'obtenir des aliments de son père serait écartée au nom d'un ordre public nourri des droits de l'enfant.

§ 3 – Les successions

Sans doute s'agit-il là d'un des problèmes les plus sensibles en matière de coutume, alors même qu'il est difficile de rester en marge des structures étatiques, sauf à demeurer dans des indivisions qui au fil des générations deviendront de plus en plus complexes à gérer et, tout simplement, à identifier.

S'agissant de l'établissement de la filiation, on renverra à ce qui a été dit *supra*, à propos de la filiation des enfants nés « en mariage », au sens du droit coutumier. Dans l'hypothèse où l'enfant serait né hors de tout mariage, les règles de droit musulman qui l'excluraient de la succession seront écartées comme contraires à l'ordre public français en vertu de la clause spéciale de l'article 12 de l'ordonnance de 2010 (*supra*). Sont en effet prohibées les discriminations fondées sur les circonstances de la naissance (cf. Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek contre France*). L'enfant viendra donc à la succession qui, pour le reste, sera réglée par application des règles du droit local.

À première vue, les règles qui régissent les successions constituent la pierre de touche des questions d'égalité entre homme et femme puisque, pour simplifier là encore, en droit musulman, les femmes ont droit à la moitié de ce qu'elles auraient obtenu si elles avaient été un homme. Les juristes musulmans ont tenté de justifier de mille manières cette différence de traitement entre hommes et femmes. Il n'est pas certain que transposées dans le monde contemporain, ces explications soient vraiment convaincantes. La question est d'autant plus sensible que les règles sont inscrites dans le Coran et revêtent donc une valeur sacrée. On observera d'ailleurs que dans nombre de pays musulmans, tels que le Maroc, l'Algérie et plus significativement encore, la Tunisie, les avancées réalisées en matière de droit de la famille, se sont arrêtées au droit des successions.

Pour autant, une démarche trop dogmatique semble, là encore, à éviter. Ne conviendrait-il pas plutôt d'exploiter toutes les ressources du droit musulman et, surtout, de prendre en compte les spécificités locales, en particulier les règles coutumières héritées de l'Afrique et de Madagascar, pour arriver, *in fine* à des attributions équilibrées ? Cette approche semble celle des notaires locaux. Partant de deux positions opposées (les uns partent des règles égalitaires du droit

français, mais les combinent avec la prise en compte des partages privés qui ont pu être effectués ; les autres affirment le respect des règles du droit musulman, favorables aux hommes, tout en les combinant avec les règles coutumières favorables aux femmes), ils aboutissent, disent-ils, à des solutions plus ou moins équivalentes et en tout cas acceptables pour les intéressés.

Ces pratiques ont été présentées *supra*¹⁴⁵¹. Elles s'appuient sur la prise en compte de la coutume qui veut que la mère donne à sa fille, lorsqu'elle se marie, une maison (et éventuellement des terrains urbains), dans laquelle viendra habiter le mari. Les frères recevront eux des terres à cultiver. Or, comme il est souvent dit dans les entretiens, la valeur des biens immeubles urbains augmente beaucoup plus vite que celle des terres agricoles, en raison de la pression démographique et du manque de terrains à construire¹⁴⁵². Cette donnée est à prendre en considération par le notaire lorsqu'il procède au partage, en tenant compte le plus souvent de partages antérieurs faits par les parents. En pratique, la demi-part successorale accordée à la femme peut être compensée par les avantages économiques dont elle a bénéficié. À l'inverse, si l'on écarte la règle de droit musulman au nom de l'égalité, il conviendra, ensuite, de ne pas détruire les équilibres voulus par les parents, en avantageant la femme au détriment de l'homme. Différents procédés permettent ce rééquilibrage, comme l'ont expliqué les notaires interrogés.

Il convient au demeurant de souligner le caractère sélectif de l'ordre public : il ne s'agit pas d'écarter « en bloc » le droit musulman, mais seulement la disposition qui lui est jugée contraire ; une fois cette règle écartée (par exemple, une fois la règle de la demi-part écartée et remplacée par une attribution de parts égales), les autres règles successorales islamiques seront appliquées (pour la dévolution successorale par exemple), sauf, bien sûr, à ce qu'elles ne soient pas elles-mêmes jugées contraires aux droits fondamentaux.

Une telle démarche semble opportune d'un triple point de vue. Tout d'abord, elle respecte des prescriptions, qui, on l'a dit, ont d'autant plus d'importance qu'elles trouvent leur source dans une des sourates du Coran. Ensuite, elle permet de concilier respect de la coutume et principes fondamentaux du droit français. Enfin, elle peut contribuer à limiter les comportements d'évitement, avec des partages qui se feraient en dehors du droit et leur cortège d'indivisions non liquidées qui s'enchevêtrent et de droits de mutation non réglés dont l'accumulation risque de se révéler, à terme, catastrophique.

La comparaison entre Mayotte et la Nouvelle-Calédonie dans les rapports entre coutume et droits fondamentaux est, à bien des égards, révélatrice du statut de la coutume dans ces deux territoires¹⁴⁵³.

Le rapport sur la place de la coutume kanak (*L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, préc.), avait mis en lumière l'ambiguïté de la place reconnue par les juges aux droits fondamentaux. À travers notamment l'étude de la jurisprudence relative à la filiation, il était apparu que la conciliation entre les principes

¹⁴⁵¹ C. Kuhn, « Notariat et droit local à Mayotte », *supra*.

¹⁴⁵² Sur la problématique foncière, cf. *supra* B. Monteil et S. de Bretagne, « Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte. Existe-t-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ? » ; A. Hochet, « La coutume et le foncier à Mayotte » et P. Puig, « Coutume et foncier à Mayotte ».

¹⁴⁵³ É. Cornut, « Les statuts personnels d'outre-mer reconnus par la République. Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna) », *infra*.

coutumiers kanak, tels qu'ils étaient exposés par les juges et tels qu'ils sont inscrits dans la Charte du peuple kanak, se faisait par voie d'affirmation, à travers des formules rituelles, fondées sur un parti pris idéologique très fort : le respect de la vie privée des personnes de statut coutumier, tel que garanti par l'article 8 de la Conv. EDH, passe par le respect des règles coutumières ; de même, le respect des droits de l'enfant, tels que garantis par la CIDE passe par le respect des principes qui gèrent la société kanak dans laquelle vit l'enfant.

Ainsi, dans une affaire relative à une demande de subsides formée par la mère contre le père biologique qui refusait de reconnaître les enfants, le TPI de Nouméa avait-il rappelé les principes coutumiers avant d'affirmer que cette demande ne pouvait prospérer « *en ce qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant, puisqu'elle ne respecte pas les principes qui gèrent la société kanak dans laquelle l'enfant vit* »¹⁴⁵⁴.

Dans un arrêt du 9 septembre 2013, la cour d'appel de Nouméa, avait atténué un peu la généralité de la formule, ou, du moins, avait tenté d'en montrer le bien-fondé : après avoir rappelé que l'obligation d'éduquer et d'élever les enfants incombe au seul clan utérin, elle avait affirmé que « *Le lien unissant les enfants à leur père biologique étant de nature exclusivement sociale, le père conférant à l'enfant son statut social, un nom, un ancrage foncier, une lignée d'ancêtres, et une fonction sociale dans le monde coutumier, la demande présentée par la mère reviendrait à méconnaître l'intérêt supérieur des enfants, lesquels pourraient voir leur ancrage dans le clan maternel remis en cause par une décision exonérant ce clan de ses obligations au profit d'un autre clan* »¹⁴⁵⁵.

Et dans une affaire où le père contestait le pouvoir de la mère de s'opposer à la reconnaissance de l'enfant par le père biologique, les juges de Nouméa mêlent appréciation *in abstracto* et *in concreto* avaient justifié leur décision d'annuler la reconnaissance faite par le père sans l'accord de la mère au motif que : « *Cette solution est la seule conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel n'est pas de se trouver coupé de son clan maternel d'appartenance par l'effet d'une reconnaissance de paternité qui, du fait de l'assimilation des personnes de nationalité étrangère ou d'origine étrangère au statut civil de droit commun, assujettirait l'enfant à des principes juridiques totalement étrangers à son vécu personnel, et difficilement conciliables avec ses relations sociales* »¹⁴⁵⁶.

De même, la cour d'appel de Nouméa, dans son arrêt du 26 mars 2015, avait admis que soit refusé tout droit au père qui avait certes reconnu l'enfant, mais n'avait pas accompli les gestes coutumiers, en affirmant que « *l'intérêt supérieur de l'enfant est de voir consacrée la place qu'il occupe dans le seul clan qui le reconnaisse comme membre : le clan maternel* ». Quant au moyen fondé sur l'article 8 de la Conv. EDH il était, selon la cour, inopérant : « *Le respect dû à la vie privée et familiale postule, en l'espèce, le respect des règles coutumières* »¹⁴⁵⁷.

Mérite également d'être cité un arrêt de la cour d'appel de Nouméa le 16 septembre 2013 : les juges de Nouméa estiment de même que « *Le rattachement au clan maternel et à une Terre étant déterminant, au regard des principes du droit coutumier, pour définir l'identité et donc l'origine du sujet, ces règles ne sont contraires ni aux droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (respect dû à la vie privée et familiale) ni au « droit » pour l'enfant de connaître ses origines, ni à l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié*

¹⁴⁵⁴ TPI Nouméa, 28 novembre 2011, RG n° 11-811.

¹⁴⁵⁵ CA Nouméa, ch. cout., 9 septembre 2013, RG n° 12-59, rendu sur appel de TPI Nouméa, 28 novembre 2011.

¹⁴⁵⁶ CA Nouméa, ch. cout., 16 septembre 2013, RG n° 12-339.

¹⁴⁵⁷ CA Nouméa, ch. cout., 26 mars 2015, RG n° 14-45.

au regard des normes coutumières, que désigne son statut personnel constitutionnellement garanti, ni même au regard de l'intérêt familial »¹⁴⁵⁸.

On le voit, dans le cas de la coutume kanak, le juge semble, en quelque sorte, lire les droits et libertés fondamentaux à la lumière des principes coutumiers.

La situation de Mayotte est radicalement différente : c'est la coutume qui est lue, voire passée au crible, des droits fondamentaux. Sans doute faut-il voir là les conséquences du processus de départementalisation qui, on l'a souligné, inscrit la coutume dans une perspective d'extinction ou au moins de strict cantonnement. Le respect des droits fondamentaux est, par-là même, placé au cœur du système.

Reste à gérer les tensions qui ne peuvent manquer de naître entre droits fondamentaux et droit local. Pour y parvenir, deux démarches sont envisageables :

- la première, pragmatique, tend à affirmer la prééminence des droits fondamentaux dans le respect maximal du droit local, dont sont exploitées toutes les potentialités. Cette démarche peut se fonder sur la lecture traditionnelle de l'article 75 de la Constitution.
- la seconde, plus dogmatique, conduit à écarter la règle de droit local lorsqu'elle entre en conflit, réel ou formel, avec les droits fondamentaux. Cette démarche peut se justifier par l'idée que dans le cadre de la départementalisation, le maintien du droit local est par nature « exceptionnel » et n'est peut-être que transitoire. Telle serait par ailleurs la seule façon de garantir effectivement le respect des droits des femmes.

Le choix entre ces deux démarches revêt, à l'évidence, une dimension politique. On fera seulement deux remarques.

D'une part, il convient de toujours avoir à l'esprit la richesse de la coutume mahoraise, quand bien même celle-ci serait pleine d'incertitudes et, à certains égards, méconnue. En particulier, le mélange de règles de droit musulman et de règles d'origine africaine et malgache, protectrice de la femme, constitue une originalité pleine de potentialité, et à bien des égards, une source d'équilibre.

D'autre part, le dogmatisme n'est pas sans dangers. Il peut contribuer à renforcer la schizophrénie d'une société formellement soumise à toujours plus de droit commun, mais qui continuerait à vivre en marge de ce droit, selon ses règles traditionnelles. Il se peut d'ailleurs que cette schizophrénie apparente soit parfaitement intégrée par les intéressés et se résolve en une sorte de « double » jeu vécu de façon toute naturelle, les Mahorais (sans parler des Comoriens en situation régulière ou irrégulière, soumis officiellement au droit commun, mais qui sans doute continuent à suivre des règles coutumières proches de la coutume mahoraise), s'habituant à jouer sur plusieurs registres, ou plutôt, à vivre dans deux mondes parallèles, selon le résultat recherché ou selon les exigences posées par tel ou tel organisme officiel. À moins que la coutume l'emporte *de facto* sur un droit commun réduit à n'être qu'une super structure sans autre signification que celle d'ouvrir la voie à des papiers officiels ou à des aides financières.

¹⁴⁵⁸ CA Nouméa, ch. cout, 16 septembre 2013, RG n° 12-339.

Dans ces différents cas de figure, on peut difficilement parler de triomphe de la coutume et l'on peut s'interroger sur la nature et sur la teneur de règles coutumières dont les « sachants », *i.e.* les cadis, ne bénéficient que d'un vague statut de « médiateur ».

Un des principaux enjeux des années à venir est sans doute de réduire ce fossé, en rapprochant ces deux systèmes de régulation sociale et non plus en les opposant afin de « tuer » la coutume. Dans cette perspective, les cadis ont certainement un rôle important à jouer¹⁴⁵⁹.

Reste que la plus grande prudence est de mise : qu'advient-il en effet des équilibres et des déséquilibres actuels, dans une société en pleine mutation ? Quelles seront les pratiques et les attentes des nouvelles générations, largement majoritaires sur l'île ?

En toute hypothèse, une telle politique, faite de souplesse et de pragmatisme, ne semblerait pas incompatible avec les prescriptions du Conseil constitutionnel. Resterait à savoir si elle correspond aux attentes de la Cour EDH.

¹⁴⁵⁹ M. Philip-Gay, « Le principe constitutionnel de laïcité dans le contexte mahorais », *infra*.

Chapitre 3/ Le principe constitutionnel de laïcité dans le contexte mahorais

La confrontation entre la coutume locale et le droit constitutionnel national produit inévitablement des effets qui s'apparentent à des réactions chimiques : certaines pratiques se dissolvent, tandis que d'autres se cristallisent. Il en va ainsi de la confrontation entre la coutume mahoraise et le principe de laïcité.

En apparence, cette confrontation semble une parfaite illustration de la question tant commentée des rapports entre l'islam et la laïcité française, mais cette idée doit être doublement nuancée.

D'une part, la société mahoraise est une société qui entretient sa singularité. Comme l'expliquait Sophie Blanchy dans sa thèse, elle a, par exemple, fait preuve d'une résistance très forte aux évolutions qu'auraient dû entraîner les invasions arabes du XIII^e au XV^e siècle l'ayant placée sous la domination de sultans musulmans, à la place des chefferies traditionnelles. Elle explique cette résistance par la force des principes matrilineaires et de la matrilocalité sur lesquels fonctionnait cette société. Ces particularités des pratiques mahoraises entraînent encore aujourd'hui un certain protectionnisme tant confessionnel que coutumier, qui peut parfois s'exprimer violemment. Par exemple, en 2015, la mosquée de M'Tsangamouji, dont les prêches de l'imam étaient jugés trop radicaux, a été mise à sac par des habitants, dont certains avaient pourtant concouru à sa construction. L'application du principe de laïcité à Mayotte ne se fait donc pas dans le même contexte historique ni dans les mêmes conditions que dans d'autres départements.

D'autre part, même si 95 % de la population est musulmane¹⁴⁶⁰, la coutume locale n'est pas uniquement constituée de règles religieuses. Il a déjà été montré par les coordinateurs de ce rapport que l'on pouvait adopter une définition bicéphale de la coutume à Mayotte, « entre d'un côté, des règles coutumières inspirées du droit musulman chaféite et, de l'autre, des normes et pratiques traditionnelles non écrites héritées des cultures africaines bantoues »¹⁴⁶¹. Les premières sont celles qui étaient incarnées par le Code *Minhâdj el Tâlibîn* et le pouvoir juridictionnel des cadis entre 1939¹⁴⁶² et 2010, qui étaient incompatibles notamment avec le principe de laïcité. Quant aux secondes, elles entrent davantage en contrariété avec d'autres principes fondamentaux que le principe de laïcité *stricto sensu*.

En métropole, il subsiste encore un malentendu tenace sur le degré d'attachement des Mahorais aux principes républicains. Certains soulignent la singularité de la société mahoraise qui la conduirait inévitablement à refuser certaines conséquences de ce principe, d'autres insistent sur les particularités de la pratique religieuse locale pour affirmer qu'elle peut facilement s'adapter au principe de laïcité ; alors que la réalité est certainement intermédiaire.

En effet, il est difficile de continuer à affirmer que par les différents référendums organisés depuis 1974, les Mahorais ont exprimé une volonté claire de se soumettre aux principes de la

¹⁴⁶⁰ Chiffres de la préfecture de Mayotte.

¹⁴⁶¹ H. Fulchiron, A. Siri, É. Ralser, É. Cornut, *La place de la coutume à Mayotte*, Rapport intermédiaire, octobre 2019, p. 24.

¹⁴⁶² Décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, art. 6.

République puisque la question posée aux électeurs a, avant tout, été celle de l'indépendance, puis de la départementalisation. Difficile donc aussi de soutenir comme dans un rapport sénatorial de 2012 qu'il y a eu une « volonté maintes fois réaffirmée » lors des référendums, de montrer l'attachement des Mahorais « aux valeurs de notre pays »¹⁴⁶³. En revanche, des espoirs ont évidemment été placés par les citoyens dans la liberté, l'égalité, ou la fraternité parmi toutes les raisons qui ont conduit les électeurs à répondre favorablement. Comme l'écrivait Olivier Gohin en 2009, « les Mahorais ou leurs représentants nationaux et locaux ont fait preuve, par le passé, de suffisamment de constance et de maturité pour envisager sereinement l'avenir, sachant qu'au bout du compte, pour avoir été vigilants, ils resteront libres, dans cette égalité qu'ils ont voulue et dans cette fraternité qu'ils ont exprimée, par le biais du suffrage universel »¹⁴⁶⁴. La même idée se retrouve régulièrement dans les entretiens menés auprès des acteurs de la coutume, cadis, avocats, notaires, magistrats, etc.

En 2010, le législateur a prévu que Mayotte pourrait « conserver ce qui fait son identité dans la République ». Déjà, l'accord du 27 janvier 2000¹⁴⁶⁵ avait évoqué l'adoption d'une organisation juridique, économique et sociale qui se rapproche « le plus possible du droit commun », mais « adaptée à l'évolution de la société mahoraise ». Son huitième point prévoyait une rénovation de l'état civil et la mise en place d'un cadastre sous cinq ans, la « confortation » des droits des femmes dans la société mahoraise, et la poursuite de « la clarification » du statut personnel. Selon Sophie Blanchy et Yves Moatty, les expressions employées étaient suffisamment vagues pour laisser place à des interprétations contradictoires, telles « la clarification du statut de droit local », ou « la promotion de l'identité mahoraise » qui fut comprise comme le respect de ses composantes islamiques et coutumières¹⁴⁶⁶. En 2010, un discours présidentiel a également entretenu ce malentendu, en évoquant une départementalisation progressive et « adaptée », sans décrire précisément les adaptations à venir du droit coutumier. Les Mahorais qui ont voté massivement pour rester français n'ont donc que très peu pris en compte les conséquences potentielles de leur vote sur les composantes islamiques et coutumières de leur modèle sociétal¹⁴⁶⁷. En particulier, une réflexion sur l'intégration du principe de laïcité avait peu de sens jusqu'à la départementalisation. Elle a ensuite elle-même pu faire l'objet d'autres malentendus, notamment sur le contenu du principe. L'un des cadis interrogés pense ainsi que :

« Que dit le texte ? Le texte dit que la loi sur la laïcité n'est pas étendue à Mayotte. Les textes sont très clairs. Va voir la circulaire réglementant le culte qui date du 25 août 2011. Et il y'a une obsession... à chaque fois, un petit truc... « laïcité ! ». Il y'a une obsession dans l'application de la laïcité mais vraiment ! »¹⁴⁶⁸.

Les textes sont effectivement clairs, mais plus précis que ce que semble penser cet interlocuteur.

La Constitution de 1946 a proclamé, d'une part, la laïcité de la République et, d'autre part, la laïcité de l'école publique, sans toutefois les réunir dans une même disposition. Pourtant, que la laïcité s'applique à l'une ou à l'autre, le mot recouvre un modèle théorique commun :

¹⁴⁶³ J.-P. Sueur, Ch. Cointat, F. Desplan, *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, Rapp. Sénat, n° 675, 2012.

¹⁴⁶⁴ O. Gohin, « Mayotte : la longue marche... », art. cit.

¹⁴⁶⁵ Entre le Gouvernement de la République française, le président du conseil général de Mayotte et les principaux partis de l'île (Mouvement populaire mahorais ; fédération de Mayotte du Rassemblement pour la République ; fédération de Mayotte du Parti socialiste), sur l'avenir de Mayotte.

¹⁴⁶⁶ S. Blanchy, Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société* 2012/1, p. 123.

¹⁴⁶⁷ E. Ralser, « L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », in F. Hermet, *Mayotte...*, op cit., p. 87.

¹⁴⁶⁸ Entretien du 2 juillet 2020.

l'affranchissement du pouvoir politique et du service public de toute influence religieuse afin de sauvegarder la liberté d'opinion et l'égalité, et par là même, le pluralisme de la société. Il y a aussi une volonté de pacification des échanges entre les citoyens qui composent cette société : à l'école, il s'agit de créer un « asile où les querelles des hommes ne pénètrent pas » comme l'écrivait Jean Zay en 1936, tandis que le « vivre-ensemble » a souvent été invoqué dans le reste de la société. Le droit constitutionnel de la V^e République est porteur de la même dissociation entre laïcité scolaire et laïcité de l'État. L'article 1^{er} de la Constitution¹⁴⁶⁹ réaffirme le caractère laïque de la République française, qu'elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de religion, et qu'elle respecte toutes les croyances. Quant au Préambule de 1946, qui consacre comme devoir de l'État l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés, il a été intégré par le Conseil constitutionnel à ses normes de référence.

Ces principes de laïcité de la République (Section 1) et de l'école publique (Section 2) qui s'appliquent désormais à Mayotte ont, tous deux, valeur constitutionnelle, mais leurs fondements et leurs conséquences sont très différents.

Section 1/ La laïcité de la République

Le cadi déjà cité expliquait aussi que :

« On peut très bien avoir une souplesse, regarde par exemple le drame qui est arrivé à Paris avec l'église qui a pris feu. Quand la Région Île-de-France délibère tout de suite pour 10 millions d'euros pour accompagner, qui a dit quoi ? Personne n'a rien dit. Tout le monde a approuvé, comme s'il n'y a pas de choix. Le même cas à Mayotte, dès qu'on veut aider un tout petit peu, directement ou indirectement, on te balance « laïcité ».

Ces propos révèlent une confusion entre la loi de 1905 qualifiée de « loi de laïcité » alors qu'elle ne prononce pas ce terme et qu'elle est uniquement relative à la séparation des Églises et de l'État » (qui effectivement ne s'applique pas sur l'ensemble du territoire national), avec la laïcité elle-même qui comporte la séparation des Églises et de l'État, mais ne peut se limiter uniquement à cette séparation. Il semble aussi dénoncer une inégalité juridique entre l'Église catholique et l'islam qui rendrait « absurde » son application à Mayotte. Pourtant, l'antagonisme entre la coutume locale et la laïcité n'est pas si grand que l'on pourrait le penser (§ 1), même s'il existe évidemment des oppositions (§ 2).

§ 1 – Les conditions de la conciliation

Le principe de laïcité proclamé par l'article 1^{er} de la Constitution est un principe qui s'applique à l'ensemble des personnes publiques et des services publics. Mais il connaît trois exceptions (I) qui limitent les contradictions possibles entre laïcité et coutume (II).

I. Les limites à l'application de laïcité

Le principe constitutionnel de laïcité s'applique à Mayotte sous trois réserves.

En premier lieu, il n'y a théoriquement pas de contrariété constitutionnelle entre le principe de laïcité et le maintien du statut personnel, du moins tel que ce dernier a évolué depuis la départementalisation. En effet, conformément à la Constitution, le principe de laïcité de la République doit être concilié avec la garantie du statut personnel, pour les citoyens de

¹⁴⁶⁹ Ancien article 2 de la Constitution avant la révision du 4 août 1995.

confession musulmane, de nationalité française et de filiation mahoraise qui n'y ont pas renoncé¹⁴⁷⁰. Surtout que, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 17 juillet 2003, « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, le législateur [a pu] adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et les droits constitutionnellement protégés »¹⁴⁷¹.

En deuxième lieu, le droit local des cultes n'a pas non plus été jugé contraire à la laïcité par le Conseil constitutionnel.

Certes, par principe, la laïcité repose sur la séparation des Églises et de l'État depuis la loi du 9 décembre 1905, en vertu de laquelle la République assure la liberté de conscience et garantit le libre exercice des cultes sous réserve de considérations d'ordre public et ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte¹⁴⁷².

Toutefois, à Mayotte¹⁴⁷³, le décret Mandel du 16 janvier 1939¹⁴⁷⁴ permet aux cultes de s'organiser sous forme de missions religieuses et de bénéficier d'avantages fiscaux en échange d'une tutelle étroite de l'État. Il ne s'oppose donc pas à ce que le département finance des dépenses relatives aux cultes, à condition de respecter l'égalité entre les différentes convictions, la neutralité des collectivités territoriales ; et sous réserve qu'il existe un motif d'intérêt général pour le territoire concerné¹⁴⁷⁵. Or, d'après le Conseil constitutionnel, les droits locaux des cultes ne violent pas le principe de laïcité¹⁴⁷⁶, et la loi du 24 août 2021¹⁴⁷⁷ confortant le respect des principes de la République, qui modifie pourtant substantiellement la loi de 1905 n'a pas remis en cause l'application des décrets Mandel. Qu'elle ne remette pas en cause l'application des décrets de 1939 ne signifie pourtant pas, qu'à long terme, l'adoption de lois futures ne pourrait pas faire disparaître cette particularité territoriale comme le déplorent la plupart des personnes interrogées par Thierry Malbert. Selon le Conseil constitutionnel, il ressort des travaux préparatoires de 1946 et de 1958 qu'en proclamant que la France est une République laïque, « la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte »¹⁴⁷⁸. Le droit local peut donc faire l'objet d'aménagements à condition de ne pas renforcer les différences de traitement qui en résultent et de ne pas élargir leur champ d'application. En toute logique, il devrait donc y avoir une convergence progressive de celui-ci vers le droit commun de la laïcité, pour autant qu'il doive évoluer de quelque façon que ce soit.

En dernier lieu, la laïcité ne s'applique qu'aux personnes publiques et au service public ; pas à l'espace public ni aux rapports purement privés, ce qui limite là encore les interactions avec la

¹⁴⁷⁰ Constitution du 4 octobre 1958, art. 75. Nous nous concentrons ici sur les principes mais renvoyons aux autres contributions du présent rapport pour ce qui concerne leur application, et notamment l'ignorance (délibérée ou par méconnaissance) du statut personnel de certains justiciables révélée au cours des entretiens menés dans le cadre de cette recherche.

¹⁴⁷¹ Cons. const., n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003 « Loi programme pour l'Outre-mer ».

¹⁴⁷² Cons. const., n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité.

¹⁴⁷³ Comme en Guyane, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna, en Nouvelle-Calédonie ou dans les Terres australes et antarctiques françaises.

¹⁴⁷⁴ Tel que modifié par le décret du 6 décembre 1939.

¹⁴⁷⁵ Cons. d'État, 16 mars 2005, n° 265560, *Min. Outre-mer c/Polynésie française*.

¹⁴⁷⁶ Cons. const., n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 ; n° 2017-633 QPC du 2 juin 2017.

¹⁴⁷⁷ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

¹⁴⁷⁸ Cons. const., n° 2011-157 QPC du 5 août 2011.

coutume locale. Par exemple, ce sont les principes du droit du travail qui s'appliquent dans la relation entre l'employeur privé et un employé qui n'exerce aucune mission de service public. Conformément au Code du travail, l'employeur peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions légales, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, sous certaines conditions¹⁴⁷⁹. À l'exception de ce cas particulier, la liberté de manifester ses opinions philosophiques ou religieuses est la règle dans l'entreprise privée qui ne gère aucun service public, les seules restrictions à cette liberté devant être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché »¹⁴⁸⁰. Par principe, l'employeur est donc tenu de faire prévaloir la liberté de pensée, de conscience et de religion de son salarié à Mayotte comme sur le reste du territoire national.

À l'inverse, en l'absence d'accord entre l'employeur et l'employé, ce dernier ne peut pas – au nom de sa liberté religieuse et d'une manière unilatérale – modifier son contrat de travail sur des éléments importants pour l'accomplissement de la tâche qu'il a accepté d'occuper. D'après un arrêt ancien de la chambre sociale de la Cour de cassation concernant Mayotte, les convictions religieuses du salarié « sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ». Il s'agissait d'un boucher employé d'un magasin d'alimentation de détail de Mamoudzou qui avait averti son employeur, après deux années passées à son poste, qu'il ne souhaitait plus être en contact avec la viande de porc « estimant que cette situation n'était pas compatible avec sa confession musulmane », et qui avait demandé sa mutation dans un autre service. Devant le refus de son employeur, il avait cessé le travail et réclamait des indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le tribunal supérieur d'appel de Mayotte lui avait donné raison en relevant que :

« L'employeur devait respecter [ses] croyances religieuses dans un territoire essentiellement voué à l'islam qui proscriit la viande de porc ; qu'en l'affectant au rayon boucherie, il aurait dû l'informer qu'il aurait à travailler cette viande, qu'en omettant de l'informer correctement sur la réalité de son nouveau poste de travail, et donc qu'en refusant de le réintégrer dans son service antérieur, l'employeur avait commis une faute ».

Cependant, alors même que Mayotte n'était pas encore départementalisée, la Cour de cassation a refusé de tenir compte de la place importante de l'islam sur ce territoire, et a relevé que le travail demandé correspondait à un poste que le salarié avait accepté d'occuper, sans qu'aucune clause de son contrat de travail ni qu'une disposition du statut local ne prévoie qu'il serait dispensé d'être en contact avec de la viande de porc pour motifs religieux. Par conséquent, elle a jugé que la faute de l'employeur n'était pas caractérisée.

Toutefois, il ne s'agissait évidemment pas ici d'une application de la laïcité, qui à l'inverse, peut aussi prévoir certains aménagements pour tenir compte de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

¹⁴⁷⁹ Cass. soc., 22 novembre 2017, pourvoi n° 13-19.855.

¹⁴⁸⁰ Code du travail, art. L. 1121-1.

II. Le fait religieux dans les services publics laïques

À Mayotte, comme sur le reste du territoire français, le service public est soumis à une obligation de neutralité, ce qui n'empêche pas que la liberté religieuse puisse être prise en compte.

En ce qui concerne les agents, il ne peut y avoir de mesure de différenciation positive ni de mesure prise en raison de ses opinions, que ce soit, par exemple, pour une absence de recrutement, un avancement ou une mesure disciplinaire¹⁴⁸¹. D'ailleurs, pour éviter une telle situation, d'après le statut de la fonction publique :

« Il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé »¹⁴⁸².

Il ne peut être fait, non plus, aucune distinction, directe ou indirecte, entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. Le juge censurera donc toute discrimination à raison des convictions exprimées en dehors de ses fonctions par un agent »¹⁴⁸³.

Malgré ce principe, conformément à de simples circulaires renouvelées annuellement depuis 1967 au nom de la liberté religieuse, mais aussi de l'égalité entre les cultes, les fonctionnaires peuvent tout de même solliciter des aménagements de tâche ou des autorisations d'absence¹⁴⁸⁴ pour raisons religieuses dans les limites des nécessités et du fonctionnement normal du service. De telles autorisations peuvent être données pour les jours de fêtes religieuses dont une liste établie en concertation avec les autorités religieuses est diffusée officiellement¹⁴⁸⁵, et qui comporte celles qui sont célébrées à Mayotte.

Toutefois, ces autorisations ne doivent pas conduire à entraver le fonctionnement normal du service¹⁴⁸⁶. De fait, des refus d'aménagements peuvent être justifiés lorsqu'un agent, peu remplaçable, travaille seul dans son service, ou dans un service employant majoritairement ses coreligionnaires avec une mission aux horaires contraignants¹⁴⁸⁷. À Mayotte, cela se traduit par des fermetures ou d'ouverture de certains services à des jours et horaires différents de ceux qui sont pratiqués en métropole.

En ce qui concerne les usagers, le principe de laïcité interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre les

¹⁴⁸¹ Cons. État, 16 juin 1982, n° 23276 et n° 23277.

¹⁴⁸² Article 18 de leur statut tel que modifié par l'article 29 de la Loi n° 2009-972 du 3 août 2009.

¹⁴⁸³ Cons. État, 28 avril 1938.

¹⁴⁸⁴ Cons. État 12 février 1997, n° 125893.

¹⁴⁸⁵ Mais cette liste n'est pas exhaustive. Ainsi, le Conseil d'État a annulé la décision de refus d'autorisation d'absence opposé à un fonctionnaire de police raëlien au motif que de telles autorisations ne pouvaient être accordées que pour la pratique des cultes musulmans juif et arménien (Cons. État CAA Paris, 22 mars 2001, n° 99PA02621).

¹⁴⁸⁶ Cons. d'État, 16 février 2004, n° 264314.

¹⁴⁸⁷ En pratique, lorsque les services ont beaucoup d'agents de la même religion et qu'ils ne peuvent fonctionner avec un fort taux d'absentéisme, l'usage s'est développé d'instaurer une alternance dans l'octroi des autorisations d'absence le jour des fêtes importantes, afin que chacun puisse en bénéficier à tour de rôle.

collectivités publiques et les particuliers »¹⁴⁸⁸. Ainsi, pour des raisons d'ordre public, même à Mayotte, une personne doit se faire photographier tête nue pour l'établissement de la carte nationale d'identité, quelles que soient les motivations qui pourraient la conduire à la couvrir habituellement. Cette neutralité du service public n'empêche pas de tenir compte des demandes à caractère religieux des usagers. Leur acceptation se fera sous deux conditions cumulatives : qu'elles ne troublent pas le fonctionnement du service public, et qu'une réponse favorable n'entraîne pas la violation des principes, de libertés ou de droits de nature fondamentale.

Enfin, la loi de 1905 avait elle-même prévu des exceptions à la séparation pour tenir compte des convictions religieuses des usagers, en créant notamment un service public d'aumônerie afin que les patients, détenus et élèves puissent avoir accès à un accompagnement religieux, y célébrer leur culte ou recevoir un enseignement théologique¹⁴⁸⁹. Par conséquent, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les services publics français connaissent certains ajustements pour des motifs religieux, qui permettent une conciliation entre le principe de neutralité à la française et les pratiques mahoraises.

§ 2 – Les contrariétés possibles

Le Conseil constitutionnel considère que ce principe de neutralité du service public est un corollaire du principe d'égalité permettant de respecter le pluralisme¹⁴⁹⁰, une vision qui a été entérinée par la Cour européenne des droits de l'Homme à propos d'une agente contractuelle travaillant dans un service public hospitalier, et qui avait été révoquée pour violation de l'interdiction du port de signes religieux¹⁴⁹¹.

Les contrariétés les plus manifestes avec la coutume mahoraise concernent la neutralité des agents publics ou des personnes privées qui participent à l'exécution du service public (I), mais se pose aussi la question du respect du pluralisme convictionnel et religieux, dont on a déjà expliqué qu'il était à la fois une conséquence et une condition de la laïcité, dans ce département (II).

I. Les contrariétés avec la stricte neutralité des agents publics et assimilés

La stricte neutralité impose que ceux qui incarnent la personne publique ou le service public s'abstiennent de montrer leurs opinions ou leurs convictions politiques, philosophiques, religieuses.

Le Conseil d'État estime que¹⁴⁹² :

« Le fait pour un agent public de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ».

Un tel manquement constitue une faute personnelle susceptible d'entraîner la responsabilité individuelle de l'agent¹⁴⁹³, ou bien de motiver le non-renouvellement de son contrat s'il est non

¹⁴⁸⁸ Cons. const., n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *op. cit.*

¹⁴⁸⁹ Loi de 1905, art. 2 alinéa 2.

¹⁴⁹⁰ Cons. const., décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, § 15 et 16.

¹⁴⁹¹ Arrêt du 26 novembre 2015, req. n° 64846/11.

¹⁴⁹² Cons. État, Avis 4/6 SSR, du 3 mai 2000, n° 217017.

¹⁴⁹³ Trib. confl., 2 juin 1908, *Girodet c. Morizot*.

titulaire¹⁴⁹⁴. En 2016, le statut du fonctionnaire a même été modifié pour confier au chef de service le devoir de veiller au respect de ce principe, et en précisant qu'il s'appliquait tant aux actes qu'aux paroles de l'agent¹⁴⁹⁵. Depuis la loi du 24 août 2021, un référent laïcité doit être nommé dans les administrations de l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics. Sous réserve de la responsabilité et des prérogatives du chef de service, il est en charge d'apporter tout conseil utile au respect du principe de laïcité aux fonctionnaires ou chefs de service qui le consulte et d'organiser « une journée de la laïcité » le 9 décembre de chaque année.

En outre, chaque agent doit être formé à la laïcité. Cette obligation, qui a été intégrée dans le statut général de la fonction publique¹⁴⁹⁶, ne sera pas complètement nouvelle à Mayotte où depuis 2015, les religieux, et les « professionnels en contact direct avec les publics »¹⁴⁹⁷ ont été destinataires de formations aux valeurs de la République, à commencer par les agents publics, et salariés des associations de la ville, de la jeunesse et des sports. C'est notamment le cas du plan de formation conçu sous l'égide du Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET), en collaboration avec le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT). En décembre 2016, la direction de la Jeunesse, des Sports et de la Cohésion Sociale (DJSCS) de Mayotte a ainsi constitué une commission départementale pour établir un « schéma de développement des valeurs de la République ». La même année, le centre universitaire de Mayotte a mis en place le diplôme universitaire « Islam et valeurs de la République », qui, depuis, s'intitule « Religions et valeurs de la République ».

Les principales difficultés de mise en œuvre du principe de laïcité à Mayotte concernent précisément la neutralité des agents de la fonction publique. Le fait que les *cadis* soient devenus des agents de la collectivité territoriale, et exercent une fonction de médiation, de conseil et de consultation¹⁴⁹⁸ pourrait être perçu comme une atteinte à cette stricte neutralité. Cependant, il est possible de rappeler que le Conseil constitutionnel considère que l'interdiction du financement et du subventionnement des cultes a uniquement valeur législative, et qu'une simple loi ou ordonnance peut donc y déroger. Depuis mai 2016, les vingt et un *cadis* ont été intégrés à la direction départementale de la médiation, de la conciliation, et du règlement des conflits, afin de leur permettre de devenir de véritables médiateurs sociaux, ce qui devrait à long terme les réinstitutionnaliser, dans des fonctions plus coutumières que religieuses, à condition de renforcer encore leur formation. Au contraire, les conventions signées depuis 2021 par les mairies pour « mettre à disposition les *cadis* pour participer à la réflexion et à la mise en place des projets de territoires dans la commune partenaire » sont plus problématiques, surtout depuis que la loi du 24 août 2021 a créé un « déferé laïcité ». Dans le cadre d'un déferé préfectoral, le préfet peut désormais demander la suspension des actes des collectivités locales de nature à porter gravement atteinte aux principes de laïcité et de neutralité des services publics¹⁴⁹⁹.

Cependant, d'autres contrariétés peuvent aussi être relevées.

¹⁴⁹⁴ Trib. adm. Paris, 17 oct. 2002, *Ébrahimian*. Voir J.-P. Didier, JCP A, 2002, p.1150.

¹⁴⁹⁵ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, art. 25.

¹⁴⁹⁶ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 2 5.

¹⁴⁹⁷ Selon les termes employés lors du Comité interministériel à l'égalité et à la citoyenneté du 6 mars 2015.

¹⁴⁹⁸ Ordonnance n° 2010-593 du 3 juin 2010.

¹⁴⁹⁹ CGCT, art. L. 2131-6, L. 3132-1 et L. 4142.

II. Les autres contrariétés

L'article premier de la Constitution proclame le principe du pluralisme. À Mayotte, se pose tout particulièrement le problème du respect des convictions ultra-minoritaires qui existent aussi dans ce département, notamment chez une partie de la jeunesse, même si elles sont moins visibles. Au contraire, les règles de droit et les pratiques sociales encouragent ces opinions ou convictions minoritaires à être discrètes, et à s'effacer devant la pratique religieuse majoritaire¹⁵⁰⁰. Les entretiens montrent tout particulièrement la méfiance envers l'islam sunnite « de l'extérieur », « influencé par le wahhâbisme ».

Il y a pourtant une prise en compte par le droit local des autres confessions, comme le culte catholique, pratiqué essentiellement par les métropolitains. Depuis 1940, il s'est organisé en mission et dépend du diocèse des Comores, et non pas de celui de La Réunion, le Vatican s'alignant ainsi sur les résolutions de l'assemblée générale de l'ONU¹⁵⁰¹. En outre, la liberté de pensée, de conscience et de religion, présentée par le Conseil d'État comme une déclinaison du principe de laïcité¹⁵⁰² peut juridiquement être conçue comme figurant « parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents¹⁵⁰³ ». Elle permet donc également de protéger par le droit les pensées minoritaires existant à Mayotte, ce qui répond aux aspirations d'une partie de la jeunesse. Selon Éléonore Cadou,

« Nombreux sont les adolescents déchirés entre culture traditionnelle et culture occidentale, en situation de conflit majeur avec leurs parents, et l'accélération des mutations de la société mahoraise ne rend pas optimiste quant au développement d'actes de délinquance. Pour autant, le processus de mise à niveau des références juridiques de l'archipel porte déjà ses premiers fruits, et on ne peut que se réjouir que les termes d'égalité et de liberté prennent une signification plus concrète au sein des familles mahoraises soumises au droit local »¹⁵⁰⁴.

La Constitution impose aussi d'assurer le respect de l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion avec, par conséquent, l'interdiction de la discrimination. Les minorités protégées dans un régime laïque ne sont pas nécessairement religieuses, elles peuvent également être philosophiques, linguistiques, ou sociales. Par exemple, les entretiens menés font ressortir qu'« il n'y a pas eu de mariage entre personnes de même sexe à Dembéni », ce qui laisse penser que ce type d'union amoureuse reste caché et démontre que la laïcité est difficilement applicable sans une certaine sécularisation, ou à défaut au moins une certaine visibilité des minorités.

En ce qui concerne l'égalité entre les femmes et les hommes, le secrétaire d'État à l'Outre-mer Christian Paul décrivait en 2001 les Mahoraises comme

¹⁵⁰⁰ É. Cadou, « Le statut de l'enfant dans l'Océan Indien : l'enfant mahorais », *RID comp.* 2005, p. 342.

¹⁵⁰¹ Cons. d'État, *Un siècle de laïcité*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 271.

¹⁵⁰² « La laïcité française doit, à tout le moins, se décliner en trois principes : ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme » (*ibid.*, p. 272).

¹⁵⁰³ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307/88.

¹⁵⁰⁴ É. Cadou, « Le statut de l'enfant... », *op. cit.*, p. 342.

« L'élément stabilisateur de la société. Elles sont propriétaires de leur maison, leurs maris ne le sont pas. Les coutumes africaines tendent ainsi à neutraliser certains effets de la loi islamique »¹⁵⁰⁵.

Cependant, le principe matrilineaire et celui de la matrilocalité n'empêchaient pas une discrimination coutumière ; notamment dans le cadre du mariage et des successions. Les modifications du statut civil de droit local leur ont permis d'être un peu plus autonomes financièrement et elles sont entrées massivement dans les dix-sept conseils municipaux de Mayotte, étant plus de deux cent cinquante à être élues depuis 2000, ce qui pourrait bien constituer « une révolution tranquille »¹⁵⁰⁶. Les tenues traditionnelles (*salouva*) de ces élues, très colorées, et leur châle (*kishali*) porté sur les épaules ou sur les cheveux ont alors interrogé à leur tour le droit français de la laïcité.

En juin 2017, la députée de Mayotte nouvellement élue Ramlati Ali apparaissait sur sa photo officielle avec un *kishali* posé sur sa tête. Alors qu'elle prenait soin de le distinguer d'une tenue religieuse, et de ne le porter que sur les épaules lorsqu'elle siégeait en commission ou dans l'hémicycle, sa présence à l'Assemblée contribue certainement à expliquer la modification de l'instruction générale du Bureau relative à la tenue des députés en séance, interdisant désormais dans l'hémicycle, notamment « le port de tout signe religieux ostensible »¹⁵⁰⁷. Pourtant, comme elle l'expliquait alors dans les médias :

« Je suis Mahoraise, et je me respecte en tant que Mahoraise. Ce n'est pas un voile, c'est mon châle de Mahoraise. Dans l'hémicycle je me fonds dans la masse »¹⁵⁰⁸.

D'ailleurs, le *Kishali* est habituellement jugé conforme à une autre législation très symbolique de la laïcité scolaire : la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Section 2/ La laïcité de l'enseignement public

La laïcité scolaire a des fondements particuliers dont découlent des règles (§ 1) qui peuvent entrer en contradiction avec les pratiques religieuses locales (§ 2).

§ 1 – Une construction de la laïcité scolaire *a priori* très éloignée des préoccupations mahoraises

Cette neutralité scolaire a un cadre théorique qui lui est propre, façonné par les pensées de Condorcet et de Jean Zay (I), et que l'on retrouve y compris dans sa mise en œuvre (II).

I. Le cadre théorique de la laïcité scolaire

Le premier pensait que l'éducation, dont la finalité est l'amélioration de l'espèce humaine, était un droit que la société devait au peuple, et qu'il existait un droit à l'éducation pour tous les citoyens et citoyennes. Cependant, il considérait que ce droit-créance devait être concilié avec

¹⁵⁰⁵ Discours de M. Christian Paul, secrétaire d'État à l'Outre-mer, sur la situation juridique, économique et sociale de Mayotte, le projet de loi visant à fixer le statut de l'île et les efforts déployés par l'État en vue de son développement économique et social, Paris, 4 avril 2001.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ Instruction générale du bureau de l'Assemblée nationale, art. 9 « Tenue en séance ».

¹⁵⁰⁸ Interview avec David Ponchelet, sur France info, le 3 juillet 2017.

le droit parental à l'éducation, et la liberté d'opinion des élèves. Pour la préserver, n'enseigner aucune opinion comme une vérité, n'imposer aucune pensée était une exigence pédagogique exigeant que l'enseignement soit confié à des laïques, pour « que la puissance publique se borne à régler l'instruction, en abandonnant aux familles le reste de l'éducation »¹⁵⁰⁹. Il avait une conception évolutive de cette forme de liberté, en fonction de l'âge de l'enfant qui se retrouve dans les normes juridiques modernes établissant un régime différencié entre l'école où l'expression religieuse des élèves est possible, mais doit être discrète, et l'Université où la manifestation des convictions étudiantes est beaucoup plus libre.

Quant au ministre de l'instruction publique Jean Zay, il est celui qui a voulu pacifier l'école à une époque se caractérisant par des troubles politiques dans les établissements avec du prosélytisme politique par des recruteurs ciblant de jeunes élèves « à l'insu, bien entendu, de leurs parents »¹⁵¹⁰. Il demandait de proscrire du champ de l'école tout objet politique d'abord, puis religieux¹⁵¹¹, dont « le port constitue une manifestation susceptible de provoquer une manifestation en sens contraire »¹⁵¹², ainsi que le prosélytisme. Il expliquait que l'enseignement devait être préservé des tensions entre les différentes composantes de la société, surtout dans un contexte marqué par la mise en place d'une école unique permettant à tous les enfants français de poursuivre l'école au-delà de 13 ans, une perspective qui était jusque-là réservée à une très petite minorité.

Comme l'écrit Ferdinand Buisson dans son dictionnaire de la pédagogie :

Les élèves de toutes les communions y sont indistinctement admis, mais les représentants d'aucune communion n'y ont plus autorité, n'y ont plus accès. C'est la séparation, si longtemps demandée en vain, de l'Église et de l'école. L'instituteur à l'école, le curé à l'église, le maire à la mairie¹⁵¹³.

Les particularités de la neutralité scolaire en France peuvent s'expliquer par des conditions de naissance particulières qui n'ont rien à voir avec le fait religieux musulman, dont le respect du droit à l'éducation, de la liberté religieuse des parents et des enfants en fonction de la maturité de ces derniers, ou encore le maintien de la paix sociale.

La neutralité de l'enseignement est l'une des composantes du principe plus large de la neutralité de l'ensemble des services publics français¹⁵¹⁴, qui intègre, à la fois, les principes de neutralité politique et philosophique, ceux de liberté de conscience, d'expression et d'information des élèves, de laïcité, du droit des parents sur l'éducation de leurs enfants¹⁵¹⁵, et une exigence pédagogique¹⁵¹⁶. Elle a d'ailleurs été construite par d'autres lois, adoptées majoritairement sous

¹⁵⁰⁹ Voir le premier des cinq mémoires de Condorcet sur l'instruction publique dans Condorcet, *Cinq mémoires sur l'instruction publique (1791)*. Présentation, notes, bibliographie et chronologie par Charles Coutel et Catherine Kintzler, Paris, Garnier-Flammarion, 1994.

¹⁵¹⁰ Circulaire ministérielle du 31 décembre 1936.

¹⁵¹¹ Circulaire ministérielle du 15 mai 1937.

¹⁵¹² Circulaire ministérielle du 31 décembre 1936 *op. cit.*

¹⁵¹³ <http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3003>.

¹⁵¹⁴ Trib. adm. Paris, 23 novembre 2012, *Confédération nationale des associations familiales catholiques* (V. « La lutte contre les discriminations confrontée au principe de neutralité du service public de l'éducation », AJDA, 2013, p. 427).

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ Dans un arrêt du 15 octobre 2014, le Conseil d'État a précisé qu'à l'école publique, il convenait de respecter « d'une part, les principes de neutralité du service public et de liberté de conscience des élèves et, d'autre part, d'adapter l'information aux élèves à qui elle est destinée, notamment en fonction de leur âge » (Cons. État, 15 octobre 2014, n° 369965).

la troisième République, alors qu'elle n'apparaît pas dans la loi de 1905 qui sépare les Églises et l'État.

Désormais, l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État, selon le préambule de la Constitution de 1946.

Cependant, la particularité de la neutralité scolaire est aussi de proscrire le port de signes et tenues ostensibles pour les élèves des écoles publiques.

II. Les contours de l'obligation de discrétion des élèves

Dans un avis du 27 novembre 1989, le Conseil d'État avait estimé que :

« le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses ».

Il considérait que cette liberté ne permettait cependant pas aux élèves de porter des signes religieux qui, par leur nature, ou par les conditions dans lesquelles ils seraient portés « individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif », pourraient constituer

« un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

Après un emballement médiatique très important concernant des jeunes filles voilées au collège, et le rapport de la Commission Stasi¹⁵¹⁷, la loi du 15 mars 2004 a créé l'article L.141-5-1 du Code de l'éducation en vertu duquel « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». La circulaire d'application de cette loi distingue les signes « ostensibles », tels que les grandes croix, le voile ou la kippa et les signes « discrets », tels que les médailles, les petites croix, les étoiles de David ou les petits Corans¹⁵¹⁸, suscitant une « casuistique des signes »¹⁵¹⁹, dont on comprend la difficulté à Mayotte. Apprécier l'ostensible est nécessairement subjectif¹⁵²⁰, et surtout ne peut se faire que dans un contexte particulier.

¹⁵¹⁷ Rapport de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République (remis au Président de la République française le 11 décembre 2003) : <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000725.pdf>

¹⁵¹⁸ Circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

¹⁵¹⁹ Expression que nous empruntons au professeur Stéphanie Hennette-Vauchez.

¹⁵²⁰ M. Philip-Gay, « L'ostentatoire dans l'application du principe de laïcité », *Revue française de droit administratif*, 2018, n° 4, p. 613 s.

Cette même circulaire insiste aussi sur la lutte contre la discrimination et le refus de :

« Tout propos, tout comportement qui réduit l'autre à une appartenance religieuse ou ethnique, à une nationalité (actuelle ou d'origine), à une apparence physique, appelle une réponse pédagogique, disciplinaire, voire pénale ».

La laïcité scolaire peut donc sembler très éloignée des pratiques mahoraises.

§ 2 – Les conséquences à Mayotte

En tant que département français, Mayotte est soumise aux mêmes règles que sur l'ensemble du territoire national s'agissant de la laïcité scolaire (I), mais il y a des particularités à relever dans l'application de ces règles (II).

I. Le droit applicable

S'agissant du port de signes religieux à l'école publique, l'application du principe de neutralité sépare les personnes physiques en deux catégories. La première est formée par les *agents publics du service public de l'éducation*, et regroupe l'ensemble du personnel de la communauté éducative, les enseignants comme les secrétaires ou surveillants. En droit, les personnes entrant dans cette catégorie sont soumises à une stricte neutralité politique, philosophique, commerciale et religieuse dans le cadre de leur service, et ce, même en dehors de tout contact avec le public¹⁵²¹. L'obligation de stricte neutralité s'étend aux employés d'organismes de droit privé dès lors qu'ils assurent un service public¹⁵²² – par exemple les animateurs des activités périscolaires qui peuvent parfois être mises en place par, et sous le contrôle étroit, des collectivités dans les établissements publics – mais pas aux salariés de droit privé qui viendraient entretenir les locaux. La deuxième catégorie de personnes physiques est celle *des usagers du service public de l'éducation*, dont les parents d'élèves. Ainsi, lorsque ces derniers entrent dans les locaux d'une maternelle pour accompagner un élève en classe, ou participent au conseil d'école, ils ne sont soumis à aucune obligation de neutralité¹⁵²³.

Les usagers doivent néanmoins respecter, à la fois, le fonctionnement normal du service public, l'ordre public, et la loi comme le précisait le Conseil d'État dans son avis de 1989 précité. Les parents d'élèves devront donc s'abstenir de tout comportement prosélyte ou provocateur perturbant le déroulement des enseignements. Ils ne pourront pas non plus dissimuler leur visage. De plus, en l'état actuel du droit, lorsqu'ils accompagnent des sorties scolaires, seules des exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses. Le seul cas particulier est celui du parent participant aux activités scolaires « comme un enseignant »¹⁵²⁴, parce qu'il donne des enseignements en classe, à la demande de l'enseignant. Il ne peut plus être usager, puisqu'il n'est plus uniquement celui qui bénéficie ou qui est destinataire de la prestation de service public, et devient donc considéré « comme un agent ».

En effet, un usager peut temporairement entrer dans la catégorie des agents soumis à une stricte neutralité, uniquement en raison de la neutralité de l'activité qu'il assure. Par exemple, le

¹⁵²¹ Cons. d'État, CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*.

¹⁵²² Cass. soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690.

¹⁵²³ TGI Tarbes, ord. 23 déc. 2014, n° 14/00278.

¹⁵²⁴ CAA Lyon, 23 juillet 2019, n° 17LY04351.

Conseil d'État a considéré, à propos des élèves infirmiers, qu'il convenait de distinguer deux situations. D'une part, il y a les moments dans lesquels ces élèves infirmiers sont usagers du service public, par exemple, lorsqu'ils suivent des cours dans leur établissement d'enseignement supérieur et qu'ils sont alors, par principe, libres de manifester leurs convictions religieuses. D'autre part, ces mêmes étudiants peuvent occasionnellement être stagiaires dans un établissement de santé chargé d'une mission de service public ; ce qui les soumet alors à une obligation de stricte neutralité¹⁵²⁵. La cour administrative d'appel de Lyon a donc admis la légalité de la soumission à une obligation de neutralité des parents participant activement à des activités scolaires d'enseignement de respecter une certaine neutralité religieuse. Comme nous l'écrivions dans une note sous arrêt¹⁵²⁶, il est cependant possible de penser que cela ne concerne pas les simples conférences préparées en amont et retravaillées en aval par les professeurs ; comme, celles données régulièrement dans les écoles publiques par des « grands témoins ». Il faut donc distinguer les personnes qui assurent un enseignement, et celles qui interviennent pour enrichir les apprentissages, ou qui se contentent d'accompagner une sortie scolaire¹⁵²⁷.

II. L'application du droit

Initialement, le premier projet de circulaire d'application de la loi de 2004 prévoyait expressément que cette loi n'avait pas « pour objet d'interdire les tenues traditionnelles là où elles [avaient] été jugées jusqu'ici compatibles avec le principe de laïcité et le bon fonctionnement du service public de l'enseignement »¹⁵²⁸, ce qui aurait permis d'admettre expressément les tenues mahoraises, notamment féminines, et dans une moindre mesure le couvre-chef masculin (le *kofia*). Bien que cette précision ait été retirée de la circulaire finalement diffusée, et parce que ces tenues ne sont généralement pas perçues comme religieuses ni ostensibles dans le contexte de ce département, elles ne semblent donc pas concernées par l'interdiction. Des controverses ponctuelles peuvent parfois apparaître à propos du *hidjab*, qui marque une rupture avec l'islam mahorais traditionnel, et n'est donc pas l'expression d'une confrontation entre la coutume mahoraise et le principe de laïcité, ou le rare *bwi-bwi* noir. Pour citer Sophie Blanchy,

« Seul le sévère *bwibwi* de la Grande Comore, ensemble noir très couvrant évoquant le tchador des femmes iraniennes, peut apparaître à un regard occidental comme une forme de réclusion de la femme »¹⁵²⁹.

En ce qui concerne les signes religieux des agents publics travaillant dans les écoles, collèges ou lycées, les règles ne sont pas toujours complètement respectées pour toutes les catégories de personnel, une situation que l'on pourrait comparer à celle de la métropole il y a une quinzaine d'années avant l'insistance du gouvernement, puis du législateur, à faire respecter ces règles. Un article à paraître en 2022 pourra particulièrement servir de référence sur le sujet, celui de

¹⁵²⁵ Cons. d'État, 28 juillet 2017, n° 390740

¹⁵²⁶ M. Philip-Gay, « Laïcité, neutralité dans l'enseignement public : port de signes d'appartenance religieuse de parents d'élèves participant à des activités », *Rev. jurisp. ALYODA* 2020 n°1, en ligne.

¹⁵²⁷ On trouvera l'arrêt de la Cour administrative d'appel, ainsi que les conclusions du rapporteur public dans la *Revue JCP* éd. A, 28 octobre 2018, n° 44-44.

¹⁵²⁸ JO, 3 mai 2004, p. 902.

¹⁵²⁹ S. Blanchy, « Le "châle" ou le "foulard" : choix religieux et identitaire de deux femmes comoriennes », *Journal des africanistes*, 1998, tome 68, fascicule 1-2. Parcours de conversion. p. 123.

Hugo Bréant qui a mené une enquête et des entretiens avec différents acteurs du système scolaire mahorais, et qui livre des résultats extrêmement intéressants¹⁵³⁰.

Reste que l'école laïque, telle qu'est communément appelée l'école publique à Mayotte, est certainement au cœur du malaise entre deux générations de Mahorais, qui n'ont eu ni la même éducation, ni le même modèle social de référence. Comme le montre l'ensemble des entretiens menés dans le cadre de la présente recherche, et comme l'expliquait Thierry Malbert en 2015,

« Les familles mahoraises se trouvant entre deux modèles, plusieurs cultures et une multitude de choix, ne maîtrisent plus les interactions avec les enfants. Malgré le désir de vouloir conserver leurs valeurs et fondements familiaux l'éducation de leurs enfants leur échappe »¹⁵³¹.

L'école laïque s'ajoute et parfois se substitue aux vecteurs traditionnels de transmission des valeurs coutumières. Les entretiens semblent montrer que l'école maternelle d'aujourd'hui est en train « de remplacer l'école coranique d'avant », mais aussi que l'analphabétisation des adultes est élevée et empêche bon nombre d'entre eux d'accompagner l'éducation scolaire de leurs enfants. L'école donne une liberté qui effectivement menace l'ordre établi, tout en posant le principe d'une protection des libertés individuelles. Une étudiante mahoraise nous expliquait qu'elle était encore très encadrée par sa famille dans la détermination de son avenir, mais que l'école lui avait permis de se donner une certaine liberté, et de rêver à d'autres voies. Elle expliquait qu'elle espérait que ses études au centre universitaire de Mayotte lui permettraient ensuite de partir en métropole et peut-être de ne pas se marier. Effectivement, si la laïcité ne remet pas frontalement en cause la scolarisation des enfants dans les écoles coraniques ni le rôle des *fundi* dans la prise en charge des enfants, l'initiation à un autre modèle ouvre de nouvelles perspectives pour ceux ou celles qui désirent secrètement échapper à un ordre social rythmé et préservé par les coutumes. Important pour la stabilité de l'île et sa destinée collective, cet ordre social peut en effet parfois être pesant individuellement :

« Les parents sont en train de vivre à regret un monde disparu tandis que les enfants vivent un mouvement de démocratisation des liens. On observe une autonomisation croissante des individus, ce que l'on peut appeler « l'individualisme ». La société mahoraise vivant une accélération rapide de ses structures se trouve « piégé » dans un système social en pleine mutation qui affecte le champ de l'éducation familiale »¹⁵³².

Si bien que le débat sur la laïcité scolaire ne se limite pas au port de signes religieux, et que celui sur l'école ne se limite pas à la laïcité. Comme en métropole, on s'interroge à Mayotte tout autant sur la place des parents d'élèves en classe, surtout depuis que la co-éducation se développe ; ou encore sur les moyens d'améliorer les relations avec les professeurs. Les entretiens font état d'une initiative intéressante, l'école des parents qui visent précisément à les aider à affronter cette situation, mais d'autres personnes interrogées préconisent une autre solution :

¹⁵³⁰ H. Bréant, « La laïcité à Mayotte. Un cas d'école », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs*, n°21, à paraître en 2022.

¹⁵³¹ V. T. Malbert, « Familles et écoles à Mayotte : entre tradition musulmane et rapport à la laïcité », *Revue internationale de communication et de socialisation*, 2015, p. 54.

¹⁵³² *Ibid.*

« Faut-il amener les cadis [à l'école] ? On ne sait pas, car beaucoup de ces jeunes ne sont pas allés à l'école coranique. D'où un manque de respect, le fait de ne pas savoir s'empêcher de faire des choses, manque de repères »¹⁵³³.

Nous pouvons rappeler que la loi interdit le prosélytisme durant la classe des écoles publiques et qu'elle prévoit qu'en dehors de la classe, les élèves puissent, si leurs parents le désirent, suivre un enseignement confessionnel. Il serait donc possible d'en conclure que l'instruction religieuse n'a pas sa place à l'école publique.

Pourtant, conformément à des circulaires et à un décret de 2006, des responsables religieux pourraient éventuellement assurer des fonctions d'aumôniers, sachant que l'instruction religieuse est alors donnée à l'extérieur des locaux, et uniquement en dehors des heures de classe¹⁵³⁴. Une telle aumônerie peut être instituée à la demande de parents d'élèves, et les frais qu'elle occasionne sont, par principe, à la charge des familles. Elle permet cette instruction religieuse aux heures laissées libres par l'horaire des cours et leçons, suivant un emploi du temps dressé par le chef de l'établissement¹⁵³⁵. Cependant, elle pourra aussi concerner d'autres cultes s'il y a d'autres demandes, elle n'est évidemment que facultative et ne pourra donc inclure les élèves qui ne s'y inscriraient pas volontairement. Il faudrait aussi davantage s'appuyer sur l'enseignement du fait religieux, avec une initiation au contexte historique local et à la pluralité. Le débat se poursuit entre ceux qui estiment que cela ne relève pas de l'école publique et ceux qui pensent que « parce que l'intolérance et les préjugés se nourrissent de l'ignorance, la laïcité suppose également une meilleure connaissance réciproque y compris en matière de religion »¹⁵³⁶, mais il est prévu par les programmes de français et d'histoire.

Quoi qu'il en soit, cette réflexion sur les effets de la laïcité ne peut pour l'instant avoir lieu posément tant l'école publique mahoraise fait face à d'autres difficultés : des classes surchargées qui entravent le bon fonctionnement de ce service public et le suivi particulier dont certains élèves auraient besoin, la déscolarisation importante des enfants de migrants principalement comoriens, ou encore le manque de ressource des communes pour financer ce qui relève de leur compétence.

En conclusion, la confrontation entre un principe constitutionnel et des coutumes locales fait naître, au-delà des phénomènes de cristallisation et de dissolution, une certaine fusion. D'ailleurs, Jean-François Hory décrit très bien comment l'islam mahorais a déjà changé sous l'influence coloniale française¹⁵³⁷, et ce, avant même l'émergence de la laïcité. Par exemple,

« Paradoxalement, la mise en place de l'administration coloniale française a eu pour conséquence de soumettre plus étroitement la société mahoraise au droit musulman. (...) À rebours de ses propres principes, c'est ainsi l'administration républicaine qui a transformé le cadi, jusque-là simple secrétaire, en un juge-notaire (les jugements étaient précédemment rendus par le sultan en Conseil) et qui lui a accordé des fonctions en matière d'état civil. Plus récemment, et sortant du champ juridique, l'administration

¹⁵³³ Entretien mars 2020, *op. cit.*

¹⁵³⁴ Sauf si la sécurité ou la santé des élèves le justifie.

¹⁵³⁵ Code de l'éducation, art. R. 141-1 et s.

¹⁵³⁶ Circulaire de 2004, *op. cit.*

¹⁵³⁷ J-F. Hory, « Mayotte. Conflits de lois ou conflits de droits », *Colloque de l'Association France Outre-mer*, 2001, p. 4.

française a alloué aux cadis, de façon exclusive, des responsabilités de chefs religieux qu'ils n'avaient jamais exercées ».

L'application de la laïcité française peut donc faire évoluer certains éléments de la coutume mahoraise, sans nécessairement remettre en cause sa singularité. Elle peut aussi la protéger contre d'autres formes de pratiques religieuses musulmanes, elles aussi d'ailleurs déjà parfois changées¹⁵³⁸ pendant la période coloniale. Est-ce que la paix sociale passe par la coutume comme semblent le penser ses défenseurs ou bien par la laïcité comme le prônent les anciens promoteurs de la départementalisation ? L'avenir montrera certainement que la vérité est, à nouveau, intermédiaire : entre dissolution, cristallisation, et fusion.

Selon le vice-président de Mayotte interrogé par Thierry Malbert,

La coutume « ne doit pas changer, elle doit rester importante, et c'est ce qui fait la richesse et la spécificité de son territoire, mais dans le respect des lois de la République, et c'est tout à fait possible ».

On ne peut que penser que la coutume évoluera nécessairement, comme elle a déjà changé sous de multiples influences internes et externes, et que le principe de laïcité sera donc un élément parmi d'autres de ses futures modifications. Toutefois, la coutume restera certainement très importante pour Mayotte, et la laïcité permettra d'en préserver certains éléments les plus structurants, notamment ce qui est religieux.

Les mots finaux de cette contribution seront ceux du gendarme de Mayotte interrogé dans le cadre de la recherche :

« Je pense que [la coutume] c'est ce qui fait partie de l'identité mahoraise. Et je pense qu'elle a toute sa place, et je dirai même qu'elle peut être un exemple même pour la République. C'est-à-dire que dans la mesure où en fait c'est une culture qui est en grande partie de confession musulmane, mais qui aujourd'hui n'est pas forcément limitée et fermée aux valeurs républicaines ».

¹⁵³⁸ V. O. Saaidia, *Algérie coloniale. Musulmans et chrétiens : le contrôle de l'État (1830-1914)*, Paris, CNRS, 2015, 408 p.

Partie V – LA COUTUME MAHORAISE ET LES STATUTS PERSONNELS DANS LES OUTRE-MER DE LA RÉPUBLIQUE.

Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna)

L'article 75 de la Constitution prévoit que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. » Ce texte permet à certains Français d'être régis par une norme autre que le droit commun étatique. Cette autre norme, le plus souvent dénommée « coutume » ou « droit local » dans les textes officiels qui en reconnaissent et en organisent la juridicité, a une forte résonance identitaire liée à celle du groupe communautaire auquel elle s'applique et au territoire dont sont originaires ses membres. Si le fondement du statut personnel particulier est à rechercher dans le droit colonial, afin de séparer juridiquement le colon – citoyen soumis aux règles de la mère patrie – de l'indigène – non-citoyen laissé à sa condition au moins pour ce qui concerne ses rapports avec ses semblables – et d'organiser les rapports mixtes entre eux – nécessairement soumis au droit du colonisateur –, ce fondement, avec la fin du régime de l'indigénat, des indépendances et dans le cadre d'une revendication identitaire ou autochtone, a évolué de façon plus positive.

La reconnaissance du statut personnel coutumier à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna, désormais seules collectivités concernées, repose sur celle d'un droit à l'identité des « populations d'outre-mer » (art. 72-3 de la Constitution). Ainsi de « l'identité kanak » érigée au rang de valeur constitutionnelle par l'accord de Nouméa qui fonde, outre le statut personnel coutumier, la place réservée aux autorités et institutions coutumières. De même l'identité wallisienne et futunienne, justifiant que soient garantis aux originaires de ce territoire, par l'État, « le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes » (art. 3 al. 1^{er} de la loi n° 61-814) autant que le maintien des circonscriptions territoriales d'Uvea (*ie* de Wallis), d'Alo et de Sigave (*ie* de Futuna) « dans leurs limites actuelles » (art. 17 de la loi n° 61-814), c'est-à-dire les limites des chefferies royales coutumières. Bien qu'amputée d'une grande part de ses particularismes, l'identité mahoraise s'exprime dans la place encore laissée à la coutume dans les relations personnelles et familiales des Mahorais de statut personnel local, dans le rapport à la terre et la place de la religion¹⁵³⁹.

Si les trois statuts personnels coutumiers jouissent au sein de la République d'une reconnaissance constitutionnelle¹⁵⁴⁰, ils n'en demeurent pas moins des statuts « particuliers », d'exception, par rapport au statut personnel de droit commun dont jouissent, par principe, les Français. Cette particularité se vérifie à plusieurs niveaux. Au niveau personnel d'une part, en ce que seules des personnes originaires de certains Outre-mer, qui ont dans leur ascendance des

¹⁵³⁹ S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *Ethnologie française*, vol. 32, n° 4, 2002, p. 677 s.

¹⁵⁴⁰ F. Dargent, dans ce rapport.

originaires de ces territoires, peuvent revendiquer un tel statut et relever de la norme coutumière qui en découle. En ce sens, l'appartenance au statut particulier n'a lieu, en principe, que par attribution, en raison d'un lien de filiation avec deux ascendants eux-mêmes de ce statut. L'enfant issu d'une relation entre deux personnes de statut différent reçoit le statut de droit commun. Les rapports mixtes, entre des personnes de statut commun et particulier, sont régis par le seul droit commun (art. 5 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590 ; art. 9 al. 1^{er} de la loi n° 99-209 ; art. 5 al. 1^o de la loi n° 61-814, interprété *a contrario*), excluant que des personnes ne relevant pas d'un statut particulier se voient appliquer une coutume¹⁵⁴¹. La renonciation au statut particulier est possible comme l'indique l'article 75 de la Constitution, mais de façon irréversible. La preuve de l'appartenance à un tel statut particulier, dont dépend la compétence de la coutume, s'établit par un acte de l'état civil particulier, mis en place dans chacun de ces trois Outre-mer¹⁵⁴². Le statut étant un statut personnel, il suit, comme la nationalité, la personne en quelque lieu qu'elle se trouve, même en dehors de son territoire d'origine. L'identité qui fonde l'appartenance au statut personnel particulier ou coutumier transcende les frontières de l'espace où elle prend racine.

Au niveau matériel d'autre part, si la coutume régit les rapports juridiques noués entre personnes de même statut particulier, ce domaine de compétence n'est jamais général, mais toujours restreint, au mieux, au seul droit civil. Le droit privé non civil est ainsi exclu : relations professionnelles, liées au travail ou au commerce par exemple, ne relèvent pas de la coutume, alors même que toutes les parties seraient de statut coutumier¹⁵⁴³. De même le droit pénal protégeant l'ordre public et les intérêts de la société en son entier, et non seulement les intérêts particuliers, même ceux des victimes, relève de la compétence de l'État. Il en découle que le prévenu « ne saurait prétendre qu'en raison de son "statut civil particulier de droit coutumier en Nouvelle-Calédonie", il ne relève pas des juridictions répressives françaises », et « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier »¹⁵⁴⁴, ou encore que « si le statut de 1961 traduit l'engagement de la République de respecter les règles coutumières, ce n'est qu'au travers du statut civil personnel ; que la loi pénale est la même pour tous, quelle que soit la nature du statut personnel comme le confirme le libellé de l'article 75 de la Constitution de 1958 ; qu'en outre, aucune disposition n'existe instaurant un régime d'immunité en faveur des dignitaires de la coutume ou de familles royales du royaume d'UVEA (Wallis) ou des Royaumes d'ALO et d'ALOFI (Futuna) »¹⁵⁴⁵.

Ces caractéristiques communes entre les trois statuts particuliers ne doivent cependant pas donner l'illusion d'un traitement uniforme sous l'égide d'un fondement constitutionnel unique. En réalité les différences sont profondes, et le statut mahorais en est le parent pauvre. Ce constat des différences et les interrogations qu'elles pourront susciter (Chapitre 1) conduiront à se demander si le statut mahorais ne pourrait pas être « porté » par deux autres statuts personnels, afin d'envisager son avenir autrement que sous une forme spectrale (Chapitre 2).

¹⁵⁴¹ Sur cette logique qui pourrait être dépassée, v. É. 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, doct. 3, p. 51 s.

¹⁵⁴² Sur l'état civil coutumier de Mayotte, v. *supra*. Pour la Nouvelle-Calédonie, v. Ch. Bidaud-Garon, « L'état civil coutumier », in É. Cornut, P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, éd. PUNC, coll. Larje, 2018, p. 367 et s.

¹⁵⁴³ Par ex. pour la Nouvelle-Calédonie, v. Cass. soc., 10 février 2010, n° 08-70084, Bull. civ., V, n° 37.

¹⁵⁴⁴ Cass. crim., 10 octobre 2000, pourvoi n° 00-81.959.

¹⁵⁴⁵ TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, RG n° 2012/80.

Chapitre 1/ Un traitement différent entre les trois statuts particuliers

Il conviendra dans un premier temps d'exposer les différences les plus saillantes entre les trois statuts particuliers (Section 1) avant de s'interroger sur leurs causes (Section 2).

Section 1/ Quelles différences ?

Les différences entre le statut mahorais et les deux statuts personnels d'Océanie se manifestent quant à leur domaine d'application, à l'influence des droits fondamentaux, enfin pour leur régime procédural.

§ 1 – Le champ personnel et matériel de la coutume

Ratione personae, les conditions d'appartenance au statut personnel particulier sont dans les textes globalement identiques, même si le statut mahorais intègre, parmi elles, le critère de la religion et, parfois, d'une double génération¹⁵⁴⁶. La différence principale se situe sur la renonciation. Si par principe seul l'abandon du statut particulier en faveur de celui de droit commun est possible (art. 75 de la Constitution ; art. 3 al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590 ; art. 2 de la loi n° 61-814 ; art. 13 al. 4 de la loi n° 99-209), les Kanak de statut personnel de droit commun peuvent, par exception, renoncer à ce statut au profit du statut civil coutumier. La loi n° 99-209 prévoit trois hypothèses de portée inégale, l'une étant désormais fermée. La première permet à la personne issue d'un couple mixte, qui est de statut commun (art. 10)¹⁵⁴⁷, de demander le statut coutumier dans les trois ans de sa majorité, à condition d'avoir joui de la possession d'état coutumier pendant 5 ans au moins (art. 12 al. 1^{er}). La deuxième permet à toute personne ayant eu le statut civil coutumier, mais qui ne l'a plus pour quelque cause que ce soit, de le retrouver (art. 13 al. 1^{er}). Cette possibilité est en soi très souple, et permet à une personne de passer d'un statut à l'autre, au gré de sa volonté, autant de fois qu'elle le souhaite. Un contrôle est cependant exercé par le juge, qui peut alors refuser le changement s'il porte atteinte à l'ordre public ou à la stabilité des situations juridiques (art. 13 al. 3). La troisième possibilité, aujourd'hui fermée, permettait à tout Kanak justifiant d'un ascendant (quel que soit le degré) de statut civil coutumier d'accéder au statut civil coutumier. Ces dérogations, et notamment la troisième, répondent à un constat fait par l'accord de Nouméa (art. 1.1), que « certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité », notamment parce l'intéressé « y aurait renoncé, ou (...) s'en serait trouvé privé à la suite d'une renonciation faite par ses ancêtres ou par mariage ou par toute autre cause (cas des enfants inscrits en métropole sur l'état civil) ». De façon prétorienne et audacieuse, la cour d'appel de Nouméa¹⁵⁴⁸, adoubée par la Cour de cassation¹⁵⁴⁹, a ouvert en vertu de l'article 15 de la loi n° 99-209 une voie d'accession sur la seule condition d'une « possession d'état coutumier », qui « se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale »¹⁵⁵⁰. Ce cas d'accession original s'inscrit dans la logique de l'accord de Nouméa, afin de reconnaître un droit à l'identité sociologique.

¹⁵⁴⁶ Sur ces conditions d'appartenance, v. V. Parisot, dans ce rapport.

¹⁵⁴⁷ « L'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier. » Encore que sur ce point il existe une divergence entre le Conseil constitutionnel et la cour d'appel de Nouméa, quant au statut de l'enfant d'un couple mixte, reconnu en premier par son parent de statut coutumier.

¹⁵⁴⁸ CA Nouméa, 29 septembre 2011, *Saito*, RG n° 11/46.

¹⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n° 12-30.154 : *JCP G.* 2013, 986, note É. Cornut ; *JDI* 2014, comm. 8, note S. Sana-Chaillé de Néré.

¹⁵⁵⁰ CA Nouméa, 19 avril 2012, RG n° 11/384 : *RJPENC* 2012/2, n° 20, p. 80, 2^{nde} esp., obs. É. Cornut.

Ratione materiae, le domaine de la coutume, s'il est toujours restreint, l'est plus ou moins selon les territoires. Si le statut particulier de Wallis et Futuna a un domaine indéfini dans la loi statutaire de 1961¹⁵⁵¹, le statut coutumier kanak régit quant à lui « le droit civil » (art. 7 de la loi n° 99-209), alors que le statut mahorais a un domaine encore plus restreint, en ce qu'il ne régit que « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » (art. 1^{er} al. 1^{er} de l'ordonnance n° 2010-590). Pour autant, et comme le montre précisément Élise Ralser dans sa contribution, il ne s'agit là que du domaine théorique, positif, de la coutume mahoraise. Par d'autres mécanismes, notamment l'ordonnance de 2010 ou encore la réserve de l'ordre public, ce domaine est en réalité encore plus réduit, et la coutume amputée de sa juridicité sur de nombreux aspects de questions que pourtant elle devrait régir¹⁵⁵². Une réduction du périmètre matériel du statut coutumier kanak a également été envisagée, en interprétant la notion de « droit civil » au sens de l'article 7 de la loi n° 99-209, pour la restreindre à l'état et à la capacité des personnes et aux relations familiales, en plus des biens et du rapport à la terre, mais à l'exclusion notamment du droit civil des obligations. La Cour de cassation, à plusieurs reprises, rappela qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne le fait pas, et c'est pour « l'ensemble du droit civil »¹⁵⁵³, y compris les « intérêts civils »¹⁵⁵⁴, que la coutume s'applique.

§ 2 – Coutume et droits fondamentaux

Au-delà du domaine précis de la coutume, c'est le rôle de l'ordre public et des droits fondamentaux qui marque une rupture entre les trois statuts particuliers¹⁵⁵⁵. Point commun entre les statuts coutumiers mahorais et wallisien-futunien, la loi prévoit expressément que les coutumes s'appliquent « tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit » (art. 3 al. 1^{er} de la loi n° 61-814), et que les intéressés « jouissent des droits, prérogatives et libertés attachés à la qualité de citoyen français et sont soumis aux mêmes obligations » (art. 2 de la loi n° 61-814), en ce sens que « l'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français. » (art. 1^{er} al. 2 de l'ordonnance 2010-590). Pour la coutume mahoraise, la loi va encore plus loin en l'évinçant ou en l'encadrant sur des points précis, dans le but de faire respecter, pour l'essentiel, le principe d'égalité et ainsi d'éliminer des coutumes discriminatoires¹⁵⁵⁶. C'est ainsi que la répudiation, les inégalités successorales et la polygamie sont désormais prohibées, tandis que la capacité de la femme mariée est affirmée (au moins pour certains aspects de cette capacité, ce qui peut surprendre¹⁵⁵⁷). Cet encadrement, on le sait, a été validé par le Conseil constitutionnel : « dès lors [que le législateur] ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, il pouvait adopter des dispositions de

¹⁵⁵¹ Son article 2 ne faisant que reprendre l'article 75 de la Constitution pour dire que les « originaires du territoire des îles Wallis et Futuna (...) qui n'ont pas le statut de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas expressément renoncé. »

¹⁵⁵² É. Ralser, dans ce rapport. *Adde* en annexe le tableau sur le domaine matériel du statut mahorais établi par Élise Ralser également.

¹⁵⁵³ Avis du 16 décembre 2005, BICC n° 637 du 1^{er} 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.

¹⁵⁵⁴ Avis du 15 janvier 2007, BICC n° 658 du 1^{er} avril 2007 ; *RJPENC* 2007/1, n° 9, p. 68, note L. Sermet ; *Dr. & cult.*, 54, 2007/2, p. 203, note P. Frezet.

¹⁵⁵⁵ É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier » : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 733 s., spéc. p. 761 s.

¹⁵⁵⁶ V. la contribution de H. Fulchiron, *supra* dans ce rapport.

¹⁵⁵⁷ Sur ce point, v. É. Ralser, *loc. cit.*, spéc. p. 768 ; M. Madi, « La capacité de la femme mahoraise », dans ce rapport.

nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »¹⁵⁵⁸.

À l'inverse, la loi n° 99-209 ne limite ni n'encadre expressément la coutume kanak par l'ordre public ou le respect des droits fondamentaux. Ce privilège est notamment reconnu par deux décisions. L'une rendue par le Conseil constitutionnel, selon laquelle « rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites ; que tel est le cas en l'espèce ; qu'il résulte en effet des dispositions du premier alinéa de l'article 77 de la Constitution que le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi organique doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa, lequel déroge à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle »¹⁵⁵⁹. L'autre rendue par la Cour de cassation aux termes de laquelle « l'application [du droit coutumier] échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public »¹⁵⁶⁰. Cela ne veut pas dire que la coutume kanak échappe à tout contrôle au regard de l'ordre public ou droits fondamentaux tirés de la Constitution et des textes internationaux, mais il est mis en œuvre sous une forme plus atténuée¹⁵⁶¹.

§ 3 – Le régime procédural du statut de droit local

Le régime procédural applicable au statut de droit local mahorais est également, à tous points de vue, tourné vers un objectif de mise à l'écart de la coutume, par un encouragement à l'application du droit commun. Cela se manifeste dès l'entrée dans le prétoire, lequel est depuis 2010 situé devant le seul juge de droit commun. Si la justice cadiale existait avant la départementalisation, elle n'avait cependant qu'une compétence partagée avec le juge de droit commun, et ce uniquement pour les rapports noués entre personnes ayant toutes le statut personnel mahorais. Les parties bénéficiaient en effet d'une option de juridiction, selon la volonté unilatérale de la partie la plus diligente à laquelle l'autre partie ne pouvait s'opposer, entre le cadî et le tribunal de première instance (art. 61 de la loi n° 2001-616 modifiée). Cette organisation judiciaire tranche avec celle en vigueur en Océanie, où des juridictions en formation coutumière ont été créées par la loi statutaire. En Nouvelle-Calédonie, l'article 19 alinéa 1^{er} de la loi n° 99-209 donne une compétence, exclusive, à la juridiction avec assesseurs coutumiers, en première instance comme en appel, dès lors que le litige relève de la coutume kanak. À Wallis et Futuna, l'article 5 de la loi n° 61-814 institue une « juridiction de droit local », compétente pour les contestations entre citoyens régis par un statut de droit local portant sur l'application de ce statut, et pour les contestations relatives aux biens détenus suivant la coutume. Trois tribunaux de 1^{er} degré étaient prévus, un dans chaque royaume, chacun composé d'un président et de 4 à 6 assesseurs représentant les chefferies royales. Si en Nouvelle-Calédonie cette juridiction en formation coutumière fonctionne de façon satisfaisante depuis

¹⁵⁵⁸ Cons. const., 17 juillet 2003 n° 2003-474 DC, consid. n° 29.

¹⁵⁵⁹ Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC.

¹⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 08-20843 : *Bull. civ.* 2010, I, n° 251 ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, note V. Parisot ; *JDI* 2011, p. 589, note S. Sana-Chaillé de Néré.

¹⁵⁶¹ É. Cornut, « L'application de la coutume kanak par le juge judiciaire à l'épreuve des droits de l'homme », in Ch. Chabrot (dir.), *Le droit constitutionnel calédonien : Politeia* n° 20 (2011), p. 241 s. ; V. Parisot, 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 », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 404 et s.

une trentaine d'années¹⁵⁶², en revanche la juridiction de droit local de Wallis et Futuna n'a jamais été mise en place, faute pour l'arrêté d'application, pris dix-sept ans plus tard, d'être entré en vigueur¹⁵⁶³. Les parties bénéficient, comme à Mayotte avant 2010, d'une option de juridiction. Elles peuvent, d'un commun accord¹⁵⁶⁴, demander à ce que la juridiction de droit commun statue sur leur litige (art. L. 562-24 du COJ pour la Nouvelle-Calédonie ; art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814 pour Wallis et Futuna), de même que la juridiction pénale de droit commun compétente pour juger l'infraction l'est également, sauf volonté contraire d'une partie, pour statuer sur les intérêts civils (art. 19 al. 2 de la loi n° 99-209).

Ce choix pour la juridiction de droit commun ne vaut cependant pas option de législation, ni en Nouvelle-Calédonie ni à Wallis et Futuna. Pour Wallis et Futuna la loi statutaire le dit expressément, qu'en « ce cas, il leur est fait application des usages et coutumes les régissant » (art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814). Pour la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel l'a rappelé pour la juridiction pénale statuant sur les intérêts civils, cette faculté de compétence « n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils »¹⁵⁶⁵, et ce principe vaut pour l'option de juridiction devant le tribunal de première instance¹⁵⁶⁶. Aucune option de législation n'est en outre possible directement : dès lors que la personne est de statut coutumier kanak ou wallisien-futunien, la coutume s'applique. Seule une renonciation au statut personnel permet de donner compétence au droit commun. À l'inverse les personnes de statut de droit mahorais « peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local » (art. 1^{er} al. 4 de l'ord. 2010-590). Si cette option de législation permet à l'intéressé de ne pas être enfermé dans son statut coutumier, et de ce point de vue être analysée comme une garantie du « droit de libre identification »¹⁵⁶⁷, elle n'en demeure pas moins problématique en permettant un dépeçage des situations juridiques, ou encore une contradiction entre le statut de la personne et le droit qu'elle revendique¹⁵⁶⁸.

Si aucune option de législation n'a été exercée par les parties et si l'ordre public ne vient pas faire échec à sa compétence, alors la coutume mahoraise s'applique. Chargé de la mettre en œuvre, le juge peut cependant recourir au droit commun, à titre supplétif, « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local » (art. 1^{er} al. 3 de l'ordonnance 2010-590). Le droit local mahorais, pourtant norme française, est ici relégué au rang de la loi étrangère, dont l'absence de preuve du contenu commande le recours subsidiaire à la loi française. Pour Wallis et Futuna la loi statutaire ne comporte pas une telle disposition et il peut se déduire de l'obligation faite au juge de droit commun d'appliquer néanmoins la coutume (art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814, préc.) que le droit commun français n'a aucun titre supplétif à s'appliquer en lieu

¹⁵⁶² V. not. R. Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, éd. LGDJ Lextenso, 2010 ; D. Rodriguez, « La juridiction coutumière kanak. Juger en Kanaky », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 303 s.

¹⁵⁶³ Arrêté du 20 septembre 1978, n° 2063, du Haut-commissaire de la République dans l'Océan Pacifique, portant organisation d'une juridiction de droit local dans le territoire de Wallis-et-Futuna.

¹⁵⁶⁴ Sur ce point à la différence de Mayotte avant 2010, v. *supra*.

¹⁵⁶⁵ Cons. const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁵⁶⁶ R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, op. cit., p. 79.

¹⁵⁶⁷ Art. 3 § 1 de la convention cadre pour la protection des minorités nationales du 10 novembre 1994 du Conseil de l'Europe (la France étant l'un des 4 États membres du Conseil de l'Europe à ne pas l'avoir ratifiée) : « Toute personne appartenant à une minorité nationale a le droit de choisir librement d'être traitée ou ne pas être traitée comme telle et aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés. »

¹⁵⁶⁸ En ce sens, É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, spéc. p. 747-748.

et place d'une coutume obscure ou silencieuse. En ce qui concerne la coutume kanak, la Cour de cassation, saisie de l'argument des lacunes, a refusé d'appliquer le droit civil, dès lors que les parties étaient de statut coutumier et que le litige entraînait dans le champ du droit civil¹⁵⁶⁹.

À fondement constitutionnel identique et malgré une tendance commune, il apparaît de cette comparaison entre les trois statuts personnels particuliers que la reconnaissance du statut de droit local mahorais est très largement en deçà de celle dont bénéficient les statuts personnels particuliers d'Océanie. Il convient dès lors qu'en esquisser les raisons.

Section 2/ Pour quelles raisons ?

Les causes de cette reconnaissance différente par la France des trois statuts personnels particuliers sont multiples, autant anciennes que contemporaines, liées à l'histoire, au contexte géographique, à l'isolement plus ou moins grand des territoires même si tous sont des îles, à la démographie, aux influences extérieures, au contexte économique et social¹⁵⁷⁰. La disgrâce du statut de droit local mahorais paraît multifactorielle et ne peut uniquement s'expliquer par quelques traits saillants immédiatement identifiables que sont, d'une part, les sources musulmanes du droit local mahorais et leur lot de dispositions potentiellement contraires à l'ordre public et aux valeurs fondamentales et, d'autre part, le processus de départementalisation qui justifie une assimilation juridique complète avec la métropole. Pour autant, ces deux causes apparentes ne signifient pas une condamnation définitive du statut de droit local et de la norme coutumière. Un autre facteur de cette faiblesse, révélé par la comparaison avec les statuts personnels océaniques, tient à l'inexistence – semble-t-il – d'un maillage traditionnel structuré et revendicatif de ses particularités.

§ 1 – Statut de droit local et départementalisation

Sans doute la « modernisation » du statut de droit local, entreprise depuis la loi de 2001, était-elle nécessaire, l'intégration de Mayotte dans la voie de l'assimilation législative ne pouvant pas admettre que perdurent des inégalités à l'égard des femmes et des enfants. Pour autant, et la pratique sociale et officieuse de la coutume le montre, les Mahorais semblent toujours attachés au maintien de leurs particularismes, même s'ils ne les revendiquent pas frontalement. La persistance des mariages uniquement religieux, le rôle demeuré important du cadî en dehors de ses fonctions officielles autant que le très faible nombre de renoncations au statut de droit local¹⁵⁷¹, témoignent de cette vivacité de la place de la coutume en fait, à défaut de l'être en droit.

En ce qui concerne la départementalisation, qui a fait entrer Mayotte sous le régime de l'article 73 de la Constitution et, partant, sous le principe de l'identité législative, d'aucuns ont pu en déduire que cela devait entraîner la disparition du statut personnel de droit local¹⁵⁷². Il nous

¹⁵⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁵⁷⁰ Sur ce contexte et ces raisons, v. not. le rapport d'information *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, par J.-J. Hyst, M. André, Ch. Cointat, Y. Détraigne, Sénat, n° 115, nov. 2008. Adde O. Gohin, « Mayotte : la longue marche vers le droit commun » : *RJOI* n° spécial Mayotte, 2009, p. 5 s. ; S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *loc. cit.*

¹⁵⁷¹ Les statistiques les plus fréquemment citées font état d'une vingtaine de renoncations par an au profit du statut de droit commun. En ce sens, M. Philip-Gay, « Valeurs de la République et islam à Mayotte » : *Revue de droit des religions*, n° 6, 2018, p. 59-76, spéc. n° 12 ; S. Blanchy, *loc. cit.*, n° 28 et n° 30.

¹⁵⁷² Not. A. Boyer, « Les autochtones français : populations, peuples ? » : *Droit et cultures*, 1999/1, p. 126. Le rapport sénatorial *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, préc., est très ambigu sur la question lorsqu'il écrit qu'il faudra expliquer « aux Mahorais les conséquences de l'évolution

semble au contraire que l'existence d'un statut personnel particulier ne soit pas incompatible avec le statut de département du territoire dont sont originaires les citoyens français concernés¹⁵⁷³.

L'article 75 de la Constitution, fondement des statuts personnels particuliers, ne fait pas dépendre leur reconnaissance à la nature administrative de la collectivité dont serait originaire la population d'Outre-mer concernée, ni à une collectivité particulière. Il a une vocation générale. Les articles 73 et 74 de la Constitution définissent les conditions dans lesquelles les normes étatiques s'appliquent dans les collectivités concernées et la part d'autonomie dont, le cas échéant, elles disposent. L'objet de ces deux textes constitutionnels n'est donc pas de définir à quel groupe de personnes ces normes s'appliquent (c'est là le rôle des règles d'applicabilité territoriale et personnelle que sont, notamment, les règles de conflits internes et internationaux de lois), mais uniquement de procéder à une répartition de compétence normative entre l'État et les collectivités d'Outre-mer. En outre, la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, modifiant l'article 73 de la Constitution, a ouvert la possibilité de prendre en compte les spécificités locales des DOM/ROM et de leur donner la possibilité de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières, à l'exclusion d'autres¹⁵⁷⁴, pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement¹⁵⁷⁵. En amont de cette réforme, le président de la République avait ainsi déclaré en 2001 dans un discours à La Réunion que « L'heure des statuts uniformes est passée. Il n'y a plus aujourd'hui de formule unique qui réponde efficacement aux attentes variées des différentes collectivités d'outre-mer. Chacune d'entre elles doit être libre de définir, au sein de la République, le régime le plus conforme à ses aspirations et à ses besoins sans se voir opposer un cadre rigide et identique »¹⁵⁷⁶. Tenir compte des spécificités de Mayotte, dans le respect des valeurs républicaines et des engagements internationaux de la France, est alors possible. Le statut de droit local, part importante de l'identité mahoraise, est indubitablement l'une de ces spécificités.

L'article 75 de la Constitution est en soi une règle de conflit de lois interne, de nature interpersonnelle, qui permet de définir, parmi les citoyens français, lesquels sont soumis aux lois de la République au sens de l'article 34 de la Constitution et lesquels relèvent de normes particulières dérogatoires. Bien qu'il existe un lien indéniable entre le statut particulier et le territoire dont est issue la communauté en relevant, ni l'article 75 de la Constitution ni aucune des trois lois statutaires ne conditionnent l'application de la coutume locale à la présence sur ce

statutaire sur le statut personnel, dont la réforme sera indispensable pour supprimer toutes les règles contraires à nos principes fondamentaux et aux engagements internationaux de la France. Il devra indiquer que la départementalisation entraînera l'application à tous les habitants de Mayotte de la même justice républicaine, rendue par des magistrats appliquant le droit commun, assorti le cas échéant d'adaptations. Il ne s'agira pas pour les Mahorais d'abandonner leur identité, mais de s'inscrire dans la pleine application des principes et des droits fondamentaux de notre République. » (p. 76-77).

¹⁵⁷³ Dans le même sens : R. Lafargue, « Les contraintes posées par l'article 75 de la Constitution : entre héritage colonial et volonté de modernisation de la société mahoraise », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, éd. LGDJ, 2004, p. 306 s. ; J.-B. Seube, « Questions de droit privé à Mayotte » : *RJOI* n° spécial Mayotte, 2009, p. 137 ; O. Guillaumont, « Statuts personnels et Constitution. Contribution à l'étude des articles 75 et 77 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RRJ* 2001-4, p. 1453 et p. 1549, spéc. p. 1586 s.

¹⁵⁷⁴ Art. 73 al. 4 de la Constitution : « la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique. »

¹⁵⁷⁵ Art. 73 de la Constitution.

¹⁵⁷⁶ Cité par A. Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73 de la Constitution de la V^e République, corrigé et complété par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 » : *RFDA* 2003, p. 684.

territoire de la personne concernée. Ce lien entre le statut personnel particulier et son territoire n'est qu'un lien d'origine : c'est parce que sur ce territoire vit un groupe de personnes dont l'État reconnaît et admet la survivance de l'identité sociale et culturelle que le statut personnel est reconnu ; c'est parce que l'État admet l'autonomie de certaines parties de son territoire qu'il reconnaît que des normes puissent y trouver leur source. Dans la mesure où les statuts coutumiers doivent leur reconnaissance à l'article 75 de la Constitution, alors la nature de ces statuts est personnelle, et non pas uniquement territoriale. Il a, comme le statut personnel de droit commun, une vocation universelle : ce statut suit l'individu partout où il se déplace, à tout le moins lorsqu'il se trouve sur une partie du territoire de l'État qui le reconnaît¹⁵⁷⁷. C'est d'ailleurs ce que permettent expressément les articles 5 alinéa 3 de l'ordonnance n° 2010-590 et 9 alinéa 2 de la loi n° 99-209, lorsqu'ils autorisent les parties de statut personnel particulier différent à soumettre leur litige à une autre norme que le droit commun. Cette autre norme ne peut être qu'une coutume, en particulier mahoraise, kanak ou wallisienne-futunienne, qui est alors reconnue applicable au-delà de ses limites territoriales naturelles.

§ 2 – Statut personnel particulier et force des structures coutumières

L'inexistence d'un maillage traditionnel structuré et revendicatif de ses particularités semble, par comparaison avec le sort des statuts personnels océaniques, en grande partie responsable de la faiblesse du statut local mahorais. Indiscutablement, la force des deux statuts personnels océaniques tient dans la capacité de résilience des autorités coutumières locales qui, chacune à leur façon, ont su obtenir de la France le respect et la garantie constitutionnelle de leur identité.

Le cas est très net pour les Kanak de Nouvelle-Calédonie. Par la démonstration constante de leurs particularismes, les autorités coutumières traditionnelles ont progressivement permis la reconnaissance institutionnelle de la coutume à compter de la fin du régime de l'indigénat. Quelques textes pris par la collectivité territoriale ont posé les premiers jalons, dans le domaine de l'état civil et des relations familiales affirmant le rôle de la coutume dans la formation et la dissolution du mariage ou encore pour l'adoption¹⁵⁷⁸. Avec les années 1970 et les débuts de la réforme foncière, les terres coutumières furent agrandies, par attributions foncières en faveur, notamment, des clans, autorités coutumières traditionnelles longtemps non reconnues¹⁵⁷⁹. Sur fond de revendication culturelle, avec pour acte fondateur le festival *Mélanesia 2000* organisé en 1975 par Jean-Marie Tjibaou¹⁵⁸⁰, figure tutélaire de tout un peuple, c'est une indépendance politique qui se dessina dès la fin des années 1970. Les « évènements » des années 1980, qui connurent leur paroxysme fin avril-début mai 1988 avec l'assaut de la grotte d'Ouvéa, puis le 4 mai 1989 avec l'assassinat de Jean-Marie Tjibaou, marquèrent dans le sang la lutte pour la souveraineté du peuple kanak. Les accords de Matignon-Oudinot de 1988 et surtout l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 érigèrent le respect de l'identité kanak au rang d'objectif à valeur constitutionnelle, obligeant le constituant et les législateurs français et calédonien, à permettre autant que garantir la juridicité de la coutume kanak. Le statut coutumier kanak bénéficie

¹⁵⁷⁷ En ce sens, É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.* pour le statut civil mahorais ; R. Lafargue, *La coutume face à son destin, op. cit.*, p. 93-94 ; É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie », *loc. cit.*, n° 65 ; V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, éd. IRJS, 2013, vol. 1, n° 415 à propos du statut civil mahorais, et note ss. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010 : *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, spéc. n° 15 en ce qui concerne le statut civil coutumier kanak.

¹⁵⁷⁸ Délibération n° 424 du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier, JONC, 27 avril 1967 p. 360.

¹⁵⁷⁹ Délibération n° 116 du 14 mai 1980 fixant les modalités d'attribution des terres au titre de la réforme foncière ; v. É. Cornut, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in C. Castets-Renard et G. Nicolas (dir.), *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, 2015, p. 125 et s.

¹⁵⁸⁰ Sur ce festival fondateur, v. not. le n° spécial du *Journal de la Société des océanistes*, n° 100-101, 1995-1-2.

désormais d'une double garantie constitutionnelle : celle de l'article 75 de la Constitution et celle qu'il tient de l'accord de Nouméa lui-même constitutionnalisés¹⁵⁸¹. C'est d'ailleurs sur son fondement que les Kanak peuvent renoncer au statut de droit commun au profit du statut coutumier. C'est en effet parce que l'accord de Nouméa prévoit que « certains Kanak ont le statut civil de droit commun sans l'avoir souhaité » (art. 1.1 al. 1^{er}) qu'ils pourront « le retrouver », par « dérogation à l'article 75 de la Constitution ». Le rappel doit être mis en parallèle avec ce constat, maintes fois relevé par les praticiens dans le cadre de cette recherche, que de nombreux Mahorais ont le statut commun sans le savoir, sans l'avoir voulu, par erreur. Or pour eux tout retour est juridiquement impossible et la question d'une réversibilité à la calédonienne n'a, semble-t-il, pas été envisagée. Comme l'explique Sophie Blanchy, « la réversibilité, que l'on a créée pour la Nouvelle-Calédonie, découle d'une reconnaissance des particularismes. Or les Mahorais n'en revendiquent pas, c'est pourquoi ils refusèrent le statut de Territoire en 1976. »¹⁵⁸²

À Wallis et Futuna la situation est différente, plus discrète, comme l'est ce territoire dont on ne parle jamais ou si peu, qui demeure peu connu, peu étudié, parce que difficilement pénétrable. Cette collectivité a pourtant cette particularité notable, au sein d'une République régicide, de compter trois rois : un à Wallis (royaume d'Uvea) et deux à Futuna (Royaumes d'Alo et de Sigave). Par la loi statutaire de 1961, ces autorités ont pu conserver leurs spécificités et voir leur sphère d'influence reconnue, dénommées pudiquement « circonscriptions territoriales », mais dont les limites ont été coutumièrement fixées (art. 17 de la loi n° 61-814). Si un statut personnel particulier a été maintenu, ses conditions d'appartenance ne sont pas précisées¹⁵⁸³, de même, on l'a vu, que le domaine matériel de la coutume qui s'applique en conséquence, encadré par les seuls « principes généraux du droit ». L'emprise de la coutume sur l'ensemble des affaires du royaume est telle que même les jugements rendus en matière pénale sont parfois contestés par les chefferies¹⁵⁸⁴. C'est l'une des forces des autorités coutumières d'avoir su, d'une part, obtenir leur reconnaissance dans le statut de 1961 et, d'autre part, d'avoir réussi à maintenir depuis le *statu quo*, ce même en bloquant des mesures qui ont pourtant été acceptées, voire engagées en application de la loi statutaire¹⁵⁸⁵. C'est notamment ce qui explique que la juridiction de droit local n'a jamais été instituée. Les conflits entre les sujets des royaumes sont réglés par les chefferies royales. Créer une juridiction locale comme l'article 5 de la loi statutaire le prévoit aurait, progressivement, détourné les sujets de leurs autorités traditionnelles et permis la création d'une « coutume judiciaire » aux côtés des us et coutumes dont les chefferies royales ont la maîtrise autant que le secret. C'est ce qu'il s'est passé en Nouvelle-Calédonie : aux côtés de la coutume s'est construit un droit coutumier judiciaire, reflet déformé de la coutume : le « risque est que la juridiction civile coutumière ne devienne une entreprise d'uniformisation juridique, réduisant la coutume au plus petit dénominateur formel commun des différentes coutumes qui constituent le pays kanak. »¹⁵⁸⁶ Cette crainte d'une coutume échappant aux coutumiers a été formulée par un sénateur coutumier kanak, s'inquiétant du fait que lorsque la juridiction coutumière « juge, elle produit de la jurisprudence, indirectement,

¹⁵⁸¹ Cons. const., 15 mars 1999, n° 99-410 DC, préc.

¹⁵⁸² S. Blanchy, « Mayotte : “française à tout prix” », *loc. cit.*, n° 28.

¹⁵⁸³ Un état civil des « originaires du Territoire possédant le statut personnel » a été créé par un arrêté du 13 mars 1962.

¹⁵⁸⁴ TPI Mata-Utu, ch. corr., 25 août 2014, préc.

¹⁵⁸⁵ Ce qui n'est cependant pas sans opposer des résistances, parfois, de la part des sujets des royaumes. V. not. A. Leca, B. Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française*, éd. L'Harmattan, 2009, p. 259 s.

¹⁵⁸⁶ P. Godin, J. Passa, « De quoi le “droit coutumier” est-il le nom ? Réflexions sociologiques autour des juridictions civiles coutumières en Nouvelle-Calédonie », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 279.

comme si on écrivait le droit kanak sans nous »¹⁵⁸⁷, *ie* sans les institutions ni les autorités coutumières. Ainsi à Wallis et Futuna, sans doute faut-il voir dans cette absence de consensus local la volonté des rois et des chefferies de conserver la maîtrise de leurs prérogatives coutumières. C'est le sens d'une proposition de loi déposée en juillet 2019, donnant compétence aux seules chefferies pour connaître des conflits fonciers, car « dans les faits, comme le veut la coutume et comme le reconnaît le statut dit de 1961, qui lie les territoires de Wallis et de Futuna à la France, le foncier est géré par les chefferies. L'ensemble des habitants affirme son attachement indéfectible à cette pratique. »¹⁵⁸⁸

Or les Mahorais témoignent d'un attachement à leurs coutumes, « ils ne font pas mystère en privé de leur désir de conserver leurs manières de vivre malgré le rattachement à la France : une contradiction profonde qui n'est pas assumée. »¹⁵⁸⁹

Chapitre 2/ Quel avenir ?

La question posée ici est celle de savoir si le déclin combiné du statut personnel, du droit local mahorais et de la justice cadiale est inéluctable. À lire plusieurs études du présent rapport de recherche, rien ne semble plus probable, et on pourrait même affirmer que le statut mahorais est déjà entré dans les vitrines de l'histoire, pour ne plus en sortir¹⁵⁹⁰. Il est pourtant permis de penser que rien n'est écrit ni figé. D'autres études montrent en effet la vivacité de la coutume et de la présence cadiale, dans les faits à défaut de l'être en droit.

Cette résilience des pratiques ancestrales malgré les assauts qu'elles subissent est, elle aussi, une constante de l'histoire. Les Kanak de Nouvelle-Calédonie en témoignent : mis en quasi-servitude, déplacés et cantonnés en réserves, presque décimés à la fin du XIX^e siècle, ils ont su reconstruire et réaffirmer leur identité au cours du XX^e pour obtenir, certes à la suite d'une situation quasi insurrectionnelle dans les années 1980, une reconnaissance juridique importante, bien qu'incomplète, mais dont l'irréversibilité est constitutionnellement garantie¹⁵⁹¹. Wallis et Futuna, plus discrètement, a su imprimer depuis sa prise de possession par la France et dans son statut de 1961, inchangé depuis, le maintien de son identité traditionnelle.

Sur ses deux modèles voisins, au moins dans ce qu'ils ont de pertinent, ne serait-il pas permis de redonner au statut personnel mahorais une place dans l'ordonnancement juridique français, d'une part en renforçant le rôle de la justice cadiale (Section 1), d'autre part en réaffirmant la juridicité de la coutume mahoraise (Section 2).

¹⁵⁸⁷ Atelier juridique du Sénat coutumier. Charte du peuple kanak et pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie, 24-25 nov. 2015, éd. MNC, 2015, p. 74, intervention d'O. Togna.

¹⁵⁸⁸ Proposition de loi n° 2155 relative à la gestion du foncier sur les îles de Wallis et Futuna, Assemblée nationale, 16 juillet 2019, exposé des motifs.

¹⁵⁸⁹ S. Blanchy, « Mayotte : "française à tout prix" », *loc. cit.*, n° 28.

¹⁵⁹⁰ V. not. F. Dargent, dans ce rapport.

¹⁵⁹¹ Art. 5, alinéa 5 de l'accord de Nouméa : « Tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie. »

Section 1/ Redonner un rôle juridictionnel aux cadis

Au-delà du rôle de médiateur social qui leur est actuellement dévolu, les cadis, comme le relève Aurélien Siri, « espéraient pouvoir concourir à la mission de service public de la justice, au travers de certaines fonctions d’auxiliaires de justice ouvertes par le code de procédure civile et le code de procédure pénale. Ils estiment aujourd’hui que la charge de travail des tribunaux pourrait être allégée en cas de reconnaissance d’une fonction de médiation, qui les conduirait à la rédaction d’actes de médiation »¹⁵⁹². Cette attente a trouvé un écho en 2015 de la part du président du TGI de Mamoudzou. Dans les textes, lorsque le juge de droit commun est saisi d’un litige relevant de la coutume, il peut faire appel au cadi pour une consultation (articles 256 à 262 du CPC), ou encore en qualité d’expert (art. 263 à 284-1 du CPC) ou d’*amicus curiae*. C’est ce que prévoyait expressément l’ancien article L. 522-3-1 du COJ¹⁵⁹³. Ce recours est toujours possible en vertu du droit procédural commun malgré l’abrogation de ce texte spécifique. Le juge pourrait également, dans ce cadre, solliciter l’avis du conseil cadial, dont les missions sont, notamment, « d’établir la ligne doctrinale de l’islam de Mayotte autour de ses principes fondamentaux [et] d’organiser et structurer la pratique de l’islam au sein de la société »¹⁵⁹⁴. En comparaison, ce recours à une expertise a notamment été suggéré par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la compétence donnée, par l’article 19 alinéa 2 de la loi n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie, à la juridiction pénale de droit commun pour statuer sur les intérêts civils, en application de la coutume kanak, lorsque toutes les parties sont de statut coutumier kanak¹⁵⁹⁵. Les huit aires coutumières kanak ont également une compétence analogue d’interprétation de la coutume¹⁵⁹⁶. Aussi intéressant soit-il, le recours à ces dispositifs, faute d’être contraignant, dépend toutefois d’une initiative personnelle du magistrat, liée à l’intérêt porté à l’application de la coutume. Ne faudrait-il pas, dès lors, avoir une approche plus institutionnalisée de la participation des cadis à l’œuvre de Justice ? Plusieurs voies alternatives ou cumulatives nous semblent ouvertes.

§ 1 – Un préalable obligatoire de conciliation avant toute action en justice

La loi du 23 mars 2019 de réforme pour la Justice a renforcé la place de la conciliation en en faisant un préalable obligatoire à une demande en justice, à peine d’irrecevabilité que le juge peut relever d’office, notamment pour toute action en paiement d’une somme n’excédant pas 5.000 euros (art. 750-1 CPC). L’absence de ce préalable, qui peut prendre la forme d’une conciliation, d’une médiation ou d’une procédure participative, est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Si le domaine matériel de ce préalable obligatoire ne recoupe pas celui du statut personnel mahorais, cela n’empêche pas le juge de droit commun de soumettre les parties à une tentative de conciliation ou à une médiation des parties, par l’entremise du cadi ou sous l’égide du conseil cadial, dans le cadre de la possibilité qu’il tient des textes de façon plus générale. En pratique, ce préalable de conciliation est fréquent dans le domaine familial et le recours au juge aux affaires familiales le plus souvent subsidiaire¹⁵⁹⁷. Le préalable de conciliation pourrait ainsi

¹⁵⁹² A. Siri, dans ce rapport.

¹⁵⁹³ « Lorsque le tribunal est saisi d’un litige relatif à l’application du statut civil de droit local entre citoyens relevant de ce statut, le président peut commettre une personne de son choix pour l’éclairer par une consultation dans les conditions prévues aux articles 256 à 262 du code de procédure civile. »

¹⁵⁹⁴ A. Siri, *loc. cit.*

¹⁵⁹⁵ Cons. Const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁵⁹⁶ Art. 150 I, al. 2 de la loi n° 99-209.

¹⁵⁹⁷ B. Baroukh, « Autorités judiciaires, statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l’office du juge étatique ? », *loc. cit.*, spéc. I.B.2.

être développé¹⁵⁹⁸. En Nouvelle-Calédonie, la contestation d'une décision coutumière transcrite dans un acte coutumier¹⁵⁹⁹ doit faire l'objet d'un préalable devant le conseil coutumier de l'aire où l'acte a été établi. Deux recours sont ouverts : l'un en interprétation en cas de divergence entre les parties, l'autre de façon précontentieuse, en cas de litige relatif à l'acte coutumier¹⁶⁰⁰. Dans une affaire d'adoption, il a ainsi été reconnu que « cette procédure de saisine préalable du conseil coutumier (...) est d'ordre public » et qu'elle doit nécessairement être exercée après qu'a été pris l'acte coutumier lui-même¹⁶⁰¹. À défaut, l'action en justice est irrecevable. Pour apprécier sa compétence, le juge doit vérifier que le conseil coutumier a valablement été saisi, qu'il n'a pas rendu de décision dans le délai de trois mois prévu par la loi du pays n° 2006-15 ou que la décision qu'il a prise n'a pas épuisé le litige.

Dans le domaine de compétence du statut personnel mahorais, les prescriptions de la coutume pourraient également rejaillir sur le statut procédural de la conciliation préalable. Par comparaison, dans la coutume kanak, le mariage et sa dissolution nécessitent, outre le consentement des époux, l'accord de leur clan respectif, matérialisé dans un acte coutumier. La procédure de dissolution étant déjudiciarisée, le juge n'intervient « que de façon supplétive, en cas de désaccord des clans sur le principe comme sur les effets de la dissolution »¹⁶⁰², afin de permettre aux époux, malgré ce désaccord ou de l'inertie des clans, de se séparer néanmoins. Il en découle, sur le terrain de la procédure judiciaire, que « le préalable coutumier, lequel constitue le pendant de la compétence exclusive qui revient aux clans dans la décision de former l'union, revêt un caractère d'ordre public. Dès lors, la saisine de la juridiction en formation coutumière ne revêt qu'un caractère subsidiaire et ne peut être déclarée recevable qu'après l'épuisement effectif du préalable coutumier »¹⁶⁰³. En ce sens, « le non-respect de ce préalable coutumier, lequel est d'ordre public, constitue une fin de non-recevoir faisant obstacle à la recevabilité de l'action devant la juridiction judiciaire »¹⁶⁰⁴. Sans doute cet exemple n'est pas entièrement transposable à la coutume mahoraise, mais il montre que le respect de la logique coutumière peut induire et justifier des adaptations procédurales.

§ 2 – Juridiction de droit commun statuant en formation cadiale

À l'instar de la juridiction en formation coutumière calédonienne, composée au premier degré d'un magistrat professionnel et d'assesseurs coutumiers, compétente pour juger les litiges entre personnes de statut coutumier kanak (art. 7 et 19 alinéa 1^{er} de la loi n° 99-209), ne serait-il pas opportun de réactiver la juridiction de droit commun statuant en formation cadiale ? Cette juridiction échevinale et mixte était en effet prévue par l'article 16 du décret du 29 mars 1934, pour l'appel des jugements rendus par les tribunaux de cadis, lorsque les intérêts en cause étaient inférieurs à 5.000 francs¹⁶⁰⁵. Plus récemment, la loi n° 2001-616 prévoyait en son article 61 que la juridiction civile de droit commun, devenue compétente à la place des cadis, « est composée en première instance d'un magistrat du siège du tribunal de première instance, président, et de deux cadis, assesseurs, en appel d'un magistrat du siège du tribunal supérieur

¹⁵⁹⁸ En ce sens, v. *supra* V. Égéa, « Les autorités judiciaires à l'épreuve des coutumes (substantielles et processuelles) ».

¹⁵⁹⁹ L'acte coutumier est régi par la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 30 janv. 2007, p. 647 s.

¹⁶⁰⁰ Art. 21 et 29 Lp. n° 2006-15.

¹⁶⁰¹ CA Nouméa, 25 mars 2013, RG n° 12-74.

¹⁶⁰² CA Nouméa, 9 septembre 2013, RG n° 12/226.

¹⁶⁰³ TPI Nouméa, section de Koné, 5 février 2013, n° 13/67 JAF. Dans le même sens, CA Nouméa, 30 octobre 2014, RG n° 2013/225.

¹⁶⁰⁴ CA Nouméa, 9 septembre 2013, préc.

¹⁶⁰⁵ V. *supra* les contributions de L.-A. Barrière et de A. Siri.

d'appel, président, et de deux cadis, assesseurs »¹⁶⁰⁶. Cette juridiction mixte a cependant été supprimée deux ans plus tard par la loi n° 2003-660 qui, en son article 68, rétablit le dualisme juridictionnel et instaura une option de juridiction soit en faveur du cadi, soit en faveur du tribunal de première instance dans sa composition de droit commun. Or cette « juridiction mixte officiellement disponible avec des cadis assesseurs n'a, de mémoire de juge, jamais fonctionné »¹⁶⁰⁷. De fait, elle n'a jamais été mise en place. Outre des vents contraires, l'une des raisons principales de cet échec tient sans doute à l'absence de dispositif d'accompagnement des magistrats et des cadis concernés. La mise en place de cette juridiction mixte était notamment conditionnée à l'adoption de textes portant réforme de l'organisation judiciaire et du statut des cadis, avant la fin de l'année 2012¹⁶⁰⁸. Or on peine à trouver trace de ces réformes et l'ordonnance n° 2002-1476 ne prévoit rien en ce sens¹⁶⁰⁹. Cette juridiction mixte a ainsi été supprimée avant même qu'elle n'ait été mise en place.

Par comparaison, la juridiction civile de Nouvelle-Calédonie avec assesseurs coutumiers kanak a été officiellement créée en octobre 1982 et il a fallu presque dix ans pour qu'elle soit opérationnelle, à la faveur de la création en juin 1989 des sections détachées du TPI de Nouméa en des endroits majoritairement peuplés de Kanak de statut coutumier. La Cour de cassation a également, à plusieurs reprises, rappelé avec force aux magistrats la compétence de cette juridiction en formation coutumière¹⁶¹⁰. Si donc les débuts ont été difficiles, depuis une trentaine d'années désormais s'organise au sein de la juridiction en formation coutumière un dialogue fructueux entre plusieurs mondes (juge/assesseurs ; droit civil/coutume ; coutume/coutume ; juridiction/autorités coutumières), offrant une jurisprudence féconde qui donne à voir un droit coutumier vivant et une coutume qui parvient à s'adapter aux changements sociaux touchant les Kanak de statut coutumier¹⁶¹¹. De même en Polynésie française, alors que la coutume n'est pas reconnue juridiquement, un tribunal foncier échevinal a été créé, composé d'un magistrat professionnel et deux assesseurs, afin de tenir compte des spécificités locales relatives aux terres polynésiennes, fortement liées aux coutumes polynésiennes¹⁶¹².

Cette juridiction mixte avec cadis assesseurs offrirait aux juges professionnels et cadiaux un espace de dialogue entre le droit commun, le droit coutumier mahorais (ce entre ses différentes sources) et les valeurs fondamentales de la République. Elle permettrait à la fois aux magistrats professionnels d'avoir la capacité de mieux comprendre et d'appliquer la norme coutumière dans les cas prévus par la loi, et aux assesseurs cadis de faire entendre les principes du droit musulman, dans le respect des normes fondamentales. Pour donner pleine reconnaissance à ce rôle juridictionnel des cadis, les assesseurs cadis devraient, à l'instar des assesseurs coutumiers kanak, avoir voix délibérative et non simplement consultative comme c'était le cas dans le décret du 29 mars 1934. Une telle fonction nécessite une formation renforcée des assesseurs cadis¹⁶¹³, mais aussi des magistrats professionnels sur les particularités des Outre-mer en

¹⁶⁰⁶ A. Siri, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁷ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, p. 117-139, spéc. p. 131.

¹⁶⁰⁸ Art. 67, 2° de la loi n° 2001-616.

¹⁶⁰⁹ Le contrôle de l'application de cette loi par le Sénat ne mentionne aucun texte pris en vertu de l'article 67, 2°, hormis l'ordonnance n° 2002-1476 : <https://www.senat.fr/application-des-lois/pjl00-262.html>

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 2^e, 6 février 1991, Bull. civ. II, n° 44 ; Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 248.

¹⁶¹¹ V. not. É. 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*, *op. cit.*, p. 499-505.

¹⁶¹² Créé par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, art. 23 et 24 ; Décret n° 2017-1474 du 16 octobre 2017 relatif à l'organisation et au fonctionnement du tribunal foncier de la Polynésie française ; art. L. 552-9-1 s., art. R. 552-16 (pour les sections détachées) et R. 552-22-4 s. du COJ.

¹⁶¹³ Sur cette question v. *supra* A. Siri.

général et de Mayotte en particulier¹⁶¹⁴. À Mayotte¹⁶¹⁵ comme en Nouvelle-Calédonie, les magistrats sont souvent amenés à apprendre par eux-mêmes le contexte juridique et sociologique dans lequel ils interviendront. Il conviendrait également de redéfinir le statut des cadis, notamment par une séparation fonctionnelle entre les cadis traditionnels, qui conserveront leur rôle actuel de médiateur social, et les assesseurs cadis qui ne pourront assurer que cette fonction juridictionnelle et qui devront être impartiaux et indépendants¹⁶¹⁶.

Section 2/ Réaffirmer la juridicité du statut personnel et du droit local mahorais

Le domaine matériel du statut personnel mahorais est, depuis la loi de 2001 et avec la départementalisation, extrêmement limité et encadré. À l'image du statut coutumier kanak qui régit l'ensemble du droit civil, ou du statut particulier wallisien et futunien dont le domaine est indéfini, il serait possible de soutenir un élargissement, un retour à un domaine plus large du statut coutumier mahorais. Cet élargissement n'interviendrait peut-être pas sur l'ensemble du droit civil, mais à tout le moins sur l'ensemble des relations familiales, c'est-à-dire dans les domaines où la pratique coutumière demeure forte. Il ne s'agirait pas, de toute évidence, de rétablir la polygamie, la répudiation ou encore les inégalités successorales, mais *a minima* d'assurer la cohérence des relations familiales, aujourd'hui dépeçées, à l'instar du mariage, régi par le droit commun pour sa formation et sa dissolution, mais par la coutume en ce qui concerne ses effets¹⁶¹⁷. Certes, le Conseil constitutionnel, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi de 2003, considéra que « dès lors qu'il ne remettait pas en cause l'existence même du statut civil de droit local, [le législateur] pouvait adopter des dispositions de nature à en faire évoluer les règles dans le but de les rendre compatibles avec les principes et droits constitutionnellement protégés »¹⁶¹⁸. C'est pourtant en vue d'une telle disparition du statut de droit local que les normes successivement prises pour Mayotte ont été adoptées¹⁶¹⁹, ce que montre le domaine matériel de la coutume mahoraise affirmé en apparence, mais en réalité réduit à la portion congrue¹⁶²⁰. Or, comme le soulignent très justement Sophie Blanchy et Yves Moatty : « l'existence du droit local étant fondée sur sa différence avec le droit commun, n'était-elle pas de fait remise en cause par cette mise en conformité ? »¹⁶²¹ L'alerte vaut pour toutes les normes culturelles qui ne sont pas de source étatique.

Pour autant, une réhabilitation du statut personnel mahorais et de la coutume qui s'applique en conséquence pourrait passer, plus directement, par la réaffirmation du régime procédural de l'option de législation en faveur du droit commun et, partant, de l'office du juge quant à la reconnaissance du statut de droit local et de l'application de la coutume.

¹⁶¹⁴ À l'instar de celle organisée par l'ENM pour les magistrats nommés en Outre-mer.

¹⁶¹⁵ V. *supra* B. Baroukh, « Autorités judiciaires, statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l'office du juge étatique ? ».

¹⁶¹⁶ Sur cette séparation, v. déjà L. Sermet, « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in Actes du colloque de Mamoudzou, 14, 15 et 16 sept. 2002, *Mayotte dans la République*, éd. Montchrestien, coll. Grands colloques, Paris 2004, p. 453.

¹⁶¹⁷ V. *supra* les études de V. Égéa et d'A. Ali Saïd.

¹⁶¹⁸ Cons. const., 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC.

¹⁶¹⁹ F. Dargent, dans ce rapport : « La philosophie générale de cette réduction progressive du contenu du statut personnel n'est pas un mystère. Il s'agit de progressivement faire disparaître, tant dans le nombre de ses bénéficiaires que dans les règles dérogatoires qui leur sont appliquées, le statut personnel reconnu à certains mahorais. »

¹⁶²⁰ É. Ralser, dans ce rapport.

¹⁶²¹ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *loc. cit.*, p. 128.

§ 1 – L’option de législation

L’article 1^{er} alinéa 4 de l’ordonnance n° 2010-590 dispose que « les personnes relevant du statut civil de droit local peuvent soumettre au droit civil commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local. » Cette option est reprise dans le code de l’organisation judiciaire aux articles L. 216-2 (pour le TJ) et L. 314-1 (pour la CA). On se souvient également qu’avant 2010 existait un dualisme juridictionnel entre le juge de droit commun et le tribunal cadial, permettant aux parties, alors même qu’elles relevaient pour le litige en cause du second, de choisir d’être jugées par le premier¹⁶²². L’option de législation était également prévue par l’article 52-1 de la loi n° 2001-616, dans les mêmes termes et conditions que l’option actuelle. *De jure*, ces deux options étaient distinctes et indépendantes l’une de l’autre : outre de porter l’une sur le juge et l’autre sur la norme que le juge devait appliquer, ou encore de relever chacune de dispositions particulières qui n’étaient pas expressément reliées l’une à l’autre, les deux options obéissaient à des conditions qui leur étaient propres. En particulier, l’option de juridiction relevait de « la volonté de la partie la plus diligente », c’est-à-dire du demandeur. À l’inverse, l’option de législation supposait (et suppose toujours), bien que le texte ne le précise pas expressément, un accord commun des personnes relevant du statut de droit local : l’une des parties ne peut donc pas, de sa seule volonté, soumettre au droit commun un rapport juridique normalement soumis à la coutume. La situation est identique en Nouvelle-Calédonie et à Wallis et Futuna : si les parties peuvent renoncer à la compétence de la juridiction en formation coutumière en première instance, le juge de droit commun n’est pas pour autant dispensé d’appliquer la coutume (art. L. 562-24 du COJ ; art. 5 al. 3 de la loi n° 61-814¹⁶²³).

Or il apparaît qu’avant 2010 les magistrats « s’en tenaient (...) à leur jurisprudence, estimant que « l’option de juridiction » (des justiciables de droit local viennent au tribunal) entraînait « option de législation » (ils seront jugés selon le droit commun) »¹⁶²⁴. Si l’option de juridiction n’a plus lieu d’être aujourd’hui, la justice cadiale ayant juridiquement disparu au profit de la seule juridiction de droit commun, tout porte à voir que cette « jurisprudence » s’est néanmoins maintenue. Le constat qui ressort de plusieurs entretiens menés dans le cadre de cette recherche auprès des acteurs du procès, est celui de l’absence d’invocation par le juge de la coutume, même dans son domaine d’application. Le silence des parties vaudrait, dans ce cadre, renonciation tacite à la coutume et demande d’application du droit commun. Il y a là une inversion du principe et de sa dérogation : il découle de cette pratique que le droit commun s’applique, sauf si les parties demandent l’application de la coutume.

Or l’option de législation porte bien sur le droit commun aux fins d’éviction, pour la procédure en cours, de la coutume normalement applicable *ratione personae* et *ratione materiae*. Dès lors que la coutume s’applique en vertu de l’article 1^{er} alinéa 1^{er} de l’ordonnance 2010-590, les parties ne peuvent y déroger qu’en connaissance de cause. Dérogatoire, une telle option ne peut donc être qu’expresse et ressortir d’une volonté commune des parties. Le silence des parties ne devrait pas être interprété comme une renonciation à l’application de la coutume, sans que le

¹⁶²² Art. 61 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 modifiée par la loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 : « La juridiction compétente à Mayotte pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte et ayant entre elles des rapports juridiques relatifs à l’état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités est, selon la volonté de la partie la plus diligente, soit le tribunal de première instance, soit le cadî. »

¹⁶²³ « Toutefois, les parties justiciables de la juridiction de droit local peuvent, d’un commun accord, réclamer le bénéfice de la juridiction de droit commun ; en ce cas, il leur est fait application des usages et coutumes les régissant. » On rappellera que cette juridiction de droit local prévue à Wallis et Futuna n’a jamais été installée.

¹⁶²⁴ S. Blanchy et Y. Moatty, « Le statut civil de droit local à Mayotte : une imposture ? », *loc. cit.*, spéc. p. 135.

juge les ait mises en mesure de s'exprimer sur les raisons de ce silence, et de les amener à se positionner sur la norme applicable. De la même façon, le fait pour les parties de fonder leurs prétentions respectives sur le droit commun ne devrait pas être interprété comme une renonciation à la coutume, sans qu'ait été vérifié par le juge que ce fondement civil est pleinement compris par chacune d'elles, et voulu comme tel. Les entretiens réalisés avec des avocats montrent en effet que la coutume n'est généralement soulevée que par ceux qui sont eux-mêmes Mahorais. En cas de désaccord entre les parties, le principe retrouve son empire et la coutume s'applique, sans que le juge ne puisse imposer le droit commun. Il devrait en être de même lorsque l'une des parties est absente et qu'elle ne peut, dès lors, exprimer son consentement¹⁶²⁵.

Avec raison, il est permis de soutenir que l'option de législation comme la renonciation au statut coutumier « permettent aux Français relevant d'un statut personnel de ne pas se voir imposer leur coutume « contre leur volonté », ce qui est « en parfaite harmonie avec le droit de libre identification »¹⁶²⁶, affirmé relativement récemment par la Cour européenne des droits de l'homme dans son aspect négatif, qui implique « le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne qui appartient à une minorité »¹⁶²⁷. »¹⁶²⁸ Mais on peut tout autant soutenir que ce droit de libre identification justifie, de façon positive, que soit appliquée la norme correspondante à cette identité dans ses espaces réservés, et que seule une volonté contraire, expressément formulée en toute connaissance de cause peut y faire échec, dès lors qu'une telle faculté est ouverte.

§ 2 – L'office du juge dans l'application de la coutume

La pratique révèle que, bien souvent, la coutume n'est pas appliquée par le juge, alors que la saisine s'inscrit dans le périmètre personnel et matériel du statut de droit local, et alors que les parties n'ont pas exercé l'option de législation. Or la vérification de l'appartenance statutaire et l'application conséquente de la norme désignée – droit commun ou coutume – s'imposent au juge, elles font partie de son office. Élise Ralser l'a très justement montré, notamment parce que la coutume mahoraise, bien que de source parfois étrangère, est une norme française qui doit sa juridicité, outre à une règle de conflit légale (la loi de 2001 puis l'ordonnance n° 2010-

¹⁶²⁵ Comp. avec la renonciation à la compétence de la juridiction en formation coutumière, en faveur de la juridiction pénale de droit commun, prévue par l'article 19 al. 2 de la loi n° 99-209. La cour d'appel de Nouméa juge que « l'article 19 alinéa 1^{er} recouvre son plein effet lorsque une au moins des parties est absente et ne peut exprimer son accord à la procédure d'exception introduite par l'article 19 alinéa 2 » : CA Nouméa, 20 mars 2014, RG n° 13/68 ; CA Nouméa, ch. app. corr., 22 juillet 2014, RG n° 14/130. La Cour de cassation a également jugé que « la simple allégation lors d'une audition de police, que les faits se sont déroulés dans un contexte coutumier relevant des instances coutumières ne peut s'analyser en une demande, faite aux juges du second degré, de renvoyer l'affaire devant la juridiction civile de droit commun complétée par des assesseurs coutumiers », Cass. crim., 1^{er} juin 2021, n° 20-83.485.

¹⁶²⁶ H. Fulchiron, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/Grèce* de la CEDH », *D.* 2019, p. 316, spéc. p. 317. L'auteur se demande en revanche si « la possibilité d'une renonciation générale (égalitaire et non irréversible) », offerte aux citoyens de Nouvelle-Calédonie qui souhaiteraient échapper à l'application de leur statut coutumier, suffira à satisfaire les exigences de la CEDH, une option au cas par cas comme à Mayotte n'étant pas prévue : *Ibid.*, spéc. p. 318.

¹⁶²⁷ Voir, dans une affaire intéressant la succession d'un citoyen grec, appartenant à la minorité musulmane de la Thrace occidentale, Cour EDH, Gr. ch. 19 déc. 2018, *Molla Sali c/Grèce*, req. n° 20452/14, § 157 : *D.* 2019, p. 316, Point de vue H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2019, p. 281, obs. J.-P. Marguénaud ; *Rev. crit. DIP* 2020, p. 1002, note Ch. H. Pamboukis ; *JDI* 2019, Chron. p. 1243, spéc. p. 1352, note H. Apchain ; *RTDH* 2019, p. 925, note M. Afroukh.

¹⁶²⁸ V. Parisot, « Les critères d'appartenance au statut personnel mahorais », dans ce rapport.

590), à des normes supralégislatives (le traité de cession du 25 avril 1841) et surtout constitutionnelle avec l'article 75 de la Constitution, lequel « ne se contente pas d'affirmer et de protéger l'existence de statuts personnels particuliers dans la République française, mais fait office, semble-t-il, de véritable règle de conflit constitutionnelle entre le statut civil de droit commun et les autres statuts civils possibles. »¹⁶²⁹ Le principe est identique pour le statut coutumier kanak dont l'appartenance par les parties doit être vérifiée au besoin d'office par le juge et, le cas échéant, la coutume être appliquée¹⁶³⁰. Le Conseil constitutionnel l'a expressément rappelé : « l'instauration de la faculté pour la juridiction pénale de droit commun de statuer sur les intérêts civils dans des instances concernant exclusivement des personnes de statut civil coutumier kanak, lorsqu'aucune de ces personnes ne s'y oppose, n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à la juridiction pénale de droit commun de ne pas faire application de la coutume lorsqu'elle statue sur les intérêts civils »¹⁶³¹. Cette exigence est reprise par les juridictions calédoniennes¹⁶³² : « la réparation du préjudice obéit aux seuls principes de la coutume ; que les demandes doivent donc être fondées sur les normes coutumières », et ce quelle que soit la juridiction compétente. Ce principe a plusieurs fois été rappelé par la Cour de cassation dans des affaires où les juges¹⁶³³, comme les parties¹⁶³⁴, ont invoqué sa non-application.

Hormis une option de législation exercée par les parties de statut mahorais, qui ne trouve pas son équivalent en Nouvelle-Calédonie, ni à Wallis et Futuna, il n'y pas de raison de penser que l'office du juge de Mayotte soit différent que celui de Nouvelle-Calédonie au regard de la norme coutumière. « Il ne fait alors pas de doute que, si la règle de conflit le désigne, le statut civil de droit local doit être appliqué, au besoin d'office. »¹⁶³⁵

Norme française, le juge de droit commun chargé d'appliquer la coutume doit également en rapporter la teneur. Sans doute l'article 1^{er} al. 3 de l'ordonnance n° 2010-590 lui permet de recourir, à titre supplétif, au droit commun, « en cas de silence ou d'insuffisance du statut civil de droit local ». Mais devant les lacunes supposées de la coutume, et surtout la difficile articulation – sans aucun doute réelle – entre ses sources musulmanes et les coutumes d'Afrique orientale et malgaches¹⁶³⁶, la tentation peut être grande de voir un silence là où il n'y a que difficulté, ou encore là où il n'y a qu'une autre façon de traiter une question juridique, que l'on ne cherche pas à comprendre. Le cas s'est présenté devant la Cour de cassation à propos d'une demande en prestation compensatoire, fondée sur le droit civil, par une épouse divorcée de statut coutumier kanak, qui arguait du silence de la coutume¹⁶³⁷. Or si « la coutume ne contient pas de règles relatives à la prestation compensatoire, c'est parce que la coutume conçoit la dissolution du mariage de manière très différente de ce que nous connaissons dans le cadre du divorce »¹⁶³⁸. Par le mariage coutumier, l'épouse est en effet accueillie dans le clan de son mari et, réciproquement, la dissolution de ce mariage, sans rompre le lien d'alliance clanique dès lors

¹⁶²⁹ É. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte. Un fantôme de statut personnel coutumier », *loc. cit.*, spéc. p. 759-760.

¹⁶³⁰ Not. É. 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, op. cit.*, p. 532.

¹⁶³¹ Cons. const., 14 novembre 2013, n° 2013-678 DC, consid. n° 37.

¹⁶³² Not. CA Nouméa, 20 mars 2014, préc. ; Cour d'assises des mineurs de la Nouvelle-Calédonie, 13 juin 2014, préc. ; CA Nouméa, 22 juillet 2014, ch. app. corr., préc.

¹⁶³³ Avis du 16 décembre 2005, préc.

¹⁶³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁶³⁵ É. Ralser, *loc. cit.*

¹⁶³⁶ Cette difficile articulation est souvent relevée par les magistrats et avocats.

¹⁶³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, préc.

¹⁶³⁸ S. Sana-Chaillé de Néré, note préc.

qu'a été accompli le don de vie, fait que l'épouse doit être accueillie à nouveau par le clan dont elle était membre avant le mariage. Ce dernier a l'obligation de la protéger et de subvenir à ses besoins¹⁶³⁹. Dès lors, une quelconque compensation due par le mari n'a pas de sens eu égard à l'organisation sociale coutumière.

Un propos, ancien, résonne encore : « C'est la tendance naturelle de nos magistrats officiant là-bas, que d'allonger la main vers nos codes et lois, arguant que la coutume a « gardé le silence », et tirant un trait sur des traditions qu'on n'étudie pas : car il faudrait d'abord apprendre le canaque [ici le shimaoré et le kibushi], alors qu'il fait trop chaud. »¹⁶⁴⁰ Si la coutume ne prévoit pas de solution prédéfinie, ce qui peut être le cas pour la loi, il revient au juge de puiser en elle les ressources propres à garantir sa compétence, comme le juge doit, en vertu de l'article 4 du Code civil, statuer malgré le silence de la loi. En Nouvelle-Calédonie, c'est ce qu'ont réalisées les juridictions en formation coutumières à propos des intérêts civils, alors que la réparation individuelle par compensation n'était pas consubstantielle à la société coutumière kanak¹⁶⁴¹. En ce sens, le recours supplétif au droit commun, même s'il est possible à Mayotte à la différence de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis et Futuna, doit rester exceptionnel et être motivé, sous le contrôle de la Cour de cassation.

¹⁶³⁹ R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁶⁴⁰ R. Maunier, préface de É. Rau, *Institutions et coutumes canaques*, 1944, rééd. L'Harmattan, 2005, p. 7-8. On relèvera qu'il y a en Nouvelle-Calédonie 28 langues vernaculaires kanak. Sur la place de ces langues dans l'ordre juridique calédonien, v. É. Cornut, « La valorisation des langues kanak », *Cahiers CRINI*, n° 2, 2021, *Droit et langue : pourquoi et comment des exceptions juridiques et linguistiques territoriales ?*, url : <https://crini.univ-nantes.fr/cahiers2-cornut>

¹⁶⁴¹ É. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 144-189.

Conclusion

L'étude de la place de la coutume à Mayotte révèle une situation particulièrement complexe, complexité qui n'est qu'un aspect de la complexité d'une société mahoraise en pleine mutation.

§ 1 – Un constat

La situation mahoraise pourrait se résumer en un paradoxe apparent : la coutume est inappliquée en droit, mais, en fait, elle continue à régir la société mahoraise, y compris dans les domaines qui ne sont plus juridiquement les siens.

I. Une coutume « inappliquée » par les autorités qui en ont la charge

Si l'on revient à l'objet initial de la recherche, la coutume (au sens de statut de droit local, avec sa dualité de sources) n'est pas appliquée par l'autorité judiciaire et plus généralement par les autorités publiques ou privées qui devraient la mettre en œuvre dans le champ qui est juridiquement le sien, c'est-à-dire dans le domaine résiduel que lui a laissé l'ordonnance de 2010. L'absence de décisions judiciaires récentes appliquant la coutume est à cet égard tout à fait significative. Les décisions appliquant la coutume, encore bien présentes dans la mémoire des acteurs judiciaires locaux, datent en réalité d'avant 2010. Seuls les notaires, ou du moins certains d'entre eux, semblent appliquer la coutume et encore cette application est-elle rendue délicate et, à certains égards, ambiguë, par la dualité des sources du statut personnel, qui conduisent les praticiens à articuler un système de type patriarcal et un système matrilineaire... Par ailleurs, cette inapplication des règles coutumières, dans le domaine qui est le leur, ne signifie pas que les acteurs judiciaires, juridiques ou administratifs ne la prennent pas en compte, y compris dans les domaines qui, en droit, ne sont pas les leur. C'est ce que disent notamment, dans les entretiens, certains juges (qui sont soucieux d'adapter leurs décisions aux réalités sociales et d'assurer l'acceptation et la compréhension de leurs décisions), certains avocats, certains notaires (qui usent par exemple de toutes les ressources du droit commun pour réaliser un partage successoral respectant les pratiques sociales fortement imprégnées par la coutume et donc acceptable par tous) et certains agents administratifs.

Que la coutume ne soit pas « officiellement appliquée » ne signifie pas qu'elle ne soit pas à la base ou en arrière-plan des demandes formées par les intéressés. Il appartient alors aux différents intermédiaires/médiateurs (agents administratifs, agents du greffe, avocat, notaires, cadis, travailleurs sociaux, associations, etc.) de les transcrire pour qu'elles puissent être appréhendées et traitées avec les instruments du droit commun.

Dire que la coutume est « inappliquée » ne reflète donc qu'imparfaitement la complexité, la diversité et parfois les contradictions des comportements des personnes concernées, acteurs du droit et population mahoraise, étant entendu que ce qui peut apparaître comme contradictoire peut être une façon de gérer, au mieux, cette complexité.

Les explications de cette situation sont diverses. S'y mêlent notamment, selon les cas et à des degrés divers, l'ignorance des règles « coutumières » par les acteurs institutionnels de la

coutume (cette ignorance étant d'ailleurs en partie liée aux problèmes d'identification et de mise en œuvre de ces règles) et la difficulté de faire entrer ces normes dans un raisonnement juridique classique en les articulant avec les règles de droit commun (ce qui est d'autant plus délicat dans le cas de Mayotte que le législateur a multiplié les hypothèses dans lesquelles le droit commun est applicable dans des matières relevant en principe de la coutume). Surtout, l'application de la coutume dans le champ qui est juridiquement le sien n'est pas demandée par les intéressés ou, en tout cas, une telle demande ne franchit pas le sas des intermédiaires (avocats, notaires, agents administratifs, travailleurs sociaux, etc.), évoqués *supra*.

Reste à s'interroger sur cette absence de demande. Les causes en sont aussi diverses que complexes.

Elles sont, là encore, liées aux incertitudes sur le champ personnel et matériel de la coutume. Qui est juridiquement soumis à la coutume ? Le problème est d'autant plus délicat que, compte tenu de l'évolution démographique, se multiplient les situations mixtes, soumises en conséquence au droit commun. Quelles sont les questions soumises à la coutume et comment l'articuler avec les questions connexes qui, elles, ont été placées sous l'empire du droit commun, sans parler de l'intervention des droits fondamentaux qui, dans certains domaines, conduit à écarter telle ou telle règle « coutumière » ? À l'évidence, le morcellement du « statut de droit local » ne facilite pas son application...

Il faut aussi tenir compte de l'idée, très présente dans les entretiens, selon laquelle, dans l'esprit des « justiciables » (le mot étant pris au sens large), aller devant une juridiction étatique ou plus généralement devant une autorité publique (un agent de l'état civil par exemple) ou parapublique (une caisse d'allocation familiale par exemple) conduirait nécessairement à l'application du droit commun. Il y a en quelque sorte assimilation entre la nature de l'autorité et celle des règles que cette autorité appliquera (le *for* et le *jus* si l'on peut dire), avec toutes les conséquences qui en découlent. Tel est le cas, par exemple, pour le mariage : semble assez répandue, y compris chez les agents administratifs concernés, l'idée que si l'on va à la mairie, ce ne peut être que pour un mariage de droit commun et, qu'en toute hypothèse, le mariage enregistré par l'officier de l'état civil ne peut *que* produire les effets d'un mariage de droit commun, avec notamment un régime de communauté de biens.

Entrent également en jeu les « stratégies » des intéressés et de leurs « conseils » : on vit en respectant les règles coutumières et l'on ne va devant l'autorité publique que pour obtenir tel ou tel résultat particulier (un jugement de divorce, une décision sur la filiation, sur l'autorité parentale, sur l'obligation alimentaire, etc.), résultat qui pour être pleinement efficace suppose, du moins dans l'esprit des demandeurs, une décision prise sur le fondement du droit commun. Tel est notamment le cas, lorsque cette décision est sollicitée parce qu'elle conditionne l'accès à tel ou tel droit, à tel ou tel avantage ou à tel ou tel statut, en matière de droit de la famille, de droit social, de droit des étrangers, etc. Puisqu'on ne va devant les autorités publiques que pour répondre aux exigences d'autres autorités publiques, on demandera, tout naturellement, la mise en œuvre du droit commun.

Cette « instrumentalisation » peut être consciente ou inconsciente, le mot « d'instrumentalisation » devant d'ailleurs être utilisé avec beaucoup de précautions. Il est probable que dans certains cas, les intéressés s'adressent sciemment aux autorités étatiques pour obtenir une décision ou pour créer une situation que l'on pourra ensuite opposer à ces autorités, en se gardant de revendiquer l'application du statut de droit local afin de garantir l'efficacité de la démarche. Mais il faut aussi tenir compte d'autres facteurs. Ainsi, certaines personnes interrogées ont-elles souligné que dans la société mahoraise traditionnelle, le recours au juge

apparaît comme la reconnaissance d'un échec : en principe, les conflits sont réglés au sein de la famille et, plus largement, au sein de la communauté et non devant le juge ou les autorités étatiques. Lorsque l'on va devant le juge, on est déjà en dehors du monde coutumier. Si l'on ne revendique donc pas l'application du droit coutumier, c'est parce que le litige est sorti du champ coutumier. Non seulement le juge étatique ne paraît pas avoir la vocation à résoudre le litige avec les instruments du droit coutumier, mais on ne va pas devant lui *pour ça*. Surtout le juge étatique ne semble pas avoir la légitimité nécessaire pour appliquer la coutume. Il lui est « extérieur » à tous points de vue : de par sa formation, de par son statut, de par ses missions ; et, en toute hypothèse, il n'appartient pas à la communauté : celle de la société mahoraise et moins encore celle de la religion musulmane, les deux appartenances étant étroitement mêlées.

La coutume, au sens de statut personnel de droit local, n'est donc pas mise en œuvre par les autorités qui en sont chargées et, au premier chef, par les juges. Est-ce à dire que le législateur a gagné son pari : cantonner strictement le champ des règles coutumières pour garantir l'intégration de Mayotte dans la République ? En réalité, cette recherche montre que si la coutume n'est pas appliquée par les autorités étatiques, elle est mise en œuvre au quotidien par les Mahorais.

II. Une coutume mise en œuvre au quotidien par les Mahorais

Tel est le second enseignement de la recherche : la coutume continue dans une large mesure à régir la société mahoraise, mais hors du contrôle des autorités étatiques, ce que n'a fait qu'accentuer la mise à l'écart officielle des cadis dont la France avait autrefois renforcé les pouvoirs afin, précisément, d'assurer un certain encadrement social.

La coutume est bien vivante avec sa dualité de sources, sources de droit musulman et sources africaines et malgaches. Il peut d'ailleurs y avoir concurrence entre ces sources, certains acteurs tentant, notamment, de faire prédominer le *Minhâdj*, en ce qu'il reflèterait une loi révélée, dont la force s'imposerait à tous, sur des usages et des pratiques sociales qu'il conviendrait d'abandonner lorsqu'elles entrent en contradiction avec les prescriptions religieuses. Sur le plan juridique, cette volonté de *délegitimer*, au sens propre du terme, une partie de la « coutume » prise au sens de « statut de droit local », joue sur les ambiguïtés d'un discours plus général : celui qui oppose *Minhâdj* et usages sociaux d'origine malgache et bantoue, le premier étant assimilé au « statut de droit local », le second à la « coutume » au sens général du terme, mais sans son support constitutionnel. Il convient d'ailleurs d'observer avec beaucoup d'attention ce type d'évolutions : la richesse et la diversité de la coutume mahoraise est le reflet de la richesse et de la diversité de la société mahoraise elle-même et constitue peut-être une des clefs de l'intégration de Mayotte dans la République (cf. *infra*).

La coutume vit dans tous les champs du statut personnel, même dans les matières que le législateur étatique a transférées au droit commun (cf. notamment la formation du mariage ou le divorce). Bien plus, on peut se demander si elle ne tend pas à régir l'ensemble des personnes vivant sur l'île dès lors que ces personnes sont musulmanes. Il s'agit au premier chef des Comoriens, d'autant qu'avant l'indépendance des Comores, la coutume et, en particulier, le *Minhâdj* avaient vocation à régir toute la population de l'archipel. Mais à entendre certaines des personnes interrogées, on peut se demander si ne sont pas également concernées les personnes de confession musulmane qui viennent à Mayotte, y compris en qualité de fonctionnaires, pour « vivre l'Islam en terre d'Islam », étant entendu que la coutume se réduit alors à sa dimension islamique, ce qui ne va pas, là encore, sans conséquences sur la conception et sur l'évolution de la coutume à Mayotte.

Cette vie de la coutume se traduit, par exemple, dans la pratique persistante du mariage coutumier et du divorce coutumier, omniprésents dans le discours des personnes interrogées et que suffirait à révéler le faible nombre de mariages contractés devant l'officier de l'état civil (tel agent explique par exemple qu'il y a très peu de mariages entre Mahorais, la plupart des mariages célébrés devant l'officier de l'état civil étant des mariages mixtes, avec des Comoriens ou des mariages entre Comoriens) ou le petit nombre de divorces prononcés devant le juge étatique (la plus grande partie du contentieux familial portant sur l'exercice de l'autorité parentale et l'obligation parentale d'entretien). Elle se manifeste également par le soin pris par certains notaires pour « adapter » le droit commun, lorsqu'ils jugent nécessaire de l'appliquer, aux règles coutumières en matière de successions. En témoigne aussi la persistance, et parfois l'instrumentalisation, de la *kafala*. En dehors du statut personnel (mais statut familial et statut des terres sont intimement imbriqués en qu'ils constituent les deux piliers de la société traditionnelle), elle se retrouve en matière de propriété foncière, avec des pratiques étroitement liées au statut de la femme en général et au *magnahoulé* en particulier.

Elle est mise en œuvre par les intéressés, avec l'aide des cadis, mais aussi de « sachants » de toute nature, ce qui pose là encore la question de la place à reconnaître aux premiers.

§ 2 – Des interrogations

Une telle réalité semble aux antipodes de la politique affichée : celle de l'extinction de la coutume par la réduction de son champ personnel et matériel, la redistribution des compétences des cadis et le renforcement des services de l'État sur l'île, afin de faciliter l'intégration de Mayotte dans la République.

Les risques liés à cette situation ont été soulignés tout au long de cette recherche. Se pose tout d'abord le problème d'une société à deux vitesses ou du moins d'une société où coexistent deux mondes parallèles : le monde « officiel », celui du droit commun et de la justice étatique, et celui, bien réel, régi par les pratiques et les usages sociaux. Toute société vit ainsi, dira-t-on. Mais à Mayotte, le « monde officiel » n'est pas le reflet, fût-il imparfait, du « monde réel ». Et les modes de médiation individuels et collectifs qui permettent aux individus de passer de l'un à l'autre fonctionnent mal. Peut en résulter une société schizophrène, avec toutes les tensions qui en résultent et les problèmes d'identité qui en découlent : identité individuelle et identité collective, mais aussi identité « politique » : quelle place pour Mayotte dans la République ?

Très concrètement, elle creuse les oppositions entre coutume et droit commun (y aurait-il une véritable incompatibilité ? du point de vue de l'Hexagone ? du point de vue des intéressés ?) et remet ainsi en question la politique d'intégration par extinction de la coutume menée jusque-là. Au pire, diront les plus pessimistes, cette politique d'intégration, dont certaines personnes interrogées disent ne pas avoir compris tout de suite les conséquences (pour eux, il s'agissait avant tout d'arrimer constitutionnellement Mayotte à la France ; les choix en matière de statut personnel auraient donc été faits, si l'on ose dire, « à l'insu de leur plein gré »), ne risque-t-elle pas de se retourner contre cette intégration ? Et ne peut-on craindre que la pratique sociale d'une coutume qui serait réduite à sa dimension de « droit musulman », ne se généralise et ne se rigidifie sous des influences extérieures, ce qui ne ferait qu'accentuer le fossé qui sépare les deux mondes ?

Il convient cependant de tempérer ces inquiétudes. La société mahoraise est une société complexe, traversée de contradictions, et, à certains égards, une société en tension. Mais elle a prouvé par le passé son aptitude à gérer, voire à exploiter cette complexité à son profit, ainsi que sa faculté d'adaptation. En témoigne d'ailleurs la façon dont elle a jusqu'ici vécu la dualité

des sources de la coutume. Face aux défis politiques, économiques, démographiques et sociaux qu'elle a à affronter, la société mahoraise fait preuve de ses capacités de résilience.

La société mahoraise est aussi une société en pleine mutation : les équilibres et les déséquilibres d'aujourd'hui seront-ils les équilibres et les déséquilibres de demain ? Quels seront notamment les besoins et les aspirations de la jeunesse, très largement majoritaire sur l'île ? S'orientera-t-elle vers une conception plus « européenne » de la société en général et de la famille en particulier ou se laissera-t-elle séduire, comme dans d'autres pays, par un discours religieux plus rigoriste ? L'Islam, à Mayotte, a la réputation d'être un Islam ouvert et tolérant. C'est d'ailleurs sans doute ce qui a permis de faire coexister règles religieuses et usages traditionnels pour le plus grand bénéfice des femmes. Qu'en sera-t-il demain ?

Enfin, il faut garder à l'esprit le fait que démographiquement, avec l'augmentation de la population d'origine comorienne et la multiplication des mariages mixtes, le champ personnel de la coutume va aller en se réduisant. La population de Mayotte demeurant cependant de confession musulmane, dans son immense majorité, n'en restera pas moins la question de l'application de règles de droit musulman, application de fait et/ou application de droit, dans un département français.

De ce point de vue, la question de la place de la coutume à Mayotte est tout sauf une question « marginale ». Elle peut être riche d'enseignements pour la société française dans son ensemble.

§ 3 – Des propositions

Pour accompagner la société mahoraise dans la gestion de ces difficultés, quelques recommandations ont été faites par les personnes interrogées dans le cadre de cette recherche ou par les chercheurs qui y ont participé. En voici la synthèse.

Il s'agirait notamment de :

- informer davantage les Mahorais sur le statut de la coutume, sur la dualité de ses sources et sur la protection constitutionnelle dont elle bénéficie. D'un point de vue juridique, cette information permettrait de réaffirmer le sens de l'option de législation prévue par l'article 1^{er} alinéa 4 de l'ordonnance de 2010.
- définir clairement ce qu'il faut entendre par « Mahorais », cette qualité commandant l'application de la coutume, sauf dans les situations mixtes et hors des cas de renonciation à la coutume.
- clarifier le domaine du statut de droit local : l'affichage du législateur (art. 1 de l'ordonnance de 2010) est trompeur. Plutôt que de procéder par renvois ou exclusions byzantines, il serait plus simple d'exposer directement les domaines régis par la coutume.
- identifier le contenu du statut personnel mahorais, dans ses deux dimensions, règles de « droit musulman », en offrant une nouvelle lecture du *Minhâdj*, interprété à la lumière des conditions d'aujourd'hui, et usages et pratiques sociales malgaches et bantous. Cette identification des règles coutumières est indispensable pour les intéressés qui doivent connaître les règles auxquelles ils sont *a priori* soumis afin d'éviter que des « sachants » de toute sorte et de toute origine n'en donnent une version tronquée ou déformée. Clairement informés, ils pourraient réfléchir à leur situation et exprimer leur choix en toute connaissance de cause, au lieu d'agir par ignorance ou pis encore avec le sentiment,

parfois exprimé, d'être manipulés par les autorités. Et bien sûr, cette identification est aussi indispensable pour les autorités chargées de l'appliquer.

– réaffirmer les valeurs de la République, agir pour mieux les faire connaître et mieux les comprendre (en insistant notamment sur ce qu'est vraiment la laïcité à la française), et, réciproquement, pour mieux faire connaître et mieux comprendre les particularités de la coutume et la richesse de la société mahoraises.

– réaffirmer l'office du juge dans l'application de la coutume.

– associer les cadis plus fortement dans le processus juridictionnel, soit de façon préalable par une procédure de médiation ou de conciliation judiciaires, soit de façon plus directe en les associant au pouvoir de juger (sur le modèle néo-calédonien ? sur un modèle de conseil ou *d'amicus curiae* qui serait à inventer ?), soit les deux combinés (cf. *infra*).

Sur des aspects plus techniques, il a été proposé de :

– préciser si les articles 6-1 et 6-2 du Code civil sont applicables à Mayotte.

– supprimer la coexistence de deux registres de l'état civil.

– clarifier les conséquences des requalifications opérées par la Commission de révision de l'état civil (CREC).

– adapter le droit civil applicable à Mayotte, notamment en matière de régime matrimonial : soit en spécifiant que le régime matrimonial légal y est le régime de séparation de biens, soit en permettant aux Mahorais d'opter pour ce type de régime, au moment de la célébration du mariage civil.

– organiser une campagne d'information sur le divorce sans juge, afin que les Mahorais perçoivent tous les bénéfices qu'ils pourraient tirer de cette nouvelle forme de divorce.

– reconnaître en matière foncière un « juste titre » d'origine coutumière conclu avec le précédent propriétaire, et une « possession utile » coutumière, justifiant une usucapion abrégée.

Parmi les instruments envisagés, il semblerait notamment utile de :

– développer la recherche sur la coutume et les pratiques coutumières en associant des chercheurs de toutes disciplines et en favorisant l'émergence de chercheurs issus de la société mahoraise.

– renforcer, avec le soutien de l'État et des collectivités locales, les formations sur la coutume et sur les principes et les valeurs de la République (cf. le diplôme porté par le Centre universitaire de Mayotte), en faisant dialoguer pour les formateurs comme pour les personnes formées, agents de l'État ou des collectivités locales, responsables religieux, représentants du monde de la santé, de la protection sociale, de l'éducation et de l'économie. Ces formations concernent aussi bien les cadis que les magistrats (ainsi dans le cadre de la formation *Être magistrat outre-mer* organisée par l'ENM) et plus

largement les autorités publiques et parapubliques, auxiliaires de justice, acteurs sociaux exerçant sur la collectivité de Mayotte auprès des Mahorais.

– approfondir le dialogue entre autorités de l'État, autorités locales et « sachants », notamment les cadis, pour mieux connaître la coutume, mais aussi pour réfléchir aux exigences liées au respect des droits et libertés fondamentaux, *i.e.* aux principes et aux valeurs de la République.

– redonner leur place aux cadis dans l'application de la coutume. On a dit que pour assurer l'emprise du droit commun, le législateur a fait le choix de les priver de leurs compétences judiciaires. Ils sont pourtant les mieux placés pour remplir le rôle médiateur entre les deux mondes évoqués *supra*. Certes la loi leur reconnaît une mission de médiation. Mais ils peinent à donner un contenu à celle-ci. Les associer à l'ensemble du processus judiciaire, en qualité d'assesseurs coutumiers (cf. le système d'échevinage existant en Nouvelle-Calédonie en première et seconde instances), ou avec des compétences propres, permettrait d'en faire des acteurs officiels et non plus seulement officieux de la coutume. Confier aux cadis la mission d'interpréter la coutume dans le respect des droits et libertés fondamentaux serait un puissant facteur d'évolution de la coutume autant que d'intégration, dans la société mahoraise, des valeurs que traduisent ces droits. Ces nouvelles fonctions supposeraient bien sûr un effort de formation.

Comme on l'a souligné en introduction, l'étude de la place de la coutume à Mayotte constitue le miroir de la complexité et, à bien des égards, des contradictions d'une société mahoraise en pleine mutation. Des équilibres qui seront trouvés ou non dépend en partie la place de Mayotte au sein de la communauté française, dans le respect des valeurs de la République et de l'identité mahoraise. Au-delà, parce qu'une partie de ce qui constitue la coutume mahoraise est fondée sur la *Charia*, la place qui lui est juridiquement reconnue ou qu'elle occupe *de facto*, la façon dont le juge de droit commun l'applique ou ne l'applique pas, les relations complexes que la population mahoraise mais aussi les autorités françaises entretiennent avec elle, constituent un révélateur des tensions qui traversent la société française dans son ensemble.

La recherche que nous concluons n'avait d'autre ambition que de s'interroger sur les transformations que connaît aujourd'hui la société mahoraise dans sa diversité, sa complexité et parfois ses contradictions. Certes, elle ne peut apporter qu'un éclairage partiel sur ce que vit réellement la population de l'Île aux parfums, mais nous espérons que cet éclairage ou plus exactement ces éclairages (compte tenu de la diversité des points de vue exprimés dans ce rapport), permettront de mieux comprendre une société vivante, riche et à certains égards, « exemplaire ». Puisse-t-elle, au-delà de Mayotte, contribuer à faire vivre une réflexion plus vaste sur la place de la coutume (au sens large) dans notre système juridique et, par là-même, dans la société française contemporaine : une réflexion et, nous l'espérons, des recherches, qui n'en sont encore qu'à leurs débuts.

Annexes

- 1.- Tableaux sur le domaine du statut civil de droit local mahorais
- 2.- La répartition du statut civil de droit local entre ses sources
- 3.- Guide d'entretien semi directif
- 4.- Liste des entretiens réalisés

Tableaux sur le domaine du statut civil de droit local mahorais

(Élise RALSER)

Domaine positif ou théorique du SCDL	Domaine négatif ou réel du SCDL
<p>→ quel devrait être celui-ci ? qu'est-ce qui devrait relever du SCDL ?</p> <p>Réponse : art. 1, Ord. 2020</p> <p>Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.</p> <p>CSQ = tout ce qui dans le Code civil relève du même domaine ne s'applique pas aux personnes régies par le SCDL</p> <p>→ Le domaine du SCDL a déjà été plusieurs fois revu à la baisse.</p> <p>→ Par ailleurs parmi les éléments relevant du SCDL :</p> <p>=> certains relèvent de la coutume <i>stricto sensu</i> ; ces coutumes sont finalement très peu nombreuses.</p> <p>=> d'autres relèvent du <i>Minbâdj</i> ;</p> <p>=> d'autres ne relèvent ni de l'un ni de l'autre (voir domaine négatif du SCDL)</p> <p>=> nous les aborderons cependant comme un ensemble sous l'appellation consacrée « droit local ».</p>	<p>→ cas où coutume et <i>Minbâdj</i> devraient s'appliquer, mais ne le sont pas</p> <p>⇒ Le législateur a fixé le domaine du SCDL, mais ce domaine ne correspond pas (ou plus) nécessairement à celui de la coutume et du <i>Minbâdj</i></p> <p>■ parfois le législateur a créé une règle spéciale applicable aux seuls SCDL, dans le but de déroger au « droit mahorais » en principe applicable. Il s'agit d'une sorte d'« éviction » de la règle de conflit désignant la coutume ou le <i>Minbâdj</i>, sur le même principe qu'une règle matérielle de droit international privé ou qu'une loi de police, immédiatement applicable.</p> <p>Ex : art. 10, ord. 2010</p> <p>■ parfois le législateur a considérablement réduit le champ d'application de la coutume pour appliquer le statut civil de droit commun :</p> <ul style="list-style-type: none"> - délib. 1964 : le domaine était plus étendu - loi 2003 : suppression de la polygamie, de la répudiation - loi 2006 : suppression du mariage coutumier - loi du 26 mai 2004 : divorce (alignement progressif) <p>■ parfois le législateur a créé un droit local spécial :</p> <ul style="list-style-type: none"> - nom - état civil - nationalité - Livre V du Code civil <p>→ il y aurait donc :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Un DL spécial applicable aux seuls SCDL (ex : art. 10, ord. 2010 ; le nom, ord. n° 2000-218) - Un DL spécial applicable à tous mais seulement à Mayotte (ex : organisation de l'état civil) <p>■ parfois le législateur instaure des dérogations d'ordre « technique » qui conduisent à appliquer le droit civil commun au lieu du droit civil local :</p> <ul style="list-style-type: none"> - renonciation - lacunes - rapports mixtes - option de législation

Champ matériel de la « coutume »	
Ce qui n'en relève pas ou plus	Ce qui en fait toujours partie
<p>L'état civil (organisation, actes de naissance, actes de mariage...)</p> <p>L'attribution des noms de famille et des prénoms</p> <p>La formation du mariage (conditions de forme et conditions de fond), la conclusion d'unions polygamiques, le versement d'une dot</p> <p>Le divorce, la dissolution du mariage par répudiation</p> <p>Le droit foncier</p>	<p>La capacité juridique et la protection des personnes (tutelle, curatelle...) ; sauf art. 2 et 10 de l'ord.</p> <p>La filiation (établissement, effets, entretien, autorité parentale, droits successoraux) ; sauf mécanisme original de « dation de nom » ; les art. 6-1 et 6-2 du Code civil ne s'appliquent pas à Mayotte</p> <p>La détermination de la résidence des époux et de la famille (le logement familial)</p> <p>Les effets personnels du mariage</p> <p>Les effets patrimoniaux du mariage (« régime matrimonial » et « régime primaire »)</p> <p>Les successions et les libéralités (sauf art. 12, ord. 2010)</p>

La répartition du statut civil de droit local entre ses sources

(Élise RALSER)

(En caractères verts : les règles qui n'appartiennent plus au droit positif)

Droit local (« DL ») <i>Minhâdj</i> ou coutume	Droit local spécial (qui n'est pas issu ni de la coutume ni du Minhâdj, mais qui a été posé par le législateur)	Droit commun (« DC »)
Généralités		
<p>L'ord. n° 2010-590 délimite le domaine du SCDL (art. 1, al. 1) :</p> <p><i>Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités.</i></p> <p>CSQ : tout ce qui, dans le Code civil, relève du Livre Ier « Des personnes », du Livre III (Titres 1^{er}, II, et V), n'est pas applicable aux personnes de SCDL.</p>	<p>Pour les personnes de statut personnel « de droit commun » et pour celles « de droit local » (quand l'ordonnance les renvoie au Code civil) il convient de tenir compte des particularités suivantes :</p> <p>Code civil : Dans le Livre V « Dispositions applicables à Mayotte » (le livre V comprend 5 titres dont un titre préliminaire) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Article 2489 du Code civil : « <i>Le présent code est applicable à Mayotte dans les conditions définies au présent livre</i> ». - Article 2491 du Code civil : « <i>Les articles 1er à 6 sont applicables à Mayotte.</i> » - Article 2492 du Code civil : « <i>Le livre Ier est applicable à Mayotte sous réserve des dispositions ci-après</i> ». - Article 2493 à 2495 du Code civil : modification du droit du sol pour les personnes nées à Mayotte. <p>[...]</p> <p>→ CSQ : le Code civil s'applique sous réserve d'un assez grand nombre d'exceptions :</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Certaines règles de droit commun « hexagonal » ne s'appliquent pas du tout localement, même (<i>a priori</i>) aux personnes de SCDL. <p>Ex : art. 6-1 et art. 6-2 du Code civil</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Certaines règles s'appliquent à tous, tout en dérogeant au droit commun : ce sont des règles de droit « local » au sens pur du terme (d'application <i>territoriale</i>, indépendamment des personnes auxquelles elles s'appliquent). <p>Ex : tout le titre IV du Livre V, « Dispositions relatives à l'immatriculation des immeubles et aux droits sur les immeubles » = droit civil local (≠ droit coutumier)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Certaines règles de droit commun s'appliquent aux personnes de SCDL <p>Ce sont toutes celles auxquelles renvoie l'ordonnance n° 2010-590, parfois sous certaines réserves.</p>	

État civil — organisation		
	<p>L'état civil relève bien d'un droit « local », mais pas du « statut personnel » (avec lequel il ne faut pas le confondre). Ce sont donc des textes « nationaux » qui réglementent l'organisation de l'état civil à Mayotte (et non la coutume ou le droit musulman). V° ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte. Dans le même temps a été créée la commission de révision de l'état civil (CREC) « <i>chargée d'établir les actes de naissance, de mariage ou de décès qui auraient dû être portés sur les registres de l'état civil de droit commun ou de droit local à Mayotte</i> » (art. 18 et s. de l'ord. n° 2000-218).</p>	<p>Tout ce qui régit la naissance et la disparition d'une personne juridique est régi par le droit commun.</p> <p>L'âge et le sexe de l'individu sont déterminés par la date de naissance et par les attributs physiologiques constatés à la naissance : ce sont des éléments de fait relatés dans les actes de l'état civil.</p> <p>Il en est de même du lieu de naissance, qui peut être déterminant pour l'attribution ou l'acquisition de la nationalité.</p> <p>Enfin, le décès de la personne qui annonce la disparition d'une personne juridique doit également être officiellement constaté. On peut ajouter dans cette colonne les cas d'absence et de disparition.</p>
La nationalité		
	<p>La loi <i>Collomb</i> du 10 septembre 2018 modifiant l'exercice des articles 21-7 et 21-11, C. civ. a créé quelques exceptions « locales » : voir les articles 2493 à 2495, C. civ.</p>	<p>La nationalité ne relève pas du « statut personnel », mais du droit commun (art. 2492, C. civ.)</p>
La capacité juridique, la tutelle, la curatelle		
<p>□ les causes de l'incapacité (minorité, genre...), les modes de protection et ses sanctions.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Les femmes ne peuvent, par exemple, témoigner en justice « qu'à raison de deux femmes pour un homme ». - Les femmes ne peuvent se marier que par l'intermédiaire de leur tuteur (<i>wali</i>). 	<p>□ Exceptions spécifiques posées par le législateur national :</p> <p>Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 :</p> <p>Article 2 : La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes.</p> <p>Article 10 : Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains</p>	

	et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels.	
Filiation et parenté (établissement)		
<p>La filiation maternelle résulte de l'accouchement.</p> <p>La filiation paternelle n'est admise que si l'enfant est né d'un mariage dans le délai normal de la gestation (sorte de présomption de paternité)</p> <p>NB : Théorie de <i>l'enfant endormi</i> dans le sein de sa mère qui permet de rattacher l'enfant au mariage même au-delà de la période normale de conception.</p> <p>La reconnaissance d'un enfant naturel par son père est en principe impossible, mais le droit musulman admet la reconnaissance de paternité légitime.</p> <p>Adoption. Si le Coran semble interdire l'adoption, cette interprétation est controversée et la coutume, de son côté, semble l'admettre.</p>	<ul style="list-style-type: none"> instauration d'un mécanisme original d'établissement de la filiation par « dation de nom », se substituant à une reconnaissance : l'article 3, al. 2, de l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000, prévoit en effet que « <i>avec l'accord de la mère, celui qui se présente comme le père peut, par une déclaration devant l'officier de l'état civil, conférer à l'enfant, par substitution, son propre nom ; cette substitution emporte reconnaissance et établissement de la filiation paternelle</i> ». Les art. 6-1 et 6-2 du Code civil ne s'appliquent pas à Mayotte (le Livre V n'y renvoie pas, art. 2491) 	<p>La lutte contre les reconnaissances frauduleuses faisait l'objet d'une règle d'application locale (art. 2499-1 s., C. civ., abr.) ; elle est désormais envisagée par des règles du droit commun : art. 316-1 s., C. civ.</p>
Filiation et parenté (effets)		
<p>☐ entretien des enfants</p> <p>☐ autorité parentale, délégations et « garde », « la tutelle relative aux biens » (<i>hadjr</i>)</p>		
Le nom		
<p>En droit musulman, il n'y a pas de nom patronymique et la délibération du 17 mai 1961 ne distingue pas le nom du prénom.</p> <p>Il n'y a pas non plus d'immutabilité du nom en droit musulman, qui peut être modifié au cours de la vie de l'individu.</p>	<p>Le nom, indéniablement élément de l'identité et de l'état d'une personne, dont l'attribution relevait bien du SCDL, est désormais régi par l'ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte. Les Mahorais ont dès lors été</p>	

	invités à choisir un nom et un prénom parmi les différents vocables qui permettaient de les identifier (NOM, Prénom)	
Le domicile — la résidence		
Détermination de la résidence des époux et de celle du mineur.		Définition du domicile
Les couples — modes de conjugalité		
Le <i>Minbâdj</i> et la coutume n'admettent que le mariage. Dans le statut civil mahorais, il n'y a donc pas de place pour l'union libre, ni même pour un partenariat enregistré.	<input type="checkbox"/> Les art. 6-1 et 6-2 du Code civil ne s'appliquent pas à Mayotte (le Livre V n'y renvoie pas, art. 2491)	<input type="checkbox"/> PACS, concubinage : Le titre XIII du Livre Ier du Code civil n'ayant pas été étendu aux personnes relevant du statut civil de droit local, celles-ci ne peuvent pas <i>a priori</i> conclure un pacte civil de solidarité. [sauf option : art. 1, al. 3, ord. 2010]
Mariage (conditions de formation)		
Le <i>cadi</i> célèbre le mariage selon la « coutume » musulmane. ¹⁶⁴² Il y a échange verbal des consentements devant deux témoins mâles, majeurs et sains d'esprit, la présence des deux témoins constituant la seule solennité de l'acte. C'est le <i>mali</i> qui donne le consentement de la future épouse. Le mariage [était] ensuite simplement enregistré dans les 15 jours par l'officier d'état civil du domicile. L'article 433-21 du Code pénal punissant le ministre du culte procédant au mariage avant le mariage civil, [n'était] pas applicable à Mayotte. Polygamie : Le droit traditionnel permet d'épouser plusieurs femmes, à condition d'avoir les moyens d'entretenir ces épouses ainsi que leurs enfants, comme le prescrit le Coran. Toutefois la	<input type="checkbox"/> Ord. n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte (art. 16) : intervention de l'officier d'état civil dans le mariage coutumier (assiste au mariage et dresse l'acte de mariage) ■ Article 2, Ord. 2010 La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes. Article 7, ord. 2010 Les dispositions du chapitre III du titre II du livre Ier du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local, sous réserve des dispositions suivantes : 1° Pour l'application des articles 73 et 76, la référence au conseil de famille est	Formation du mariage L'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 a rendu applicables [à quelques exceptions près] les dispositions du Code civil relatives aux actes de mariage, aux qualités et conditions requises pour se marier, aux formalités relatives à la célébration , aux oppositions et aux demandes de nullité . La formation du mariage relève donc désormais du <u>droit commun</u> . Les conditions de fond du mariage <input type="checkbox"/> âge nubile et capacité matrimoniale : évolution : <input type="checkbox"/> Ord. n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte (art. 16) : 15 et 18 ans <input type="checkbox"/> Loi du 4 avril 2006 : 18 ans (pour les époux de SCDC)

¹⁶⁴² Source : F. Bonnelle (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Documentation française, collection rapports officiels, 1998.

<p>femme peut, dès le contrat de mariage, spécifier qu'elle refuse de demeurer l'épouse de son mari s'il en épouse une autre.</p>	<p>supprimée ;</p> <p>2° Le premier alinéa de l'article 75 est ainsi rédigé :</p> <p>« Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil célèbre le mariage, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties. »</p> <p>Article 8, ord. 2010</p> <p>Lorsqu'un mariage célébré antérieurement à la publication de l'ordonnance du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des nom et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte n'aura pas été déclaré à l'officier de l'état civil, celui-ci ne pourra le relater sur ses registres qu'en vertu d'un jugement supplétif de mariage rendu par le tribunal de première instance à la requête des époux ou de l'un d'entre eux ou du procureur de la République.</p> <p>Article 9, ord. 2010</p> <p>L'article 46 et les dispositions des chapitres Ier, II, III, IV et VII du titre V du livre Ier du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local, à l'exception des articles 151, 159, 160, 174 et 175 et sous réserve des dispositions suivantes :</p> <p>1° L'article 147 est ainsi rédigé :</p> <p>« On ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du ou des précédents mariages » ;</p> <p>2° Pour l'application des articles 156 et 182, la référence au conseil de famille est supprimée.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 : 18 ans (par renvoi aux règles du Code civil) même pour époux SCDL □ suppression de la polygamie : évolution : <ul style="list-style-type: none"> ○ suppression partielle par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 (art. 68), mais applicable seulement « <i>aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005</i> ». Seules les personnes ayant moins de quinze ou dix-huit ans à cette date devaient avoir un statut nécessairement monogame. Toutes celles qui avaient déjà cet âge à la même date ont pu encore, après cette date, s'engager valablement dans une union polygamique. ○ Suppression totale, quel que soit l'âge, par l'ordonnance n° 2010-590. <p>Les conditions de forme du mariage et la célébration</p> <ul style="list-style-type: none"> □ évolution : <ul style="list-style-type: none"> ○ La loi n°2006-911 du 24 février 2006, a supprimé le mariage « de droit local » (c'est-à-dire dans les formes traditionnelles). Toute célébration du mariage se fait nécessairement en forme laïque devant l'officier d'état civil. ○ Ord. n° 2010-590 du 3 juin 2010 : généralise l'application des règles du Code civil sur le mariage (du moins celles relatives à sa formation)
---	--	---

	<p>3° L'article 194 est ainsi rédigé :</p> <p>« Sous réserve des dispositions des articles 33 et 34 de la délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte, nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46 du présent code. »</p>	
Mariage – effets personnels		
<ul style="list-style-type: none"> ● La résidence de la famille : Le mariage est essentiellement régi par droit musulman, sauf pour la fixation de la résidence des époux : obligation du père de mettre à la disposition de la future mariée un logement susceptible d'accueillir les époux. Ce bien devient la propriété de la femme. = principe coutumier de la résidence « uxori locale » : l'accueil du mari dans la résidence est précédé de la célébration du mariage. 	<p>■ Article 2, Ord. 2010</p> <p>La collectivité départementale et l'État mettent en œuvre conjointement les actions destinées à assurer l'égalité des femmes et des hommes.</p>	<p>Les chapitres V et VI du titre V du Livre Ier du Code civil, relatifs respectivement aux « obligations qui naissent du mariage » et aux « devoirs et droits respectifs des époux » ne sont pas visés par l'article 9 de l'ordonnance n° 2010-590 qui soumet les Mahorais SCDL à certaines règles du Code civil (formation du mariage).</p> <p>□ CSQ : Les effets (personnels) du mariage relèvent <i>a priori</i> de la coutume.</p>
Mariage (effets patrimoniaux - régime matrimonial)		
<p>□ Dons nuptiaux : En droit musulman, tout mariage suppose une dot, effet obligatoire du contrat dans le rite chaféite. Le Coran (IV, 3 et 25) précise que la dot appartient à la femme. C'est elle qui a qualité pour la recevoir, à moins qu'elle ne soit en tutelle, auquel cas c'est le <i>wali</i>, son représentant légal, qui en reçoit le montant et en rend compte. En pratique, la dot n'est pas systématique, et elle est rarement très élevée.</p> <p>□ Le mariage est sans effet sur les biens des époux. La constitution</p>	<p>□ Règles spéciales :</p> <p>Article 10, ord. n°2010-590 : « Toute femme mariée ou majeure de dix-huit ans peut librement exercer une profession, percevoir les gains et salaires en résultant et disposer de ceux-ci. Elle peut administrer, obliger et aliéner seule ses biens personnels. » (sorte de « régime primaire »)</p> <p>■ faut-il considérer que les règles du « régime primaire » s'appliquent à tous les époux résidant en France, par extension de la (discutable)</p>	<p>Les chapitres V et VI du titre V du Livre Ier du Code civil, relatifs respectivement aux « obligations qui naissent du mariage » et aux « devoirs et droits respectifs des époux » ne sont pas visés par l'article 9 de l'ordonnance n° 2010-590 qui soumet les Mahorais SCDL à certaines règles du Code civil (formation du mariage).</p> <p>□ CSQ : Le « régime primaire » ne leur serait pas applicable :</p> <p>Les Mahorais relevant du statut civil de droit local ne sont pas soumis aux règles du droit</p>

<p>des patrimoines, les règles de dissolution et liquidation des intérêts patrimoniaux</p>	<p>jurisprudence <i>Cressot</i> (Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987) rendue dans une hypothèse qui soulevait un conflit <i>international</i> de lois ?</p> <p>Ou bien faut-il nuancer selon les règles de ce « régime matrimonial de base », comme l'y invitait la doctrine et comme on se doit de le faire désormais depuis l'entrée en application du Règlement de 2016 ?</p>	<p>commun imposant une <u>obligation d'entretien des enfants</u> (art. 203, C. civ.) et des ascendants (art. 205, C. civ.), ni à celles prévoyant, entre époux, un <u>devoir mutuel de respect, fidélité, secours, assistance</u> (art. 212, C. civ.), la direction morale et matérielle conjointe de la famille (art. 213, C. civ.), ni à aucune des règles du régime « primaire » de droit commun (obligation aux charges du mariage – art. 214, C. civ. — , obligation de communauté de vie et gestion conjointe du logement familial – art. 215, C. civ. — , représentation entre époux, solidarité aux dettes ménagères...).</p>
--	--	---

Désunions – divorce - répudiation

<p>La répudiation (Talâq) résulte de la dissolution de l'union à l'initiative du mari.</p> <p>La répudiation peut également être convenue, auquel cas elle est l'œuvre de la femme. S'il y a restitution de tout ou partie de la dot, remise d'une somme d'argent ou d'un objet de valeur, cette sorte de rançon de la liberté s'appelle <i>kbôl</i>.</p> <p>Le <i>cadi</i> peut enfin prononcer une séparation (<i>faskh</i>), analogue au divorce de droit commun.</p>	<p>Évolution : suppression partielle par la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 (art. 68), mais applicable seulement « <i>aux personnes accédant à l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005</i> ». Seules les personnes ayant moins de quinze ou dix-huit ans à cette date devaient divorcer judiciairement. Toutes celles qui avaient déjà cet âge à la même date ont pu encore, après cette date, dissoudre leur union par répudiation.</p> <p>Article 11, Ord. 2010</p> <p>Les dispositions du titre VI du livre Ier du Code civil sont applicables aux personnes relevant du statut civil de droit local à l'exception de l'article 256, de la dernière phrase de l'article 257 et des articles 285-1 et 286.</p>	<p>□ suppression totale, quel que soit l'âge, par l'ordonnance n° 2010-590 (art. 11)</p>
---	---	--

Les successions et les libéralités

<ul style="list-style-type: none"> ● La filiation naturelle ne peut créer de droits successoraux ni, <i>a fortiori</i>, la filiation 	<ul style="list-style-type: none"> ● L'ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010, dans son article 12, interdit « toute 	
---	--	--

<p>adultérine ; par ailleurs, les filles du <i>de cuius</i> auront droit chacune à la moitié de ce qui revient à chacun de ses fils.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cette inégalité à raison du sexe est compensée par la pratique coutumière du <i>magnahoulé</i>, au profit de la femme. • Le <i>waqf</i>, institution voisine de la fondation et de la donation : celle-ci est faite à perpétuité par un particulier à une œuvre d'utilité publique, pieuse ou charitable. Le bien donné en usufruit est ensuite placé sous séquestre et devient inaliénable. • Donations : tout fidèle se dépouille de l'intégralité de ses biens au profit d'un tiers, c'est à la condition que le bénéficiaire ne soit pas l'un de ses héritiers. 	<p><i>discrimination pour la dévolution des successions qui serait contraire aux dispositions d'ordre public</i> ». (+ voir art. 2)</p> <p>NB : Cette disposition pourrait résoudre le problème de l'incompatibilité des sources (droit musulman <i>versus</i> droit coutumier).</p>	
--	--	--

Guide d'entretien semi directif

0. Présentation de l'interlocuteur :

NOM (facultatif) :

Profession/ fonctions :

1. Questions générales :

1.1. Selon vous, que recouvre la coutume ?

- Quelle définition ?
- Quel contenu ?

1.2. Selon vous les expressions droit local/ coutume/ droit musulman se recoupent-elles ?

- si non : quelles différences selon vous ?

1.3. Comment voyez-vous les rapports entre droit local, droit musulman, coutume et droit commun ?

- quelle articulation ?

2. (non-) Prise en considération du *statut personnel* (statut civil de droit local applicable à Mayotte), tel que prévu par l'ordonnance n°2010-590 du 3 juin 2010 et garanti par l'article 75 de la Constitution

2.1. Cherchez-vous (systématiquement ?) à savoir si les personnes concernées sont soumises ou non au droit local ?

- selon vous, quels sont les critères ?
- quels éléments utilisez-vous pour le déterminer ?

2.2. Informez-vous les personnes concernées qu'elles sont en principe soumises au droit local ?

- le savent-elles ?
- quelles sont leurs réactions ?

3. (non-) Prise en considération ou (non-) application de la *coutume*

3.1. Dans votre pratique, avez-vous été amené à appliquer la coutume ou à la prendre en considération ?

- dans quelles hypothèses ?
- pour quelles raisons ? (Quel était l'objectif poursuivi ?)

3.2. Vous a-t-on demandé de le faire (qui ?) ou est-ce de votre propre initiative ?

- *Arrive-t-il que les personnes concernées revendiquent l'application du droit local ?*
 - dans quels cas ?
 - pourquoi ?
- *Vous arrive-t-il de leur recommander d'appliquer le droit commun ?*
 - dans quels cas ?
 - pourquoi ?

3.3. *Si vous avez appliqué la coutume, comment l'avez-vous mise en œuvre ?*

- (exemples)
- Avec quelles conséquences ?
- Quelle était l'attitude des personnes intéressées ?

3.4. *Vous arrive-t-il de refuser d'appliquer le « droit local » ou de ne pas le prendre en considération ?*

- dans quels cas ?
- pourquoi ?

3.5. *Selon vous, qui doit appliquer et respecter la coutume ?*

- Toutes les autorités (judiciaires, administratives, privées), quelles qu'elles soient ?
- Seulement le cadî ?

4. Rapports des Mahorais à l'égard de la coutume et du droit commun

4.1. *Les personnes concernées ont-elles conscience que leur statut est/n'est pas/pourrait-être juridiquement régi par le droit local ?*

- en totalité ?
- en partie ? et dans quels domaines ?
- distinguent-elles les questions qui relèvent du statut civil de droit local de celles qui relèvent désormais obligatoirement du droit commun ?

4.2. *Acceptent-elles l'application du droit commun ou revendiquent-elles l'application du droit local ?*

- dans quelles hypothèses ? (Y a-t-il des domaines qui vous semblent particulièrement sensibles ?)
- pourquoi ?
- de leur propre initiative ?
- Sentez-vous des craintes (vraies ou fausses) à l'égard du droit commun (cf. les régimes matrimoniaux, le divorce, les successions) ?

4.3. *Renonciation « ponctuelle » au statut civil de droit local : l'ordonnance du 3 juin 2010 (art. 1, al. 4) permet aux personnes relevant du statut civil de droit local de soumettre au droit commun tout rapport juridique relevant du statut civil de droit local :*

- en pratique, dans quels domaines, cette « option » est-elle utilisée ?
- quelle(s) forme(s) prend-elle : acte notarié, acte sous signatures privées, autre ?

4.4. *Renonciation « définitive » au statut civil de droit local : l'ordonnance du 3 juin 2010 (art. 3) permet aux personnes relevant du statut civil de droit local de renoncer à ce statut au profit du statut civil de droit commun :*

- en pratique, ce droit est-il souvent exercé ?
- avec quelle(s) conséquence(s) pratiques selon vous ?

4.5. *Si attachement à la coutume il y a, est-ce plutôt selon vous une question de principe (cf. le respect du droit musulman par exemple) ou d'attachement à certaines pratiques sociales (lesquelles) ?*

4.6. *Les personnes que vous rencontrez font-elles un lien entre nationalité et statut de droit local ?*

4.7. Selon vous, comment les personnes concernées pensent-elles les rapports entre coutume/droit local/et droit commun ?

4.8. Certains estiment que la société mahoraise continue de fonctionner comme elle le faisait auparavant, avec un recours seulement utilitariste au droit civil et aux autorités étatiques. Que pensez-vous de cette affirmation ?

5. Évolution vers le droit commun :

5.1. Comment est perçue cette « marche vers le droit commun » (dans le domaine du droit civil) ?

- comme un progrès ? dans quel(s) domaines(s) ?
- comme une atteinte à l'identité des Mahorais ? (pourquoi)

5.2. En particulier, pensez-vous que dans les domaines suivants, le changement (ou l'option quand elle est possible) est bénéfique ou doit-il être repensé :

- en matière d'état civil ?
- en matière de nom ?
- en matière de capacité juridique ? (notamment celle de la femme)
- en matière d'autorité parentale ?
- en matière de tutelles ?
- en matière de conclusion des mariages ?
- en matière d'effets du mariage ?
- en matière de dissolution du mariage et de divorce ?
- en matière d'effets de la dissolution du mariage ?
- en matière d'établissement de la filiation ?
- en matière d'adoption ?

6. Place des autorités chargées de mettre en œuvre le droit commun (juge, notaire, avocat, administrations, officiers de l'état civil...)

6.1. Va-t-on « spontanément » devant ces autorités (notamment le juge) pour régler un problème familial ?

- ou bien les problèmes familiaux se règlent-ils plutôt en dehors des autorités étatiques ?

6.2. Recours au juge ?

- Selon vous, quand, pourquoi, pourquoi non, comment ?

6.3. Recours à l'avocat ?

- Selon vous, quand, pourquoi, pourquoi non, comment ?

6.4. Recours au notaire ?

- Selon vous, quand, pourquoi, pourquoi non, comment ?

6.5. Recours à l'officier de l'état civil ?

- Selon vous, quand, pourquoi, pourquoi non, comment ?
- la dation de nom ?
- la reconnaissance ?

- le mariage civil (qui se marie civilement, pourquoi se marier civilement ? quels sont les obstacles, réels ou craints ?)

6.6. *Les autres autorités et administrations, notamment les CAF ?*

6.7. *Vous-même, avez-vous eu recours aux autorités étatiques ?*

- pourquoi ?
- dans quel cadre (juridique ? informel ?)
- comment ?
- quels résultats ?
- quelle appréciation ?

7. Résistance de la coutume et survie des pratiques coutumières en deçà/au-delà du droit

7.1. *Si l'on ne recourt pas aux autorités de droit commun, quels sont les « modes de régulation » à l'œuvre ?*

7.2. *En particulier, quelle est selon vous la place des cadis ?*

- quel est leur rôle dans la société ?
- continue-t-on à recourir à leur service ? dans quels cas ?
- avez-vous connaissance de leurs pratiques ?

7.3. *(à l'adresse des interlocuteurs mahorais) : vous-même, avez-vous eu recours au cadi dans un cadre privé ?*

- pourquoi ?
- dans quel cadre (juridique ? informel ?)
- comment ?
- quels résultats ?
- quelle appréciation ?

7.4. *Selon vous quelle est la perception que la population mahoraise a des cadis ? Sentez-vous une évolution ?*

7.5. *Que pensez-vous de leur mission officielle de médiation ?*

7.6. *D'autres autorités/instances interviennent-elles ?*

7.7. *La possibilité désormais de divorcer « sans juge » pourrait-elle convenir à la société mahoraise et offrir une forme d'adaptation des pratiques antérieures ?*

8. Incidence de la départementalisation

8.1. *Selon vous, quelle a été l'incidence du processus de départementalisation en matière d'application de la coutume ?*

8.2. *Selon vous, les comportements vis-à-vis du droit commun, du juge de droit commun, des autorités étatiques chargées de mettre en œuvre le droit commun ont-ils changé depuis 2010 ?*

8.3. *Sentez-vous plutôt une résistance ou une adhésion des Mahorais ?*

8.4. Selon vous, y a-t-il des différences :

- selon les générations (dans les discours, dans les pratiques ?)
- ou selon d'autres critères sociaux-professionnels ?

8.5. Avez-vous senti la revendication d'une plus stricte application du droit local (ou d'une de ses composantes) chez certaines personnes ?

8.6. De façon générale, sentez-vous des points de blocages ?

8.7. ... ou des demandes de nouvelles réformes ?

8.8. ... ou un désintérêt vis-à-vis de ces questions ? Si oui, pourquoi ?

8.9. Selon certains, le processus de départementalisation aurait été un moyen de faire disparaître la coutume.

- que pensez-vous de cette affirmation ?
- si tel est le cas, cet objectif vous semble-t-il avoir été atteint ?

9. Perspectives

9.1. Quelle place pour la coutume demain, selon vous ?

9.2. Pensez-vous que la coutume occupe encore une place importante pour la population mahoraise ?

Liste des entretiens réalisés

Des entretiens de type semi-directif ont été menés pour connaître la perception qu'ont les acteurs du statut civil local et de la manière dont la coutume est appréhendée depuis la réforme de 2010. Ces entretiens ont principalement été menés à Mayotte, mais aussi, parfois, à La Réunion où résident par exemple d'anciens magistrats ayant été en poste à Mayotte, ou des notaires officiant aussi dans le jeune département.

Les rencontres ont concerné les secteurs d'activité suivants :

- des magistrats : anciennement ou actuellement en poste, à Mayotte et à La Réunion ;
- des greffiers, à Mayotte et à La Réunion : certains sont en poste depuis beaucoup plus longtemps que les magistrats et constituent ainsi la “mémoire” de la juridiction ;
- des notaires : ceux qui sont installés à Mayotte et qui sont confrontés, hors contentieux, à l'application de la coutume, principalement dans le domaine des successions et accessoirement celui des régimes matrimoniaux ;
- des avocats : principalement ceux inscrits au barreau de Mayotte (nous avons aussi rencontré Mme la bâtonnière) ;
- des cadis : autorités morales et religieuses qui exerçaient autrefois (jusqu'en 2010) des fonctions judiciaires et notariales ;
- des officiers d'état civil, à Mayotte ;
- des membres de l'administration locale : directeur de l'ÉPFAM (Établissement Public Foncier et d'Aménagement de Mayotte) ; du conseil départemental de Mayotte : Directeur de la médiation et de la cohésion sociale, Directeur de la formation, Directeur de la protection de l'enfance, Directeur de la culture, de la jeunesse et de la vie associative, Déléguée départementale de l'association des parents d'élèves, Référente Laïcité et Protection Judiciaire de la jeunesse ;
- des élus : Conseiller municipal de Dzaoudzi ;
- des associations, chefs d'entreprise, professeurs des écoles.

Que toutes et tous soient une nouvelle fois chaleureusement remerciés.

Bibliographie générale

(Les références aux écrits, hormis les décisions de justice, sont classées dans l'ordre alphabétique à l'intérieur de huit rubriques regroupant les différentes catégories de documents utilisés).

SOMMAIRE DES RUBRIQUES

- I. Ouvrages généraux, traités et manuels
- II. Ouvrages spécialisés et thèses
- III. Ouvrages pratiques et répertoires
- IV. Colloques, conférences, congrès et rapports
- V. Articles et chroniques
- VI. Notes, observations, conclusions et commentaires de décisions de justice
- VII. Textes législatifs et réglementaires
- VIII. Sites internet

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

EGEA V., *Droit de la famille*, LexisNexis, coll. Manuels, 4^e éd., 2016.

MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd., 2020.

PHILIP-GAY M., *Droit de la laïcité*, Ellipses, coll. Mise au point, 2016.

II. Ouvrages spécialisés et thèses

ABDOU D., *Le droit comorien, entre tradition et modernité*. Éditions du Baobab, 2006.

ACHIRAF B., *Les mœurs sexuelles à Mayotte*, Paris, L'Harmattan, 2006.

AHMED L., *La construction d'un système juridique : la confrontation de la coutume et de la loi à Mayotte*, thèse droit, dactyl., Université de Strasbourg, 2015, dir. Y. Jeanclos.

ALI A., *L'assimilation juridique du statut personnel mahorais*, thèse droit, dactyl., Université Aix-Marseille, 2016, dir. I. Barrière-Brousse.

ALI ABDALLAH A., *Le statut juridique de Mayotte. Concilier droit interne et droit international ; réconcilier la France et les Comores*, thèse droit, Université de La Réunion, Paris, L'Harmattan, 2014, préf. L. Sermet.

ALLIBERT C., *Mayotte, Plaque tournante et microcosme de l'océan indien occidental, Son histoire avant 1841*, Paris, Anthropos, 1984, 352 p.

ALTHABE G., *Oppression et libération dans l'imaginaire. Les communautés villageoises de la côte orientale de Madagascar*, Paris, Maspero, 1969.

ANASSI F., *La justice cadiale à Mayotte de 1841 à nos jours*, thèse droit, en préparation, Université Jean Moulin (Lyon), dir. L.-A. Barrière.

- ATTIAS-DONFUT C. et LAPIERRE N., *La famille providence. Trois générations en Guadeloupe*, Paris, La Documentation française, 1997.
- ATTOUMANI N., *Mayotte, identité bafouée: essai*, Paris, L'Harmattan, 2003.
- ATTOUMANI N., *Entre les mailles du diable*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- AYOUN P., ROMANO H., ARGELES J. et LACHMAN P., *Inceste, lorsque les mères ne protègent pas leur enfant*. Éd. Érès, 2013.
- BÂ M., *Une si longue lettre: roman*, Le Serpent à plumes, 2001.
- BARTHÈS C., *L'État et le monde rural à Mayotte*, Paris, CIRAD/Karthala, 2003.
- BAYART J.-F., *L'État en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 1989.
- BEN JELLOUN T., *La plus haute des solitudes: misère affective et sexuelle d'émigrés nord-africains*, Éd. du Seuil, 2003.
- BENECH-LE ROUX P. et JOIRIS J., *Justice ou précipitation: l'accélération du temps dans les tribunaux*. Presses universitaires de Rennes, 2016.
- BLANCHY S., *La vie quotidienne à Mayotte (Comores): essai d'anthropologie compréhensive*, thèse anthropologie, Université de La Réunion, 1988, dir P. Ottino.
- BLANCHY S., *La vie quotidienne à Mayotte*, Paris, L'Harmattan, 1990.
- BLANCHY S., *Maisons des femmes, cités des hommes, filiation, âge et pouvoir à Ngazidja (Comores)*, Nanterre, 2010.
- BOISSEL P. et GENDRY P., *Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946)*, Mayotte, Mamoudzou, Mayotte, France, Archives départementales de Mayotte, 2014, 146 p.
- BOUFFART S., *La possession comme lieu et mode d'expression de la complexité sociale : le cas de Mayotte*, thèse d'ethnologie, Université Paris Ouest Nanterre, 2009.
- BRESLAR J., *L'habitat mahorais*, Éditions AGG, 1979.
- BROQUA C., DESCHAMPS C. et KRAUS C. (dir.), *L'échange economico-sexuel*. Éditions EHESS, 2014.
- CARBONNIER J., *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, éd. LGDJ, 10^e éd., 2007.
- CASSAGNAUD J., *Rites de Mayotte ou chronique d'une mort annoncée ?*, Connaissances et Savoirs, 2010.
- CHETCUTI N. et JASPARD M. (dir.), *Violences envers les femmes: trois pas en avant deux pas en arrière*, Paris, L'Harmattan, 2007.
- CHOUQUER G., *Le foncier : entre propriété et expertise*, Presses des Mines, 2019.

CHOUZOUR S., *Le pouvoir de l'honneur : tradition et contestation en Grande Comore*, Paris, L'Harmattan, 1994.

Collectif (Centre Ch. Perelmann – Université Libre de Bruxelles et Association Internationale de Méthodologie Juridique), « L'internormativité », in *Les cahiers du droit*, vol. 59, 14 mars 2018.

DAMON J., *Un monde de bidonvilles. Migrations et urbanisme informel*, Seuil, La République des idées, 2017.

DELAGE P., *Violences conjugales. Du combat féministe à la cause publique*, Presses de Sciences Po, 2017.

DENIS I., *Intérêts de la France dans l'océan Indien : présence militaire à Mayotte, 1841-1945*, thèse histoire contemporaine, Paris 4, 2012, dir. J. Martin.

DEVEREUX G., LA BARRE W. et SINACEUR H., *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*. Flammarion, 1980.

DJABIR A., *Le droit comorien entre tradition et modernité*, Ed. du Baobab, 2006.

DJAILANI N., *Cette morsure trop vive*, Atelier des nomades, 2021.

Droit(s) et justice à Mayotte à l'époque coloniale (1841-1946), Mayotte, Mamoudzou, Mayotte, France, Archives départementales de Mayotte, 2014, 146 p.

DUPRAY O., *Les violences faites aux femmes à Mayotte*, mémoire, Université de Bordeaux, 2014.

DUSSY D., *Le berceau des dominations : anthropologie de l'inceste*, Poche, 2021.

EGEA V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, thèse droit, éd. Defrénois, 2010, tome 43, préf. A. Leborgne.

Études sur les Comores et l'Islam en l'honneur de Paul Guy, Institut national des langues et civilisations orientales, Centre océan Indien occidental, 1985, 210 p.

FASSIN D., *Juger, réprimer, accompagner : essai sur la morale de l'État*, Éditions du Seuil, 2013.

FASSIN D., BOURDELAIS P. et DOZON J.-P. (dir.), *Les constructions de l'intolérable: études d'anthropologie et d'histoire sur les frontières de l'espace moral*, Découverte, 2005.

FERGUSON J., *Give a Man a Fish: Reflections on the New Politics of Distribution*, Durham and London, Duke University Press, 2015.

FERAUD J.-L., *Le droit indigène à Mayotte depuis le traité de 1841*, France, 2008.

FLOBERT T., *Les Comores, Évolution juridique et sociopolitique*, Centre d'Études et de Recherches sur les Sociétés de l'océan Indien, Travaux et mémoires de la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1976, préf. C. Debbasch.

FONTAINE G., *Mayotte*, Paris, Karthala, 1995.

- FORTIER C. (dir.), *Corps des femmes et espaces genrés arabo-musulmans*, Karthala, 2017.
- GEVREY A., *Essai sur les îles Comores*, Pondichéry, A. Saligny, 1870, 307 p.
- GUY P., *Minhadj at Tâlibîn. Le guide des étudiants et l'auxiliaire des mouftis dans la doctrine juridique. Essai de traduction juxtalinéaire du Traité de jurisprudence chaféite de l'imam an-Nawawî*, ronéo, cour d'appel de Madagascar, Tananarive, 1952, 200 p.
- GUY P., *Études de droit musulman comorien, Le statut personnel*, Fasc. 2 : *Le mariage*, Impr. Koechlin, 1953.
- GUY Paul, *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadis dans le territoire des Comores*, réimpression en 1981 du polycopié de la cour d'appel de Madagascar, publié par le Centre d'études de droit privé et d'histoire des coutumes, Tananarive, 1961, 145 p.
- GUY P., *Études de droit musulman comorien, La répudiation*, édition du Ministère de la coopération, 1976, 60 p.
- GUY P., *Études de droit musulman comorien, Les successions*, édition du Ministère de la coopération, 1978, 45 p.
- GUY P., *Mayotte et les Comores, Essai de chronique judiciaire (1848-1860)*, édition du Ministère de la coopération, 1978, 62 p.
- GUY P., *Études de droit musulman comorien, Le statut personnel*, Fasc. 1 : *Ses sources, sa méthode, les actes juridiques*, 2^e éd. 1981.
- HERMET F., *Mayotte. État de lieux, enjeux et perspectives. Regards croisés sur le dernier-né des départements français*, Paris, L'Harmattan, 2015.
- HOEBEL E.-A., *The Law of Primitive Man. A study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.
- IDRISS M., *Le combat pour Mayotte française (1958-1976)*, Éditions Karthala, 2018.
- KNETSCH J., *Bibliographie juridique de l'océan Indien. Comores, Madagascar, Maurice, Mayotte, Mozambique, Réunion, Seychelles, TAAF*, Association Droit dans l'océan Indien (LexOi), 2021.
- LALLEMAND S., *La circulation des enfants en société traditionnelle. Prêt, don, échange*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- LAMBEK M., *Knowledge and Practice in Mayotte. Local discourses of Islam, Sorcery and Spirit Possession*, Toronto, Toronto University Press, 1993.
- LAMBEK M., *Island in the Stream. An Ethnographic History of Mayotte*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- LAVIGNE-DELVILLE P. et DURAND-LASSERVE A., *Gouvernance foncière et sécurisation des droits dans les pays du Sud*, livre blanc des acteurs français de la Coopération : synthèse. Comité technique Foncier et Développement, 2009.

- LA VIGNE DU CADET I. et SERMET L., *L'originalité du statut institutionnel de Mayotte*, France, Réunion, 1999, 49 p.
- LE GOAZIOU V., *Viol: que fait la justice ?*, Les presses de Sciences Po, 2019, préf. A. Garapon, 184 p.
- LISZKOWSKI H. D., *Mayotte et les Comores : escales sur la route des Indes aux XV^e et XVIII^e siècles*, Mamoudzou, éd. du Baobab, Mémoires, 2000, 415 p.
- MADI M., *Mayotte et pluralisme juridique : approche historique et prospective*, thèse en préparation, Université de Limoges, 2020, dir. J. Péricard.
- MARTIN J., *Comores : quatre îles entre pirates et planteurs*, Paris, L'Harmattan, 1983.
- MARTIN J., *Histoire de Mayotte. Département français*, Paris, Les Indes savantes, 2010.
- MULOT S., « *Je suis la mère, je suis le père !* » : *l'énigme matrifocale. Relations familiales et rapports de sexe en Guadeloupe*, thèse en ethnologie, Paris, EHESS, 2000, 639 p.
- OLIVIER DE SARDAN J. P., *La revanche des contextes. Des mésaventures de l'ingénierie sociale en Afrique et au-delà*, Karthala, 2021.
- PAULY M., *Acoua, archéologie d'une communauté villageoise de Mayotte (archipel des Comores) : peuplement, islamisation et commerce océanique dans le sud-ouest de l'océan Indien (XIII^e-XVI^e siècles)*, thèse de doctorat, Sorbonne Paris Cité, 2018.
- PARISOT V., *Les conflits internes de lois*, Paris, Coll. Bibliothèque de l'IRJS – *André Tunc*, tome 46, 2013, préf. P. Lagarde, 2 vol.
- RICHARD E., *Compétence métisse : mobilisations et métier politique à Mayotte (1975-2005)*, thèse sciences politiques, Université de Montpellier I, 2009.
- ROINSARD N., *Gouverner les marges. Fragmentations et (dé)régulations sociales à Mayotte*, Paris, CNRS Éditions, 2022 (à paraître).
- ROULAND N., *L'anthropologie juridique*, PUF, collection Que sais-je ?, 1995.
- SACCO R., *Anthropologie juridique: apport à une macro-histoire du droit*, Dalloz, 2008.
- SAIDAL M., *L'organisation de la justice à Mayotte depuis 1841*, thèse droit, dactyl., Université Paris V, 2001, dir. O. Gohin.
- SALAS D., *Du procès pénal*, PUF, 2010.
- SALAS D. et NIEL F., *Le courage de juger*, Bayard, 2014.
- SALIME F., *Diversité et identité nationale en France : pour quels processus d'intégration ? Le cas de Mayotte*, thèse de doctorat, Université Paris 4, 2017, dir. A. Renaut.
- SMITH R. T., *The Negro family in British Guiana. Family Structure and Social Status in the Villages*, London, Routledge and Kegan, 1956.
- TAUBIRA C., *Gran balan*, Plon, 2020.

TILLIER M., *L'invention du cadi, La justice des musulmans, des juifs et des chrétiens aux premiers siècles de l'islam*, Paris, Publications de la Sorbonne, Bibliothèque historique des pays d'Islam – 10, 2017.

TREPIED B., *Justices ultramarines*, Presses universitaires de France, 2018.

TYAN Émile, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Leiden, E. J. Brill, 2^e éd., 1960.

VIDAL A., *Démographie. Éléments d'analyse et d'évolution du peuplement*, Éditions PUG, 2002.

WYVEKENS A. et CARDI C., *Justice et diversité culturelle : rapport de recherche*, Paris, CERSA, 2012.

YSSOUF R., *Les jeunes Mahorais : entre doute et peur, le choix de la sublimation contre l'effondrement psychique*, thèse psychologie, Strasbourg, 2020, dir. H. Bendahman.

III. Ouvrages pratiques et répertoires

CARBONNIER J., *V^o Internormativité*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, Paris, éd. LGDJ, 2^e éd., 1993.

KUHN C. et POPINEAU C., « Mayotte et pratiques notariales », *Juris-Class. civil*, Fasc. n^o 10.

NORMAND J., *V^o Office du juge*, in *Dict. de la Justice*, dir. L. Cadiet, éd. PUF, 2004.

PARISOT V., « Conflits internes de lois », *Répertoire Dalloz. Droit international*, janv. 2015, p. 469-512.

PARISOT V., *V^o Outre-mer*, in D. THARAUD ET C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Coll. Le Droit aujourd'hui, 2021, p. 290-291.

PARISOT V., *V^o Statut personnel*, in D. THARAUD ET C. BOYER-CAPELLE (dir.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, Coll. Le Droit aujourd'hui, 2021, p. 354-356.

PARISOT V. et SANA-CHAILLE DE NERE S., *V^o Pluralisme juridique*, in G. GIRAUDEAU et M. MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 435-439.

SEUBE J.-B., « L'application de la loi à Mayotte », *Juris-Class. civil*, app. art. 3, fasc. 5, éd. août 2005 et août 2014.

SIRI A. et BOUDOU G., *V^o Cadi*, in *Dictionnaire des modes alternatifs de résolution des conflits*, dir. V. Egea, Lextenso, 2022 (à paraître).

SIRI A. et BOUDOU G., *V^o Justice cadiale*, in G. GIRAUDEAU et M. MAISONNEUVE (dir.), *Dictionnaire juridique des Outre-mer*, Paris, LexisNexis, 2021, p. 292-302.

IV. Colloques, conférences, congrès et rapports

ASSIER-ANDRIEU L., « La formation historique du concept de coutume et les origines de l'anthropologie sociale », XVIII-XIXe siècles, *In La coutume au village : Dans l'Europe médiévale et moderne*, Presses universitaires du midi, 2001.

BALARELLO J., rapport n° 361 (2000-2001) fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 juin 2001.

BÉRINGER H., « Mayotte – Un statut civil de droit musulman dans la République : legs colonial ou modernité du droit à la différence ? », *in Relations Églises et autorités outre-mer. De 1945 à nos jours*, Paris, Ed. Indes Savantes, 2007, dir. J. Baubérot et J.-M. Regnault, p. 99-110.

BONNELLE F. (dir.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Coll. Rapports officiels, La documentation Française, 1998, 127 p.

BOURIN G.-X., « Diversité culturelle et politique criminelle à Mayotte », *in Pluralisme culturel et politique criminelle*, A. Pedone, Archives de politique criminelle, n° 36, 2014, p. 113.

BROSSIER P., « L'état civil à Mayotte », *in O. Gohin et P. Maurice (dir.), Mayotte*, Université de La Réunion / LGDJ, 1996, 2^e éd., p. 275-316.

BUFFET F.-N., LE RUDULIER S., MARC A. et SOILIH T., *Insécurité à Mayotte : conjurer le sentiment d'abandon des Mahorais*, Rapport d'information, Sénat, n° 114, 27 octobre 2021.

BURNOD P. et COLIN J.-P., « Polanyi et Granovetter sur une île : l'enchâssement social de l'accès à la terre et au travail dans le secteur rural à Mayotte », IRD, *in Les frontières de la question foncière : enchâssement social des droits et politiques publiques*, 2006, 38 p.

Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux, *Mise en œuvre de l'aménagement foncier à Mayotte*, Paris, Rapport n°12129, 2012.

CHATEAUNEUF A., « La procédure de renonciation au statut civil de droit local applicable aux originaires de Mayotte », *in L. Sermet et J. Coudray (dir.), Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 369-391.

CHERUBINI B. et ROINSARD N. (dir.), *Stratégies migratoires et enjeux de la protection sociale à La Réunion et à Mayotte : conflits et concurrences dans les espaces sanitaires et sociaux*, rapport à la MiRe-DREES, 2009, 225 p.

COINTRAT C., Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale à la suite d'une mission d'information effectuée à Mayotte du 1er au 6 septembre 2008, n°115, Sénat, session ordinaire 2008-2009, 119 p.

COLLIGNON B., « Mayotte, les oubliés de la République », Rapport au CSFP, ministère de l'Intérieur, 2014, p. 2.

Conseil supérieur de la magistrature, *Les Français et leur justice: restaurer la confiance*. La Documentation française, 2008.

CORNUT É. et DEUMIER P. (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, librement disponible : <https://coutumier.unc.nc/items/show/678>

Cour des comptes, *La départementalisation de Mayotte : une réforme mal préparée, des actions prioritaires à conduire*, La Documentation française, 2016

Défenseur des droits, *Établir Mayotte dans ses droits*, 2020.

FLOCH J., Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2932), relatif à Mayotte, n°2967, Assemblée nationale, session ordinaire 2008-2011, 487 p.

FLORI J.-B., « La justice musulmane à Mayotte », in *Mayotte*, actes du colloque de Mamoudzou des 23-24 avril 1991, Paris, LGDJ, Université de La Réunion, 2^e éd., 1996, dir. O. Gohin et P. Maurice, p. 257.

FLORI J.-B., « Le Tribunal supérieur d'appel de Mayotte : cheminement entre spécificité et assimilation », in *Mayotte dans la République*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2004, dir. L. Sermet et J. Coudray, p. 413-430.

GUY P., « Une coutume des Comores. Le 'Magnahoulé' », *Penant* 1946, doct. pp. 3-8.

GUY P., « Les musulmans chaféites de l'archipel des Comores et leur droit », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* 1951, pp. 59-64.

GUY P., « Le droit musulman des Comores et la constitution du 27 octobre 1946 », *Revue juridique de Madagascar* 1952 (n° 2), pp. 151-155.

GUY P., « Le Minhadj-at-Twalibin et les coutumes comoriennes dans le statut personnel », in *Études sur les Comores et l'islam en l'honneur de Paul Guy*, *Études océan Indien* n° 6, 1986, pp. 7-33.

HORY J.-F., « Article 75 », in G. Conac et F. Luchaire (dir.), *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, p. 1309-1313.

HORY J.-F., « À propos de quelques coutumes mahoraises. Les procédures infra-judiciaires de règlements de conflits », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Paris, éditions Montchrestien, 2004, p. 393-411.

HYEST J.-J., ANDRÉ M., COINTAT C. et DÉTRAIGNE Y., *Départementalisation de Mayotte : sortir de l'ambiguïté, faire face aux responsabilités*, Rapport d'information du Sénat, 2008-2009, n° 115.

INSEE, « Profil des ménages selon le statut d'occupation », Dossier Mayotte n°1, 2017.

KOUDE R. K. (dir.), « L'autorité du droit coutumier dans l'espace francophone », Colloque international, 24 et 25 septembre 2020.

LAMPUE P. et PURTSCHET C., « Article 75 », in G. Conac et F. Luchaire (dir.), *La constitution de la République française*, Paris, Economica, 1980, p. 894-895.

LEFÈVRE M., « La Chambre d'annulation musulmane de Mayotte. Îlot de cohabitation entre la Chariâ'ah et le droit européen », in *Mayotte dans la République*, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2004, dir. L. Sermet et J. Coudray, p. 431-438.

LUART R. du, *La justice entre deux eaux dans l'océan Indien*, Rapport d'information du Sénat, 2010-2011, n° 549.

LUCAS A., « La preuve de l'état des personnes », in *Le discours et le code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis Litec, 2004.

MALBERT T., « L'identité à Mayotte : le nom de famille et sa réforme. Regard anthropologique », in *Formation permanente et constructions identitaires dans les îles de l'océan Indien*, M. Latchoumanin (dir.), Karthala Editions, 2010, p. 173-187.

MOATTY Y., « Une espèce endémique, le juge des enfants de Mayotte. Un caméléon judiciaire entre droit commun et droit local », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Editions Montchrestien, p. 469-495.

NOURDINE ABDALLAH Z., « Le contentieux familial à Mayotte et la disparition de la juridiction des cadis », in *La départementalisation de Mayotte. Un premier bilan juridique et économique*, Paris, L'Harmattan, 2019, dir. J. Dupont-Lassalle, F. Hermet et É. Ralser, p. 31-46.

OST F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications de Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p. 1.

PARISOT V., « Le pluralisme juridique au sein de la République française. Invitation au voyage dans les outre-mer », in R. M. BECKMANN, H.-P. MANSEL et A. MATUSCHE-BECKMANN (dir.), *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner* [Mélanges], Heidelberg, C. F. Müller, 2012, p. 733-760.

PARISOT V., « Le juge et la nationalité française dans l'océan Indien », in É. Ralser et J. Knetsch (dir.), *La nationalité française dans l'océan Indien*, Actes d'un colloque international, Paris, Société de Législation Comparée, Coll. Colloques, vol. 30, 2017, p. 47-101.

PARISOT V., « Droit insulaire, droit dérogatoire ? », in J.-L. Iten (dir.), *Îles et droit international*, Actes d'une journée d'études de la SFDI, Paris, Pedone, 2020, p. 127-145.

PERRON F., « La commission de révision de l'état civil à Mayotte », in L. SERMET et J. COUDRAY (dir.), *Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 345-368.

RALSER É., « Le désordre normatif et le droit local mahorais », in *Désordre normatif et qualité de la norme*, dir. M. Marteau-Lamarche, GIP Droit & Justice, 2014.

RALSER É., « L'avenir (incertain ?) du statut personnel mahorais », in *Mayotte. État des lieux, enjeux et perspectives. Regards croisés sur le dernier-né des départements français*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 85-96.

RALSER É., « La République, fossoyeuse des coutumes locales ? », in O. Desaulnay et M. Maisonneuve (dir.), *L'unité de la République et la diversité culturelle*, PUAM, 2016, coll. Droit d'outre-mer, p. 75-90.

RALSER É., « Particularités de l'application du droit de la nationalité dans les outre-mer », in A. Dionisi-Peyrusse, F. Jault-Seseke, F. Marchadier et V. Parisot (dir.), *La nationalité : enjeux et perspectives*, Coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 165-182.

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 28 juillet 2005, *JORF* n° 175 du 29 juillet 2005.

Rapport présenté au Président de la République française le 27 janv. 1925, suivi d'un décret de même date portant réorganisation administrative de l'archipel des Comores, *Bulletin officiel du Ministère des colonies* 1925, p. 88

ROINSARD N., « Des frontières à géométrie variable : une sociologie des alliances objectives entre citoyens français et étrangers comoriens à Mayotte », in Arnold M., Duboin C., Misrahi-Barak J., *Borders and ecotones in the Indian ocean*, Montpellier, PULM, 2020, p. 171-185.

SAKOYAN J., *Les mineurs isolés à Mayotte originaires des Comores*, Rapport ethnographique des données recueillies en juin et juillet 2013, Université de Rouen, INEMA, 2014, 258 p.

SERMET L., « Pour une réforme de la justice musulmane à Mayotte », in L. Sermet et J. Coudray (dir.), *Mayotte dans la République*, Coll. Grands Colloques, Montchrestien, 2004, p. 439-468.

SERMET L. et COUDRAY J. (dir.), *Mayotte dans la République : actes du colloque de Mamoudzou, 14, 15 et 16 septembre 2002*, Paris, Montchrestien, Coll. Grands colloques, 2004.

SOILIH T. DARNAUD M. et LAUFOAULAU R., *Une sécurisation du lien à la terre respectueuse des identités foncières*, 30 propositions au service du développement des territoires, Rapport d'information de la Délégation sénatoriale à l'outre-mer, n° 721, Sénat, 2015-2016.

SUEUR J.-P., COINTAT C. et DESPLAN F., *Mayotte : un nouveau département confronté à de lourds défis*, Rapport d'information du Sénat, 2011-2012, n° 675, 140 p.

SZKLAIKZ K., « La nécessaire réforme de l'état civil ou les progrès de l'état civil », in Association France-Outre-Mer (dir.), *Mayotte à la croisée des chemins*, Actes du colloque organisé le 22 février 2001 au Palais du Luxembourg, Association France-Outre-Mer, 2001.

THIELLAY J.-P., « La loi du 11 juillet 2001 : un nouveau départ pour Mayotte dans la République », in *Collectivités territoriales à statut spécial*, *Actualité Juridique Droit Administratif*, février 2002, p. 106.

TOINETTE J.-B., « La reconnaissance du droit coutumier mahorais », in *Coutumes et droit en Guyane – Amérindiens, Noirs-Marrons, Hmong*, Economica, 1992, dir. J.-P. Martres et J. Larrieu, p. 57-62.

TOURNIER P. V. et al., *Les soins obligés ; ou l'utopie de la triple entente*, XXXIIIe Congrès français de criminologie. Dalloz, 2002.

V. Articles et chroniques

AHMED-CHAMANGA M., « Quelques notes sur les pratiques sexuelles dans la société comorienne », *Études océan Indien*, (45), 2010, p. 117-131.

ALAOUI M. H. et LEMERCIER É., « Que faire des cadis de la République ? », *Ethnologie française*, Vol. 48, janvier 2018, n° 1, p. 37-46.

AZIZ DIOUF A., « Libres propos sur le statut personnel dans le droit international privé des États d'Afrique noire », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 723.

BAGHESTANI L., « À propos des lois organique et ordinaire du 7 décembre 2010 relatives au Département de Mayotte », *Petites affiches*, 12 janvier 2011, p. 3.

BAYART J.-F., « La démocratie à l'épreuve de la tradition en Afrique subsaharienne », *Pouvoirs* 2009/2, n°129, p. 27-44.

BENELLI N. et MODAK M., « Analyser un objet invisible : le travail de care », *Revue française de sociologie*, Vol. 51(1), 2010, p. 39-60.

BEN HOUNET Y., CASCIARRI B., DUPRET B., IRETON F. et WILSON A., « Pratiques de l'appropriation foncière en contexte musulman », *Transcontinentales* n°10-11, 2011, p. 1-11.

BERGER L. et BLANCHY S., « La fabrique des mondes insulaires. Altérités, inégalités et mobilités au Sud-Ouest de l'océan Indien », *Études rurales*, EHESS, n° 194, 2014, p. 11-46.

BESSON L. et MERCERON S., « La population de Mayotte à l'horizon 2050. Entre 440 000 et 760 000 habitants selon l'évolution des migrations », *Insee Analyses Mayotte*, n° 26, juillet 2020.

BINET J.-R., « Le croissant et la balance. De quelques spécificités du droit applicable à Mayotte au crépuscule de la justice cadiale », *RIDC*, 54, 2002, n° 3, p. 787-809.

BLANCHARD E., « « Français à tout prix » : Mayotte au prisme de « l'ingénierie démographique » », *Plein Droit*, 2019, p. 3 à 7.

BLANCHY S., « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », *Journal des Africanistes*, vol. 62, n° 1, 1992, p. 7-53.

BLANCHY S., « Le « châte » ou le « foulard » : choix religieux et identitaire de deux femmes comoriennes », *Journal des africanistes*, 1998, tome 68, fascicule 1-2. Parcours de conversion. p. 123-142.

BLANCHY S., « Les Mahorais et leur terre : autochtonie, identité et politique », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, p. 165-183.

BLANCHY S., « Changement social à Mayotte : transformations, tensions, ruptures », *Études océan Indien*, n° 33-34, 2002, p. 165-195.

BLANCHY S., « Mayotte : "française à tout prix" », *Ethnologie française*, Paris, vol. 32, n° 4, 2002, p. 677-687.

BLANCHY S., « Les textes islamiques protecteurs aux Comores : transmission et usages », in C. Hamès (dir.), *Coran et talismans. Textes et pratiques magiques en milieu musulman*, Paris, Karthala, 2007, p. 267-308.

BLANCHY S., « Images coloniales de la société comorienne. Les raisons d'une méconnaissance durable », in Norbert Dodille (dir.), *Idées et représentations coloniales dans l'océan Indien*, Paris : Presses de l'Université Paris Sorbonne, 2009, p. 211-246.

BLANCHY S., « Matrilocalité et système d'âge à Mayotte », *Taarifa, Revue des Archives départementales de Mayotte*, 2012, p. 9-21.

BLANCHY S., « Les familles face au nouveau droit local à Mayotte : Continuité, adaptation et redéfinition des pratiques », *Ethnologie française*, 48, janvier 2018, n° 1, p. 47-56.

BLANCHY S. et ALLAOUI-CHAMI M., « Circulation des enfants aux Comores : classe sociale, lignage, individu », in I. Leblic (dir.) *De l'adoption. Des pratiques de filiation différentes*, Clermont-Ferrand, Presses universitaires Blaise Pascal, 2004, p. 172-200.

BLANCHY S. et MOATTY Y., « Le droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et Société*, 2012, n° 80, p. 117-139.

BLANCHY S., RICCIO D., ROINSARD N. et SAKOYAN J., « Mayotte : de quoi la violence est-elle le nom ? », *Plein droit*, 120(1), 2019, p. 12.

BOISDON D., « Du sort des articles 81 et 82 de notre Constitution de 1946 », *RJPUF*, 1956, p. 233-256.

BOYER A., « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? », *RRJ*, 1994-2, p. 387-399.

BREANT H., « La laïcité à Mayotte. Un cas d'école », *Cahiers de la recherche sur l'éducation et les savoirs* n°21, 2022, à paraître.

BRETON D., BEAUGENDRE C. et HERMET F., « Quitter Mayotte pour aller où ? », *Informations Sociales*, n° 186, Cnaf, p. 59-66, 2014.

BURNOD P. et SOURISSEAU J.-M., « Identité et marché dans une situation de pluralisme institutionnel : le cas du secteur agricole à Mayotte », in *Développement durable et Territoires*, dossier n° 12, 2009, 17 p.

BUSSEUIL A., « Le statut personnel mahorais dans la départementalisation de Mayotte », in *Dire l'océan Indien*, Université de La Réunion – Epica éditions, 2017, vol. 1, p. 235.

CABRILLAC R. et SEUBE J.-B., « Pitié pour le Code civil ! (à propos de l'ordonnance du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire) », *Recueil Dalloz*, 2003, chron., p. 1058.

CADOU E., « Le statut de l'enfant dans l'Océan Indien : l'enfant mahorais », *RIDC*, vol. 57 n°2, 2005. p. 334

CARBONEILL A., « Spécificité du droit successoral en Grande Comore : droit musulman chaféite et succession coutumière *magnahoulé* », *RJOI*, 2001-2002, p. 75.

- CARAYOL R. et al., « A Mayotte, le déni n'est pas la solution », *Plein droit*, 2019/1, p. 8-11.
- CASSAGNAUD J., « “Le banga”. Expression d'un rite de passage », *Études océan Indien*, dossier : « Regards sur Mayotte », n° 33-34, 2002, p. 197-213.
- CHANUDET C., « “Le banga”. Figure emblématique de la culture mahoraise », *Études océan Indien*, dossier : « Regards sur Mayotte », n° 33-34, 2002, p. 213-220.
- CHASSOT L., « Quelle place pour la coutume dans un monde globalisé ? », *Les Cahiers de la Justice*, N° 1, 2011, n° 1, p. 89-104.
- CHELHOLD J., « Le mariage avec la cousine parallèle dans le système arabe », *L'Homme*, 5(3), 1965, p. 113-173.
- CHAUSSY C., MERCERON S. et GENAY V., « À Mayotte, près d'un habitant sur deux est de nationalité étrangère », *Insee Première*, n° 1737, février 2019.
- DAGENAIS H. et POIRIER J., « L'envers du mythe : la situation des femmes en Guadeloupe », *Nouvelles questions féministes*, n° 9-10, 1985, p. 53-83.
- DJABIR A., « Le droit comorien dans la tradition *milanantsi* », *Tarehi*, septembre-novembre 2001, p. 40.
- FALDUTO J.-B. et ESCARRAS J.-Cl., « La disparition du particularisme mahorais en matière juridictionnelle : la fin de la justice cadiale ? », *Procédures*, n° 8, Août 2010, alerte 35.
- FOREST V., « L'immigration à Mayotte au cours de la période sucrière (1845-1900) », *Études océan Indien*, dossier : « Regards sur Mayotte », n° 33-34, INALCO, 2002, p. 91-114.
- GEISSER Vincent, « Mayotte, si loin de paris et pourtant si emblématique de nos “hypocrisies françaises” », *Migrations Société*, N° 164, décembre 2016, n° 2, p. 5-18.
- GELARD M. L., « Tassadit Yacine, Si tu m'aimes, guéris-moi. Études d'ethnologie des affects en Kabylie », préf. F. Héritier, postf. S. B. Ortner. *Insaniyat / إنسانيات*, (54), 2011, p. 175-176.
- GEMIEUX F., « Départementalisation et condition des femmes mahoraises. Avancées et attentes », *Carnets de Recherche de l'océan Indien*, n° 1, 2018, p. 145-160.
- GOHIN O., « Mayotte : la longue marche vers le droit commun », *RJOI*, 2009, p. 5
- GUILLAUMONT O., « La réforme du statut civil de droit local et l'abandon de la polygamie à Mayotte », *JCP* 2003, p. 1553, *Actualité* 417.
- GUILLAUMONT O., « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Revue Juridique et Politique*, 2002 (2), p. 213.
- HACHIMI-ALAOUI M., « Françaises et Français de Mayotte. Un rapport inquiet à la nationalité », *Politix*, vol. 116, no. 4, 2016, p. 115-138.
- HACHIMI-ALAOUI M. et LEMERCIER É., « Que faire des cadis de la République ? Enquête sur la reconfiguration de l'institution cadiale à Mayotte », *Ethnologie française*, 2018, n° 1, p. 37-46.

HACHIMI ALAOUI M., LEMERCIER É. et PALOMARES É., « Reconfigurations ethniques à Mayotte. Frontière avancée de l'Europe dans l'océan Indien », *Hommes & migrations. Revue française de référence sur les dynamiques migratoires*, octobre 2013, n° 1304, p. 59-65.

HALIDI A., Comores : colonisation, insularité et imaginaire national. *Cahiers d'Outre-Mer*, 71(278), 2018, p. 403-432.

HALIDI A., "A state in search of Archipelago", *Journal of Historical Archaeology & Anthropological Sciences*, 4(2), 2019, p. 74-78.

HOCHET A. et BIANCHINI V., « L'économie informelle à Mayotte en contexte de départementalisation », *Revue internationale des études du développement*, n° 244, 2020, p. 7-28.

HORY J-F., « Regards sur la justice musulmane à Mayotte ». *Droit et cultures*, (37), 1999, p. 185-201.

HOURQUEBIE F. et GERVIER P., « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, N° 1, avril 2021, n° 1, p. 29-36.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les offices du juge », in *Mélanges Jean Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 463.

HOLDEN L., « L'expertise culturelle en Europe : focus sur la France », *Les Cahiers de la Justice*, N° 1(1), 2021, p. 7-17.

KRETZ V., « Juger ou manager, il faut choisir », *Delibérée*, n° 11(3), 2020, p. 50-56.

KUHN C., « Dire le Droit à Mayotte », in *Dire l'océan Indien*, Editions Epica, 2017, Vol.2, pp. 369-379.

KUHN C., « Statut personnel et union de droit local à Mayotte. Quelle visibilité pour le droit local ? », in *Mayotte : entre contraintes et défis, à l'heure du bilan*, Carnets de Recherches de l'océan Indien, Université de La Réunion, n° 5, 2020 (revue en ligne), p. 117-126.

KUHN C. et POPINEAU C., « La dualité droit commun-droit local : une difficile coexistence », *RJOI*, 2011, n°13, pp. 49-63.

KUHN C. et POPINEAU C., « Mayotte et pratique notariale », *JCP N* 2019, n° 49, 1335, p. 21.

LAFARGUE R., « Les statuts personnels dans le droit de l'outre-mer français : entre Droit et non droit » [en ligne].

LAVIGNE-DELVILE P., « La réforme foncière rurale au Bénin. Émergence et mise en question d'une politique instituante dans un pays sous régime d'aide », *RFSP* 2010/3, vol. 60, p. 467-491.

LE BRIS C., « La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle », *Droit et société*, n° 92, 2016, p. 75-98.

LEMERCIER É., MUNI TOKE V. et PALOMARES É., « Les Outre-mer français : Regards ethnographiques sur une catégorie politique », *Terrains & travaux*, N° 24, 2014, n° 1, p. 5.

- LE ROY E., « Actualité des droits dits « coutumiers » dans les pratiques et les politiques foncières en Afrique et dans l’Océan Indien à l’orée du 21^e siècle », Cahier thématique « Retour au foncier », *Cahiers d’anthropologie du Droit*, n°26, 2001, Paris, LAJP/Karthala 2003, p. 237-263.
- MALBERT Th., « Familles et écoles à Mayotte : entre tradition musulmane et rapport à la laïcité », *Revue internationale de communication et de socialisation*, 5(2), 2015, p. 53-64
- MALLET-BRICOUT B., « Le juste titre », in *Le monde du droit*, écrits rédigés en l’honneur de Jacques Foyer, Économica, 2008, p. 687.
- MALLEVAEY B., « La parole de l’enfant en justice », *Recherches familiales*, n° 9(1), 2012, p. 117.
- MARIE C.V., BRETON D. et CROUZET M., « Mayotte : plus d’un adulte sur deux n’est pas né sur l’île », *Population & Sociétés*, n° 560, novembre 2018.
- MARIE C.-V., BRETON D., CROUZET M., FABRE E., MERCERON S., « Migrations, natalités et solidarités familiales — La société de Mayotte en pleine mutation », *Insee Analyses Mayotte* n° 12, mars 2017.
- MAS J., « La loi des femmes et la loi de Dieu », *Annuaire des Pays de l’océan Indien*, Vol. VI, 1979.
- MAZOUZ S., « Faire des différences. Ce que l’ethnographie nous apprend sur l’articulation des modes pluriels d’assignation », *Raisons politiques*, 58(2), 2015, p. 75.
- MOURIAPREGASSIN C., « La révision de l’état civil à Mayotte », *RJOI*, 2009, n° spécial, p. 99-115.
- OMARJEE I. et GRIVAUX F., « Pratique notariale de la prescription trentenaire : l’acte de notoriété acquisitive », *JCP N* 2010, 1337.
- PALOMARES E. et LEMERCIER E., « Devenir éducateur/rice sous contrainte raciale », *Politix*. 2020, 3, p. 131.
- PARIZOT R., « Le droit pénal français doit-il prendre en compte les particularités culturelles ? », *Archives de politique criminelle*, n° 36(1), 2014, p. 9.
- PHILIP-GAY M., « Valeurs de la République et islam à Mayotte », *Revue du droit des religions*, novembre 2018, n° 6, p. 59-76.
- PIERRÉ-CAPS S., « Les minorités et la notion de représentation », *Cah. Cons. Const.*, n° 23, févr. 2008.
- POIRET C., « Articuler les rapports de sexe, de classe et interethniques. Quelques enseignements du débat nord-américain », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 21, n° 1, 2005, p. 195-226.
- RALSER É., « Conflits de familles et conflits internes de lois à Mayotte », in *Familles – Liber Amicorum Françoise Ringel*, PUAM, 2007, p. 261-287.

RALSER É., « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. crit. DIP*, 2012, pp. 733-774.

REGNAULT M., « Politique culturelle et départementalisation à Mayotte », *RJOI*, 2009, p. 145-174.

RENUCI F., « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? » *Les Cahiers de la Justice*, 2016, n° 4(4), p. 687.

ROGER P., « Mayotte, département français toujours en quête d'identité », *Le Monde*, 2021.

ROINSARD N., « La régulation sociale de la pauvreté féminine à Mayotte. Une sociologie de la recomposition des rapports de solidarité au prisme du genre », *Carnets de Recherches de l'océan Indien*, n° 5, 2020, p. 21-36.

SALOMON C., « Genre, justice et indemnisation des victimes de statut coutumier kanak », *Ethnologie française*, 2018, 169(1), p. 69.

SCHULTZ P., « Le statut personnel à Mayotte », *Les autochtones de l'outre-mer français, Droit et Cultures*, 1999/1, p. 95-114.

SERMET L., « Regards sur la justice musulmane à Mayotte », *Droit et cultures*, n° 37, 1999, p. 185-201.

SERMET L., « Loi et coutume en Grande Comore », in *Mélanges Claude Wanquet*, Université de La Réunion, 2000, p. 347-358.

SEUBE J.-B., « Les articles 2284 à 2302 du Code civil : Mayotte honorée, le Code civil défigurée », *RJOI*, 2003, n° 3, p. 153.

SEUBE J.-B., « L'avenir du statut civil de droit local à Mayotte », in *Familles, Liber amicorum* Françoise Ringel, PUAM, 2007, pp.293-304.

TAGLIONI F., « Mayotte s'ancre dans la république française : Un contre-sens de l'histoire ? », *EchoGéo*, juillet 2009.

TILLIER M., « Arbitrage et conciliation aux premiers siècles de l'Islam : théories, pratiques et usages sociaux », *Revue des mondes musulmans de la méditerranée*, 2016, n° 140, p. 27-52.

TOUZET C., « Bilan démographique 2018 à Mayotte. Les naissances baissent légèrement », *Insee Flash Mayotte*, n° 91, septembre 2019.

TOUZET C., « Les naissances au plus haut comme en 2017. Bilan démographique 2019 à Mayotte », *Insee Flash Mayotte*, n° 108, août 2020.

TOUZET C., « La baisse des naissances se conjugue à la hausse de la mortalité. Bilan démographique 2020 à Mayotte, premiers éléments sur 2021 », *Insee Flash Mayotte*, n° 124, septembre 2021.

VI. Notes, observations, conclusions et commentaires de décisions de justice

PARISOT V., Note sous Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 5 nov. 2010, *Ali Papa c/*

Min. pub., RG 09/00892, *RJOI*, 2012, n° 15, p. 163-172.

PARISOT V., Note sous Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 16 mars 2012, *Alain Daso Carron c/ Min. pub.*, RG 11/00433, *RJOI*, 2013, n° 17, p. 199-208.

PARISOT V., Note sous Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 11 mai 2012, *Moridy c/ Min. pub.*, RG 11/00033, *RJOI*, 2013, n° 17, p. 208-217.

VII. Textes législatifs et réglementaires

Arrêté du Gouverneur général du 8 décembre 1926 portant réorganisation de l'état civil indigène dans l'archipel des Comores : *Penant* 1927, p. 254.

Décret du 7 février 1897 portant règlement d'administration publique et déterminant les conditions auxquelles les dispositions de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité sont applicables aux colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion, ainsi que les formes à suivre pour la naturalisation dans les mêmes colonies : *JORF* du 10 févr. 1897, p. 895.

Décret du 3 mars 1909, précédé d'un rapport, fixant les conditions d'accession des indigènes de Madagascar et dépendances aux droits de citoyen français : *Penant* 1909, p. 108 ; *Dareste* 1909, p. 227.

Décret du 9 mai 1909, précédé d'un rapport, portant réorganisation de la justice indigène à Madagascar : *Penant* 1909, p. 122 ; *Dareste* 1909, p. 574.

Décret du 23 février 1914 portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article 2 de la loi du 25 juill. 1912 déclarant les îles d'Anjouan, Mohéli et Grande-Comore colonies françaises : *Dareste* 1914, p. 487.

Décret du 5 novembre 1928, précédé d'un rapport, fixant, sauf en ce qui concerne les indigènes, les conditions de jouissance des droits civils, d'acquisition, de perte et de recouvrement de la qualité de Français dans les Colonies autres que la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion : *Bulletin officiel du Ministère des colonies* 1928, p. 1794.

Décret du 9 juin 1931 portant réorganisation du régime de la propriété foncière dans l'archipel des Comores.

Décret du 6 septembre 1933, précédé d'un rapport, portant fixation pour Madagascar et dépendances, sauf en ce qui concerne les indigènes, des conditions de jouissance des droits civils, d'acquisition, de perte et de recouvrement de la qualité de Français et abrogeant pour cette colonie, le décret du 5 nov. 1928 réglementant la même matière : *Bulletin officiel du Ministère des colonies* 1933, p. 1296.

Décret du 29 mars 1934, précédé d'un rapport, portant réorganisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores : *Penant* 1934, p. 212.

Rapport du ministère des colonies du 29 mars 1934 au président de la République française, relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, *JORF*, 5 avril 1934, n° 80, p. 3526.

Décret du 7 avril 1938, précédé d'un rapport, déterminant les conditions dans lesquelles les indigènes de Madagascar et dépendances, sujets français, peuvent obtenir ou obtiennent de plein droit, sur leur demande, la qualité de citoyen français : *Penant* 1938, p. 202.

Rapport du ministère des colonies du 1^{er} juin 1939 au président de la République française, relatif à l'organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores, *JORF*, 15 juin 1939, n° 140, p. 7581.

Décret du 1^{er} juin 1939, précédé d'un rapport, portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores : *JORF*, n° 140 du 15 juin 1939, p. 7581.

Décret du 12 novembre 1939, précédé d'un rapport, relatif à l'acquisition, la perte et le recouvrement de la qualité de Français à Madagascar et dans ses dépendances, sauf en ce qui concerne les indigènes : *Journal officiel de Madagascar et dépendances* du 13 janv. 1960, p. 32.

Décret n° 53-161 du 24 février 1953 déterminant les modalités d'application du Code de la nationalité française dans les territoires d'outre-mer : *JORF*, n° 50 du 27 févr. 1953, p. 1984.

Décret n° 2002-1168 du 11 septembre 2002 portant application de l'article 57 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte et organisant la procédure de renonciation au statut civil de droit local.

Décret n° 2008-1086 du 23 octobre 2008 relatif à l'immatriculation et à l'inscription des droits en matière immobilière à Mayotte.

Délibération n° 61-16 du 17 mai 1961 de l'assemblée territoriale des Comores relative à l'état civil à Mayotte, *Journal officiel des Comores, J.O.C.* 1961, p. 258 ; modifié par l'acte n° 71-13 du 30 septembre 1971 de la chambre des députés des Comores.

Délibération n° 64-12 *bis* du 3 juin 1964 de la Chambre des députés des Comores portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane : *Journal officiel des Comores* du 16 déc. 1964, p. 476.

Loi des 22 et 29 janvier 1851, et 7 et 12 février 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, et les enfants des étrangers naturalisés : *Bulletin annoté des lois, ordonnances, décrets, arrêts, etc.* 1851-1852, p. 23.

Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité : *Recueil annoté de lois et décrets* 1904, p. 225.

Loi du 10 août 1927 sur la nationalité : *Penant* 1928, p. 64.

Loi n° 46-973 du 9 mai 1946 tendant à accorder l'autonomie administrative et financière à l'archipel des Comores : *JORF* du 10 mai 1946, p. 3973.

Loi n° 60-752 du 28 juillet 1960 portant modification de certaines dispositions du Code de la nationalité : *JORF* du 30 juillet 1960, p. 7040.

Loi n° 63-644 du 8 juillet 1963 modifiant l'art. 2 du décret n° 53-161 du 24 février 1953 : *JORF* du 9 juillet 1963, p. 6131.

Loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 complétant et modifiant le Code de la nationalité française et relative à certaines dispositions concernant la nationalité française : *JORF* du 10 janvier 1973, p. 467.

Loi n° 75-560 du 3 juillet 1975 relative à l'indépendance du territoire des Comores : *JORF* du 4 juillet 1975, p. 6764 ; *Rev. crit. DIP* 1975, p. 820-825, obs. P. Lagarde.

Loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des Îles des Comores : *JORF* du 2 et 3 janvier 1976, p. 151.

Loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité : *JORF* du 23 juillet 1993, p. 10342.

Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte : *JORF* n° 161 du 13 juillet 2001, p. 11199.

Loi de programme pour l'outre-mer n°2003-660 du 21 juillet 2003, modifiant la loi statutaire du 11 juillet 2001.

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : *JORF* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

Ordonnance du Roi du 26 août 1847 contenant des dispositions sur l'administration de la Justice dans les Établissements français du Canal de Mozambique et investissant le Commandant supérieur de Mayotte de certains Pouvoirs spéciaux : *Bulletin des lois du Royaume de France* n° 1416, 1847, 2^e sem., t. 35, IX^e série, p. 614.

Ordonnance n° 45-2447 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française : *Bulletin officiel du Ministère des colonies* 1945, p. 932.

Ordonnance n° 77-450 du 29 avril 1977 portant extension et adaptation aux communes de Mayotte du Code des communes : *JORF* n° 101 du 30 avril 1977, p. 2490.

Ordonnance n° 81-295 du 1^{er} avril 1981 relative à la promulgation et à la publication des lois et décrets et à l'organisation de la justice à Mayotte : *JORF* n° 79 du 3 avril 1981, p. 931.

Ordonnance n° 2000-218 du 8 mars 2000 fixant les règles de détermination des noms et prénoms des personnes de statut civil de droit local applicable à Mayotte : *JORF* n° 59 du 10 mars 2000, p. 3799.

Ordonnance n° 2000-219 du 8 mars 2000 relative à l'état civil à Mayotte : *JORF* n° 59 du 10 mars 2000, p. 3801.

Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître : *JORF* n° 127 du 4 juin 2010, p. 10256.

VIII. Sites internet

CNCDH. (2017). *Avis sur l'accès à la Justice et au Droit en Outre-Mer, essentiellement en Guyane et à Mayotte.*

https://www.cncdh.fr/sites/default/files/170622_avis_acces_a_la_justice_et_au_droit_outre-mer_0.pdf

COCQUET M., « Mayotte, l'île aux enfants perdus », 2014. https://www.lepoint.fr/societe/mayotte-l-ile-aux-enfants-perdus-22-08-2014-1855696_23.php

COSTA-LASCOUX J., « La modernisation de l'état civil à Mayotte », Contribution interne présentée devant un groupe de réflexion sur l'avenir institutionnel de Mayotte, nov. 1996-déc. 1997 [Anciennement disponible sur le site Internet du secrétariat d'État à l'outre-mer à l'adresse suivante <http://www.outre-mer.gouv.fr>], dont les travaux ont été publiés : *Réflexions sur l'avenir institutionnel de Mayotte*, Coll. Rapports officiels, La documentation Française, 1998.

DELEU Y., « Reconnaissance frauduleuse d'enfants, un mensonge « pour une vie meilleure », *Le Journal De Mayotte*, actualité, 26 avril 2018. <https://lejournaldemayotte.yt/2018/04/26/reconnaissance-frauduleuse-denfants-un-mensonge-pour-une-vie-meilleure/>

DELEU Y., « Le « devoir conjugal », c'est 20 ans de prison », *Le Journal De Mayotte*, actualité, 13 août 2020. <https://lejournaldemayotte.yt/2020/08/13/le-devoir-conjugal-cest-20-ans-de-prison/>

LE GOAZIOU V., *Les violences sexuelles : point de vue sociologique. Penser les agressions sexuelles*, 2016, p. 15-34. ERES. <https://www.cairn.info/penser-les-agressions-sexuelles--9782749252582-page-15.htm>

LEGRAND C., « Faut-il interdire la fessée ? », *La Croix*, 2008. https://www.la-croix.com/Famille/Parents-Enfants/Dossiers/Education-et-Valeurs/Faut-il-interdire-la-fessee-NG_-2008-11-04-540841

Ministère de l'Intérieur, *Insécurité et délinquance en 2020 : bilan statistique*, 2021. <http://www.interieur.gouv.fr/Interstats/Publications/Hors-collection/Insecurite-et-delinquance-en-2020-bilan-statistique>

Nations Unies, *Principes directeurs sur l'extrême pauvreté*. <https://www.ohchr.org/fr/issues/poverty/pages/dgpintroduction.aspx>

PERZO A., « Observatoire des violences : pas de solutions sans compréhension de l'ère du fouet et du murengue », *Le Journal De Mayotte*, actualité, 2000. <https://lejournaldemayotte.yt/2020/11/05/observatoire-des-violences-pas-de-solutions-sans-comprehension-de-lere-du-fouet-et-du-murengue/>

PERZO A., « Observatoire des violences : les écrits qui mettent tout à plat », *Le Journal De Mayotte*, actualité, 2020. <https://lejournaldemayotte.yt/2020/11/04/observatoire-des-violences-les-ecrits-qui-mettent-tout-a-plat/>

Préfecture de Mayotte, *Bilan 2020 délinquance LIC habitat illégal*, 2021. <https://www.mayotte.gouv.fr/content/download/21871/168320/file/Bilan%202020%20d%C3%A9linquance%20LIC%20habitat%20ill%C3%A9gal%20-%20dossier%20de%20presse.pdf>

RAÏNAT A., « Le viol, une perversion cachée dans la société mahoraise. *Mayotte Hebdo* (Mayotte Hebdo), 25 juin 2020. <https://www.mayottehebdo.com/actualite/societe/le-viol-une-perversion-cachee-dans-la-societe-mahoraise/>

Table des matières

Sommaire	5
Membres de l'équipe de recherche	8
Remerciements	11
Introduction	13
§ 1 – Contexte de la recherche	13
§ 2 – Méthodologie de la recherche	15
§ 3 – Terrains et données ayant servi de support à la recherche	18
§ 4 – Plan du rapport	19
Partie I – LES CONTOURS DE LA COUTUME MAHORAISE	21
Chapitre 1/ Connaissance de la coutume. Approche anthropologique	23
Section 1/ L'islam au fondement des normes sociales et morales locales	24
§ 1 – L'institution du banga ou la construction sociale des identités de genre	24
§ 2 – L'institution de l'école coranique.....	25
§ 3 – L'institution du mariage musulman	26
Section 2/ Une société animiste : le recours à la possession comme mode de régulation sociale.....	27
Section 3/ L'appartenance au village natal et à son groupe familial : un statut qui oblige et qui concourt à la régulation sociale.....	28
§ 1 – Une identité construite autour du statut de <i>Munyeji</i>	28
§ 2 – Un statut qui implique des droits et des devoirs : l'exemple du champ politique	29
§ 3 – Le groupe avant l'individu	30
§ 4 – L'économie morale au fondement des obligations familiales.....	31
Section 4/ Famille matrifocale et rôles sociaux de sexe.....	36
§ 1 – L'organisation familiale et les règles de parenté.....	36
§ 2 – Des rapports de genre très codifiés.....	37
§ 3 – ... qui se recomposent et fragilisent la situation économique des femmes en situation de dépendance.....	38
Chapitre 2/ La protection constitutionnelle de la coutume	43
Section 1/ L'affirmation du principe	44
§ 1 – Un contexte historique propice.....	44
§ 2 – Une protection constitutionnelle toujours justifiée	47

Section 2/ La malléabilité du contenu	48
§ 1 – Un resserrement permis par la Constitution	48
§ 2 – Un resserrement mis en œuvre par le législateur	50
Chapitre 3/ Le statut de la coutume à Mayotte. Approche historique	55
Section 1/ La supervision de la justice autochtone et la méconnaissance du droit local .	55
Section 2/ L’encadrement de la justice autochtone et la connaissance du droit local.....	57
Section 3/ L’aménagement du droit local par les assemblées des Comores	61
Section 4/ La modification des règles du statut personnel	63
Partie II – LES DOMAINES DE LA COUTUME MAHORAISE	69
Chapitre 1/ Le domaine personnel. Les Mahorais : oui, mais lesquels ?	71
Section 1/ Les critères d’appartenance au statut personnel	71
§ 1 – Une condition évidente : la confession musulmane	75
I. La confession musulmane vue par les praticiens	75
II. La confession musulmane dans les textes	76
§ 2 – Une condition insaisissable ? L’origine mahoraise	79
I. La transmission par filiation du statut personnel mahorais : l’incidence du statut des parents sur le statut des enfants.....	79
II. La perception de l’origine mahoraise dans la pratique	83
III. L’origine mahoraise dans les textes	86
A. Le critère de l’origine au temps des colonies (1841-1946)	86
B. Le renouvellement du critère de l’origine à partir de 1946	88
§ 3 – Une condition complexe : la nationalité française	92
I. La perte du statut personnel des originaires des Comores	92
A. L’incidence du statut personnel sur le maintien dans la nationalité française	92
B. La perte, par les originaires des Comores, de leur statut personnel	94
C. La méconnaissance, en pratique, de la perte du statut personnel	97
II. Le maintien sous conditions du statut personnel des originaires de Mayotte.....	99
§ 4 – En guise de conclusion : l’articulation des règles à l’aune de situations concrètes	108
I. Naissance en France avant le 2 août 1975	108
A. Naissance des parents avant 1975 dans les Comores	109
B. Naissance des parents avant 1960 à Madagascar	111
II. Naissance en France après le 2 août 1975	111
III. Naissance à l’étranger	112
Section 2/ La preuve de l’appartenance au statut personnel : L’état civil à Mayotte.....	116
§ 1 – L’existence de deux états civils distincts	117
I. L’impact de la dualité du statut personnel sur l’état civil	117
II. Les particularités de l’état civil coutumier	118
III. L’application adaptée de l’état civil de droit commun.....	120
§ 2 – Vers la disparition de l’état civil de droit local ?	121
I. Les réformes entreprises	121
II. Le rapprochement entre les règles de l’état civil de droit local et de celle de l’état civil de droit commun.....	124

Section 3/ Mayotte : le défi démographique	126
§ 1 – Un mouvement naturel porté par une forte natalité.....	128
§ 2 – Un flux migratoire important dans les deux sens	131
§ 3 – Une recomposition importante de la population	131
§ 4 – Des effets visibles dans la pyramide des âges.....	132
§ 5 – Les caractéristiques de la nuptialité à Mayotte	133
§ 6 – Quelles perspectives démographiques pour l’avenir ?	134
Chapitre 2/ Le domaine matériel du statut personnel mahorais et de la coutume	137
Section 1/ Le domaine « positif » ou « théorique » du statut personnel mahorais.....	137
§ 1 – Le statut personnel mahorais serait composé d’un « droit local » multisources	137
I. Définition du droit local (généralités).....	137
II. Définition du droit local (à Mayotte).....	138
III. Qu’est-ce que le « statut personnel mahorais » ?	139
IV. Les sources purement locales du « statut civil mahorais »	140
A. Le « droit musulman ».....	141
B. Les « coutumes indigènes ».....	142
§ 2 – L’appartenance au statut personnel mahorais conduirait à l’application de la « coutume »	142
Section 2/ Le domaine « négatif » ou « réel » du statut personnel mahorais.....	145
§ 1 – Par non-désignation du « droit mahorais ».....	146
§ 2 – Par création d’une règle locale spéciale	148
§ 3 – Par réduction du champ d’application matériel du « droit mahorais »	149
§ 4 – Conséquences d’un retour au droit civil commun.....	151
Partie III – LA COUTUME MAHORAISE EN PRATIQUE	153
Chapitre 1/ La réception de la coutume par les professionnels	155
Section 1/ Les acteurs judiciaires de la coutume.....	155
§ 1 – Évolution de la justice cadiale. Approche juridique.....	155
I. La dualité du système judiciaire à Mayotte	156
A. Une justice cadiale encadrée par les textes.....	157
B. Une justice cadiale bornée par le droit commun	158
II. L’évolution du rôle des cadis dans la société mahoraise.....	159
A. Le déclin progressif de la justice cadiale.....	160
B. L’essor poussif de la médiation cadiale.....	163
§ 2 – Statut personnel et coutumes à Mayotte. Quelles particularités dans l’office du juge étatique ?.....	167
I. Saisir le juge à Mayotte, une démarche peu naturelle.....	170
A. Une justice étatique peu attrayante.....	170
1. L’institution judiciaire, au cœur d’une relation particulière entre la communauté locale et l’État	170

2. La justice face à la précarité du développement du territoire et de ses justiciables	171
3. Le justiciable, une figure essentiellement contrainte à Mayotte	172
B. Une justice étatique concurrencée	172
1. Les modes coutumiers de règlement des conflits	172
2. Le recours subsidiaire à l'institution judiciaire	173
3. Quels leviers d'existence sociétale pour le tribunal ?	174
II. Juger à Mayotte, un office relativement spécifique	174
A. Le difficile respect du droit coutumier et du statut personnel	175
1. Le droit coutumier en situation postcoloniale	175
2. La question du champ d'application du statut personnel	176
3. L'insaisissabilité matérielle du statut personnel mahorais	176
B. La nécessité d'investir des fonctions spécifiques	178
1. L'administration de la justice : structurer le fonctionnement de l'institution judiciaire	178
2. L'omniprésence de fonctions d'accompagnement par les acteurs judiciaires	178
3. Connaître les faits socioculturels, une question de pertinence de l'action judiciaire	179
§ 3 – Les autorités judiciaires à l'épreuve des coutumes (substantielles et processuelles)	180
I. La culture de l'amiable, une coutume processuelle	183
II. Quelle place pour l'amiable dans la résolution des conflits ?	185
A. Distinction entre l'amiable structurel et l'amiable conjoncturel.	185
B. L'amiable comme outil de résolution de l'internormativité	189
Section 2/ Les acteurs non judiciaires de la coutume	191
§ 1 – Connaissance et acteurs de la coutume	191
I. La représentation de la coutume pour les Mahorais	191
II. La coutume pour les acteurs de l'autorité mahoraise	196
III. Les autorités officieuses : cadis, sages, ... dans leur rôle traditionnel.	198
§ 2 – Notariat et droit local à Mayotte	201
I. Le notaire de droit commun, un praticien du droit commun	202
A. La publication des actes cadiaux	202
B. L'application du droit commun	203
II. Le notaire de droit commun, un praticien du droit local	207
A. L'identification du statut des parties	207
B. Les difficultés relatives à la règle de droit local	209
§ 3 – Les Cadis à Mayotte. Approche anthropologique	212
Chapitre 2/ La réception de la coutume par les Mahorais	225
Section 1/ Les relations familiales. La personne et la famille	225
§ 1 – Mariage et coutumes à Mayotte	225
I. L'accès au mariage	228

A. L'importance des règles coutumières.....	229
B. Les singularités de la célébration du mariage.....	230
1. Un formalisme coutumier : les rôles du cadî.....	230
2. Conséquences des statuts successifs.....	232
II. Les effets coutumiers du mariage.....	233
§ 2 – La pratique du divorce à Mayotte : entre essor du droit commun et survivance du statut civil de droit local.....	235
I. L'effacement du droit local dans la procédure de divorce à Mayotte.....	235
A. Un monopole du droit commun sur le prononcé du divorce.....	236
1. L'application des règles de droit commun aux conditions du divorce.....	236
2. La compétence exclusive du juge pour prononcer les divorces.....	237
B. Un essoufflement du droit local dans la pratique du divorce.....	238
1. La suppression de la répudiation et de l'instance cadiale.....	239
2. L'invisibilité du droit local dans les conséquences du divorce à Mayotte.....	239
II. La survivance du droit local dans la pratique du divorce à Mayotte.....	241
A. Une attache aux pratiques de droit local et religieux.....	241
1. Le maintien d'un rôle privilégié du cadî dans le contentieux familial.....	241
2. La création de situations inégalitaires entre couples mahorais.....	242
B. Une difficulté d'implantation du divorce de droit commun.....	244
1. Une procédure de droit commun jugée complexe et onéreuse.....	244
2. Des perspectives d'évolution de la procédure de divorce applicable à Mayotte ?.....	244
§ 3 – L'établissement de la filiation à Mayotte.....	246
I. La filiation dans la coutume mahoraise.....	248
A. La filiation biologique.....	248
1. La rigueur apparente du droit musulman à l'égard des enfants naturels....	250
a. L'impossibilité théorique d'établir la filiation d'un enfant naturel.....	250
b. L'évolution possible vers la reconnaissance des enfants naturels ?.....	252
aa. La pratique contestée des reconnaissances d'enfants naturels.....	252
bb. L'option de législation, fondement possible de la reconnaissance d'enfants.....	254
2. La souplesse des règles relatives à la filiation légitime.....	257
a. La présomption de paternité attachée au mariage.....	257
aa. Le rôle central d'une présomption quasi irréfragable.....	257
bb. Un domaine d'application défini très largement.....	259
b. La reconnaissance ou l'aveu de paternité légitime.....	263
c. L'action judiciaire fondée sur le témoignage.....	264
B. La filiation adoptive.....	266
1. La confrontation des sources.....	266
2. Et à Mayotte ? La conciliation du droit musulman et des coutumes malgaches.....	268
II. La filiation en dehors de la coutume mahoraise.....	273
A. La dation de nom.....	274
1. Un mécanisme issu du droit commun.....	274
2. La spécificité de la dation de nom en droit local.....	276
a. Les trois phases de la dation de nom.....	276
b. L'importance pratique de la dation de nom.....	278
c. La pratique impossible de la dation de nom en dehors de Mayotte ?.....	279

d. Les effets de la dation de nom sur le statut des protagonistes.....	281
B. Les reconnaissances mensongères ou frauduleuses.....	282
1. L’actualité du droit colonial de la lutte contre les reconnaissances mensongères ou frauduleuses : la fraude à la citoyenneté française	282
a. Les termes du débat	283
b. Les solutions à Madagascar et dans les Comores.....	285
2. Les sanctions, prévues par le droit commun, pour lutter aujourd’hui contre les reconnaissances mensongères ou frauduleuses.....	287
a. Les dispositifs de lutte contre le mensonge et la fraude prévus par le Code civil, et ce dans le prolongement du droit colonial.....	288
aa. Les sanctions civiles a posteriori	288
bb. Les sanctions civiles a priori	289
b. Les règles propres au droit des étrangers, étrangères au droit colonial..	290
aa. La sanction des cas avérés de fraude	291
bb. L’intervention du législateur en amont, par crainte de la fraude.....	292
3. Quelle place pour la coutume en pratique ?	293
§ 4 – L’adoption en droit local à Mayotte et aux Comores.....	296
I. La Sourate 33	296
II. L’adoption en droit local à Mayotte	297
III. L’adoption en droit local aux Comores.....	298
§ 5 – La capacité de la femme mahoraise	299
I. État des lieux et controverses autour de la capacité juridique de la femme mahoraise.....	300
II. Évolution du statut juridique de la femme mahoraise et perspectives.....	305
§ 6 – Appréhender les violences intrafamiliales à Mayotte. Faits sociaux et coutumes face à l’institution judiciaire.....	309
I. Les violences intrafamiliales à Mayotte, entre interdits et nouveaux rapports de force.....	314
A. Les rapports de force au cœur des violences intrafamiliales à Mayotte.....	314
1. Les rapports intrafamiliaux traditionnels	314
a. Les figures d’autorité et l’enfant à Mayotte	314
b. La répartition des rôles selon le genre.....	315
c. L’ordre sexuel et conjugal	316
2. La multiplicité des référents parentaux	317
a. La circulation des enfants	317
b. Le partage de l’autorité parentale.....	318
c. La surveillance et l’éloignement des « frères »	318
3. L’évolution contemporaine des rapports de forces	319
a. La fragilisation des équilibres traditionnels.....	319
b. L’impact des évolutions institutionnelles.....	319
c. L’influence des dimensions de précarité	320
B. Une déclinaison des violences intrafamiliales telles qu’elles se manifestent à Mayotte.....	322
1. Violences psychologiques	322
a. La condition féminine.....	322
b. La place économique et administrative préférentielle.....	323
c. L’impact de l’émiettement familial	324

2. Violences physiques.....	325
a. Les violences entre collatéraux.....	325
b. Les violences dans le couple.....	325
c. Les violences éducatives.....	325
3. Violences sexuelles.....	326
a. Inceste, défloration ou viol.....	326
b. Viol et mariage forcé.....	328
c. La question du viol conjugal.....	329
II. Le règlement des violences intrafamiliales à Mayotte aujourd’hui, des structures en concurrence.....	329
A. La mise en concurrence de procédures coutumière et étatique.....	330
1. Modes règlements coutumiers des conflits : de l’équilibre aux « silenciations ».....	330
a. Une « cosmologie » spécifique : l’unanimité.....	330
b. Un règlement extrajudiciaire coutumier : le suluhu.....	331
c. Les mères, dépositaires d’une tradition de « silenciation » des violences sexuelles ?.....	332
2. L’archétype des « enfants du juge ».....	335
a. L’exclusion des enfants des procédures coutumières.....	335
b. La parole de l’enfant en Justice.....	335
c. L’abandon du droit de punir : une surréaction culturaliste ?.....	336
3. Des tentatives d’individuation devant les instances judiciaires.....	338
a. Fausses dénonciations, ou émancipation communautaire.....	338
b. Cheminements vers la saisine directe du « sirikali ».....	339
c. Un militantisme récent de libération de la parole.....	340
B. Justiciable, partenaires judiciaires et magistrats, jeu de regards.....	340
1. Le regard du justiciable sur l’institution.....	340
a. L’idéalisations de l’institution.....	340
b. Des attentes diverses du processus judiciaire.....	341
c. Vulnérabilités croisées face à l’institution.....	342
2. Le regard postcolonial du juge : un décentrement à construire.....	342
a. Une défense culturelle rare.....	342
b. Une expertise socio-anthropologique limitée.....	343
c. Juger l’intime outre-mer : quelle (in)formation ?.....	344
3. Le juge et ses partenaires en matière de violences intrafamiliales : quel risque d’erreur ?.....	345
a. Une opposition aporétique : universalisme ou culturalisme ?.....	345
b. Fatalisme, pudeur et risque de contamination institutionnelle.....	346
c. Quels moyens pour quelles ambitions ?.....	347
Section 2/ Les relations patrimoniales et foncières. Les terres.....	349
§ 1 – Droit de la propriété et de la publicité foncière à Mayotte : Existe-t-il une coutume alternative ou complémentaire du droit local et du droit commun ?.....	349
I. Propriété foncière : Analyse des éventuels effets de pratiques dites « coutumières » dans un domaine régi par deux droits écrits, le droit local (musulman) et le droit commun.....	350
II. La publicité foncière.....	352
III. Articulation des règles de la propriété et de la publicité foncière : l’illusion de la croyance en la coutume.....	355

§ 2 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche anthropologique.....	356
I. Le droit foncier et la coutume avant 2008	357
A. Domanialité, concessions et « propriétés particulières » (1841-1931).....	357
B. Le succès relatif de l’instauration du livre foncier (1931-2008)	359
II. Le désordre foncier contemporain : l’indisponibilité des terres et le problème des indivisions	361
A. Les trois statuts de biens immeubles à Mayotte	361
B. Continuité de l’occupation coutumière et des pratiques traditionnelles de dévolution.....	364
C. L’esprit consensuel de la coutume.....	366
 § 3 – La coutume et le foncier à Mayotte. Approche juridique (Synthèse et propositions).....	370
I. Pour un « juste titre » coutumier.....	377
A. Sur le principe de l’usucapion depuis 2008.....	377
B. Quel « juste titre » pour une usucapion abrégée ?.....	380
II. Pour une « possession utile » coutumière.....	385
A. La coutume <i>contra legem</i> et les risques d’une validation rétroactive	386
B. La coutume <i>praeter legem</i> et la proposition d’une nouvelle usucapion abrégée	388
 Partie IV – L’ENCADREMENT DE LA COUTUME MAHORAISE.....	393
 Chapitre 1/ L’impossible identification de la coutume	395
Section 1/ Écueils de la démarche d’identification de la coutume.....	395
Section 2/ Enjeux de l’identification de la place de la coutume sur le territoire mahorais	396
Section 3/ Éléments d’identification de la coutume : perspective historique.....	397
Section 4/ Éléments d’identification de la coutume : perspective contemporaine.....	400
 Chapitre 2/ Statut personnel et droits et libertés fondamentaux.....	403
Section 1/ L’encadrement du statut personnel mahorais par les droits fondamentaux ..	407
§ 1 – Le cantonnement du statut personnel au nom du respect des droits fondamentaux	408
I. La réduction du champ de la coutume au profit du droit commun.....	408
II. Les pertes de compétence des cadis.....	410
§ 2 – L’emprise des droits fondamentaux sur le statut personnel	412
I. L’emprise directe : les clauses d’exception	412
II. L’emprise indirecte : les facultés de renonciation et d’option.....	413
 Section 2/ L’application du statut personnel mahorais à la lumière de droits fondamentaux	414
§ 1 – Les couples	415
I. Formation du mariage	415
II. Effets personnels du mariage.....	416
III. Effets patrimoniaux du mariage	417

IV. Divorce.....	417
§ 2 – Les enfants.....	418
I. La filiation.....	418
II. Les relations entre parents et enfants.....	421
§ 3 – Les successions.....	423
Chapitre 3/ Le principe constitutionnel de laïcité dans le contexte mahorais	429
Section 1/ La laïcité de la République.....	431
§ 1 – Les conditions de la conciliation.....	431
I. Les limites à l’application de laïcité	431
II. Le fait religieux dans les services publics laïques	434
§ 2 – Les contrariétés possibles.....	435
I. Les contrariétés avec la stricte neutralité des agents publics et assimilés	435
II. Les autres contrariétés	437
Section 2/ La laïcité de l’enseignement public.....	438
§ 1 – Une construction de la laïcité scolaire <i>a priori</i> très éloignée des préoccupations mahoraises	438
I. Le cadre théorique de la laïcité scolaire.....	438
II. Les contours de l’obligation de discrétion des élèves	440
§ 2 – Les conséquences à Mayotte	441
I. Le droit applicable	441
II. L’application du droit	442
<i>Partie V – LA COUTUME MAHORAISE ET LES STATUTS PERSONNELS DANS LES OUTRE-MER DE LA RÉPUBLIQUE.</i>	
<i>Approche comparative (Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna)</i>	447
Chapitre 1/ Un traitement différent entre les trois statuts particuliers	449
Section 1/ Quelles différences ?	449
§ 1 – Le champ personnel et matériel de la coutume	449
§ 2 – Coutume et droits fondamentaux	450
§ 3 – Le régime procédural du statut de droit local.....	451
Section 2/ Pour quelles raisons ?.....	453
§ 1 – Statut de droit local et départementalisation	453
§ 2 – Statut personnel particulier et force des structures coutumières	455
Chapitre 2/ Quel avenir ?	457
Section 1/ Redonner un rôle juridictionnel aux cadis.....	458
§ 1 – Un préalable obligatoire de conciliation avant toute action en justice.....	458
§ 2 – Juridiction de droit commun statuant en formation cadiale	459
Section 2/ Réaffirmer la juridicité du statut personnel et du droit local mahorais	461
§ 1 – L’option de législation.....	462
§ 2 – L’office du juge dans l’application de la coutume	463

Conclusion	467
§ 1 – Un constat.....	467
I. Une coutume « inappliquée » par les autorités qui en ont la charge.....	467
II. Une coutume mise en œuvre au quotidien par les Mahorais	469
§ 2 – Des interrogations.....	470
§ 3 – Des propositions	471
 Annexes	 475
Tableaux sur le domaine du statut civil de droit local mahorais	476
La répartition du statut civil de droit local entre ses sources	478
Guide d’entretien semi directif.....	486
Liste des entretiens réalisés	491
 Bibliographie générale	 493
I. Ouvrages généraux, traités et manuels.....	493
II. Ouvrages spécialisés et thèses	493
III. Ouvrages pratiques et répertoires	498
IV. Colloques, conférences, congrès et rapports	499
V. Articles et chroniques	503
VI. Notes, observations, conclusions et commentaires de décisions de justice	508
VII. Textes législatifs et réglementaires	509
VIII. Sites internet	511
 Table des matières	 513

